

**UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES**

**FACULTAD DE DERECHO**

**Título de la tesis: *El veredicto del jurado***

**Director: Alberto Binder**

**Plan de tesis: Resolución (C.D.) nro. 4182. Acta del mes de Abril de 2016**

**Tesista: Andrés Harfuch (DNI 16.938.239)**

**Presentación: Octubre de 2016**

**TESIS**  
**EL VEREDICTO DEL JURADO**  
**Introducción, Hipótesis y Objetivos**

**ÍNDICE**

**PARTE I**  
**Estructura del veredicto**

**Capítulo 1°**  
**El veredicto. Concepto, Historia, Funciones.**

§ 1. Definición de veredicto.

- A. El veredicto del jurado ante las demás ciencias no jurídicas.
- B. El veredicto como el juicio del jurado (juicio previo).
- C. La sentencia como el juicio del juez.
- D. El Jurado, juez de los hechos. El Juez, juez del derecho.

§ 2. Los seis momentos históricos del jurado.

- A. Grecia
- B. Roma
- C. Los pueblos germánicos
- D. Inglaterra
- E. Estados Unidos
- F. Francia

§ 3. Jurado y juez natural: su lento desarrollo como garantía.

- A. De la Ley de la Tierra a la Constitucionalización.
  - 1. El juez del lugar y el requisito de vecindad
  - 2. La Ley de la Tierra
  - 3. La sustracción de los jueces naturales ciudadanos en América Latina

§ 4. Breve historia del veredicto: la larga lucha por la independencia judicial.

- A. El jurado y las vacas.
- B. Castigos al jurado: el writ of attain y las multas.

- C. El juicio a William Penn: la definitiva independencia judicial.
- D. El juicio a Los 7 Obispos de Londres y la Revolución Gloriosa de 1688.

#### § 5. Función del Veredicto.

- A. Función política del veredicto: de Tocqueville a la actual Teoría Democrática Deliberativa.
  - 1. Control del Poder y del Gobierno
  - 2. Protección al acusado
  - 3. Protección a los ciudadanos
  - 4. Desconcentración del poder penal. Filtro político.
  - 5. El poder de veto del jurado sobre la ley. Mensaje a los otros Poderes
  - 6. La función política del jurado civil
  - 7. Vínculo del Poder Judicial con el Pueblo
  - 8. Dirección de la sociedad y escuela cívica
  - 9. El jurado como forma de democracia directa
  - 10. El jurado como fenómeno de integración e inclusión social
  - 11. Las nuevas tecnologías. El “Web Voir Dire”
  - 12. Transformación de los jurados en mejores ciudadanos
- B. Función judicial del veredicto.
  - 1. La depuración del litigio
  - 2. Retorno al juez imparcial
  - 3. La transformación de las organizaciones judiciales
- C. Otras funciones del veredicto.
  - 1. La protección a los jueces
  - 2. Interacción multicultural

## **Capítulo 2º** **Clases de Veredicto**

#### § 1. Las tres clasificaciones principales.

- A. Veredicto general
  - 1. Origen del veredicto general
  - 2. Forma del veredicto general
  - 3. No culpable
  - 4. Culpable
  - 5. Culpable por delitos menores incluidos. Propuestas
  - 6. No culpable por razón de inimputabilidad.
  - 7. El veredicto Not Proven (No probado) de Escocia. El veredicto bastardo
- B. Veredicto especial
  - 1. Origen

2. Prohibición absoluta en materia penal
3. El juicio a John Peter Zenger en la colonia de Nueva York en 1735: el fin del veredicto especial para los casos penales
4. Prohibición del veredicto especial en Argentina
5. El extraño veredicto del jurado español. La obstinación por convertirlo en un cuerpo judicial profesional

#### C. Veredicto estructurado europeo

1. Origen
2. Influencia francesa en Europa
3. Actualidad. Problemas
4. Prohibición del veredicto con interrogatorios en Argentina y el common law. El juicio al Dr Spock y la Guerra de Vietnam en 1969

#### D. Veredicto alternativo o por delito menor incluido

1. Definición legal. El concurso de delitos y la “merger doctrine”
2. La tentativa como cargo incluido
3. Límites del veredicto alternativo
4. Veredicto alternativo e instrucciones del juez
5. Requisitos del veredicto alternativo
6. Futuro en Argentina y América Latina.

### § 2. Otras clases de veredicto (límites, impugnación, coherencia interna).

#### A. El veredicto direccionado. Veredicto rechazado por el juez.

1. Veredicto direccionado por insuficiencia probatoria.
  - 1.1. Historia y desarrollo
  - 1.2. Estándar de insuficiencia probatoria
  - 1.3. La cuestión en el jurado bonaerense. Similitudes y diferencias
  - 1.4. La cuestión ante la CEDH: fallo Judge vs United Kingdom (2011).
  - 1.5. Conclusión
2. Veredicto direccionado por ser contrario a la ley.

#### B. Veredictos Inconsistentes: obligatorios para el juez.

1. Definición y causas de los veredictos inconsistentes
2. La consistencia del veredicto no es necesaria
3. Recurso contra una sentencia condenatoria fundado en la inconsistencia del veredicto.
4. Inconsistencias entre coimputados.
5. Escenarios usuales de veredictos inconsistentes.

#### C. Veredictos defectuosos.

§ 3. Veredictos de Conciencia: el Jury Nullification. El jurado y el derecho.

- A. Concepto. Definición legal
  - 1. ¿Afirmación de derechos constitucionales o jurado legislador?
  - 2. El poder de veto del jurado sobre la ley
- B. Historia y desarrollo. El juicio a Lilburne y los adúlteros de Cromwell.
- C. Apogeo. Del fallo Brailsford al fallo Sparf (1794-1895). El Código Sangriento en Inglaterra.
- D. Los límites contra los veredictos de conciencia.
- E. Actualidad. Casos usuales.
  - 1. Jury nullification y dogmática penal.
- F. Córdoba. El caso Ludmila. El jurado vs. la prisión perpetua.
- G. Propuestas alternativas. Alegatos de la defensa.
- H. Conclusión.

§ 4. Veredictos arbitrarios o manifiestamente contrarios a la prueba. De la noción inquisitorial del “recurso” hacia la noción actual del “control de la decisión”.

- A. Concepto. Definición legal.
- B. Normativa nacional e internacional: La postura de la Corte Europea de Derechos Humanos en el fallo Judge vs United Kingdom (2011).
- C. Inicios históricos: writ of attain, multas, nuevo juicio, veredictos direccionados y apelación.
- D. Los hechos y la prueba como “cuestión de derecho” para la revisión.
- E. Método de interposición.
  - 1. Soportes de interposición. De la “sentencia escrita” a la “audiencia”. Del “expediente” a las “instrucciones” y al “registro en audio y video del debate”.
- F. Método de litigación.
- G. Método de resolución. Distintas jurisdicciones.
  - 1. La base objetiva y el test del jurado razonable en Canadá.
  - 2. Variaciones del test revisor en cada jurisdicción
  - 3. Australia: el test de la valoración independiente.
  - 4. Inglaterra: el test de la duda persistente.

- 5. Nueva Zelanda: el test de “Ramage”.
  - 6. Estados Unidos: el test de “la prueba insuficiente”.
- H. Los límites de la revisión: ¿restringida o amplia?
  - I. Distintos grados entre los “hechos”.
  - J. Hacia un cambio definitivo de visión. De la lógica de la ratificación a la lógica de la corroboración.
  - K. Conclusiones provisionales. Control amplio sin motivación.
  - L. El veredicto del jurado ante los fallos Herrera Ulloa y Casal.
    - 1. Métodos de revisión distintos: jurados y jueces. Los fallos Taxquet (2010) y Judge (2011) de la CEDH.

### **Capítulo 3° Objeto del Veredicto**

#### § 1. El Poder del Jurado sobre la Ley Penal de Fondo

- A. ¿Qué decide el jurado? ¿Qué decide el juez?
- B. Historia y desarrollo en el common law y en el civil law.
- C. Estado actual de la discusión.
  - 1. La cuestión hecho-derecho en sede penal: una discusión estéril.
  - 2. La cuestión hecho-derecho en sede civil: una cuestión problemática.
- D. El poder del jurado sobre delitos menores incluidos. Iura novit curia.
  - 1. El estatus constitucional del iura novit curia del jurado.
  - 2. Iura Novit Curia e instrucciones de oficio del juez
  - 3. Iura Novit Curia a instancia de partes.
  - 4. Límite judicial a los pedidos de parte por delitos menores.

#### § 2. El Poder del Jurado sobre el Juicio de Individualización de la Pena

- A. El jurado y la pena: poder del jurado para adjudicar las agravantes genéricas y específicas.
- B. Las determinaciones especiales.
- C. Conclusión.

### **Capítulo 4° Rendición, Comprobación y Firmeza del veredicto.**

## § 1. Las formas del veredicto como garantía y control

### A. Formulario del veredicto.

1. Confección

### B. Anuncio del veredicto. Otra formalidad esencial.

1. Historia de la manipulación
2. Salvaguardas actuales. Distintas modalidades.
3. El caso argentino

### C. Comprobación del veredicto (Polling of the jury).

1. Concepto.
2. Consecuencias.
3. Formalidades. Ejemplos.
4. Problemas con el polling.
5. Errores del juez que acarrearán revocación.
6. Función de salvaguarda del polling.
7. Aceptación del veredicto por el juez. Registro. Efectos.
8. La comprobación del veredicto en las leyes de jurado argentinas.

### D. Disolución del jurado

1. Palabras del juez
2. Instrucción última. Mantener el secreto.

## § 2. Veredicto del Jurado y Cosa Juzgada

### A. La firmeza del veredicto

1. Concepto y diferencias entre el common law y el civil law.
2. Alcance conceptual de la firmeza de los veredictos en el common law. La experiencia argentina.
3. Diferencias y similitudes con la tradición revisora del civil law.
4. Origen de la firmeza del veredicto. La Regla del Secreto y el derecho humano a un final para el litigio.
5. La afirmación del doublejeopardy y la firmeza de los veredictos del jurado en el common law. Poderes de los acusadores.
6. La firmeza del veredicto y el ne bis in idem o doublejeopardy
7. La firmeza del veredicto en la Argentina: centralidad del juicio.

**PARTE II**  
**El veredicto del jurado y sus dispositivos de control de partes**

§ 1. Breve introducción y descripción

**Capítulo 5°**  
**Control popular de la investigación y la acusación.**  
**Primer dispositivo de control directo sobre el veredicto.**

§ 1. El jurado como garantía de la máxima división de poderes dentro del proceso.

§ 2. El “coroner’s jury” y la “Inquest”.

§ 3. El Gran Jurado de Acusación.

A. El Civil Grand Jury de California y Florida.

B. El Special Grand Jury. Gran Jurado Especial.

C. “Runaway Grand Jury”. Gran Jurado “fuera de control”.

§ 4. Diferencias con el control judicial “profesional” de la acusación.

**Capítulo 6°**  
**La audiencia de voir dire: la selección del jurado imparcial**  
**Segundo dispositivo de control directo sobre el veredicto.**

§ 1. ¿Qué es la imparcialidad? Actitud mental y representación equitativa de la comunidad. Sujeción a la prueba y prejuicio positivo.

§ 2. Concepto y origen del voir dire. La imparcialidad como producto del litigio.

A. Diferencias con el concepto de imparcialidad en el civil law.

B. Otros conceptos no menos importantes de voir dire.

§ 3. El control externo del voir dire. Sorteos.

§ 4. El control interno del voir dire: las recusaciones con y sin causa.

A. La audiencia de voir dire: límites, reglas, uso de cuestionarios.

B. Recusaciones con causa: influencia mediática y condenas anteriores.

C. Recusaciones sin causa y control del veredicto.

D. El voir dire de Canadá: el control de las recusaciones en manos del Pueblo.



§ 5. La transformación del voir dire: del modelo paternalista al modelo de desección. La importancia crucial de la teoría del caso.

§ 6. Empleo de cuestionarios y registro de la audiencia de voir dire. El fallo Skilling (quiebra de la multinacional Enron).

## **Capítulo 7º**

### **El litigio adversarial**

#### **Tercer dispositivo de control directo de parte sobre el veredicto.**

§ 1. Litigio adversarial y verdad. La construcción social, colectiva y objetiva de la verdad.

§ 2. La epistemología del litigio. El valor de la intermediación.

§ 3. Sujeción estricta del veredicto a la prueba del juicio.

A. Juramento del Jurado. Aspectos constitucionales. Consecuencias.

B. Desarrollo del juicio. El nuevo paradigma de litigación adversarial.

C. Las instrucciones del juez y la prueba.

D. Empleo limitado del récord de audio/video del juicio.

E. Reconstrucciones prohibidas en el jury room: reforzando el litigio y el control de partes.

F. Prohibición absoluta de hacerle saber al jurado los antecedentes del acusado.

G. Investigaciones empíricas: el veredicto y la prueba.

§ 4. Sujeción estricta del veredicto al hecho requerido en la acusación.

A. Rol limitado de la requisitoria de elevación a juicio en la sentencia profesional. El imputado contra un doble acusador.

B. Rol de la acusación en la fundamentación fáctica del veredicto

§ 5. La semi-publicidad del juicio mixto profesional. Menores controles de parte sobre la sentencia (motivada).

§ 6. Conclusión: el litigio de partes permite el control total sobre los hechos.

## **Capítulo 8º**

### **El juez como juez de garantías del juicio con jurados.**

#### **Cuarto dispositivo directo de control de parte sobre el veredicto**

- § 1. La imparcialidad vinculada a las decisiones sobre la prueba de los hechos.
- § 2. El juez del juicio por jurados es un juez de garantías del juicio.
- § 3. Prohibición del juez y de los jurados de interrogar.
- § 4. Conclusiones y consecuencias. La división del poder de juzgar.

**Capítulo 9°**  
**Las instrucciones del juez al jurado**  
**Quinto dispositivo directo de control de parte sobre el veredicto**

- § 1. Las instrucciones: diálogo, comunicación y control judicial.
- § 2. Definición de instrucciones. Origen.
- § 3. Instrucciones sobre el derecho: prohibición de instruir sobre los hechos. La Instrucción Admonitoria.
  - A. Las mal llamadas “instrucciones particulares”. Un defecto a corregir.
- § 4. Confección de las instrucciones. Litigio de partes ante el juez.
- § 5. Instrucciones y recurso. El derecho de fondo y el resto del derecho aplicable.
- § 6. Instrucciones y su rol de fundamentación legal. Las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos.
- § 7. Manipulación controlada (jurado clásico) vs Manipulación irrestricta (escabinado).
- § 8. Instrucciones al jurado y estándar de más allá de duda razonable.
  - A. Su rol como garantía constitucional (inocencia). Fallo Winship
  - B. ¿Cómo se instruye este principio al jurado? El fallo Lifchus (Canadá).
  - C. Duda razonable y ne bis in idem. El fallo Burks (EEUU)
- § 9. Duda razonable y su vínculo total con la razón y con la prueba.

**Capítulo 10°**  
**La deliberación del jurado**  
**Sexto dispositivo directo de control de parte sobre el veredicto**

- § 1. Deliberación y soberanía popular.

§ 2. Las ciencias sociales investigando cómo deliberan y deciden los jurados. Breve historia de sus 50 años de estudios.

§ 3. Concepto de la deliberación.

§ 4. La deliberación como garantía constitucional. Nulla poena sine deliberare.

§ 5. ¿Cómo es la deliberación de un jurado?

§ 6. Estructura de la deliberación del jurado.

A. Medición de la calidad de la deliberación. Los 3 índices.

§ 7. ¿Cómo es el proceso para la toma de decisión? Desde la íntima convicción individual hasta la decisión grupal unánime.

§ 8. El proceso de toma de decisión individual de cada jurado. El Modelo Narrativo, la Dialéctica Hegeliana y las Experiencias de Vida.

§ 9. Las cuatro fases de la deliberación. ¿Los jurados realmente deliberan?

A. Fase nº 1: la Fase de Orientación.

B. Fase nº 2: la Fase de Abierto Conflicto.

C. Fase nº 3: La Fase de la Resolución del Conflicto.

D. Fase nº 4: La Fase de la Reconciliación.

§ 10. Los dos estilos de deliberación: focalizada en la decisión o en la prueba.

A. Guía para las deliberaciones. Análisis. Fases.

B. Duración promedio y votaciones parciales informales.

C. Influencia de la primera votación en el veredicto final. ¿Cuánto importa la deliberación?

D. Influencia ¿neutra? del presidente del jurado. Desacuerdos.

E. Mayorías sorprendidas que emergen durante la deliberación o las votaciones. Su importancia.

F. Influencia de la deliberación en los prejuicios de los jurados.

§ 11. Síntesis provisional. Influencia de la deliberación en el veredicto.

§ 12. Cinco salvaguardas principales que aseguran la deliberación en el juicio por jurados.

## **Capítulo 11°**

### **El jurado de doce personas**

- § 1. Salvaguarda nº 1. El impresionante número de 12 jueces ciudadanos.
- § 2. Distintos modelos históricos y actuales. El ideal del jurado de doce.
- § 3. Número mínimo de seis. Duras críticas.
  - A. Comprobación empírica de la inconstitucionalidad del jurado de seis.
- § 4. El impacto del número en la estabilidad de la decisión: El jurado como superior juzgador de los hechos.
- § 5. Deliberación devaluada del juez profesional: su bajo número afecta el proceso de determinación de los hechos.

## **Capítulo 12°**

### **El veredicto unánime**

- § 1. Salvaguarda nº 2. La exigencia de unanimidad.
- § 2. Origen de la unanimidad.
- § 3. El Veredicto unánime.
- § 4. Funciones de la unanimidad.
  - A. Fomenta la deliberación centrada en la prueba.
  - B. Realza la escucha a las minorías.
  - C. Fortalece la calidad de la deliberación.
  - D. Resguardo de la inocencia.
  - E. Legitimación de los veredictos.
  - F. Satisfacción cívica del jurado con su servicio.
  - G. Fuerza el proceso de razonamiento.
  - H. Sabiduría colectiva. Democracia, unanimidad y jurados.
- § 5. Unanimidad y Consenso. Diferencias.
- § 6. Tasa abrumadora de veredictos unánimes. Razones.

A. Veredicto alternativo y delitos menores incluidos.

§ 7. El hung jury o jurado estancado.

A. Concepto, efectos e historia.

B. El hung jury como un tesoro paradójal: ¿es algo negativo o es otra de las caras de la justicia?

C. Estadísticas e investigaciones históricas; resultados y problemas con la definición.

1. El jurado estancado en la visión de Kalven & Zeisel en 1955.

2. El jurado estancado en el año 2000 y los problemas con la definición

D. Causas del jurado estancado

E. Remedios para evitarlo (cuando sea necesario).

F. La Instrucción Allen o “Instrucción Dinamita”. Problemas.

G. Nuevas herramientas para superar el jurado estancado.

H. Detección del jurado estancado en el voir dire y normalización en los alegatos de clausura. El enfoque de SunWolf.

I. Consecuencias: abandono de la acusación, arreglo o nuevo juicio. Cifras.

J. Nuevo juicio y ne bis inidem. Constitucionalidad. La doctrina de la “necesidad manifiesta” de la Corte Suprema de E.E.U.U.

§ 8. Veredictos mayoritarios. Un remedio erróneo para evitar el jurado estancado.

A. Los fallos Apodaca vs Oregon y Johnson vs Louisiana.

B. Ventajas y desventajas del veredicto mayoritario.

C. Otras desventajas del veredicto mayoritario.

§ 9. El jurado estancado. Final.

§ 10. Defensa de la unanimidad: máxima garantía de la inocencia y máxima legitimidad social de la decisión.

**Capítulo 13°**  
**La Regla del Secreto del Jurado**

§ 1. Salvaguarda nº 3. La Regla del Secreto de la deliberación.

A. Ex ante y Ex post. Intrínsecas y Extrínsecas: los dos momentos y las dos formas de las irregularidades del jurado.

B. Similitud de la regla del secreto del jurado con el sufragio y otras profesiones.

§ 2. Concepto. Formulación original.

§ 3. Los seis objetivos de la Regla del Secreto. Independencia judicial. Su celosa custodia de más de cuatro siglos en el common law.

§ 4. Normativa en el common law y Argentina. Tipos penales que reprimen su violación.

§ 5. Concepto de inconducta del jurado: el método, el momento y la forma para solucionarlas.

A. Irregularidades post-veredicto (extrínsecas o intrínsecas). Tres fallos célebres.

B. Irregularidades intrínsecas y voir dire: El fallo Tanner vs USA (1987): la cuestión en Estados Unidos y Puerto Rico

C. La Regla del Secreto en un escenario pre-veredicto. Poderes del juez para investigar la inconducta del jurado antes del veredicto.

D. Final del escenario pre-veredicto.

§ 6. Motivación y Regla del Secreto. El particular caso de Estados Unidos con la libertad de prensa.

A. Libertad de Prensa y Regla del Secreto del Jurado en Estados Unidos.

B. Historia. La 1ª y la 6ª Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

C. La doctrina legal del 5º Circuito.

D. Un caso de libertad de prensa y jurados en Inglaterra y la CEDH (el caso Attorney General v Associated Newspapers Ltd de 1994).

§ 7. Aspectos constitucionales. Ratificación de la Regla del Secreto por la CEDH (Fallos Gregory vs UK y Sanders vs UK).

§ 8. Conclusiones.

## **Capítulo 14º** **Composición plural y aleatoria. Accidentalidad del jurado**

§ 1. Salvaguarda nº 4. La composición plural y aleatoria del jurado.

- A. Garantías de no discriminación, representatividad y aleatoriedad: la cuestión en Estados Unidos y sus diferencias con Argentina.
- B. El jurado indígena argentino. El juicio a Relmu Ñanku y a los líderes mapuches en Neuquén.
- C. Integración plural: superior calidad deliberativa. Combinando los recursos de cada jurado.
- D. Conclusiones empíricas sobre la heterogeneidad del jurado.

§ 2. Salvaguarda nº 5. La accidentalidad del jurado.

§ 3. Conclusiones sobre la deliberación. Efectividad. Opinión judicial.

**PARTE III**  
**El veredicto del jurado y la verdad**

**Capítulo 15°**  
**Sistemas sin motivación y sistemas con motivación**

- § 1. Necesaria introducción epistemológica, política, histórica e ideológica.
- § 2. Dimensión epistemológica de la discusión. El yerro inicial y la visión de Damaška.
  - A. Diferencias evidentes entre los dos sistemas.
  - B. Funciones adicionales del proceso.
  - C. Respuesta provisional.
- § 3. Las ideologías de la justicia y los sistemas procesales.
  - A. La ideología del adversary inglés. Tesis radicales
  - B. La ideología del sistema adversarial y la verdad. Tesis dominantes.
- § 4. El jurado ante la cerril mirada mixto-inquisitiva.
- § 5. Diferencias evidentes entre ambos sistemas.
  - A. Expediente escrito vs Audiencia pública y Proceso episódico vs. Juicio continuo.
  - B. La destrucción de la garantía de la publicidad en el continente europeo.
  - C. Una gran sospecha.

**Capítulo 16°**  
**El pasaje del jury inglés a Europa y a nuestra Constitución.**  
**Nace la íntima convicción.**

- § 1. La gran lucidez de Carrara frente al jurado y la íntima convicción.
  - A. La acérrima defensa del jurado de Carrara.
  - B. Carrara y su defensa de la “íntima convicción” del jurado.
  - C. Diálogo imaginario en Londres entre un joven estudiante Carrara y un juez inglés. La incomprensión inglesa del jury francais y su intime conviction.



§ 2. Carrara, la influencia francesa y los sistemas de valoración de la prueba.

A. La intime conviction también juzga con Reglas de Prueba.

§ 3. Carl Mittermaier, el más lúcido de todos los juradistas del siglo XIX.

A. El esquema analítico de Mittermaier sobre el jury inglés.

1. Las ventajas indisputables del jurado popular.
2. Las desventajas y críticas al jurado.
3. La refutación a las críticas y toma de posición sobre el jurado.

§ 4. La superioridad de legitimación y de garantías del juicio por jurados frente el juicio profesional.

A. Inmotivación para el veredicto del jurado y motivación para la sentencia del juez. Razones.

B. Las diferencias entre la íntima convicción francesa y el veredicto del jury inglés con sus reglas de evidencia.

C. La intime conviction en manos de los jueces. Rápido retorno a la arbitrariedad.

§ 5. El veredicto del jurado como una decisión fundamentada y racional

§ 6. El jurado clásico y el derecho al recurso por cuestiones de prueba.

A. La notable anticipación de Mittermaier en la cuestión: cómo regular el recurso contra la condena.

B. De cómo advirtió la diferente cuestión hecho/derecho en el common law y en el civil law.

§ 7. Ajustes imprescindibles para instaurar el jurado clásico en territorio inquisitorial.

A. Necesidad de las instrucciones del juez al jurado.

B. El jurado y los “atenuantes” (veredicto alternativo).

C. No a los híbridos en la implantación del jurado.

D. Futuro del jurado.

§ 8. La influencia napoleónica y el código mixto de 1808.

A. Las fragorosas discusiones legislativas. ¿Cómo instituir el jurado inglés en Francia?

B. ¿Reglas de Prueba de vuelta en manos de jueces? La gran encrucijada política de los constituyentes franceses ante el jurado.

§ 9. La invención de la fórmula (completa) de la íntima convicción en 1795 por el jurista Merlin.

§ 10. El doble equívoco sobre la íntima convicción. Su errónea comprensión como un sistema irracional o no basado en las pruebas.

A. La falsación histórica de la íntima convicción por los antijuradistas del civil law. Los prejuicios de Couture.

B. Otro mito y falsación histórica: la “sana crítica” no exige motivación.

§ 11. Síntesis histórica. El justo lugar de la íntima convicción.

### **Capítulo 17º**

#### **Las tesis radicales motivacionistas. La idealización de la motivación.**

§ 1. Los conceptos de verdad en el pensamiento de Luigi Ferrajoli y de Michele Taruffo.

A. Críticas a la realidad desde una ficción. Ser o deber ser.

§ 2. La Tesis de Verdad de Ferrajoli. Epistemología inquisitiva y acusatoria.

A. Primera confrontación con la tesis ferrajoliana: ¿no existe esta posibilidad de verificación/refutación de verdad en el sistema anglosajón?

B. Segunda confrontación con la tesis ferrajoliana: un sistema sin jurados jamás puede predicarse de acusatorio.

C. Tercera confrontación con la tesis ferrajoliana: la epistemología no advertida del sistema mixto napoleónico.

D. Una tarde con Julio Maier y Luigi Ferrajoli.

§ 3. Michelle Taruffo: Jurado y Verdad Teatral. Juez togado y Verdad Real.

§ 4. Argumentos radicales contra el sistema adversarial de jurados. Refutaciones.

A. Ideología individualista y competitiva.

B. Apariencias de verdad.

C. Teorías del Caso. Relato de los Hechos, pero no la Verdad.

- D. Contraexamen vs interrogatorio del juez.
- E. El juez con amplios poderes sobre la prueba.
  - 1. Torna a Surriento o a Letrán.
  - 2. Oralidad degradada o inexistente.
  - 3. Una sentencia “ejemplar”.
  - 4. Dos películas “ejemplares”: Sophie Scholl y El Lector.
  - 5. Desvalorización del rol de las partes.
  - 6. Reflexiones de un juez del common law.
- F. Veredicto ordálico del jurado.
  - 1. El adversary y el desconocimiento de la tortura.
- G. La “Irracionalidad” del jurado vs. la “racionalidad” del juez para determinar la verdad.

### **Capítulo 18°**

#### **La motivación como garantía exclusiva para el juicio profesional.**

- § 1. Concepto. ¿Qué significa motivar?
- § 2. Funciones de la motivación: la dimensión endoprocesal y extraprocesal.
  - A. Función política de la motivación: compensar los defectos de legitimidad del juicio con jueces profesionales.
- § 3. Extensión de la motivación: ¿completa, suficiente o sucinta? Otras clases.
  - A. La motivación sucinta del jurado español. Crisis. Rol del juez.
  - B. La motivación ficta del jurado escabinado. Crisis.
- § 4. Origen de la motivación: de la Inquisición a la garantía.
  - A. La motivación sin ley en el common law anglosajón.
  - B. La motivación con ley en el civil law tras la Revolución.
- § 5. La motivación en las Constituciones modernas del civil law: un freno (garantía) al arbitrio de los jueces profesionales.
- § 6. El juicio técnico sin motivación del common law.

**Capítulo 19°**  
**Epílogo. Conclusiones.**  
**Pasado, presente y futuro del juicio por jurados.**

§ 1. El jurado como baluarte y garantía de la publicidad y oralidad del proceso.

§ 2. Conclusión

*“El veredicto de un jurado puede ser un acto de sanación. La función del jurado, entre las tantas que tiene, puede ser la de cerrar los eventos trágicos en la vida de una familia, sanar a las víctimas, reparar la injusticia y hablar por las masas. Los juicios por jurados son poderosas fuerzas en las vidas de tantas personas...”<sup>1</sup>*

## **INTRODUCCIÓN, HIPÓTESIS y OBJETIVOS:**

El juicio por jurados en la Argentina es una múltiple exigencia constitucional que abarca a todas las formas de enjuiciamiento. Por mandato del art 24 de la Constitución Nacional, los juicios de todos los fueros, sean estos penales, civiles, comerciales, laborales, de tierras, administrativos, de navegación, de extradición deben ser juzgados por jurados. Fue ubicado estratégicamente por los constituyentes en cuatro partes distintas de nuestra Carta Magna. Merced a esta cuidadosa y deliberada arquitectura constitucional, el juicio por jurados en su forma clásica es un programa completo acerca de cómo debe administrarse integralmente la justicia en nuestro país. Representa, a su vez, la máxima expresión de desconcentración y de división del poder sobre la decisión, especialmente la punitiva, que existe en una democracia republicana constitucional.

Pero su célebre forma de rendir el veredicto es lo que realmente posibilita la concreción de tan alto ideal.

Esta tesis doctoral es, en gran medida, una abierta defensa del veredicto del jurado. Dicha forma de decisión -que en esta tesis será analizada y desmenuzada con la

---

<sup>1</sup>SUNWOLF: “Practical Jury Dynamics2”, Lexis Nexis, 2ª edición, 2007, p. 612.

máxima profundidad- ya lleva dos milenios de continua existencia en los más diversos pueblos, culturas, regiones y eras de la Humanidad.

La hipótesis de investigación general de la tesis es demostrar que **el veredicto del jurado es la más fundamentada de todas las decisiones judiciales**. La forma en que rinde el jurado su veredicto general asegura un modo de enjuiciamiento único, sin par y epistemológicamente superior en todo sentido al juicio profesional. El juicio por jurados es un preciado tesoro de la Civilización y ha sido el garante del sistema acusatorio. Sin él, no es posible un sistema acusatorio y adversarial **real**, ni un juicio sin expedientes escritos. El jurado clásico es el único proceso en el que la verdad de los hechos es alcanzada, según la definición de Binder, en el *plano social de la construcción colectiva del escenario judicial, plena de inmediatez, oralidad* y que, además, es *objetivable*.<sup>2</sup> El jurado clásico nos remite a un litigio entre partes y ante el público (*plano social*) de una intensidad y un control desconocidos en las demás formas de enjuiciamiento. Coloca la decisión de los hechos en manos de un imponente número de personas independientes del Estado (*aspecto colectivo*, deliberación, exigencia de unanimidad, etc). Además, permite impugnar, tanto en la instancia como en sede revisora, la valoración efectuada de la prueba de los hechos que funda la condena (*aspecto objetivable*). Esta forma de construir la verdad -el estilo acusatorio de fundamentación o *epistemología del litigio*, como la llama esta tesis- ha estado presente, de menor a mayor grado, en todos los sistemas acusatorios desde la época de la Polis griega hasta la actualidad. Aquí reside la superioridad del veredicto del jurado clásico sobre cualquier otra forma de decisión judicial.

Para probar esta hipótesis confrontaremos intensamente contra buena parte del motivacionismo radical del *civil law*. Ha sido Luigi Ferrajoli quien nos enseñó, como nadie, acerca de la relación entre la epistemología y los sistemas judiciales. La verdad en el sistema acusatorio fue siempre obtenida y construida a partir de una acusación presentada en un litigio público de partes y ante un jurado. La fundamentación del veredicto del jurado en los sistemas acusatorios -dado que siempre se trató indiscutiblemente de una decisión fundamentada- **recae completamente en la acusación** y en la carga de que el acusador pruebe la verdad de los hechos que alega en un juicio público, pletórico de los controles externos que el litigio provoca sobre la

---

<sup>2</sup>BINDER, Alberto y otros: “Un juez para la democracia”, Capítulo X “El juez y la cuestión de hecho. Formación de la convicción judicial”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016, p. 130.

decisión, ante un jurado imparcial y más allá de toda duda razonable.<sup>3</sup> El acusador debe concluir y fundamentar racionalmente en corte abierta su hipótesis acusatoria, de modo tal que el veredicto del jurado (o la sentencia del juez) es simplemente el reconocimiento de los fundamentos de dicha acusación. Esta es -y ha sido siempre- la epistemología acusatoria y este es el *estilo acusatorio de fundamentación*.<sup>4</sup>

Fundamentar significa apoyar la decisión en la prueba de los hechos y que la misma sea la derivación razonada del derecho. Todo ello existe y es abastecido de manera muy superior en un juicio por jurados. Motivar, en cambio, significa expresar posteriormente las razones en un documento escrito o en una audiencia oral.

De aquí nuestra insistencia en señalar el error de aceptar un veredicto del jurado sólo porque sea la expresión soberana del Pueblo. Por supuesto que lo es, pero no se trata sólo de un argumento de autoridad: el veredicto del jurado es una decisión fundada, aunque permanezca inmotivada por razones muy importantes. Inmotivación del veredicto no es falta de fundamentación. Son conceptos completamente distintos.

En cambio, cuando surge la Inquisición en Europa continental, se produce el desplazamiento de la construcción de la verdad desde el acusador hacia el juez. La verdad es ahora obtenida de un nuevo modo y por un protagonista también nuevo: el juez profesional. La verdad es excluida de los poderosos controles externos que el litigio produce sobre la acusación y es corrida al momento de la convicción del juez. Es decir, sale de la acusación y es puesta en la sentencia del juez profesional, quien debe expresar por escrito sus fundamentos. Claro que lo hace en el marco de un procedimiento que destruyó el juicio público, que eliminó los controles de parte y que hizo surgir nuevos vicios, como el apartamiento oficioso del juez de la hipótesis acusatoria en contra del acusado (*iudex ultra petita*). Este es el *estilo inquisitorial de fundamentación*, o

---

<sup>3</sup> En el capítulo 14º explicaremos cómo, en la realidad actual del *common law*, que esta misma lógica acusatoria de fundamentación vale no sólo para los veredictos del jurado -siempre inmotivados-, sino también para las sentencias de los jueces cuando el juicio es profesional. Tampoco ellos motivan, salvo que se los pidan las partes. No por eso dejan de ser decisiones completamente fundamentadas. En ambos hay acusación, litigio público y controles de una intensidad tal que ningún juicio del *civil law* puede hoy siquiera igualar.

<sup>4</sup> DIAMOND, Shari: “*Las múltiples dimensiones del juicio por jurados*”, Capítulos 7º y 9º, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2016, ps 194-286 y ps. 311-358. La autora tuvo acceso a las únicas deliberaciones reales de jurados que se permitieron filmar como parte de un experimento científico único en su tipo en el estado de Arizona en el año 2000. Allí apareció, entre muchas otras cosas, el método propio de fundamentación que tienen y siempre han tenido las decisiones de los jurados: exponer sus razones entre ellos, uno por uno en la deliberación, mientras buscan la unanimidad. Los doce jurados cruzan y confrontan sus razones acerca de si el fiscal probó o no probó durante el juicio público su acusación (escrita y motivada). Este es el gran método de estabilización racional del veredicto y que en esta tesis defendemos como superior.

epistemología inquisitiva. Es un modo de construcción de la verdad sin litigio o con un litigio degradado y secreto (*no social*), individual (*no colectivo*) y fuertemente subjetivo y afincado en la convicción [la mente] del juez (*no objetivable*). Hay numerosas indicaciones de que tal estado de cosas no ha cesado hoy en el *civil law*. Frente a ese cuadro, no hay duda alguna que el veredicto del jurado es una decisión superiormente fundamentada en términos de racionalidad y de verdad a la sentencia escrita de un juez profesional.

El endiosamiento de la motivación de las sentencias llevada a cabo por el motivacionismo radical confluye en una renovación del pensamiento inquisitivo. Este es el punto de crítica y de disenso central de esta tesis con el pensamiento de Ferrajoli, Taruffo e Ibáñez. La exigencia irreductible de una “*motivación expresada*”, escrita u oral, del juzgador -como si esa fuera la única forma de fundamentar una decisión judicial- revierte otra vez hacia la epistemología inquisitorial y debilita el peso total que recae en el sistema acusatorio sobre la acusación y los controles del litigio público para construir la verdad de los hechos. Demostraremos que el pensamiento ferrajoliano de ensalzar “*la posición epistemológica del juez*” no logra superar la dinámica de un sistema acusatorio meramente *formal*, pues a ello conduce un sistema sin jurados. Este es el gran aporte -que desarrollaremos con amplitud en la tesis- que ha hecho Alberto Binder: el reconocer que hay una tercera epistemología en los sistemas judiciales, que es la de los sistemas mixtos napoleónicos. La verdad es obtenida y construida por completo en el expediente de la etapa instructoria, fuertemente escrita e inquisitorial y llevada a cabo hasta por funcionarios policiales o empleados delegados de los juzgados. El juicio oral subsiguiente es la crítica a esa instrucción y la sentencia emplea masivamente la información del expediente para resolver el caso. De ese callejón sin salida no puede salir el motivacionismo radical del *civil law*.

En cambio, en los sistemas acusatorios de ayer y de hoy, la verdad es construida íntegramente en el juicio público, no en la instrucción preparatoria. El modo propio de la epistemología acusatoria de todos los tiempos, aunque aún más refinado, se mantiene plenamente vigente en los países del *common law* que juzgan con jurados.

Otra de nuestras principales hipótesis es demostrar también que nuestra cultura jurídica, la que hemos heredado de la Metrópoli española y que hunde sus raíces en la tradición del *civil law*, asocia erróneamente a la racionalidad y a la fundamentación con un documento escrito. La obra confronta a brazo partido contra esta falsación. Es al



revés: la cultura de la racionalidad en las decisiones judiciales de Occidente es patrimonio exclusivo del método acusatorio oral, que siempre –y hasta el día de hoy- ha sido terminado por jurados. Por el contrario, el método escrito hizo su aparición tardíamente, junto con la Inquisición y, como describe bien Binder, *como forma de manipular la racionalidad mediante la escritura*. El método oral y público fue y continúa siendo el mejor método para fundamentar la construcción racional de la verdad.<sup>5</sup>

En otras palabras, el veredicto del jurado jamás puede significar falta de fundamentación, de razonamiento o de verificación. Bajo estos adjetivos descalificatorios, la reacción conservadora contra el jurado ha pretendido denostar a la íntima convicción del jurado, asociándola a la irracionalidad, a la ausencia de reglas externas, a un convencimiento *psíquico-subjetivo* que sólo ocurriría en la cabeza de los jurados y que, por ende, sería incontrolable. Nada más errado. La tesis busca rehabilitar decididamente a la íntima convicción -el método más antiguo de valoración de la prueba de la Humanidad- como una forma de convencimiento racional, sujeta a reglas externas y a un control amplio de corroboración **objetiva** de los hechos, propio de la epistemología acusatoria de todas las épocas.

Demostraremos que la valoración de la prueba en un sistema acusatorio con jurados, o inclusive con juez técnico, **no es** una operación psíquico-interna que transcurre en la mente del juzgador, sino que siempre ha sido en la tradición acusatoria un *proceso objetivo de controversia y control realizada bajo formas orales y públicas* y en donde se abastecen todas las exigencias de fundamentación.<sup>6</sup>

El veredicto del jurado es, entonces, una decisión racional y superiormente fundamentada. Se aleja de la consideración de la convicción judicial como un diálogo interno entre el juez y su mente y la sujeta al litigio como condicionante externo al juez

---

<sup>5</sup> Ver este fragmento de la película de 1970 “*Sócrates*”, de uno de los máximos exponentes del neorrealismo italiano en el cine, Roberto Rosellini. Allí, Sócrates rebate el **Mito Egipcio de Toth** acerca de que la escritura traerá más sabiduría. La capacidad de diálogo, que en griego significa la capacidad de razonar y argumentar, siempre será infinitamente superior a lo escrito en la búsqueda de la verdad. El litigio adversarial, como método oral de construcción de la verdad, es lo más parecido al diálogo socrático dentro de los sistemas judiciales.

“**Sócrates:** *Es posible creer que los escritos hablan inteligentemente, pero intenta interrogarlos. Sólo pueden repetirse. Una vez escritos, los discursos pasan de mano en mano. Indiferentemente, sin que pueda distinguirse uno débil de uno inteligente. Y si los escritos te atacan, te acusan injustamente, resultará imposible hacerlos entender razones.* **Discípulo:** *¿Por qué haces estas reflexiones, Sócrates?* **Sócrates:** *“Pues pusieron un escrito acusatorio contra mi en el pórtico del Arconte”.*

Ver completo aquí <https://www.youtube.com/watch?v=E86B5B6-SI>.

<sup>6</sup>BINDER, Alberto: “*Un juez para...*”, op. cit., p. 131.

(lego o profesional).<sup>7</sup> En línea con la jurisprudencia reciente de la Corte Europea de Derechos Humanos, que lo único que ha hecho es reconocer una praxis acusatoria preexistente de casi dos mil años, la fundamentación del veredicto del jurado en materia penal es trasladada íntegramente al acusador y a su exigencia de probar en un juicio oral y público la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable. Tal ha sido siempre el método propio de fundamentación del veredicto del jurado y de los sistemas acusatorios. El jurado declara con su veredicto si la acusación -que desencadena el debate y está motivada por escrito bajo pena de nulidad- ha sido probada o no más allá de dicho estándar. Pero no lo hace en el marco de un expediente lleno de actas escritas o de un pseudo-litigio. Lo hace a plena luz del sol, en el contexto de un verdadero juicio adversarial, en donde hay teorías del caso en pugna, examen directo y contraexamen de los testigos, objeciones, acreditación de la prueba, alegatos de apertura y alegatos de clausura que justifican las conclusiones deductivas sobre la prueba de los hechos en presencia del jurado. Estos controles externos tan poderosos son un punto fundamental que siguen siendo menospreciados por el *civil law* y su apego a la escritura como único sinónimo de “*fundamentación racional*”. “*Motivar*”, nos vuelve a decir Binder, no es tan sólo un examen justificativo de autoconsciencia del juez; “*motivar es permitir, facilitar el control externo, permitir la revisión de la decisión y de todo el proceso decisorio de los hechos*”.<sup>8</sup> Sobradamente cumple el veredicto de los jurados penales, civiles o de cualquier fuero con estas exigencias, como demostraremos en esta tesis.

En el juicio técnico, en cambio, la exigencia de fundamentación es desplazada desde el acusador y el litigio adversarial hacia el juez y su motivación en la sentencia. Refuerza el papel epistemológico del juez, pero a costa de menos controles sobre el litigio o, inclusive, de la destrucción del litigio y/o de la oralidad.<sup>9</sup> Este es el método propio del juicio profesional, que en esta tesis es considerada imprescindible como garantía para esta modalidad, pero que posee los efectos colaterales mencionados que socavan al principio acusatorio. De hecho, el *civil law* jamás ha podido igualar la

---

<sup>7</sup> BINDER, Alberto: “*Un juez para...*”, op. cit., p. 131. No es la parodia de litigio que existe en América Latina y Europa continental “*El litigio no es un mero acto informativo al juez; tampoco es una simple escenificación ante el juez, no es una audiencia “in voce”, al modo de las viejas audiencias orales inquisitoriales; se trata de un proceso decisorio por las partes y por el público.*”

<sup>8</sup> BINDER, Alberto: “*Un juez para...*”, op. cit., p. 134.

<sup>9</sup> BINDER, Alberto: “*Un juez para...*”, op. cit., p. 132: Pero por fuera de la discusión histórica o antropológica, lo cierto es que la experiencia de los sistemas orales latinoamericanos, en los que se transcriben actas escritas literales del juicio oral, terminan haciendo de esos juicios una pantomima de debate y se destruye totalmente el litigio y el control sobre la prueba. Subyace, como hemos dicho, la subvaloración del litigio y la primacía de la “*posición epistemológica del juez*” lugar desde el cual, insistimos, no se puede escapar fácilmente del subjetivismo incontrolado”

calidad del litigio adversarial del *common law* para probar la verdad de los hechos de manera racional. La diferencia entre la tradición oral del *common law* y la tradición escrita de la Inquisición es la ausencia total de un juicio oral y público en esta última. Es otra razón que explica por qué el jurado juega un rol tan importante en la legitimación del sistema.<sup>10</sup>

El veredicto del jurado, por el contrario, descarga todo el peso de la fundamentación en el acusador y en el litigio público como exigencia de la presunción de inocencia. Es lo que en esta tesis denominamos *epistemología del litigio*, que no es otra cosa que la epistemología acusatoria que nos enseñó Ferrajoli, pero bajo otra denominación. Si pretende triunfar, el fiscal deberá someter su acusación a un litigio verdaderamente público, pletórico de controles para ambas partes en igualdad de condiciones, que conforman un modo de enjuiciamiento distinto en todo sentido al del juicio técnico. Esa clase de litigio -que sólo el veredicto del jurado clásico ha asegurado en la Historia- es la mejor manera de construir la **verdad total** sobre los hechos más allá de toda duda razonable.

El problema para nuestro margen cultural es que la existencia misma del jurado y de su veredicto tensionan nuestra “*tradicional*” noción de concebir un sistema judicial que, desde hace cinco siglos, gira en torno a la escritura, a una instrucción preparatoria súper influyente, a la provisoriedad de la decisión, a una organización judicial jerárquica y al monopolio de la decisión en jueces profesionales. No hay otro norte cultural más allá de la escritura.<sup>11</sup> La distorsión a la que nos ha llevado el motivacionismo radical llega al punto de asimilar *racionalidad* con *documento escrito*.<sup>12</sup> A pesar de que se quiera predicar a los sistemas judiciales actuales del *civil law* como acusatorios, no lo

---

<sup>10</sup> DIAMOND, Shari S.: “*Convergence and Complementarity between Professional Judges and Lay Adjudicators*”, editado en el libro de VAN KOPPEN, Peter y PENROD, Steven D.: “*Adversarial vs Inquisitorial Justice*”, Springer US, 2003, p. 331. Traducción castellana en DIAMOND, Shari: “*Las múltiples dimensiones...*”, op. cit, 2016, p. 51 y ss.

<sup>11</sup> PERFECTO IBÁÑEZ, ANDRÉS: “*Tercero en discordia: Jurisdicción y juez del estado constitucional*”, Editorial Trotta, Madrid, 2015: “*en contra de lo que suele ser opinión común, entiendo que el sistema ideal de documentación es el escrito, recogiendo todas las intervenciones en un acta rigurosamente literal*”. De más está decir que Perfecto Andrés Ibáñez es uno de los adalides del motivacionismo radical del *civil law*, con quienes discutiremos intensamente en esta tesis.

<sup>12</sup> BINDER, Alberto: “*Un juez para...*”, op. cit, p. 132. Binder confronta esta ridiculez sin contemplaciones: “*Existe tras de esta opinión un arquetipo de época, según el cual lo racional es propio de lo escrito. Nada más alejado de la tradición de Occidente: la racionalidad ha sido una construcción de las culturas orales y no del modelo escrito de cultura que sólo se consolida en la Edad Moderna, justamente con la aparición de los sistemas inquisitoriales y absolutistas que pretenden manipular la racionalidad a través de la escritura*”.

son y distan mucho de serlo; se han quedado a las puertas del acusatorio meramente formal, cuanto no de un sistema inquisitivo reformado.

La tesis también tiene una parte didáctica. Hasta el día de hoy, la discusión sobre el jurado en la Argentina estuvo circunscripta a sus fundamentos jurídico-políticos - *jurado sí, jurado no*- y prácticamente se trabajó muy poco, o prácticamente nada, en los problemas técnicos propios y específicos del juicio por jurados.

Instituciones tales como las instrucciones del juez al jurado, el *voir dire*, la firmeza del veredicto sin recurso para el acusador, el veredicto unánime, cómo se controla el veredicto, cómo es la deliberación y la toma de decisión, la manera de litigar ante un jurado, cómo se depura la prueba, el rol que cumplen el litigio y su intermediación, el empleo del récord taquigráfico del debate, las distintas formas de jurado durante la investigación y la acusación, son casi desconocidas en nuestro país, aún bajo la pesada influencia de los procedimientos escritos por expedientes y del juez profesional como solitario juzgador de los hechos.

Algunos doctrinarios argentinos y europeo-continentales rechazan abiertamente al jurado clásico porque consideran -sin siquiera haber investigado en lo más mínimo su funcionamiento global y más específico- que el veredicto general del jurado, que declara al acusado culpable o no culpable, “*vulneraría la garantía de la defensa*” porque impediría una revisión amplia de los hechos contra la condena, que hace más de una década ha consagrado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Nada más falso. Se trata de una visión aislada y hecha fuera del contexto de este método de enjuiciamiento: el veredicto del jurado, reiteramos, es una decisión racional y fundamentada que se construye de manera muy superior. Superior, en términos epistemológicos, de calidad y de control, a la fundamentación escrita que hacen los jueces técnicos en sus sentencias y a los procesos del cual ellas provienen.

Lo hemos repetido una y otra vez en varios libros: la inmotivación del veredicto del jurado no significa falta de fundamentación.<sup>13</sup> Es sólo que el método cambia y está

---

<sup>13</sup>El nuevo Código Civil argentino dispone en su *ARTÍCULO 3º.- Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.* La tesis tratará parcialmente el caso del jurado civil, que está a punto de ser ley en provincias como La Rioja, pero esta importante y acertada norma reafirma el principio que gobierna esta tesis: ¿el veredicto de los jurados civiles o penales, es una decisión razonablemente fundada? Sí, absolutamente. ¿Una decisión, para ser razonablemente fundada, debe estar por escrito? No, en modo alguno. El juicio técnico y el juicio por jurados tienen sus propios y diferentes métodos para fundar razonablemente sus decisiones. El primero utiliza a la escritura como método de expresión. El jurado, en cambio, posee un sinnúmero de superiores dispositivos y de controles que tornan su veredicto no motivado en una decisión razonable y fundada.

atado al litigio, a la acusación, a las instrucciones y a otros mecanismos. Pero en el marco de un litigio real, no de una parodia. El motivacionismo radical del *civil law* no concibe otra forma de fundamentar que no sea en el *estilo escrito de la sentencia*, cuando la escritura es sólo uno de los métodos disponibles para considerar fundamentada a una decisión judicial. El problema es que el antijuradismo lo considera excluyente; pretende erigirlo, además, en el único modelo epistemológico posible. De allí su error y su cerrazón, comprensible quizás porque el entorno cultural del *civil law* ha atado las formas del procedimiento a la lógica del trámite escrito. No reparan siquiera que el juicio por jurados penal y civil del *common law* es un proceso tanto o más formalizado que el actual juicio mixto napoleónico que nos caracteriza: sólo que sus formas procesales están orientadas hacia las decisiones en audiencia oral y pública; no hacia la lógica del proceso escrito.

El problema está precisamente allí. Estuvo allí siempre y en ningún otro lugar. La batalla por las formas ha sido, junto con la dicotomía *jurado vs juez*, el nudo central del enfrentamiento entre los principios inquisitivo y acusatorio, que todavía continúa irresuelto en el *civil law*. Desde este punto de vista, se cumple la máxima de Binder: las formas procesales *son* las garantías. La forma en que rinde su veredicto el jurado es una garantía constitucional de primer orden. Ella está al servicio de asegurar las máximas acusatorias de oralidad, publicidad, continuidad y audiencia. En un ambiente inquisitivo, por el contrario, donde las formas son concebidas para decidir por escrito en procesos episódicos, la lucha por el cambio pide a los gritos la *desformalización*.

En ese contexto cultural de degradación de la oralidad, de supervivencia de una instrucción preparatoria escrita en actas con gran influencia sobre el juicio, la exigencia de *formas escritas para la motivación* de la sentencia del juez técnico es una garantía para el individuo sometido a proceso en países como Argentina y los del *civil law*. No hay otra manera para controlar semejante poder en manos de jueces estatales ante un juicio licuado de controles de partes. Pero, en el jurado, opera al revés: exigirle esa formalidad al jurado significa la derogación del instituto. La forma en que es rendido el

---

Perfectamente compatible con el artículo 3º del Código Civil vigente.

Ni esta norma ni ninguna otra exige que la fundamentación razonable esté *expresada por escrito*. Este artículo del código civil argentino, más allá de que está claramente dirigido al juez técnico, tolera perfectamente un eventual juicio por jurados civil con veredicto general, cuya fundamentación razonable es prácticamente similar a la que se produce en el procedimiento penal con jurados. Esto es, proveniente de un juicio oral, público, con litigio real, con la prueba producida en el debate, con instrucciones y ante un jurado. Allí está su estabilización racional como decisión. Muy distante del inexistente juicio civil, que es absolutamente escrito, sin litigio y episódico. La tesis demostrará este punto con amplitud.

veredicto general del jurado *es una forma procesal de garantía*. Ella protege y asegura la garantía individual del juicio por jurados, pues le permite al acusado acceder **plenamente** a los beneficios únicos de este modo de enjuiciamiento, en línea con el desempeño del rol histórico que lo llevó a la fama mundial y a estar presente como garantía en la mayoría de las constituciones del orbe. La tesis indaga en todos estos aspectos, que jamás podrán ser hallados en el sistema con jueces profesionales.

Vistas así las cosas, la tesis trabaja otro punto clave. El juicio por jurados y su veredicto permiten en el *common law* recursos cotidianos de apelación iguales o superiores en su amplitud a los que conocemos en Argentina, aunque la estabilización racional de su veredicto ya se haya producido ampliamente durante un litigio **real** en el juicio público. Varios de esos fallos, **provenientes todos de juicios por jurados** con veredictos sin motivación, se enseñan en nuestras facultades de Derecho y son citados por nuestras Cortes Supremas como hitos en la dogmática de las garantías constitucionales. Por caso, el *fallo Green* (ne bis in idem o double jeopardy); *fallo Miranda vs Arizona* (prohibición de autoincriminación); *fallo Nardone* (regla de exclusión o teoría del fruto del árbol envenenado); etc. ¿Alguien puede todavía seguir sosteniendo seriamente que los veredictos de los jurados no son decisiones fundamentadas, por más que solamente declaren un resultado?

El modo de demostrar esta hipótesis ante la concreta vigencia del jurado clásico en la mayor provincia argentina y en varias más, es investigar a fondo cómo se resolvió esta inexistente ficción en los países del *common law*, especialmente en los Estados Unidos, con el objetivo inmediato de que la entrada en vigencia del jurado constitucional en nuestro país no se vea frustrada rápidamente por la cultura inquisitiva todavía dominante.

Otro de los objetivos de la tesis es demostrar que este reclamo de “motivación” al veredicto del jurado clásico proviene de una hipervaloración de la garantía de motivación escrita que sólo es exigible únicamente al juez profesional y que no la reclaman ni siquiera los principales adalides europeos del motivacionismo. Efectivamente, el juicio ante jueces profesionales del *civil law* carece de los intensos controles, estándares de garantía y de legitimidad que brinda el juicio por jurados. Por esa razón, al jurado nunca se le exigirá la motivación; pero ella es imprescindible en el juez profesional. El jurado clásico y su veredicto general son perfectamente compatibles

con las nuevas exigencias de un recurso amplio por hechos y derecho que establecen los Pactos Internacionales de Derechos Humanos.

Por ello, otro de los objetivos de esta tesis es demostrar que ambos sistemas - juicios profesionales y juicios por jurados- deben coexistir, pero respetando sus propias particularidades y sus propios mecanismos de control. Demostraremos que los países del *common law* -cuya inmensa mayoría son signatarios de esos instrumentos, participan activamente de la comunidad democrática internacional y juzgan con jurado clásico y hasta con jueces técnicos que no motivan- resolvieron hace más de cien años esta cuestión, muchísimo antes que las recientes decisiones convencionales interamericanas.

Para demostrar estas hipótesis es necesario investigar en el funcionamiento más concreto y sutil del jurado. Una investigación de esta naturaleza -abarcativa de todos los aspectos del jurado- es imposible dentro de los límites de esta tesis doctoral. Seguramente, con el desarrollo concreto del juicio por jurados en el país, comenzarán a aparecer nuevas investigaciones sobre sus demás notas salientes.

Por estas razones fue que decidí concentrar esta tesis doctoral en el veredicto del jurado, bajo la dirección del Dr. Alberto Binder. Fue él quien me convenció de que este, y ningún otro, debía ser el tema de tesis. Esta elección se debió a que el ataque frontal contra el jurado clásico en la Argentina está dirigido contra su forma natural de rendir su veredicto. El veredicto general del jurado, que es superior en términos de fundamentación racional a las sentencias escritas de los jueces profesionales, es lo que hoy está bajo fuego graneado en la Argentina. Es una discusión muy añeja, prácticamente una reedición de las virulentas invectivas con que los juristas de la Europa continental del siglo XVIII y XIX se opusieron con fiereza a la instauración del jurado que venía de Inglaterra, de la mano de las ideas libertarias de la Revolución Francesa.

Hoy, como si ayer nada hubiera pasado, se repiten en Argentina las mismas consignas: el veredicto del jurado, por su imprescindible ausencia de exposición escrita de los motivos de la decisión, sería algo así como un conjuro misterioso de doce personas, un acto de fe, un pronunciamiento mágico, místico, ordálico, irracional, pasional, emocional, irrevisable e incontrolable. En suma, el veredicto del jurado tornaría al juicio en una entidad no verificable. Carmigani tildaba al veredicto del jurado por íntima convicción como un poder monstruoso, inhumano y arbitrario. "*Justicia turca o justicia del cadí*" fueron sus memorables adjetivos. Claro que esta salvaje

caracterización se contraponía con la supuesta cordura, racionalidad, democracia y cientificismo de la sentencia escrita del juez profesional y del proceso del que surgía.

Detrás de todos esos adjetivos, se hacía evidente el único motivo real: la incomodidad política de las élites jurídicas -de ayer y de hoy- de Europa y América Latina con las más elementales nociones de centralidad absoluta del juicio público, oral y acusatorio con jurados.<sup>14</sup> Dicho al revés: su patente resistencia a abandonar las degradadas prácticas de sus sistemas de justicia colonial, feudal, escrita y cuyo poder de decisión recaía ciento por ciento en sus castas forenses. El jurado, la oralidad y el principio acusatorio amenazaron como nunca antes al extenso dominio de la administración de justicia por los jueces profesionales. Paradójicamente, es lo mismo que hoy proponen los motivacionistas radicales de Europa continental en nombre de la “*democracia*”: sacrificar al jurado -que es el símbolo mismo de la tradición democrática directa en la justicia- en el altar de la *Suprema Motivación Escrita*, para que los sistemas de justicia continúen íntegramente administrados por jueces técnicos.

En Argentina, es notorio observar cómo se habla con ligereza del veredicto pero, al profundizar la discusión, nadie sabe bien a ciencia cierta **qué es** exactamente un veredicto del jurado y *cómo se construye esa decisión*. A saber, 1) cuál es la historia detrás de él; 2) cuál es su objeto, qué es lo que decide; 3) el rol crucial de la acusación para su amplio control posterior; 4) cuáles son sus distintas clases y las formas que asume; 5) cómo se desarrollan las instrucciones del juez que son su necesario antecedente; 6) cómo es la deliberación de los jurados que lo produce; 7) cómo opera la regla del secreto en sus deliberaciones; 8) cuáles son los *estilos deliberativos* mediante el cual los jurados construyen una toma de decisión racional; 9) cómo es el estándar constitucional de duda razonable que deben superar en sus deliberaciones; 10) cómo es la transición desde una íntima convicción personal sobre la prueba del juicio hacia la decisión única, colectiva, social, unánime y racional de doce personas y 11) cómo se controla posteriormente ese veredicto.

Este estudio exhaustivo del veredicto nos permitirá demostrar su propia y superior forma de construcción y fundamentación.

---

<sup>14</sup> LANGER, Máximo: “*Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia*”, CEJA-JSCA, 2007, p. 14: “*Las élites latinoamericanas rechazaron estos códigos más liberales principalmente porque no les gustaban y desconfiaban profundamente de los juicios orales y públicos y por jurados, ya que pensaban que sus poblaciones no estaban preparadas para ellos*”.



Esta tesis pretende, finalmente, salir del falso eje, en el que han incurrido inclusive algunos convencidos juradistas argentinos. Ellos sostienen que, para tener el jurado de la Constitución, debemos resignar ciertas seguridades; con el veredicto del jurado *sacrificaríamos un poco* de racionalidad, verdad y calidad (la que “*tendría*” una decisión motivada por escrito) en aras de una mayor democracia y participación popular en el proceso.<sup>15</sup> No es así: no hay nada que sacrificar con el jurado en términos de fundamentación racional o de garantías de ninguna clase. El veredicto del jurado es una decisión epistemológicamente superior. Cuanto mayor es el control y cuanto más intensa es la calidad del litigio, la decisión final se construye de mejor manera, se estabiliza de manera más racional y, por ende, es mayor el acercamiento a la verdad procesal. **El proceso ante jurados reviste una calidad superior en todo sentido al juicio técnico.** Las ventajas y/o beneficios de la motivación escrita de la sentencia no logran compensar ni equiparar los déficits previos de litigación, de control de la prueba, de publicidad, de cómo se construye la decisión y de transparencia del juicio oral profesional actual. Así las cosas, el veredicto del jurado es la decisión judicial más profundamente estable, fundamentada y racional que pueda hallarse en los sistemas humanos de justicia conocidos. No hay una decisión de igual calidad, entendida esta de la única manera posible: como proveniente de un proceso con múltiples controles objetivos a disposición de las partes y del juez en todas sus etapas. El veredicto del jurado es el producto final de este delicado entramado.

Merced a la generosidad -que jamás en la vida olvidaré- de mi Universidad Pública de Buenos Aires y en la cual soy profesor desde hace varios años, la Facultad de Derecho aprobó este plan de tesis tras un concurso entre varios postulantes y me premió con una estancia de investigación en el extranjero para finalizarla. Para mi sorpresa, las ideas aquí expresadas despertaron el inmediato interés de la Prof. Dra. Valerie Hans, experta mundial del juicio por jurados y profesora de Derecho en la Universidad Cornell, ciudad de Ithaca, en el Estado de Nueva York, Estados Unidos.

---

<sup>15</sup> PASTOR, Daniel: “*El deber judicial de motivar las condenaciones*”, en el libro “*Reflexiones sobre el procedimiento penal. Una tarde con Julio Maier*”, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2010, p. 55: “*Igualmente, la no motivación de la sentencia por resultar no fiscalizable, al menos en la cuestión de hecho, se ha visto de modo habitual como un coste afrontable para asegurar los beneficios del juicio oral con su publicidad frente a un procedimiento escrito siempre vinculado a la grafomanía inquisitoria y su sigilo*”. Intentaremos demostrar en esta tesis que esto no es, ni ha sido, históricamente así. Nunca. Ambos métodos, el juez con su sentencia motivada y el jurado con su veredicto, poseen características propias, particulares y muy diferentes para asegurarle al acusado decisiones ampliamente verificables según los cánones vigentes en la jurisprudencia convencional.

Ello derivó en una invitación formal a una estancia de investigación allí para cosechar, de primera mano y merced a múltiples entrevistas y a la consulta de una de las mejores bibliotecas sobre juicio por jurados del mundo, los datos duros de cómo la cultura jurídica del *common law* investigó -desde todo el campo de las ciencias sociales- el complejo proceso de la deliberación, la toma de decisión -individual y grupal-, el veredicto y su control posterior.

En resumen, en esta tesis investigaré en los elementos centrales de la prácticas y los problemas jurídicos concretos vinculados a la forma de litigar ante los jurados, el modo como ellos construyen la decisión y el modo como ella es revisada en la práctica de los países del *common law*, en los análisis críticos de la doctrina y en su jurisprudencia.

El jurado clásico no puede entenderse jamás sino se comprende que él representa el núcleo funcional y político que nos permite apreciar las enormes diferencias que existen, en todo sentido, con la justicia profesional, dominante en la Argentina por su cultura inquisitorial.

Por último, ante el fabuloso renacer del jurado en la Argentina, esta tesis no sólo es una investigación sobre el veredicto específico en sí, sino que es, además, una indagación sobre el sentido del jurado y sus proyecciones sobre el siglo XXI, en especial en nuestro país.

## **PARTE I**

### **ESTRUCTURA DEL VEREDICTO**

#### **CAPÍTULO 1°**

##### **EL VEREDICTO DEL JURADO**

##### **CONCEPTO, HISTORIA Y FUNCIONES**

###### **§ 1. Definición de veredicto.**

El veredicto es la decisión del jurado que marca el final definitivo del litigio.

Es la decisión popular que pone fin a un proceso judicial marcado por la máxima desconcentración del poder de acusar y de juzgar que se haya conocido hasta ahora en la historia de la Humanidad.<sup>16</sup>

El juicio por jurados es una obra maestra de la división de poderes **dentro mismo** del Poder Judicial y del proceso judicial. El veredicto es el producto último de un procedimiento con tantos controles -varios de ellos inexistentes o no practicados en los sistemas mixtos del *civil law*- que nos obligará a correr el eje desde la exigencia de motivación escrita de la decisión -propia de los jueces técnicos- hacia una teoría mucho más amplia del control de todo el proceso que lleva hasta esa decisión, que es superior en cuanto a su fundamentación. El reto es cultural, no teórico.

Como tal, el veredicto del jurado **es la decisión colectiva más racional, estable y controlada** que pueda encontrarse en los sistemas humanos de justicia. Al menos, la que más se aproxima a dicho ideal. Desde este punto de vista, es superior en calidad y legitimidad a las decisiones motivadas, escritas u orales, de los jueces profesionales o escabinos, por provenir estos últimos de procesos marcadamente escritos, con escasos controles de partes y signados por la centralización de poder en el juez profesional.<sup>17</sup> La motivación escrita de las sentencias no ha producido salto cualitativo alguno, ni en términos de calidad o de control, frente a *los cuidados perfiles garantistas del trial by jury*<sup>18</sup> y su veredicto.<sup>19</sup>

El veredicto del jurado, que declara al acusado *culpable o no culpable*, encierra en esas dos frases un programa completo de ejercicio democrático del poder de juzgar. La forma en que un jurado rinde su veredicto general es una forma procesal esencial para cumplir con su rol de garantía, con sus fines constitucionales, políticos y judiciales. Así funciona desde hace por los menos 1500 años. Es un juicio distinto, con diferentes

---

<sup>16</sup> Efectivamente, el jurado significa, hacia adentro de cualquier procedimiento judicial, el reparto más grande de poderes que se conozca. Todo este libro está consagrado a explicar al veredicto como el producto final de un proceso lleno de controles externos e internos que provoca dos cosas: la decisión más racional y estable posible y la desconcentración del poder de juzgar. Esto último está en las antípodas de la cosmovisión cultural y de la práctica inquisitiva del *civil law*. El *common law* siempre desconfió de la centralización del poder en manos de funcionarios del Estado.

<sup>17</sup> SCHIAVO, Nicolás: "*La potestad jurisdiccional para absolver ante el veredicto condenatorio del jurado*", Revista Pensamiento Penal, Buenos Aires, diciembre 2015, p. 13: "...es decir, como el mejor modelo de enjuiciamiento destinado a establecer la verdad de la imputación formulada por el representante del Estado".

<sup>18</sup> FERRAJOLI, Luigi: "*Derecho y Razón*", Editorial Trotta, España, 1989, p.569.

<sup>19</sup> Los veredictos motivados de los jurados españoles y de los escabinos europeos no son en absoluto sentencias de mayor calidad que los veredictos de los jurados, sino todo lo contrario. Los veremos ampliamente en este libro.

dispositivos de control para el control amplio de la condena. La diferencia, que muchos juristas del *civil law* se empeñan en seguir sin ver con tal de injertarle al veredicto del jurado una motivación ahistórica y disfuncional, es que el control judicial y de partes que se ejerce desde hace siglos en el juicio por jurados excede muy largamente a su decisión final, que es el veredicto.

En un contexto con tantas avenidas de control disponibles para las partes, el peso atribuido a la motivación escrita con jueces profesionales en *civil law* cae por su propia lógica. No se trata de una afirmación teórica, sino de la propia práctica del jurado experimentada en la Argentina con los primeros fallos revisores de veredictos condenatorios del jurado. Ningún tribunal revisor argentino se ha visto impedido, por ejemplo, de tratar ampliamente las cuestiones de hecho.<sup>20</sup>

El veredicto del jurado no necesita mayor expresión que la forma procesal de *culpable* o *no culpable* para garantizar el máximo control, no sólo ya de la decisión de condena y de las razones para ella, sino de **todo** el camino que llevó hasta él. Estas dos frases inmortales están precedidas por un proceso judicial que exhibe el máximo rendimiento de *control de corroboración* sobre todas sus etapas.<sup>21</sup> La revisión amplia de

---

<sup>20</sup> Comienza aquí la larga serie de citas sobre los primeros pronunciamientos de los tribunales revisores argentinos con jurado clásico (Neuquén y Buenos Aires).

Ante la objeción por la inconstitucionalidad del veredicto inmotivado, esta fue la respuesta de los jueces revisores neuquinos, que prácticamente agotan el objeto de esta tesis.

*Tribunal de Impugnación Provincial de Neuquén, CARVAJAL, Daniel Alberto y otros s/homicidio doblemente calificado. Legajo MPFNQ 10123/14 Inconstitucionalidad de los Arts. 209 y 211 del CPP. Potestad del jurado de declarar la culpabilidad sin expresar razones.*

*“...la defensa sostiene que se le ha dado al jurado la capacidad de condenar...pero desconoce la capacidad de explicar por qué. Entiende que esta ausencia de fundamentación produce un déficit recursivo que viola claramente el art. 8.1 de la CADH y que se opone al art. 1 de la CN que consagra la racionalidad de los actos de gobierno... no puede perderse de vista que la Constitución Nacional establece expresamente la necesidad de implementar los juicios por jurados, como así también que este tipo de procedimiento se caracteriza porque en el veredicto no se expresan las razones de la decisión. Así ha sido el juicio por jurados desde siempre, y así como lo pensó el constituyente cuando, inspirado en los modelos preexistentes, incluyó esta exigencia en el art. 118 de la Carta Fundamental. Asimismo, no es acertado señalar que al imputado se lo condena sin expresión de razones. **En una primera etapa, las razones de la condena deben buscarse en la descripción de la acusación que el jurado entiende probada sobre la base de las pruebas producidas en el juicio. Ya en una segunda fase de control, el derecho al recurso adquiere un rol decisivo. Por ello es absolutamente necesario otorgar a la impugnación el carácter amplio que venimos postulando. El condenado tiene derecho a un recurso en el que pueda discutir absolutamente todo. Y en el marco de este derecho integral a recurrir se enlaza el derecho a que el Tribunal que revisa la condena exprese las razones de la decisión que va a adoptar...**”* (Del voto del juez Alfredo Elosú Larumbe).

<sup>21</sup> Feliz expresión de Larry Laudan y que, en el derecho argentino, se han encargado de profundizar los profesores Fernando Díaz Cantón, Nicolás Schiavo y Fernando Zvilling. Cfr LAUDAN, Larry: *“Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology”*, Cambridge Studies in Philosophy and Law, 2008.

las condenas en un proceso con jurados es solamente una parte más de ese engranaje de control.

Este corrimiento del eje desde el control exclusivo de una parte del proceso (la decisión) hacia el control superior externo de todo el juicio que desemboca en la decisión es lo que intentaremos demostrar en esta tesis. El control de partes amplio de todas estas variables en el juicio por jurados se debe “*gracias*” a la no expresión externa de sus motivos y no “*a pesar de*” ella.

El veredicto del jurado proviene de un entramado tan delicado de controles, contrapesos, equilibrios y balances a lo largo de todo su proceso (imposible de ser encontrados en cualquier sistema con jueces profesionales o escabinos), que lo asemeja más a un preciso mecanismo de relojería que a uno de los tantos métodos que emplean los seres humanos y los países para aplicar la ley de fondo.<sup>22</sup>

Porque es la antítesis de la centralización del poder en las manos del Estado, por los grandes controles de donde surge, el veredicto del jurado es en todas partes el símbolo de la Democracia y de la República frente a las amenazas siempre presentes del atropello estatal, de las partes poderosas, de jueces o fiscales corruptos y de los Gobiernos.

Tal como lo definiera una académica juradista mundial, estamos frente a una notable institución humana.<sup>23</sup>

### **¿De dónde proviene la palabra veredicto?**

Fueron los romanos quienes forjaron la expresión en latín *veredictum*, para referirse a todo aquél que se expresaba con verdad (decir “*dictum*” la verdad “*verus*”). Luego los francos y los normandos en la Edad Media acuñaron la expresión *Verdit* o *Veridici* para sus asuntos judiciales, hasta tomar la actual forma de *Verdict* con el jurado del pueblo

---

<sup>22</sup> GARCÍA, Eduardo Augusto: “*Juicio Oral Tomo III, Proyecto de Ley Orgánica del Jurado*”, Universidad Nacional de La Plata, Argentina, 1938, p. 43: “*Todos los detalles del jurado inglés son esenciales para su perfección; cambiad uno solo y pierde una parte que le es necesaria a su bondad y a sus proporciones*”.

<sup>23</sup> DIAMOND, Shari S., ROSE, Mary R.; MURPHY, Beth: “*El proceso de toma de decisión del jurado*”, II Congreso Internacional de Juicio por Jurados Buenos Aires 2014, Editorial JUSBAIRES, 2015, p. 12: “*Si uno mira la investigación que hemos hecho sobre el jurado, la mejor manera de describirlo es como una herramienta activa de resolver problemas. El cerebro y el corazón del jurado crean más de lo que cada miembro aporta. El resultado es una notable institución humana*”.

anglosajón.<sup>24</sup> La expresión alemana *Wahrspruch* para sus jueces populares (*Escabinos* *Schöff en*), significa exactamente lo mismo.<sup>25</sup>

Desde un punto de vista estrictamente procesal, el veredicto significa dos cosas muy precisas:

1) es el acto procesal que expresa y exterioriza el resultado final de la deliberación de un jurado al término de un procedimiento público, que es simplemente el rechazo o la admisión de la acusación penal o de la demanda civil.<sup>26</sup> “*No culpable*”: rechazo de la acusación; “*Culpable*”: admisión de la acusación.<sup>27</sup> Por su propia raíz etimológica, el veredicto del jurado, además de admitir o rechazar la acusación o la demanda, en el mismo acto indica que su decisión es la determinación de la verdad de los hechos del caso.

2) El veredicto es la combinación y el resultado de cuatro acciones que lleva a cabo el jurado, tras la deliberación más intensa que se conozca en cualquier sistema judicial por su exigencia de unanimidad entre un imponente número de jueces accidentales. Dos de ellas son las principales y están siempre presentes.<sup>28</sup> Las otras dos son eventuales, pero no menos cruciales.<sup>29</sup>

La primera es la determinación de los hechos **sólo** a través de la prueba rendida en el juicio.

---

<sup>24</sup> CHISHOLM, Hugh: “*Verdict*”. Encyclopædia Britannica (11th ed.). Cambridge University Press, Inglaterra, 1911.

<sup>25</sup> THAMAN, Stephen: “*Should criminal juries give reasons for their verdicts?*”, *Chicago Kent Law Review*; USA, vol. 18, n.º 2, p. 613.

<sup>26</sup> O de la demanda comercial, o laboral o la que fuera. Nuestro artículo 24 de la CN establece el juicio por jurados para todas las ramas del derecho, del mismo modo en que sucede en los Estados Unidos (fuente de nuestra Carta Magna).

<sup>27</sup> Nada ha cambiado desde la Era Antigua en Roma, donde se desarrolló extensamente el juicio por jurados, hasta la actualidad. Ver, MOMMSEN, Theodor: “*Derecho Penal Romano*”, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1991, p. 284. “*En el juicio por jurados, lo mismo que en el procedimiento civil, la sentencia se limitaba materialmente a afirmar o negar que el procesado había cometido el delito determinado en la ley aplicable al juicio de que se tratara. Con esto quedaba terminada la misión de los jurados*”.

<sup>28</sup> POST GORDON, Charles: “*An Introduction to the law*”, A Spectrum Book, Prentice Hall, Englewood Cliffs, Nueva Jersey, EE.UU., 1963, p. 127: “*Los jurados, en la práctica, desempeñan la función que la ley les asigna. El jurado escucha los testimonios de los testigos, evalúan la prueba, determinan los hechos, le aplican a esos hechos la ley tal como se las da el juez y alcanzan lo que es llamado un “veredicto general”*”

<sup>29</sup> GOBERT, James: “*Justice, Democracy and the Jury*”, Dartmouth Publishing, Inglaterra, 1997, p. 8. Gobert llama a esto *el proceso adjudicativo en cuatro etapas*. Casi todos los autores lo reducen a las primeras dos, a saber: determinar los hechos desde la prueba y aplicarle la ley que les instruyó el juez a esos hechos. Gobert sostiene que hay que ir más lejos y comprender que el rol y responsabilidad del jurado se extiende más allá que la aplicación mecánica de la ley a los hechos. Un jurado también está vinculado a llevar *justicia* al caso y, eventualmente, proteger a un acusado de una condena injusta. Un jurado, en definitiva, jamás juzga porque sí.

La segunda es la aplicación de la ley explicada por el juez en las instrucciones a los hechos determinados.

La tercera es la consideración de la *culpabilidad moral* del acusado, con sus atenuantes, excusas o justificantes que, en ocasiones, pueden tornar en injusta una condena más allá de la estricta aplicación de la ley a los hechos. En estos casos, el jurado absuelve o condena por un delito menor incluido.

La cuarta y última, también eventual y muy excepcional, es que el jurado puede concluir que, aún siendo el acusado fáctica, legal y moralmente culpable, consideraciones superiores de justicia imponen una absolución. Es decir, hay varias aristas adicionales que también deben ser tomadas en cuenta si es que se pretende llevar justicia *real* al caso.

De estas cuatro operaciones combinadas surgirá una nueva entidad, que es el veredicto, que declarará culpable o no culpable al acusado de los cargos que le imputan o de uno menor. Como le gusta decir al profesor Gobert, “*la finalidad última de cualquier jurado es llegar a un veredicto justo, tomando en consideración todas las cosas*”.<sup>30</sup>

En materia civil, laboral, comercial, etc declarará la responsabilidad “*a favor de la actora*” o “*del demandado*”, fijará el monto de la indemnización y, eventualmente, los daños punitivos.

#### **A. El veredicto del jurado ante las demás ciencias no jurídicas**

Sin embargo, su estudio ya no está más confinado al campo del Derecho. El veredicto del jurado es hoy un fenómeno profundamente estudiado, definido y conceptualizado desde todo el campo de las ciencias duras y sociales (sobre todo las del comportamiento), a saber: la psicología social, la sociología, las ciencias de la comunicación y de la educación, la informática, la matemática, la estadística, la neurociencia, la lingüística, la medicina, la ecología, la antropología y la ética, por sólo enumerar unas varias.

Todas ellas, aunque cueste creerlo, han producido un cuerpo propio y fabuloso de investigación empírica -y una diálogo fecundo entre ellas y el Derecho- acerca de cómo es el complejo proceso social, comunicacional y psicológico para la toma de

---

<sup>30</sup> GOBERT, James: “*Justice, Democracy*”, op cit, p. 8.

decisión de un jurado. Sus enfoques son apasionantes y reciben cada vez más atención del mundo del Derecho, de las cortes y, sobre todo, de los litigantes que quieren ganar sus juicios. Los veremos a lo largo de todo este libro.<sup>31</sup>

Los resultados de estas investigaciones multidisciplinarias sobre el veredicto del jurado -y sus proyecciones a futuro- nos permiten afirmar que se acabó el tiempo de catalogar al veredicto o a la deliberación del jurado como una caja negra misteriosa, mística o de la que nada se conoce. Aún preservando la sagrada regla del secreto de las deliberaciones y la inmotivación de su veredicto general, es cada vez más lo que se sabe acerca de cómo deciden los jurados, individual y luego grupalmente. Hemos entrado en una nueva y promisoriosa etapa pública del estudio del jurado y su veredicto.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> Uno podrá preguntarse qué tiene que ver el veredicto con estas ciencias. Pues cualquier abogado que hoy se asome a investigar el veredicto en el *common law* se encontrará con este arsenal científico sobre la toma de decisión individual y grupal. Cada vez se sabe más y más del proceso deliberativo y de la toma de decisión de los jurados. Una de las máximas exponentes de esta corriente, la Prof. Dra SunWolf, por ejemplo, estructura en tres parte su obra:

1) “*La bio-psicología de la mente de cada jurado individual (¿cuáles son los límites y las herramientas del cerebro de cada jurado?)*; 2) *La psicología social de las percepciones de un jurado individual (¿Cómo hace el jurado para darle sentido y evaluar los comportamientos de otras personas?)*; 3) *Los efectos de la dinámica grupal en el voto de cada jurado individual (¿Qué pasa cuando el jurado pasa a ser parte de un grupo?)*.”

Sus conclusiones y la de tantos otros expertos que veremos en este libro, validadas científicamente a partir de enormes bases de datos con investigaciones de campo, con miles de encuestas a jurados y grabaciones autorizadas de las deliberaciones en Arizona con fines científicos, traen a la luz aspectos que jamás se tuvieron en cuenta al estudiar el fenómeno de **¿cómo toma sus decisiones el jurado?** y que hoy son centrales para los litigantes, las cortes y los legisladores. Algunos ejemplos de los cientos de variables que hoy mismo se estudian para el voir dire y para el juicio en sí:

a) *la salud del jurado*: llegan a las cortes jurados con problemas crónicos de salud; estrés laboral y familiar, bajo la influencia de múltiples medicaciones, pastillas para dormir, para adelgazar, con problemas de sueño, cardíacos, de retención, de escucha, baja presión, memoria dispersa, depresión, con tratamientos para el cáncer, la úlcera, la ansiedad, con migrañas bloqueantes, con fobias de toda clase (al encierro, al contacto, a la exposición, etc).

b) *la religión del jurado*: las creencias religiosas de los jurados afloran en las deliberaciones. Católicos, judíos, protestantes, musulmanes, budistas, taoístas, sufis, mormones, evangelistas, quáqueros, fundamentalistas, adventistas, agnósticos, todos ellos se dan cuenta que *su juicio también puede ser* acerca de la compasión, la retaliación, la moralidad de las elecciones, de los deberes y de los comportamientos humanos.

c) *la antropología del jurado*: en el proceso para la toma de decisión es inevitable el peso de las costumbres sociales, las creencias, los rituales, los instrumentos y las prácticas de cada jurado.

d) *los jurados WiFi*: las cortes son confrontadas hoy con jurados que públicamente bloquean sus experiencias en el juicio, se mandan mensajes de texto entre ellos, googlean para completar los frustrantes agujeros negros de la prueba deficiente que las partes les presentan y suben a sus amigos jurados al Facebook.

<sup>32</sup>SUNWOLF: “*Practical Jury Dynamics2*”, op. cit., p. 17. Así define el veredicto la académica multidisciplinaria del jurado de Estados Unidos, la Prof. SunWolf: “*Los jurados representan una clase única de cuerpo colegiado para la toma de decisión. Constituyen un pequeño grupo de doce que llevan a cabo una compleja, relevante y natural tarea de toma de decisión. Los jurados son entidades sociales significativas, extraídas de los más diversos grupos de nuestra comunidad, cada jurado creando y recreando reglas y normas para la toma de una decisión grupal que debe ser mancomunadamente promulgada. Como grupo para la toma de decisión, un jurado tiene la tarea de decidir qué solución legalmente aplicable existe entre los litigantes en disputa. Tras ser bombardeados constantemente con*



## B. El veredicto como el juicio del jurado (juicio previo)

La garantía constitucional de juicio previo contenida en el artículo 18 de la Constitución Nacional fue desde siempre objeto del más cuidadoso análisis del término “*juicio*”. ¿Qué quiere decir nuestra Carta Magna con la palabra juicio? ¿Se refiere al sentido externo de la misma, como el procedimiento público que tiene lugar en la sala de audiencias? ¿O se refiere a su sentido interno, como lo es el proceso valorativo que desemboca en una decisión posterior?

La acepción más evidente -expresada por Alberto Binder- se inclina por el sentido externo del término. La garantía de juicio previo significa, lisa y llanamente, que nadie puede ser penado sin que antes le hagan un juicio (*nulla poena sine legale iudicio*).

Fue Julio Maier, en su Tratado, el que se inclina por el sentido interno del término. Para Maier, la garantía de juicio previo exige que, antes de que cualquier persona pueda ser penada tras un proceso público, es necesario que el juzgador de los hechos formule previamente un *juicio* y luego lo vuelque en una decisión. En el caso de un jurado, dicho *juicio* constituirá el veredicto. En el caso del juez, constituirá una sentencia. Ambos “*juicios*”, entendidos estos como juicios valorativos plasmados en una decisión, deben estar sustentados en una *ley anterior al hecho del proceso* (*nullum crimen, nullum poenasine legale iudicio* o, en castellano, sin un *juicio legal*).<sup>33</sup>

Sea la tesis que sea, el resultado es exactamente el mismo. Nadie puede ser penado por un **crimen** sin que previamente le hagan un juicio ante un jurado popular.<sup>34</sup> O nadie podrá ser penado en materia criminal si, previamente, no existe un juicio (veredicto) de doce personas reunidas en un jurado.

De este modo, queda claro que el veredicto es el *juicio* que el jurado realiza al decidir sobre la suerte de la acusación durante el debate oral y público. Ese juicio en su faz externa -y su consecuente veredicto- debe tener por objeto una acusación por un hecho constitutivo de un delito (ley penal) anterior al hecho del proceso. Desde este

---

*reclamos alternativos, los jurados deciden el daño y su extensión, asignan las culpas, deciden qué es un hecho o qué es ficción, quién es creíble y quién no es digno de ser creído, que está justificado y qué no, cómo fue probado lo que ha sucedido o lo que pudo haber sucedido. Estas decisiones, en su forma final, son conocidas como el Veredicto”.*

<sup>33</sup> MAIER, Julio B. J.: “Derecho procesal penal, Tomo I Fundamentos”, Editores del Puerto, Bs As, 2ª edición, 1996, p. 478 y ss.

<sup>34</sup> Según lo dispone el art 24 de la CN, esto se aplica a todas las ramas del derecho. Ninguna responsabilidad puede ser atribuida (al demandado o la actora civil, comercial, laboral, administrativa, etc) sin el juicio previo de un jurado.

punto de vista, es notable advertir la armonía entre la garantía de juicio previo (CN, 18) y la garantía del juicio por jurados (CN, 24, 118).

Como el juicio por jurados es una triple manda explícita de nuestra Carta Magna, ubicada ella misma a su vez en tres capítulos distintos (en las declaraciones, derechos y garantías CN, 24, en las atribuciones del Congreso Federal, CN 75 inc 12º y entre las disposiciones del Poder Judicial, CN, 118) ¿es posible afirmar que el juicio por jurados *es* el *juicio previo* al que se refiere la Constitución?

Entiendo que sí. Para quienes pensamos que el sistema de garantías es un todo armónico cuyos componentes nunca coliden, no hay otra manera de mirar la garantía de juicio previo (CN, 18) con la exigencia de que todas las ramas del derecho sean juzgadas con jurados (CN, 24 y 118 y Enmiendas 5ª, 6ª y 7ª de la Constitución de los Estados Unidos). **Nuestros constituyentes no estaban pensando en un Poder Judicial cuyos juicios estuvieran en manos de jueces permanentes, sino con jurados.**<sup>35</sup>Lo cual no quita, por supuesto, la posibilidad de que también haya juicios -del fuero que sean- juzgados por ante jueces profesionales. Pero la mirada del juicio previo de nuestros constitucionalistas ha sido siempre reduccionista y dando por sentado como una verdad ontológica que la garantía de juicio previo era la de un juicio realizado exclusivamente ante jueces profesionales, dada la grosera omisión constitucional de no implementar el jurado por razones político-culturales. Estas líneas son apenas el puntapié inicial para animar a los teóricos del derecho constitucional a que redefinan y adecuen la garantía de juicio previo, ahora que ya es una realidad plena entre nosotros el jurado popular.

### C. La sentencia como el juicio del juez

Cuando el juicio es por jurados, la sentencia del juez reflejará la voluntad popular expresada en el veredicto. El veredicto del jurado vincula obligatoriamente la sentencia posterior del juez.<sup>36</sup> Si el jurado declara al acusado no culpable, el juez allí

---

<sup>35</sup> MAIER, Julio B. J.: “Fundamentos...”, op. cit., p. 400: “Después del repaso histórico que antecede y con conocimiento de la filiación política de la Ley Fundamental, sería necio negar que ella -como los revolucionarios franceses- también puso sus ojos en el sistema anglosajón, con la **oralidad y la publicidad, la libertad de defensa del imputado, el juicio por jurados y la liber o íntima convicción en la valoración de la prueba**”.

<sup>36</sup> Veremos más adelante las diferentes -pero muy escasas- posibilidades que tiene un juez de revocar un veredicto condenatorio del jurado y ordenar un nuevo juicio (CPP, 375 bis Provincia de Buenos Aires) o, como sucede en los Estados Unidos, de introducir una sentencia absolutoria **antes o después** del veredicto de culpabilidad del jurado. Pero la excepción es tan extraordinaria e infrecuente que no alcanza para quebrar la regla general.

mismo dictará una sentencia absolutoria que es firme, final e inimpugnable por el acusador, sea público o privado. Si en cambio el jurado declara al acusado culpable por el delito principal o por uno menor incluido, el juez le impondrá la pena al acusado dentro de la escala penal del delito indicado por el jurado en su veredicto. Lo hará previa audiencia pública de cesura del debate **sin el jurado**, en donde se discutirán agravantes, eximentes y atenuantes. Por ende, cuando el juicio es por jurados, la sentencia del juez contendrá, en respuesta a los tres primeros acápites de cualquier sentencia (acreditación del hecho punible, autoría del acusado y calificación legal) una copia de las instrucciones que él le impartió al jurado y el formulario de veredicto en donde constan las alternativas por delitos principales y menores incluidos que se le sometieron al jurado.

Cuando el juicio es sin jurados, los jueces profesionales deben también dictar su veredicto y su sentencia posterior. La diferencia es que, debido a su carácter de jueces permanentes estatales, a sus déficits de legitimación política frente al proceso hecho ante un jurado popular, a que sean abogados especializados y a la enorme concentración de poder que implica reunir en sus personas la decisión de ambas cuestiones -veredicto y sentencia- se les exige a los jueces técnicos la motivación de sus decisiones en materia de hechos y de derecho.

Tal exigencia de motivación es consustancial al juicio de jueces permanentes, pero es inadmisibles en el juicio por jurados y su veredicto, lo cual se verá profusamente a lo largo de esta obra.

#### **D. El Jurado, juez de los hechos. El Juez, juez del derecho.**

Nadie discute en el mundo la expresión: *el jurado es el juez de los hechos. El juez es el juez del derecho*. Sólo que en los países del *civil law*, como Argentina, se ha malinterpretado esta máxima como que el jurado decide la culpabilidad (hechos del caso) y luego es el juez el que califica ese hecho y decide qué delito se aplicará al acusado. Se trata de un error grave de comprensión cultural que despejaremos una y otra vez y en el que cayeron inicialmente los países del *civil law* que implantaban el jurado clásico. Afortunadamente, hay que reconocer que la propia práctica del jurado en la Argentina superó inmediatamente este error de comprensión.<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, “MENDEZ HECTOR DAVID S/HOMICIDIO ‘IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA’”. Expte. Nro. 129-año 2014. “Cuestiones de hecho” y “Cuestiones de derecho” como límite a la competencia del Jurado y del Juez Técnico: “...Lo que

El jurado es quien determina los hechos del caso<sup>38</sup> en su veredicto. Lo hace a partir de la prueba que el juez autoriza a que las partes utilicen en el juicio público. Respecto de los hechos, el jurado es absolutamente soberano. El juez no puede darle una sola indicación al jurado sobre los hechos y/o sobre cómo adjudicarlos en sus instrucciones.<sup>39</sup> Cualquier instrucción sobre los hechos que el juez le haga al jurado, aún con acuerdo de partes, es ilegal y nula.<sup>40</sup>

Pero el jurado también decide el Derecho aplicable a los hechos por ellos determinados en su veredicto. Sólo que esta operación la lleva a cabo **mediatizada por las instrucciones del juez**. El jurado no conoce el Derecho, debido a su carácter lego y popular. Lo conoce y lo recibe, precisamente, por intermedio de las instrucciones del juez.

Las instrucciones que el juez le imparte al jurado durante todo el juicio, pero particularmente al final de él, son por ello en un 90% jurídicas. El 10% restante son indicaciones operativas (no ir al lugar del hecho, no consultar a nadie, cómo debe ser el veredicto, eventuales preguntas y dudas en la deliberación, cómo comportarse en los recesos, no leer diarios, etc).

Son instrucciones exclusivamente sobre el derecho aplicable<sup>41</sup>, ya que el jurado debe **siempre** decidir por cuál delito responderá el acusado en caso de que lo hallen *culpable*: si por el delito principal por el cual lo acusa la fiscalía o por uno menor

---

*tiene que hacer el Jurado es determinar...si las proposiciones fácticas...se prueban... Esas proposiciones fácticas son cuestiones que, en conjunto, determinan que el hecho juzgado se califique de tal o cual manera....es imprescindible dejar sentado que el Jurado, si bien no determina en forma concreta la calificación legal del caso, debe decidir sobre conductas tipificadas en la ley, ya que (tienen) la función de pronunciar su veredicto sobre todas las cuestiones introducidas en las 'instrucciones' que le entrega el Juez profesional para la deliberación, el debate y la decisión. Y en esas instrucciones deben estar contenidos todos los elementos que, tanto objetiva como subjetivamente, integran la figura penal en trato. Es decir, la subsunción de los hechos (a través de proposiciones fácticas) en el derecho (calificación legal)...". Voto del juez Evaldo Moya.*

<sup>38</sup> Por eso se lo llama en inglés *fact-finder* o *trier of facts*.

<sup>39</sup> A esto se lo llama Instrucción admonitoria. Todos los jueces del *common law* instruyen así al jurado sobre la determinación de los hechos:

*[4] Decidir los hechos es vuestra exclusiva tarea, no la mía. La ley no me permite comentar o expresar mis opiniones con respecto a cuestiones de hecho. Yo no puedo participar de modo alguno en esa decisión. Por favor, ignoren lo que pude haber dicho o hecho que los haga pensar que prefiero un veredicto por sobre otro.*

Hacer clic en el video 21 del siguiente link, en donde el Juez Belvin Perry instruye al jurado en el caso Casey Anthony durante el juicio en 2011: <http://www.juicioporjurados.org/2011/12/videos-instrucciones-al-jurado-caso.html>

<sup>40</sup> Como muy bien lo dispone el actual CPP, 202 de la provincia de Río Negro y el artículo 71 de la ley 7661 de jurados del Chaco.

<sup>41</sup> El jurado también recibe instrucciones legales del juez sobre el derecho probatorio, procesal y el derecho constitucional. Aquí nos concentraremos más en las instrucciones que explican los delitos y todos sus elementos típicos.

incluido en dicha calificación legal. También recibirá instrucciones sobre el derecho que la defensa esgrime para obtener un veredicto de *no culpable* (por ejemplo, la legítima defensa, el estado de necesidad, el desistimiento, etc).<sup>42</sup>

Hace ya siglos que el jurado clásico decide finalmente el derecho aplicable, **pero sólo a través de la explicación previa del juez (*poder indirecto*)**. De aquí surge la expresión que *el juez profesional es el juez del Derecho y es la única manera de entender la relación juez-jurado*. No porque el juez vaya a decidir él la calificación legal o qué delito se aplica **luego del veredicto**, como usualmente se confundió aquí en Argentina, sino porque él es el encargado de explicárselos al jurado en las instrucciones **antes del veredicto**. Ese poder de *decir la ley* al jurado lo detenta sólo el juez; nunca las partes. Por algo es entonces que el juez le explica los delitos, sus elementos típicos y las defensas legales al jurado: para que los jurados apliquen el delito o la eximente que corresponda a los hechos que ellos adjudiquen. De otro modo, reiteramos, no tendría sentido esta forma de enjuiciamiento y cualquier otra solución sería inconstitucional por violar la garantía del juicio por jurados (CN, 24 y 118 a contrario sensu).<sup>43</sup>

Cuando el jurado dice *culpable*, y al igual que lo haría un juez profesional en su sentencia, también indica a título de qué deberá responder el autor. Cuando el portavoz del jurado anuncia el veredicto en corte abierta, siempre dirá algo así como:

*“Nosotros, el jurado, encontramos al acusado culpable del delito de lesiones graves imputado por la acusación”*.

O, cuando el jurado se aparte en beneficio del acusado del delito principal imputado por el fiscal y condena por un delito menor incluido en esa calificación legal, el vocero dirá:

*“Nosotros, el jurado, encontramos al acusado culpable del delito menor incluido de lesiones leves”*.

Pero lo hace sólo porque previamente recibió instrucciones muy precisas del juez explicándoles en qué consiste el delito principal y los delitos menores incluidos, cuáles son sus notas típicas, cómo se prueban (más allá de duda razonable), etc.

---

<sup>42</sup> HARFUCH, Andrés (dir): *“El Jurado Clásico: Manual de Instrucciones al Jurado”*, Editorial Ad Hoc, 2014, p. 26: *“También son ustedes los únicos que deben determinar si el acusado es culpable o no culpable del (de los) delito(s) por los que se lo acusa”*

<sup>43</sup> Cfr, in re *Pueblo v. Bonilla Ortiz*, 123 D.P.R. 434 (1989). Allí, el Tribunal Superior de Justicia de Puerto Rico, al igual que todas las cortes supremas del *common law*, estableció lo siguiente: *“Cuando la prueba, de ser creída por el jurado, es compatible con un delito menor incluido en el principal, el juez no puede denegar la instrucción sobre el delito menor, sin violar el derecho a juicio por jurados”*.

A su vez, dichas instrucciones del juez sobre el derecho aplicable **son previamente litigadas por las partes ante su presencia y él decide definitivamente cómo se impartirán**, con las obvias protestas de la defensa para el eventual recurso.

De tal modo que la adjudicación de los hechos que hace el jurado es directa. Es el soberano decidiendo los hechos por mandato constitucional. Pero la adjudicación del derecho que hace el jurado es una **operación indirecta** y que trasunta un delicado equilibrio político, ya que en ella intervienen -en diferentes momentos- las partes, el juez y el jurado. Es una **operación combinada de tres fases** en la que participan **primero** las partes, con sus propuestas de instrucciones legales y el litigio sobre ellas ante el juez y **sin** el jurado; **segundo** el juez, fallando y definiendo sobre cómo se explicarán al jurado los delitos principales, los delitos menores incluidos, las defensas y las determinaciones especiales y, **tercero**, impartidas ya las instrucciones, con la elección que hace el jurado del delito por el que deberá responder el acusado si ellos lo encuentran culpable. O la defensa legal que han decidido seguir, si su veredicto es de no culpabilidad.

Todos los jueces del *common law* instruyen de esta forma al jurado:

*“Miembros del jurado, ya que toda la evidencia ha sido presentada es ahora su deber decidir, desde esta prueba, **cuáles son los hechos**. Luego, ustedes deberán **aplicar a esos hechos la ley que ahora les daré**”.*<sup>44</sup>

Así funciona pacíficamente el jurado clásico del *common law* desde el medioevo inglés que le dio luz hasta hoy. Como dijimos al principio, parecería que esto iría en contradicción con el viejo apotegma de que el jurado es el juez de los hechos y el juez es el juez del Derecho. Nada más alejado de la realidad. Es el juez, luego del litigio con las partes, el que decide cómo va a explicarle al jurado el Derecho sustantivo aplicable al caso. Ése es su poder y eso, y nada más que eso, es el significado de la máxima de que *el juez técnico es el juez del Derecho*. El jurado no va a recibir otra información sobre la ley durante el juicio que la que le sea explicada por el juez. Es más, el juez los previene que la única visión de la ley que podrán considerar es la que proviene de él mismo. No la que se imaginen o configuren los jurados.<sup>45</sup>

Cuando se afirma que *el jurado es el juez de los hechos* y que *el juez es el juez del derecho* no se dice, en absoluto, que sea el juez **-luego** del veredicto del jurado-

---

<sup>44</sup> Para mayor ilustración, hacer click en el siguiente link de video y observar los primeros 34 segundos de la instrucción del juez al jurado en el caso Bradley Cooper: [http://www.juicioporjurados.org/2011/12/videos-instrucciones-al-jurado-caso\\_24.html#more](http://www.juicioporjurados.org/2011/12/videos-instrucciones-al-jurado-caso_24.html#more)

<sup>45</sup> Cuando veamos el *jury nullification* se hará la crítica a este punto.

quien deba “elegir el delito” por el cual responderá el acusado. Eso es un error muy común en los países del *civil law* que inician un sistema de jurado clásico. Error que hay que despejar y que es lógicamente atribuible a la falta de tradición con jurados.<sup>46</sup> La expresión “juez del derecho” es mucho más abarcativa y significa lo siguiente:

*“En todo juicio penal con jurados, hay dos jueces. Yo soy uno. Ustedes son el otro. Yo soy el Juez del derecho. Ustedes son los jueces de los hechos. Como Juez del derecho, es mi deber presidir el juicio. Yo decido qué pruebas la ley les permite a ustedes escuchar y valorar, cuáles no y qué procedimiento se seguirá en el caso. Al terminar la producción de la prueba y tras escuchar los alegatos finales de las partes, es mi deber explicarles las reglas legales que ustedes deberán observar y aplicar al decidir el caso.”*<sup>47</sup>

## §2. Los seis momentos históricos del jurado

Hay muchas maneras de contar la historia del juicio por jurados. No hay libro sobre el tema que no le dedique un capítulo entero a cómo surgió el jurado. Los historiadores continentales casi siempre toman como punto de arranque a la Grecia de la Era Antigua, luego a la Roma con su gloriosa *Quaestio* o *Accusatio* y luego a los pueblos germánicos. Sus colegas anglosajones, por lo general, comienzan contando la historia del jurado desde que Guillermo el Conquistador llegó a Inglaterra en 1066, con variadas referencias a las ordalías practicadas en Escandinavia y luego en Normandía. Algunos aventuran que sus orígenes habría que rastrearlos hasta el Antiguo Egipto. Otros, como Carrara, directamente dicen que es mejor no perder el tiempo en buscar lo inhallable: el jurado pertenece a la historia de todos los Pueblos.

Por tal razón, una breve referencia histórica bastará aquí, con la cita apropiada de la bibliografía básica que se ocupó del tema con mucho más detenimiento.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> Las leyes de jurado de Neuquén y la provincia de Buenos Aires han incluido -erróneamente- en la cesura del juicio la “calificación legal” del hecho, dando a entender que debiera ser el juez el que diga a título de qué deberá responder el autor. Se trata de un grave error de comprensión que desconoce la práctica y la historia misma del juicio por jurados, que es quien define esa cuestión en el veredicto. De hecho, cabe preguntarse lo siguiente: ¿por qué esas mismas leyes le ordenan al juez -correctamente- que le explique al jurado en las instrucciones el derecho penal aplicable? Dicha inclusión de la calificación legal en la cesura es un error comprensible por la falta de tradición con jurados. Fue claramente corregido en las posteriores leyes de jurado (vgr, Río Negro, La Rioja, etc). Mientras tanto, ese defecto legal debe ser interpretado sistemáticamente en la forma que hemos explicado en HARFUCH, Andrés: “*El juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires: Ley provincial 14.543 anotada y comentada. El modelo de jurado clásico*”, Editorial AD-HOC, Bs As, 2013, ps 83 y ss y 122 y ss.

<sup>47</sup> HARFUCH: “*El jurado clásico...*”, op. cit., 2014, p. 24.

<sup>48</sup> MAIER, Julio B.J.: “*Fundamentos...*”, op. cit, ps 257 a 391.

ESMEIN, Adhemar: “*A History of Continental Criminal Procedure with special reference to France*”, Cornell University Library, Ithaca, New York, original de 1913.

HÉLIE, Faustin: “*Traité de l'instruction criminelle: ou Théorie du Code d'instruction criminelle*”, Vol 1-4. Chas. Hingray, Francia, 1845.

Volveremos una y otra vez a la historia del jurado en este libro. Sin embargo, hay algunas ideas que deben destacarse. No tanto ya con su historia cronológica, sino con su propia evolución como cuerpo decisor, por cómo tomaban las decisiones los jurados, por su interrelación con los otros sujetos procesales y por cómo -con cada aparición histórica del jurado- se le fue agregando un elemento que moldeó su definitiva configuración actual para la toma de decisión que lo caracteriza.

### **Cronología de las distintas apariciones del jurado en la Historia.**

Un historiador francés, llamado Ettiene Aignan, escribió en 1829 un libro que se llamó “*Histoire du Jury*”. Este viejo libro explica el derrotero del jurado a través de todos los Pueblos y elabora la tesis de que **el jurado ha producido seis apariciones decisivas en la Historia**: la primera de ellas fue en Grecia; la segunda, en Roma; la tercera, entre los pueblos Germanos; la cuarta, en Inglaterra; la quinta, en los Estados Unidos y la sexta, en la Francia de la Revolución.<sup>49</sup> Es exactamente así como sucedió y es una muy buena síntesis para el lector. A su vez, cada una de estas apariciones fue dejando su sello distintivo en lo que hoy es el juicio por jurados.

Otras explicaciones históricas -no menos interesantes- de la evolución conceptual del jurado propiamente anglosajón nos llegan desde autores argentinos, como Nicolás Schiavo, a partir de las tesis del gran epistemólogo Larry Laudan.<sup>50</sup> El jurado comenzó en el siglo XII como una forma de administración de justicia comunitaria. En siglo XVII sufre su primera transformación radical y se convierte en una garantía de los ciudadanos ingleses y de los colonos norteamericanos frente a la opresión de la Corona. A fines del siglo XIX y principios del siglo XX, el jurado, reteniendo por completo sus antiguas características de justicia comunitaria y de cuerpo político libertario contra toda forma de abuso de poder, alcanza su configuración actual sumando otra adicional: el jurado es el principal “*trier of facts*”, el más eficiente *determinador de los hechos*. Junto con esta nueva característica, se consolida el derecho probatorio, se sujeta íntegramente el procedimiento a estándares corroborativos de la prueba como *la duda razonable* (jurado penal), *la preponderancia de la prueba* (jurado civil) y *la causa probable* (Gran Jurado de acusación en materia penal) y se enfatiza la teoría del control sobre “*todo lo que lleva a la decisión, incluyendo a la decisión misma*”. En efecto, la tercera versión histórica del jurado se ha preocupado por

---

<sup>49</sup> AIGNAN, Ettiene: “*Histoire du Jury*”, Alexis Eymery, Libraire, Rue Mazarine n° 5, Bruselas, 1829.

<sup>50</sup> SCHIAVO, Nicolás: “*La potestad...*”, op. cit., 2015, p. 13.



desarrollar un sistema que garantice que el resultado del proceso sea la consecuencia directa de las pruebas presentadas en el juicio.<sup>51</sup>

Por su parte, dentro mismo del *common law* inglés y luego norteamericano, pueden distinguirse tres etapas históricas del jurado según el diferente predominio de los tres sujetos procesales que intervienen en él. William L. Dwyer, juez federal de distrito de Estados Unidos y autor de uno de los mejores libros sobre el juicio por jurados de los últimos años, escribió esta magnífica síntesis, que será desarrollada largamente en esta obra:

*“En nuestro sistema, el poder para conducir los juicios y decidir sus resultados está dividido entre el juez, el jurado y los abogados. Hasta las postrimerías de la era colonial, los jueces del Rey, vistos como arbitrarios y opresores, fueron largos dominadores. Dejaron tras de sí un miedo perdurable hacia la judicatura que nos ayudó e inspiró a construir nuestra garantía constitucional del juicio por jurados. El apogeo del jurado duró hasta casi un siglo después de la Revolución. Luego vino un nuevo desplazamiento del poder, esta vez hacia los abogados; aceptamos que los juicios los manejen los abogados, mientras el juez permanece impassible y los jurados son escuchas pasivos”.*<sup>52</sup>

Nada más cierto. Sólo que, como toda síntesis, no puede explicar que fue el jurado el que logró la tan anhelada independencia judicial. Esos héroes anónimos pagaron con su sangre y extremos padecimientos por siglos el logro de haberle arrancado el poder a los odiados jueces al servicio de los tiránicos reyes ingleses.<sup>53</sup> El siglo XVIII y XIX fue la época dorada del jurado, en la cual se afirmó como el baluarte político contra la Tiranía y como símbolo perenne de la libertad.<sup>54</sup> Conquistada para

---

<sup>51</sup>SCHIAVO, Nicolás: “La potestad...”, op. cit., 2015, p. 14.

<sup>52</sup>DWYER, William: “*In the Hands of the People*”, Thomas Dunne Books, St. Martin’s Press, New York, 2002, p. 157.

<sup>53</sup> THAMAN, Stephen C.: “*Questions of fact and law in Russian jury trials : the practice of the cassational courts under the jury laws of 1864 and 1993*”, *Revue internationale de droit pénal*, 2001/1 Vol. 72, p. 415-450: “Tendencias en esta dirección fueron evidentes en Inglaterra en los s. XVII y XVIII cuando los jueces de la Corona, confrontados por los disidentes políticos y religiosos con sus publicaciones presuntamente sediciosas, intentaron restringir al jurado para que sólo estableciera si la misma había sido “publicada”, dejándole al juez la cuestión “legal” de si tal escrito era sedicioso. La vigorosa reacción contra este intento de la Judicatura por constreñir el poder del jurado fue la proclamación del derecho al jury nullification. La presión por estos así llamados poderes de “nulificación” se aquietaron gracias a la sanción de una nueva ley de prensa que restauró el poder del jurado. La monopolización de la tradición de la determinación de la ley por jueces, sin embargo, triunfó en el continente europeo, donde el sistema inquisitorial escrito y secreto conducido por el juez reemplazó hasta la última migaja a las cortes de derecho consuetudinario”.

<sup>54</sup>HOSTETTLER, John: “*The criminal jury old and new: jury power from early times to the present day*”, Waterside Press, Winchester, Inglaterra, 2004. El jurado dominaba los hechos y tenía un poder último sobre la ley. Fue la época de esplendor del *jury nullification*, que combatía con hasta un 35% de absoluciones un derecho penal extraordinariamente riguroso a ambos lados del Atlántico. Ese predominio llegó a su fin con el fallo *Sparf v EEUU* (1895) de la Corte Suprema norteamericana, que dejó intacto el

siempre la democracia, los abogados litigantes pasaron al primer plano que ostentan hoy y el jurado entró en su faz más adjudicativa. Sin embargo, es notable reconocer cómo al interior de cada juicio por jurados, estos tres movimientos de ascenso y descenso históricos se reproducen una y otra vez: los abogados dominan por entero el litigio y la producción de la prueba. El juez recobra su estirpe resolviendo la admisibilidad de la prueba, instruyendo al jurado sobre la ley de fondo aplicable y dictando la sentencia. Pero, cuando llega el momento de la deliberación y el veredicto, sólo uno gobierna: el jurado.<sup>55</sup>

En el sistema mixto inquisitorial del *civil law*, en cambio, el poder jamás cambió de manos. Sólo el juez es el rey omnipresente. Desde hace ocho siglos. Los jurados fueron expulsados del proceso o reducidos a meros escabinos bajo su completa influencia. Las partes, aún hoy y en países desarrollados de Europa del continente, juegan un rol completamente decolorado y, en algunos casos, decorativo.<sup>56</sup>

### A. Grecia

El jurado -como forma de enjuiciamiento oral, público y popular- tuvo su origen en la antigua Grecia. Antes que ellos, no había tal sistema en los países de Oriente. Entre los fenicios y los judíos, eran los sacerdotes quienes resolvían las disputas. En Egipto, el procedimiento era escrito y decidido por un presidente y treinta asociados de las tres grandes ciudades del Imperio (diez de Heliópolis, diez de Tebas y diez de Menfis).<sup>57</sup>

---

poder de nulificación, pero que hasta hoy impide que le sea informado al jurado en las instrucciones.

<sup>55</sup>LEHMAN, Godfrey D.: “*We the jury....The impact of jurors in our basic freedoms*”, Prometheus Books, New York, 1997, p. 35. El capítulo 1º de este libro se llama “*El Padre de nuestra República*”. ¿Quién podría ser el padre de los Estados Unidos? ¿Cómo es posible que pueda ser un inglés? El señor Edward Bushell, presidente del jurado que juzgó a William Penn en Inglaterra en 1670. En las líneas que siguen nos daremos cuenta el porqué de semejante distinción. Sólo adelantaremos los siguiente: “*Aunque haya muerto 82 años antes que nuestra Declaración de la Independencia, espiritual y filosóficamente lo fue porque durante diez torturantes semanas en Londres en 1670, él valoró más a su consciencia que a su seguridad, a su libertad por sobre su comfort y a la honestidad por sobre su propia salvación. Si no lo hubiera hecho así, no habría habido ni Declaración de la Independencia ni la Constitución de los Estados Unidos*”.

<sup>56</sup>CORDERO, Franco: “*Procedimiento penal*”, Tomo I, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2000, p. 246. Fijémonos en el siguiente fallo de la casación italiana de ¡1982! **Un defensor de oficio permaneció mudo todo el debate**. Ni siquiera alegó nada al final del juicio. El caso llegó a la casación por nulidad. La Corte rechazó, dice Cordero, “*toda nulidad aún en el caso de que resultaron omitidas las conclusiones de la defensa; pero inspira cínico realismo en la premisa en que se funda. Siendo una pura formalidad su intervención final, el acusado no ha perdido nada*”.

<sup>57</sup>BLOOMSTEIN, Morris J.: “*Verdict. The Jury System*”, Dodd, Mead & Company, New York, 1968, p. 2.

Los griegos llamaron a su sistema *Dikasteries* y a sus jurados *Dikasts*. Los *dikasts* fueron los primeros jurados de la Historia. La Polis de Atenas tenía aproximadamente veinte mil habitantes, de los cuales seis mil intervenían en los juicios como *dikasts*. Cada vez que se juzgaba un asunto penal o civil, se sorteaba en qué *decuria* y en qué corte se harían, para que nadie lo supiera de antemano y así evitar cualquier manipulación previa. Para la época dorada de Grecia (450 a 430 a.C), que es cuando vivió Pericles, cada *decuria* constaba de doscientos cincuenta, quinientos, mil o a veces dos mil *dikasts*, sorteados dependiendo de la gravedad del caso. Los griegos confiaban en que tan alto número de jueces ciudadanos era el mejor antídoto contra el soborno, la intimidación y la corrupción. Recibían una paga de *mediodracma*, que era una suma importante para los pobres sin trabajo, razón por la cual muchísimos de ellos fueron los primeros jurados. Claro que pasaron a la historia por haber condenado a Sócrates pero, más que ello, desarrollaron el primer gran experimento de un sistema acusatorio, adversarial, público y decidido por jueces populares **que votaban en secreto**.

¿Cómo era el sistema para la toma de decisión de los jurados atenienses, luego de escuchar a los contendientes y a las pruebas en plena plaza pública? Los *dikasts* usaban dos discos circulares de bronce que se ocultaban en la palma de la mano. Ellos tenían una pequeña varilla que les permitía sujetar esos discos entre los dedos y luego volcarlos en una urna sin que nadie viera por cuál veredicto votaba cada uno. Los discos de bronce huecos significaban la condena; los sólidos la absolución. Había otra urna residual en donde dejaban caer el disco restante. Como muy bien apunta SunWolf, “los atenienses deben haber sido una de las primeras civilizaciones que decidieron que el jurado debía estar protegido por el elemento de la anonimidad”.<sup>58</sup> Producto del período de máximo esplendor de la magnífica civilización que fundó Occidente, **surgía la regla del secreto del jurado y la no exteriorización de sus motivos** como elemento esencial para esta forma de enjuiciamiento. No había -ni lo hay hoy- ninguna otra manera de llevarlo adelante, y es una de las garantías fundamentales del juicio por jurados en sus seis apariciones históricas.

## B. Roma

La segunda gran civilización de la Antigüedad en usar los jurados fue, como no podía serlo de otro modo, Roma. Los romanos en todas sus diferentes épocas juzgaron sus asuntos con alguna forma de participación popular. Roma pasó de ser una

---

<sup>58</sup>SUNWOLF: “*Practical Jury....*”, op cit., p. 267

simple tribu hasta convertirse en el Imperio más grande e influyente que hubo sobre la Tierra. Gradualmente fue ampliando la participación popular en sus asuntos de justicia. En sus comienzos, los Magistrados detentaban el poder de acusar y de juzgar. Luego se trasladó la función juzgadora a las Asambleas Populares llamadas *Comicios centuriales* o, directamente, *Centurias*, creadas por las tres leyes *Valeriae*.<sup>59</sup> Pero no fue sino hasta la época de la República en que refinaron de una manera exquisita la herencia griega y la distribución equitativa del poder en un sistema verdaderamente acusatorio y adversarial.

Roma le dio al actual jurado clásico y a la posteridad, entre otros aspectos destacables: **a) el derecho de recusación sin causa de cierto número de jurados a ambas partes; b) la elección por sorteo** de las listas anuales de jurados para evitar la manipulación del Gobierno<sup>60</sup>; **c) que el colegio de jurados sea dirigido por un solo juez; d) las instrucciones al jurado; e) el abandono del carácter mítico de la prueba y su consideración racional-objetiva por íntima convicción<sup>61</sup> y f) la votación secreta por tres opciones.** A cada jurado se le daba, ya no dos discos como en Grecia, sino tres tablas (*tabellas*): Absolución (*tabella A*), Condena (*tabella C*) o Non Liqueat (*tabella NL*). El jurado romano fue el primero en admitir -tal como es hoy- tres posibles decisiones (**no dos, como erróneamente se cree**) para el jurado: *no culpable*, *culpable* o *nullum verdictum* y un nuevo juicio, constituyéndose así en el antecedente directo del *hung jury* o *jurado estancado* que desarrollaron los ingleses del Medioevo y que hoy informa al jurado clásico moderno cuando no se alcanza la unanimidad.<sup>62</sup>

---

<sup>59</sup> MAIER, Julio: “Fundamentos...”, op. cit., p. 276. El gran jurista argentino, con cita del erudito en derecho penal romano Mommsen, nos recuerda que “*las tres leyes Valeriae datan del comienzo de la República e imponen la provocatio ad populum; fueron tres veces renovados y confirmadas por la Ley de las XII Tablas, las leyes Porcias y la de Cayo Graco*”.

<sup>60</sup> CARRARA, Francisco: “Programa de Derecho Criminal”, parte general, Volumen II, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1972, p. 245: “¿Quién ignora las sediciones del pueblo romano para reemplazar el nombramiento (editio) por el sorteo (sortitio) y para obtener algún contrapeso a los exorbitantes poderes de los patricios en la administración de justicia?”

<sup>61</sup> MAIER, Julio: “Fundamentos...”, op. cit., p. 283: “En el sistema de prueba se observa uno de los principios fundamentales que incorporó el Derecho romano y que subsiste hasta nuestros días: desapareció el sentido subjetivo, mítico, de la prueba, como medio por el cual la divinidad demostraba por signos exteriores la razón de uno de los contendientes, y el combate judicial, para dar paso al conocimiento objetivo, histórico de un acontecimiento por los rastros que él había dejado en el mundo. Se valoraban los medios de prueba según la íntima convicción de los iudicis (jurados), que expresaban en la votación, como corresponde a todo tribunal de jurados”.

<sup>62</sup> MAIER, Julio: “Fundamentos...”, op. cit., p. 283: “Tanto el presidente (quaesitor) como los iudicis eran meros árbitros que escuchaban el debate oral y público y sólo intervenían la dictar sentencia, la que votaban en un comienzo oral y públicamente, y, posteriormente, en forma secreta, mediante el procedimiento de las *tabellas*. El presidente escrutaba los votos y la mayoría determinaba la sentencia;

Junto con la consolidación del Senado como poder de freno al Cónsul, fue desarrollándose en la República un sistema de juicios criminales provocados por el Pueblo (un patricio o ciudadano acusador popular) y realizados ante un *pretor* o *quaesitor*, magistrado itinerante y un grupo de *iudicis iuratis* o jurados, pero ya no en centenares o miles como en Atenas, sino en un número ya muchísimo menor que, con frecuencia, los acercaba a los doce.<sup>63</sup> Los jurados debían ser ciudadanos y tener 30 años de edad y eran elegidos mediante dos métodos: la odiada *per editionem* (por edictos), que causó todo tipo de revueltas por dar lugar a frecuentes manipulaciones -ya que los elegía el acusador-, y, finalmente, la confección de sus listas anuales mediante el más democrático método del sorteo (*per sortitionem*).<sup>64</sup>

Como vemos, salvando las distancias, los delitos se juzgaban en una audiencia pública ante un juez distinto de la persona que acusaba, ante un jurado en número muy cercano al actual y sujeto a recusaciones con y sin causa, ambos -*quaesitor* y *jurados*- absolutamente imparciales y observadores del debate, dos partes en igualdad de condiciones que ofrecían sus testigos, **instrucciones al jurado** por primera vez en la historia y un veredicto final con íntima convicción por mayoría absoluta. O sea, prácticamente un juicio acusatorio moderno en plena Antigüedad. Una proeza insuperable. A este procedimiento se lo llamó *Quaestio*, *Iudicium Publicum* o *Accusatio* y fue, sin dudas, la gloria imperecedera de la tradición romana, que marcó la segunda aparición histórica del jurado en Occidente. El jurado de Roma fue decisivo para el posterior desarrollo del mismo en la Europa medieval y, luego, en las Islas Británicas.

### C. Los pueblos germánicos

En las dispersas tribus germánicas, desde el fin de la Era Antigüa hasta los comienzos de la Edad Media (siglo VII d. C.), la cabeza de la corte (*Graf*) resolvía las disputas ante una asamblea popular (*Hundertschaft*) de hombres libres llamados *Things*, todos dueños de tierras y capaces para la guerra, en un número que variaba de siete o doce, según la gravedad del caso.<sup>65</sup> El proceso era bastante ritual, con un carácter

---

*en caso de empate triunfaba la opinión más favorable al acusado”.*

<sup>63</sup> MAIER, Julio: “Fundamentos...”, op. cit., p. 277: “El tribunal de jurados fue confiado, en principio, a la presidencia de un magistrado portador del **imperium**, el pretor; pero él podía delegar en uno de los jurados, llamado **quaesitor**, la dirección del **collegium**, invistiéndolo del imperium imprescindible para el caso.”

<sup>64</sup> MAIER, Julio: “Fundamentos...”, op. cit., p. 278.

<sup>65</sup> MAIER, Julio: “Fundamentos...”, op. cit., p. 265: “Sus principales notas eran: el derecho de persecución en manos privadas, sin que pudiese existir actuación judicial cuando faltaba el reclamo de parte interesada (*Wo kein Kläger, da kein Richter -nemo iudex sine actore*). El proceso se iniciaba al

subjetivo y sacramental de la prueba, con combate judicial y tenía todas las características de un proceso acusatorio y adversarial, pero de carácter privado.<sup>66</sup> Al igual que en Grecia y en Roma -con la *prevaricatio* como acusación errónea o falsa- la parte perdedora y seis de sus amigos podían desafiar a los jurados a combatir contra ellos. Sin embargo, el jurado de los pueblos germánicos **produjo otro momento seminal en la historia del proceso para la toma de decisión del jurado**: cuando los jurados estaban por dictar un veredicto, se retiraban en secreto a deliberar, lejos de la presencia del juez (Graf), *para así poder discutir libremente*. Nació así, por el propio desarrollo del sistema acusatorio, la otra gran garantía del juicio por jurados que asegura su libertad, su poder soberano y la estabilidad racional de su veredicto: **la deliberación**.<sup>67</sup>

Entre el período del jurado germánico y la aparición del jurado inglés, allí por el siglo XII, se desarrollaron en toda la Europa medieval (incluida Inglaterra) las ordalías y los juicios de Dios. De hecho, cuando Guillermo el Conquistador Normando invadió las Islas Británicas en 1066, los juicios de Dios ya estaban allí firmemente asentados para resolver cualquier tipo de disputa, civil o penal, lo cual era obvio dada la constante dominación vikinga (793-1066).<sup>68</sup>

Muchos historiadores se refieren a los *compurgatores* como jurados, pero esto no es exacto. Se les parecían en que, en muchas regiones escandinavas, los *compurgatores* oscilaban mayormente entre doce personas extraídas de la comunidad que acudían a dar **testimoniojurado unánime** en favor del acusado a fin de evitar la ordalía. A pesar de no poder ser considerados formalmente jurados, las similitudes son evidentes. Cuando el famoso vikingo noruego Rollo invadió Normandía y la actual

---

*fracasar la composición privada...El tribunal era una asamblea popular (Hundertschaft), compuesta por las personas capaces para la guerra (Thing), que sesionaba en lugares abiertos, es decir, públicamente, y era presidida por un juez, quien, además, dirigía el debate, pero no fallaba. El procedimiento era oral, público y contradictorio y consistía en una verdadera lucha por el Derecho entre ambos contendientes a la vista del tribunal (mero espectador) y mediante actos formales al extremo, llenos de sentido mítico...".*

<sup>66</sup>ROGGE, Karl August: "*Über Das Gerichtswesen Der Germanen; Ein Germanischer Versuch*", Halle, in der Gebaurichen Buchandlung, Alemania, 1820.

<sup>67</sup>BLOOMSTEIN, M. J.: "*Verdict. The Jury System*", op. cit., p. 7.

FORSYTH, William: "*History of trial by jury*", 2ª edición, Frederick D. Lynn & Company Publishers, New Jersey, 1875, p. 32 y ss: "*Antes de dar su sentencia, los miembros del tribunal se retiraban de la presencia del funcionario que presidía para considerar su decisión, o veridici, tal cual podría ser apropiadamente llamada. Así eran, entonces, los tribunales germánicos de justicia en su forma más temprana. Estaban compuestos por los hombres libres del distrito y presididos por un Graf. Todos tenían el derecho de asistir y tomar parte en el juicio. Por eso, tal cual bien puede suponerse, eran a veces sesiones tumultuosas*".

<sup>68</sup> Para un exhaustivo estudio histórico de este período, consultar GRIMM, Jacob: "*Deutsche Rechts Alterthümer*", Dietrich, Göttingen, Alemania, 1828.

Francia en el año 890 D.C., trajo consigo y dejó en esas tierras ese embrión de lo que luego sería el sistema de jurados. Rápidamente se extendió y se modificó por Normandía de acuerdo a las características del lugar, aguardando su eventual trasplante a otros lares. Como sostiene Bloomstein, cuando Guillermo el Conquistador cruzó el Canal de la Mancha en 1066, el pasajero invisible a bordo de sus naves era el juicio por jurados.<sup>69</sup>

#### D. Inglaterra

Es incuestionable que, a pesar de los antecedentes griegos, romanos, germanos y escandinavos, el juicio por jurados, tal cual hoy modernamente lo conocemos, **se forjó exclusivamente en Inglaterra**. Se trata de un hecho indiscutible y representa el aporte más valioso a la Civilización que el pueblo inglés haya podido ofrecer en materia judicial. Si la *Quaestio o Accusatio* es lo que llevó a Roma a la fama mundial, el *juicio por jurados* es su equivalente para Inglaterra.<sup>70</sup>

Nada menos que seis siglos, que incluyeron todo el Medioevo y parte de la Edad Moderna, fue el tiempo que les insumió a los ingleses perfeccionar, moldear y refinar el juicio por jurados con todas las notas características que hoy lo informan: una breve investigación desformalizada de partes ante un juez de paz, acusación ante un Gran Jurado, recusaciones con y sin causa para seleccionar al jurado, un juicio público y rápido, oral, adversarial, contradictorio, continuo y con intermediación para todas las materias ante doce jurados del lugar donde el hecho se cometió, Reglas de Evidencia, la totalidad de la prueba rendida en el debate, el estándar de prueba más allá de toda duda razonable, un juez presidente del juicio, instrucciones del juez a los jurados, deliberación secreta y continua sin interferencia del juez, exigencia de unanimidad tanto para absolver como para condenar y un veredicto general vinculante en que el jurado **decidía los hechos y el derecho de fondo aplicable**, sin expresión de los motivos de la decisión (Regla del Secreto del Jurado). El veredicto era inimpugnable, pero no alcanzar la unanimidad equivalía a un juicio nulo y el mismo debía repetirse, si bien esto era muy

---

<sup>69</sup>BLOOMSTEIN, M.J.: “*Verdict. The Jury System*”, op cit, p. 9.

<sup>70</sup> DE TOCQUEVILLE, Alexis: “*La democracia en América, I*”, original de 1835, Alianza Editorial, Madrid, 2011, p. 391. Al referirse a los países que formaron el Commonwealth, decía el cronista francés sobre el jurado inglés: “*Salieron de su territorio y se esparcieron por todo el Universo: unos formaron colonias, otros Estados independientes; la nación conservó un rey; algunos colonos fundaron poderosas repúblicas; pero en todas partes los ingleses preconizaron por igual la institución del jurado. En todos los lugares la establecieron o se apresuraron a establecerla. Una institución judicial que obtiene así los sufragios de un gran pueblo durante largos siglos, que se reproduce celosamente en todas las épocas de su historia, en todos los climas y bajo todas las formas de gobierno, no puede ser contraria al espíritu de la justicia*”.

infrecuente. El juez era el encargado de fijar la pena en materia penal. En materia civil u otras, los jurados decidían la responsabilidad y la indemnización por daños.

Los ingleses tomaron entonces los distintos aportes de las anteriores civilizaciones y pueblos, les agregaron otros y fraguaron así un procedimiento judicial único en su clase, por su respeto a los derechos y garantías del acusado y de la sociedad. El jurado inglés pasó a la posteridad e influyó decisivamente en el pensamiento judicial anti-inquisitorial de la Ilustración y de la Revolución Francesa.<sup>71</sup> El jurista alemán Mittermaier, que estudió al jurado inglés y escocés en primera persona en Inglaterra y en Escocia, lo calificó de “*verdadera proeza*”.<sup>72</sup> William Blackstone, quizás el más importante jurista inglés de todos los tiempos, lo llamó en su seminal Tratado de 1769 “*la gloria del Derecho inglés*”. Doscientos años más tarde, el juez Sir Patrick Devlin, calificó al jurado como “*el pequeño Parlamento*” y como un símbolo de la democracia, “*la lámpara que muestra que la libertad vive*”.<sup>73</sup>

¿Cómo llegaron los ingleses a moldear este juicio tan peculiar y que resistió hidalgamente el paso de los siglos y que se asentó en tan disímiles latitudes? La proeza es doble, ya que sus vecinos del continente, para esa misma época, desarrollaban un sistema judicial cruel, escrito, secreto y con una altísima centralización del poder en el Inquisidor. Era la antítesis total al juicio público ante jurados de Inglaterra.<sup>74</sup>

---

<sup>71</sup> La historia completa del jurado inglés puede verse en la gran obra de HENDLER, Edmundo S. y CAVALLERO, Ricardo J.: “*Justicia y participación. El juicio por jurados en materia penal*”, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1988.

<sup>72</sup> MITTERMAIER, Carl: “*Tratado de la prueba en materia criminal o Exposición comparada de los principios en materia criminal y de sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia e Inglaterra*”, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, España, 1877, ps. 41 y 91: “*Pero a su vez los jurados, por la naturaleza misma de su institución, por su completa independencia, y también por esa viva simpatía que es preciso suponer siempre en ellos a favor del acusado; los jurados, repetimos, suministran garantías políticas imposibles de encontrar entre los Jueces regulares*”; “*...aquellos que no han sido objeto de sus recusaciones, aparecen verdaderamente como Jueces, cuya decisión futura acepta libre y confiadamente. En cuanto al Pueblo, su fe en la equidad de los fallos se manifiesta plena y entera desde el punto en que el Tribunal le parece imparcial: pues bien, desde el momento que el mismo acusado elige en cierto modo sus Jueces, aparecen estos en el más alto punto dotados de esa imparcialidad tan anhelada, y no puede rehusarles la confianza*”.

<sup>73</sup> DEVLIN, P: “*Trial by jury*”, Stevens Publ, Londres, 1956, p. 164: “*Cada jurado es un pequeño Parlamento. El sentido del jurado es el sentido del Parlamento. No puedo ver a aquél morir y a éste sobrevivir. El primer objetivo de cualquier tirano en Whitehall sería someter al Parlamento enteramente a su voluntad y lo siguiente sería abolir o disminuir al juicio por jurados, puesto que ningún tirano podría jamás soportar el dejar la libertad de un súbdito en las manos de doce de sus compatriotas. Por eso es que el juicio por jurados es más que instrumento de la justicia y es mucho más que una de las ruedas de la Constitución: es la lámpara que muestra que la libertad vive.*”

<sup>74</sup> FORSYTH, William: “*History of Trial by Jury*”, John W. Parker & Son, West Strand, Londres, Inglaterra, 1852, p. 371: “*El sistema en donde los ciudadanos eran juzgados en corte abierta y por ante sus pares elegidos de entre toda la comunidad fue gradualmente suprimido en Alemania por una “maquinaria de tiranía y opresión”, en la que el proceso de investigación se volvió secreto y la vida y la*



A modo de fugaz síntesis, diremos que el pasajero visible que sí desembarcó con los normandos a Inglaterra en 1066 fueron la encuesta y la inquisición para determinar los hechos. **Los jurados primero fueron testigos del hecho y, tras una larguísima evolución que duró cinco siglos, se convirtieron en jueces de esos mismos hechos.** Al principio, el Rey mandaba a sus jueces itinerantes a las comarcas para hacer sus encuestas. Un grupo de vecinos respetables del lugar eran convocados para que, bajo juramento (**por eso se llaman jurados**), declararan qué bienes vacantes había en el lugar, qué tesoros se habían encontrado o qué delitos se habían perpetrado que pudieran originar el cobro de multas a favor de las arcas de la Corona<sup>75</sup>. Con el tiempo, se requirió el pronunciamiento juramentado de sólo un grupo de **doce vecinos**, que atestiguaban de este modo acerca de la culpabilidad del acusado. Estos doce *jurados-testigos*, por fuerza, tenían que ser del lugar del hecho, ya que por esa condición de vecindad la culpabilidad les llegaba directamente a su conocimiento. Con los años, las cosas fueron cambiando lentamente y esos doce jurados recurrieron a testimonios de otras personas, que eran luego examinadas por ellos en presencia del juez.

En esta ya evidente génesis del juicio por jurados, se afianzaban en Inglaterra dos de sus rasgos más distintivos: *el número de doce* y *el forum delicti comissi*, o la exigencia (hoy garantía constitucional universal) de que el juicio público debe hacerse en el lugar del hecho y que también los jurados (jueces naturales) deben provenir del lugar donde el hecho se cometió. No puede sacarse al acusado de dichos jueces y de dicha jurisdicción.

Mediante la Assize de Clarendon de 1166 -un documento fundamental-, el rey Enrique II estableció formalmente las bases más firmes para el futuro juicio por jurados. Lo hizo para resolver las disputas de tierras ante una gran corte de assize de *doce caballeros* y ordenó proveer de jueces itinerantes que formaron los primeros distritos judiciales por condado. Todavía no se los llamaba “*jurados*”, sino “*recognitores*”. Fueron casi cien años en que las ordalías y el embrionario juicio por jurados coexistieron simultáneamente.

---

*libertad pasaron a depender de jueces designados por el Estado”.*

<sup>75</sup> BERMAN, Harold: “*La formación de la tradición jurídica de Occidente*”, Fondo de Cultura Económica, México, 1983, p. 469-470. El autor deja muy en claro que esta práctica de investigación y de someter ocasionalmente las disputas al juicio de un grupo de vecinos era común entre los normandos, los francos, los germanos y, luego de 1066, entre los anglosajones de Britannia.

Fue desde estos *recognitores* que surgió el sistema actual de jurados: arrancaron exclusivamente como testigos de los hechos pero, muy lentamente y bajo el reinado de Eduardo I, más personas se agregaron al jurado. Aquellas que tenían conocimiento de los hechos eran separadas de los demás jurados y pasaron a ser escuchadas como testigos, dejando la decisión del caso a aquellos jurados que nada sabían de los mismos. Entre 1250 y 1350, bajo el reinado de Eduardo III, esta práctica ya estaba firmemente asentada. Todo aquel convocado que manifestaba tener conocimiento de los hechos prestaba automáticamente juramento como testigo.

Aquí puede verse con toda claridad el refinamiento de lo que luego sería **la actual audiencia de voir dire** para impugnar con y sin causa a los jurados que el sheriff del condado traía por orden del juez para cada juicio.<sup>76</sup> Recordemos que Inglaterra había sido invadida por los normandos franceses en 1066, por lo que el idioma oficial empleado en la Corte era el francés antiguo y así continuó hasta el siglo XIV. El pueblo hablaba inglés, pero las clases gobernantes y el lenguaje escrito de los documentos oficiales emplearon por siglos el dialecto normando-francés. De allí viene la expresión *voir dire*, que, como toda lengua latina, fue deformándose del latín original “*verum dicere*” (*decir aquello que es verdad*). Los jurados que llegaban al juicio prestaban juramento de decir la verdad sobre si sabían algo de los hechos del caso. Como vimos, los que decían que sí dejaban de ser jurados y declaraban como testigos; los que decían que no eran los que decidían el pleito. La imparcialidad del juzgador se abría así paso muy lentamente.<sup>77</sup>

Pero volvamos hacia atrás. En 1194, en pleno reinado del rey Ricardo I *Corazón de León*, aparecieron además en la isla tribunales de acusación cuyo deber era investigar y acusar a los ofensores y llevarlos a juicio ante un juez. **Este es el origen directo del Gran Jurado de acusación (Grand Jury)**, cuyo número era variable pero que luego se estableció en veinticuatro.<sup>78</sup> El rey dispuso que cada vez que se produjera una ofensa

---

<sup>76</sup> Nuevamente, los ingleses refinaban otra práctica de Roma de recusar sin causa a un número cierto de jurados, que ellos llamaban *reiectio*, pero que pasó a la posteridad como *voir dire* tras su paso por suelo inglés. Ver MAIER, Julio B. J.: “*Fundamentos...*”, op.cit., p. 278.

<sup>77</sup> Para 1120, muy poco después de la *Assize de Clarendon*, se permitían 35 recusaciones sin causa de jurados. Con el tiempo se fueron reduciendo y, en 1509, se establecieron por ley en 20. La tendencia continuó y en 1777 pasaron de 7 a 3, hasta que en 1988 fueron definitivamente abolidas en Inglaterra por considerar que afectaban la imparcialidad del proceso aleatorio de selección de los jurados. Hasta el día de hoy, las críticas contra esta medida no cesan. No obstante, las partes cuentan con amplios poderes para interrogar y recusar con causa a los potenciales jurados en busca de prejuicios u opiniones formadas.

<sup>78</sup> LANGBEIN, John: “*The English Criminal Trial Jury on the Eve of the French Revolution*”, en el libro “*The Trial Jury in England, France, Germany 1700-1900*”, compilado por el Prof. Dr. Antonio Padoa

criminal, doce caballeros del condado acusarían y juzgarían al ofensor, combinando así el mismo cuerpo las funciones del *Grand Jury* (acusadores) con las del *Petit Jury* (determinadores de los hechos). Esto despropósito duraría hasta el siglo XV, a pesar de que el gran texto legal que estaba por venir lo prohibiera.

Muy pocos años después, en 1215, dos acontecimientos sacudieron al mundo de manera simultánea, con profundas consecuencias hasta la fecha: la *Carta Magna* del Rey Juan Sin Tierra y el Concilio de Letrán. El Papa Inocencio III hizo sucumbir de hecho las ordalías en Occidente durante el Concilio de Letrán y eso provocó que en Inglaterra el *Grand Jury (Gran Jurado de acusación)* y el *Petit Jury (jurado del juicio)* se escindieran definitivamente.<sup>79</sup> El reaseguro para los súbditos era muy claro: nadie podía ser llevado a juicio ante *jurados recognitores* si previamente otro gran grupo de vecinos reunidos en un *Grand Jury* no aprobaba la acusación contra él.<sup>80</sup>

La *Magna Carta de las Libertades (Magna Charta Libertatum)* del rey Juan Sin Tierra está considerada como la primer Constitución del mundo, el más grande documento legal del Medievo en la búsqueda de un equilibrio de poder entre el monarca y sus súbditos. Buena parte del freno al poder del Rey que los barones le arrancaron a Juan Sin Tierra lo hicieron consagrando *aljuicio previo de sus pares y por la ley de la Tierra (common law of the land o derecho consuetudinario*, por oposición a la ley positiva del Rey y al juicio ante los jueces designados por el Rey) como un derecho explícito entre sus cláusulas más influyentes. Por eso es que la *Carta Magna* es

---

Schioppa, Editorial Duncker & Humblot / Berlin, 1987, p. 23. Allí puede apreciarse el desarrollo del Grand Jury en Inglaterra.

<sup>79</sup> El Canon 18 del Concilio de Letrán de Noviembre de 1215 dice textualmente: “*Los clérigos no pueden ni pronunciar ni ejecutar una sentencia de muerte. Ni tampoco pueden actuar como jueces en casos criminales de extrema gravedad, o tomar parte en asuntos conectados con pruebas judiciales u ordalías*”.

Tampoco debemos olvidarnos que el Pacto de Letrán marcó el comienzo de la Inquisición en Europa continental.

<sup>80</sup> CORDERO, Franco: “*Procedimiento penal*”, op.cit., p. 17 y 18: “*A fines del siglo XII los juicios de Dios quedaron desacreditados; un canon del IV Concilio de Letrán de 1215 prohibió todo aporte litúrgico a las ordalías, y decretos papales condenaron toda purgatio vulgaris. La Revolución Inquisitorial satisface exigencias comunes a dos mundos: el eclesiástico, acechado por las herejías, y el civil, en el cual la expansión económica origina criminalidad; los intereses que se han de proteger exigen un automatismo represivo incompatible con las acusaciones privadas; la cultura jurídica romana, ya muy difundida, impone decisiones técnicas; en cuanto al método de la instrucción, no es una novedad la indagación de testigos de oficio, experimentada desde los iudicia synodalia carolingios. En Inglaterra, el mismo modelo inspira soluciones aisladas: un Grand Jury compuesto de 24 notables del pueblo formula las acusaciones o indictments, poniendo al acusado en manos de los jueces reales itinerantes; lo declara culpable o no el jurado decisor o petit jury, compuesto de 12 miembros, los cuales constituyen el órgano de una ciencia comunitaria.*”

unánimemente considerada como la primera gran ley del mundo del juicio por jurados y un símbolo de las libertades frente al despotismo.<sup>81</sup>

Los barones le exigieron al Rey ser *acusados* y *juzgados* exclusivamente por sus pares. La distinción es muy importante, ya que la exigencia no se agotaba sólo al “juicio” de un hombre libre mediante sus pares del jurado de doce. Los barones también le quitaron al Monarca la prerrogativa de “acusarlos” y por eso lo obligaron a reconocer legalmente lo que en el futuro sería el **Gran Jurado** de veinticinco barones. La única acusación válida para provocar un juicio público sólo podía provenir de ese gran cuerpo de acusación integrado por veinte y tantos de sus pares. La cláusula usualmente más influyente y mencionada de la Carta Magna es, como siempre, la nº 39 referida al *petit jury* o *jurado de doce en el juicio público* que dice:

*“Ningún hombre libre podrá ser arrestado o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, o de sus libres costumbres, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino sólo por el juicio legal de sus pares y o por la Ley de la Tierra”.*<sup>82</sup>

Sin embargo, la menos estudiada cláusula nº 61 (que es la más larga de la *Carta Magna*) es la que establece y regula cuidadosamente el funcionamiento embrionario del *Gran Jurado de Acusación*, compuesto por veinticinco barones y que funcionaba en secreto. Sólo ellos podían investigar todo crimen cometido por un individuo libre o un funcionario y, si había mérito, acusarlo para ser llevado a juicio ante otro cuerpo de jurados distintos a ellos. El Gran Jurado cumplía así su rol de *Escudo del Pueblo*, destinado a evitar imputaciones abusivas de parte del Gobierno o imputaciones maliciosas provenientes de otros individuos.<sup>83</sup>

Finalmente, el otro gran atributo que el jurado inglés legó al mundo fueron los **veredictos unánimes**. A tal punto que hoy juicio por jurados y veredicto unánime son sinónimos. Más adelante veremos con cuidadoso detalle el derrotero que llevó a esta exigencia fundamental. Por ahora diremos que, para 1166, se admitían los veredictos por muy altas mayorías hasta que un sonado caso ocurrido en 1367 -con tortura incluida

---

<sup>81</sup>DANZIGER, Danny & GILLINGHAM, John: “1215: *The Year of Magna Carta*”, Hodder Paperbacks, UK, 2004. El juez inglés Lord Denning la calificó como “*el mayor documento constitucional de todos los tiempos – el cimiento de las libertades individuales contra la arbitraria autoridad del déspota.*”

<sup>82</sup> El original estaba en latín. *Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut desseisetur de libero tenemento, vel libertatibus, vel liberis consuetudinibus suis, sut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae.*

<sup>83</sup>TURLEY, Hugh: “*The Grand Jury*”, Hyattsville Life & Times, 2007.

al jurado disidente- provocó que se instituyera definitivamente la exigencia de unanimidad para los veredictos del jurado.

Para el siglo XV, las bases para el jurado moderno con sus múltiples controles y contrapesos que hoy conocemos ya estaba en marcha, a pesar de que le faltaría un largo derrotero hasta fijar su forma actual.<sup>84</sup> Pero enseguida veremos cómo fueron los siguientes cuatrocientos años en Inglaterra. Las relaciones entre las libertades de los súbditos ingleses y sus reyes se tensaron al extremo. Los reyes eran cada vez más tiránicos, más opresivos y edificaron a su servicio una corte de jueces venales y corruptos. Esto llevó a guerras y sangrientos enfrentamientos con sus jurados y la sociedad civil, que sólo se saldaron tras la Gloriosa Revolución de 1688.

Allí se terminó de consolidar efectivamente la independencia judicial, la monarquía constitucional, la división de poderes y el poder soberano del jurado sobre todo el sistema judicial inglés. Pero las notas distintivas y el funcionamiento actual del jurado ya estaban claramente delineados desde este período formativo que se extendió entre el año 1066 hasta el año 1500 aproximadamente.<sup>85</sup>

Así lo resume el historiador estadounidense Bloomstein,

*“al repasar todos estos siglos de la historia inglesa, no queda duda alguna que las raíces del jurado moderno fueron rudas y crueles, en consonancia con lo que eran esos tiempos. Pero de allí brotó la jurisprudencia inglesa y el fair play, el sistema que atravesó el Atlántico y que sentó las bases de nuestro propio ideal de justicia”.*<sup>86</sup>

## **E. Estados Unidos**

Cuando el buque Mayflower tocó tierra en 1620 en Plymouth, Massachusetts, desembarcaron los primeros 120 peregrinos. No obstante haber tenido que exiliarse de

---

<sup>84</sup> Hay que situarse en el contexto de aquella Inglaterra. En la etapa medieval y principios de la modernidad, los juicios por jurados en general eran muy sencillos, muy rápidos y basados en prueba íntegramente testimonial o documental. Cada pueblo era una pequeña aldea, donde todo delito se averiguaba con relativa facilidad y rapidez. No había abogados, el asistente del juez leía la acusación, el juez hacía las preguntas a los testigos, instruía al jurado, no había derecho al silencio, ni presunción de inocencia. La declaración del acusado era muy importante como defensa contra las pruebas en su contra. A veces, los propios jurados discutían con el acusado, al igual que el juez. Muy poco se hablaba sobre la ley, ni los elementos del delito, ni se definía la carga de la prueba. Un mismo jurado de doce vecinos elegidos por un día podía llegar a ser Gran Jurado y petit jury a la vez, escuchar y decidir hasta varios juicios en una sola jornada. Al final, los jurados clamaban por misericordia *“Milord, le rogamos que no nos ponga otro juicio más, es suficiente ya para nuestra memoria”*. Ver DWYER, William: *“In the hands of...”*, op. cit., p. 48. Así fue la larga evolución del jurado en Inglaterra hasta su forma actual.

<sup>85</sup>HANS, Valerie P. y VIDMAR, Neil: *“Judging the Jury”*, Perseus Publishing, Massachusetts, 1986, p. 29.

<sup>86</sup>BLOOMSTEIN: *“Verdict. The Jury System”*, op. cit., p. 20

la tierra que los había visto nacer, no obstante ser todos ellos rebeldes y disidentes políticos-religiosos, eran orgullosos ingleses que deseaban formar nuevas colonias para su Rey. Era tal su temor a perder su identidad inglesa que declinaron exiliarse en los Países Bajos y se aventuraron hacia la América desconocida. Llevaban sobre sus espaldas el terror desatado contra ellos y sus familias por la persecución política y religiosa sufrida en la Madre Patria de parte del Gobierno de Su Majestad y de sus corruptos jueces. Más, junto a estos Padres Peregrinos, desembarcaron en el Nuevo Mundo -ahora sí de manera más que visible- el juicio por jurados y el *common law*.

El juicio por jurados fue una de las instituciones más celosamente preservadas por los Colonos y luego adoptada sin vacilación alguna por todos los futuros Estados, por el Estado Federal y por su Constitución política. El juicio por jurados en los Estados Unidos es hoy el más vigoroso y vibrante del planeta. Ha superado largamente en refinamiento y evolución al de la Metrópoli que le dio origen. Si bien mantiene intacta la estructura, la lógica y las notas características heredadas de Inglaterra, el jurado de los Estados Unidos se distingue por ciertas modificaciones -algunas de las cuales han llegado afortunadamente a la Argentina- que han acentuado el poder de sus jurados frente al que gozan sus pares ingleses o canadienses. Pero tal poder no se limita sólo a los jurados, sino también a las amplias facultades reconocidas a las partes en el proceso, y muy especialmente, durante la audiencia de *voir dire* para seleccionar al jurado. Los juristas de Canadá e Inglaterra no aprueban tal extensión del poder al jurado o a las partes y prefieren el tradicional modelo que subordina a ambos, en cierta medida, al juez. Aclaramos en “*cierta medida*” para no confundir al lector desprevenido que se formó y actúa en algún país del *civil law*: el poder de los jueces canadienses e ingleses sobre sus jurados y los abogados es ejercido en un contexto sumamente moderado y respetuoso del proceso adversarial. Ni por asomo se asemeja al decadente e ineficaz autoritarismo judicial que caracteriza al procedimiento mixto de Europa continental e Iberoamérica.

¿Cuáles son los cambios que el jurado de los Estados Unidos brindó al mundo en esta quinta aparición histórica?

Al tradicional poder que se le reconoce al jurado para decidir los hechos y el derecho, su Corte Suprema de Justicia Federal lo extendió recientemente hacia la **individualización de la pena**. Muchísimos jurados norteamericanos imponen hoy

directamente la pena, dan consejos al juez sobre la extensión que debe tener la misma y adjudican las circunstancias agravantes del hecho o aquellas que exige el tipo penal.<sup>87</sup>

La sofisticación de **la audiencia de voir dire en la búsqueda del ideal de jurado imparciales** otra nota característica del jurado norteamericano. La amplitud concedida allí a las partes para litigar adversarialmente la composición final del jurado es notable, al punto tal que se la llama acertadamente *el juicio dentro del juicio*. Algunas de esas audiencias, verdaderas batallas por la imparcialidad, han llegado a durar hasta semanas y convocan a cientos de ciudadanos. Permitieron el desarrollo, para agilizar dicha audiencia, de muy prácticos cuestionarios con preguntas litigadas por las partes ante el juez que hoy son costumbre en países como la Argentina.<sup>88</sup>

**Las instrucciones** que los jueces ingleses le imparten al jurado incluyen el *summing-up* o resumen de los hechos del caso, usualmente llamado también *árbol para la decisión*. Esto es, el juez comunica al jurado un resumen de los hechos en controversia y una guía para que los jurados extraigan sus consecuencias fácticas de acuerdo a la prueba rendida en el debate. Hasta el propio Carrara criticó esta facultad del juez inglés por su evidente influencia en las posteriores deliberaciones del jurado. Los colonos norteamericanos repudiaron esta práctica y prohibieron a los jueces manipular de este modo a los jurados. Hasta el día de hoy, las instrucciones al jurado de los jueces norteamericanos sólo se limitan a informar al jurado el derecho aplicable, tal como se hace en Argentina. **Las instrucciones del juez al jurado en los Estados Unidos no pueden referirse en modo alguno a los hechos**. Esto significa más poder al jurado y menos poder para el juez (es decir, el Estado).

La investigadora del jurado Valerie Hans se pregunta, intrigada:

*“Desde que el jurado de los Estados Unidos nació como un trasplante*

---

<sup>87</sup> Los ya vistos in re *Apprendi v. New Jersey*, 530 U.S. 466 (2000); *Blakely v. Washington*, 542 U.S. 296 (2004) y *Alleyne v. United States*, 133 S. Ct. 2151 (2013) que expandieron el poder del jurado también hacia las circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la pena, que, para ser válidamente aplicadas por un juez, deben ser probadas por el jurado más allá de duda razonable. Mucho antes de estos precedentes, ninguna pena de muerte en Estados Unidos puede aplicarse válidamente sin la recomendación o el consejo unánime de los jurados. Uno solo que vote en contra significa aplicar la prisión perpetua, aunque los jueces pueden desoír esta recomendación. Esto explica por qué ya muy pocos Estados la aplican, concentrándose el grueso de ellas en Texas y Florida. Otros trece Estados le han dado al jurado el poder para decidir el tiempo en prisión para acusados por delitos graves. cfr HANS, Valerie P. y GASTIL, John: *“El juicio por jurados: Investigaciones sobre la deliberación, el veredicto y la democracia”*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2014, ps. 36 y ss.

<sup>88</sup> La Regla Federal n° 24 de Procedimiento Criminal establece veinte recusaciones sin causa cuando el fiscal pida la pena de muerte. Para el resto de los delitos graves, la defensa cuenta con diez y la fiscalía con seis. Para los delitos leves, cada parte puede recusar sin causa hasta a tres jurados.

*directo de la Madre Inglaterra, ¿por qué cambió? ¿Por qué llegó estar tan profundamente enraizado en el ethos democrático estadounidense?*<sup>89</sup>

La respuesta es múltiple, pero encuentra su mojón temporal en esas primeras y turbulentas épocas de la Colonia. Los peregrinos que bajaron del Mayflower y de los subsecuentes viajes tenían vívida en su memoria el recuerdo aterrador de seis siglos de una violencia política como pocas veces se conoció, desplegada contra ellos por el Rey absoluto y sus jueces sumisos y corruptos, que sólo obedecían a sus órdenes y designios. Los colonos fundaron los primeros trece Estados de Norteamérica, que actuaban como verdaderas Repúblicas independientes y soberanas entre sí (aún hoy lo hacen). Pronto comprendieron que los Gobernadores y los jueces que les enviaban desde Londres continuaban con las mismas funestas prácticas, por lo que el juicio por jurados penal y civil para los Colonos comenzó a tomar una nueva dimensión política. Los funcionarios gubernamentales y judiciales ingleses trataron a los colonos con desdén, como ciudadanos de segunda clase, mostraron escaso interés por sus necesidades y sólo buscaron su riqueza personal en tierras tan lejanas. Por tal motivo, los colonos norteamericanos empezaron a formarse rápidamente su propia perspectiva de la Ley y el Derecho, en vez de confiar en autoridades que estaban pensando en otra cosa y en un Imperio muy lejano. El germen de la Independencia ya estaba en marcha y el juicio por jurados se reservaba un papel destacado como futuro vehículo para las luchas de los revolucionarios. Cuando los anhelos de los colonos y las necesidades de la Corona comenzaron a colisionar con creciente fuerza, la lucha pasó inevitablemente al plano judicial. Los revolucionarios -perseguidos por múltiples acciones de resistencia (sabotajes, atentados, manifestaciones, pillajes) eran llevados a juicios que, como no podía ser de otra manera, estaban integrados por jurados del lugar. Es decir, por colonos. Ante las inevitables primeras absoluciones, el Rey inglés y sus Gobernadores reaccionaron rápido: manipularon las listas de jurados para obtener veredictos favorables, pusieron jueces venidos desde Londres, echaron de los juicios a los abogados colonos más formados, etc. La tensión iba en aumento y pronto empezaron los atentados en tierra y mar contra propiedades británicas y los libelos antibritánicos en los diarios norteamericanos. Sucedió en 1735 el juicio a John Peter Zenger, que veremos por separado y que fue un compendio ilustrativo de todas estas iniquidades. Hasta que luego llegó el *Boston Tea Party*, donde los colonos arrojaron el té inglés al mar.

---

<sup>89</sup> HANS, Valerie P. y VIDMAR, Neil: "*Judging....*", op. cit., p. 32.



Inglaterra redobló la apuesta y dictó las *Leyes Intolerables (Intolerable Acts)*. El rey Jorge III respondió a tantas absoluciones de los jurados colonos -verdaderos *jury nullification* de las leyes inglesas- con una expansión de la jurisdicción de tribunales sin jurados, como los Tribunales del Almirantazgo. Estableció que los delitos contra la navegación fueran juzgados por un Tribunal extraordinario de Almirantazgo **sin jurados**, que reportaba directamente a Inglaterra y los empleó crecientemente como vehículos de sus represalias.<sup>90</sup> Como esto no fue suficiente, desempolvó -en contra de los fundamentos mismos de su sistema de enjuiciamiento con jurados- una antiquísima ley de los tiempos de los Tudor, más precisamente del Rey Enrique VIII, que justificaba, sólo por casos de traición cometidos en el extranjero, el transporte de los acusados a Inglaterra para ser juzgados por el King's Bench. O sea, por el Tribunal del Rey **sin jurados**. A efectos de cumplir con dicho traslado, el Imperio británico envió dos regimientos enteros a Boston.

Las protestas fueron inmediatas a ambos lados del Atlántico. Entre 1774 y 1776 se sucedieron el Primer Congreso Continental y la Declaración de Independencia. Ambos tendrían una importancia fundamental años después para el constitucionalismo y federalismo latinoamericano.

El Primer Congreso Continental de 1774, que se reunió para actuar contra las *Leyes Intolerables*, declaró lo siguiente:

*“Que las respectivas colonias tenían pleno derecho al common law de Inglaterra y, mucho más especialmente, al inestimable privilegio de ser juzgado por sus pares de la comunidad (sus vecinos) y de acuerdo con el curso de la ley.”*

El intento del Imperio por sustraer a los colonos del juicio por jurados y juzgarlos en Londres o por dominar a los jurados en las Colonias mediante el nombramiento *ex post* de jueces ingleses fue tan repudiado por los revolucionarios que, cuando declararon su independencia dos años más tarde en 1776, establecieron dos quejas específicas en el documento de la Declaración que decían lo siguiente:

---

<sup>90</sup> MAYERS, Lewis: “*El sistema legal norteamericano*”, Editorial Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1969, p. 114: “*En las colonias del siglo XVIII, la creencia popular de que el juicio por jurados era una de las libertades esenciales del individuo se intensificó por la insistencia del gobierno británico en que ciertos delitos relacionados con la navegación estaban fuera de la jurisdicción de los tribunales penales coloniales ordinarios, que actuaban con jurados, y debían ser, en cambio, castigados por los Tribunales del Almirantazgo (cuatro o cinco en toda la costa del Atlántico), que eran directamente responsables ante Londres y en los cuales se desconocían los jurados*”.

*“El Rey ha puesto jueces que obedecen a su sola Voluntad, porque él los ha nombrado en sus cargos y porque él sufraga el monto y el pago de sus salarios”*

*“...actos de pretendida legislación....para privarnos en muchos casos de los beneficios del juicio por jurados”.*

Once años más tarde, se dictó la Constitución Norteamericana de 1787 en Filadelfia y dos años después las Diez Enmiendas en Nueva York, llamadas en su conjunto el *Bill of Rights* (Declaración de Derechos). Tal importancia tenía el juicio por jurados para los habitantes de la nueva Nación que le dieron rango constitucional a prácticamente todos sus elementos esenciales. Ni siquiera Inglaterra, que no poseía -ni posee todavía- Constitución escrita, había llegado nunca tan lejos.<sup>91</sup>

El artículo III, § 2 de la Constitución de los Estados Unidos dice:

*“El enjuiciamiento de todos los crímenes, excepto en los casos de juicio político, será por jurados, y el juicio en cuestión tendrá lugar en el Estado en que el crimen se haya cometido; cuando no se haya cometido dentro de un Estado, el juicio se celebrará en el lugar o los lugares que el Congreso, mediante una ley, hubiese dispuesto.”*

La 5ª Enmienda garantiza el Gran Jurado de Acusación.

*“Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o de otro delito infame a menos que un gran jurado lo acuse, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas navales o terrestres, o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio actual en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se juzgará a persona alguna dos veces con motivo del mismo delito, el cual conlleve la pérdida de la vida o algún miembro ; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se tomará propiedad privada para uso público sin una justa indemnización”.*

La 6ª Enmienda garantiza el juicio por jurados.

*“En toda causa penal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del distrito y estado en que el delito se haya cometido, Distrito que deberá haber sido determinado*

---

<sup>91</sup> LARSEN, Joan L.: *“Ancient Juries and Modern Judges: Originalism’s Uneasy Relationship with the Jury”*, 71 Ohio St. L.J. 959, \*966, 2010, p. 4: **“La Constitución está obsesionada con los jurados. Tan importantes eran los jurados para la generación de los Fundadores que la Constitución asegura su presencia mencionándolos en cuatro veces separadas: la 7ª Enmienda garantiza el derecho al juicio por jurados en los casos civiles; la 5ª Enmienda garantiza el derecho a que la acusación por crímenes infames sea hecha por un Gran Jurado; el Artículo III asegura que el juicio de los casos criminales “será por jurados”; y la 6ª Enmienda asegura por segunda vez el derecho al juicio por jurados de los crímenes.**

*previamente por ley; así como de que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación, de que se caree con los testigos en su contra, de que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y de contar con la ayuda de un abogado que le defienda”.*

La 7ª Enmienda garantiza el jurado civil.

*“El derecho a que se celebren ante un jurado los juicios de derecho consuetudinario en que el valor en disputa exceda de veinte dólares, será garantizado, y ningún hecho juzgado por un jurado será reexaminado en tribunal alguno de los Estados Unidos, salvo con arreglo a las normas del derecho consuetudinario”.*

Como bien sabemos, estas disposiciones resultarían claves para la independencia y las constituciones de los países iberoamericanos a inicios del siglo XIX. La Constitución Argentina de 1853-60 y la venezolana de 1811 son prácticamente copias textuales de este documento histórico. Todas ellas exigían el juicio por jurados, porque conocían muy bien el contexto al que obedecieron estas normas de la nueva nación norteamericana. Su actualidad para Latinoamérica sigue plenamente vigente. Gran parte de esta tesis está destinada a demostrar que el juicio por jurados en su variante clásica, con su veredicto general y tal como se lo practica en los Estados Unidos, es fundamental para la reforma aún inconclusa de los caducos procedimientos y organizaciones judiciales latinoamericanos. Un jurado de estas características es la llave maestra para destruir la centralización del poder que provocó la maquinaria inquisitorial en nuestros países.

Doscientos años después de su Independencia, la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos realizó en el fallo *Duncan vs Louisiana* la más memorable síntesis sobre la historia de la resistencia del jurado contra la opresión y sobre su dimensión política para desconcentrar el inmenso poder que se ejerce dentro de los sistemas judiciales. No lo hizo en un caso ni en un tiempo cualquiera, sino en el convulsionado 1968, en pleno auge de las luchas del Movimiento de las Libertades Civiles, en medio de la Guerra de Vietnam, a días del asesinato de Martin Luther King en Memphis y para preservar el derecho al juicio por jurados de un integrante de la minoría afroamericana:

*“Los que escribieron nuestras Constituciones sabían, por la historia y la experiencia, que era necesario protegerse contra acusaciones penales infundadas realizadas con el fin de eliminar opositores y contra jueces que acataban demasiado la voz de una autoridad superior. Los redactores de las constituciones se esforzaron por crear un Poder Judicial independiente,*

*pero insistieron en una mayor protección contra la arbitrariedad. Proporcionarle a un acusado el derecho a ser juzgado por un jurado de sus pares le brinda una inestimable salvaguarda contra el fiscal corrupto o excesivamente apasionado y contra el sumiso, excéntrico o parcial juez. Si el acusado prefiere un juicio basado en el sentido común de un jurado antes que en la decisión más instruida, pero tal vez menos compasiva de un único juez, se lo deben otorgar.*

***Más allá de esto, las disposiciones sobre el juicio por jurados en las Constituciones Federales y Estatales reflejan una decisión fundamental sobre el ejercicio del poder estatal cuyo eje es la renuencia a confiar plenos poderes sobre la vida y la libertad de los ciudadanos a un juez o a un grupo de jueces. El miedo al poder sin controles, tan típica en nuestros Gobiernos Estadales y Federales en los demás aspectos, se manifestó en el derecho penal por medio de la insistencia en la participación de la comunidad para determinar la culpabilidad o inocencia. El profundo compromiso de la Nación con el derecho a un juicio por jurados para los delitos graves como una defensa contra la aplicación arbitraria de la ley debe ser protegido conforme a la Cláusula del Debido Proceso de la 14ª Enmienda, por lo que debe ser respetado por los Estados”.***<sup>92</sup>

## F. Francia

Llegamos así a la sexta aparición histórica del jurado en el mundo, en la Francia de la Revolución en 1789. Otras partes de este libro tratarán con mucho detalle lo que sucedió con el juicio por jurados en Francia entre 1791 y 1801. Pero la significación política de la adopción del juicio por jurados por parte de los revolucionarios franceses es muy importante, aún con todas las contradicciones y errores que la signaron. La ideología de la Revolución Francesa -y muy especialmente su insistencia con implementar el jurado de Inglaterra para acabar con la justicia inquisitorial- moldearon el ideario de todos los próceres de la futura Nación Argentina y de los países hermanos de Latinoamérica.<sup>93</sup> La Revolución Francesa en el mundo es sinónimo de Constitución y de división de poderes. Todas las Constituciones de los países continentales europeos y latinoamericanos incluyeron al juicio por jurados entre sus normas merced al poderoso

---

<sup>92</sup>Duncan v. Louisiana, 391 U.S. 145 (1968)

<sup>93</sup> CORDERO, Franco: “Procedimiento...”, Tomo I, op. cit., p. 31/32: “...en la Asamblea Constituyente, entre el 26 de diciembre de 1789 y el 17 de enero de 1790, Adrien Duport, joven consejero del semidifunto parlamento, pero hostil a la ideología togada, explica el proyecto de una reforma radical (puesta en práctica por ley del 16 de septiembre de 1791): dialéctica acusatoria, jurado, oralidad, convicción íntima.... Duport había rechazado íntegros los conceptos legales sobre el juicio histórico, es decir, “esa balumba inútil y funesta llena de sutilezas y de formalidades que hasta el día de hoy hemos llamado justicia”; el aspecto positivo del jurado “es que en él se todo se decide por la rectitud y la buena fe...”. En el jurado, con todo lo que implica en la oralidad y en la íntima convicción, los reformadores ven la única solución para una maquinaria obsoleta, inmoral e ineficiente (dejando de lado los suntuosos espectáculos patibularios, presentados de vez en cuando).”

influjo de la Revolución Francesa.<sup>94</sup> Aunque muchos no lo sepan, Paraguay tuvo juicio por jurados hasta 1940, cuando el dictador Stroessner los abolió. Brasil hace 200 años juzga sus homicidios con jurados. Bolivia, Perú, Chile, Ecuador, México, Colombia y Venezuela también tuvieron su experiencia juradista en mayor o menor grado. El Salvador, Nicaragua y Panamá aún los retienen, aunque con algunas distorsiones. En Puerto Rico brilla el jurado, aunque este sea un caso distinto por su asociación a los Estados Unidos. Argentina tardó 160 años, pero jamás sacó de su Constitución al juicio por jurados y hoy asiste a un renacer del instituto con proyección continental. ¿Qué hubiera sido del jurado en estos países sin la influencia de la Revolución Francesa? Absolutamente nada.

Lo cierto es que Napoleón y los revolucionarios franceses, aún cuando fueran enemigos acérrimos de Inglaterra, admiraban profundamente el sistema de jurados inglés. En los cien años anteriores, la Ilustración, y sobre todo Voltaire y Montesquieu, llamaron la atención del futuro movimiento revolucionario acerca del insuperable modelo del jurado que se practicaba en la vecina Inglaterra.<sup>95</sup> Por eso es que Napoleón incluyó una versión del jurado inglés en el Código Napoleónico de 1801 que impuso a todos los países del continente europeo que conquistó. El jurado francés se extendió como un reguero de pólvora en naciones como Italia, Portugal, España, Alemania, Austria, Dinamarca, Suecia, Rusia, los Países Bajos, etc.

Esta sexta aparición histórica del jurado mundial tiene una particularidad que la distingue de todas las demás: era la primera vez que se implementaba el juicio por jurados en un ambiente *cultural* extraño y hostil a él. Estados Unidos, como todo el resto de las colonias británicas del Commonwealth (Australia, Canadá, Nueva Zelanda, Sudáfrica, etc), tenían al jurado en su ADN. Era un producto natural de su cultura y su tradición democrática. El jurado de Francia, en cambio, no fue un producto genuino que surgió en su tierra tras una larga evolución, sino que fue impuesto por un movimiento revolucionario muy poderoso. Fue la reacción contra la Maquinaria Jerárquica de jueces del Rey Sol con un poder que cuesta imaginar.<sup>96</sup> El jurado francés fue un ariete

---

<sup>94</sup> Prácticamente todos los antecedentes constitucionales argentinos desde 1811 hasta 1853 incluyeron al juicio por jurados como forma de administrar el Poder Judicial. Con la cerrada defensa que de él siempre hicieron Manuel Dorrego y Bernardo Monteagudo.

<sup>95</sup> HERROT, Rogar: *"Instituciones Judiciales"*, 7ª edición, París, Montchrestien, 1995, p. 173.

<sup>96</sup> CORDERO, Franco: *"Procedimiento..."*, Tomo I, op.cit., p. 286. No hay nadie mejor que este historiador del derecho italiano para describir lo que eran los jueces franceses del siglo XVII y XVIII, a los que Voltaire llamó *"boefs-tigres"*, o bueyes-tigres: cabeza de buey y patas de tigre. Todas las notas posibles que puedan ser hechas hacia una justicia venal y corrupta se encontraban en ellos: poseían

contracultural para terminar con cinco siglos de práctica de la Inquisición y de un proceso escrito y secreto hiperconcentrado en el continente europeo. Por eso generó tantas y fervorosas simpatías entre los revolucionarios del mundo y, a la vez, una feroz resistencia en las desplazadas -pero todavía muy poderosas- castas judiciales del Ancien Régime. Los ecos de esos enfrentamientos todavía hoy se escuchan en el *civil law*.

El jurado francés se encontró con graves obstáculos de tipo cultural, y no solamente políticos. Nunca pudo suplir ni doblegar a la pesada y burocrática encuesta escrita e inquisitiva a cargo de un juez de instrucción investigador; tampoco la ausencia absoluta de la noción de un litigio entre partes. Si a ello le sumamos la inestabilidad política, la extrema dureza de su Código Penal y el río de sangre que corrió en Francia entre 1789 y 1801, podremos entender por qué no era el ambiente más propicio para que el jurado se desarrollara con tranquilidad. Estos factores terminaron por decolorar los intentos por sacar a flote la etapa de acusación (Gran Jurado, abolido en 1808) y la del juicio por jurados clásico (*petit jury* de 12). Por de pronto, ya desde el inicio no se exigió un veredicto unánime, sino uno por simple mayoría (siete votos sobre doce) y tampoco se legisló un veredicto general (*culpable o no culpable*), sino un veredicto general *con interrogantes de hecho* formulados por el juez que debían ser respondidos por sí o por no por el jurado. Dicho veredicto era un absoluto invento francés que se extendió por todo el continente (en realidad, como veremos, se trataba de un veredicto especial encubierto) y que todavía permanece en Bélgica, Rusia, Noruega, Austria y Suecia (todos ellos aún con jurado clásico). Fue el único modo que encontraron para implementar el jurado y satisfacer su memoria inquisitorial.

No obstante, el gran invento que los franceses dieron al mundo fue la *intima convicción*. El método libre y racional de convencimiento personal desde las pruebas presentadas en el juicio oral. Las Reglas de las Pruebas Legales eran en Francia el símbolo de la odiada Inquisición y no podían permanecer ni un minuto más, por más que los revolucionarios franceses supieran perfectamente que el jurado inglés

---

inmensas extensiones de tierra, sus cargos y títulos eran hereditarios, nombraban a sus familiares, negociaban los fallos, resolvían en secreto y sin juicio “*el hermetismo es congénito al narcisismo togado*”, ordenaban torturas y ejecuciones “*y los togados a los cuales la jurisdicción atribuye poderes temibles exhiben con máscaras adecuadas el carisma ministerial*”. De sus sentencias escritas nos llega que se atribuían, por su origen divino tras el nombramiento real, una “*función celeste*”. Cordero describe los rituales con que se auto-homenajaban: “*los nobles togados franceses desahogan su síndrome narcisista en espectáculos fastuosos; por ejemplo, a la entrada de sus vacaciones, el 12 de noviembre...y exhibían su actitud altanera y despectiva, a causa de un sentimiento afectado y exagerado de su dignidad*”.

funcionaba limitado por cuidadosas Reglas de Evidencia, **muy parecidas a las pruebas legales pero despojadas de su carácter de aplicación obligatoria y mecánica al juzgador**. Veremos con más detalle este punto crucial del veredicto del jurado en otra parte de esta tesis. Pero aquí hay que reconocer que Francia impuso en todas las discusiones académicas y jurídicas del *civil law* la noción de la íntima convicción como el método racional de valoración de la prueba de los jurados. Junto con ella, debemos a Francia y a su Revolución la presencia del juicio por jurados en todas las Constituciones surgidas en el siglo XIX.

### § 3. Jurado y juez natural: su lento desarrollo como garantía

La relación armónica de la garantía del jurado con el resto de las garantías constitucionales no se agota en las que han sido tradicionalmente estudiadas como asociadas a él, hasta hace poco de manera teórica, por parte de los juristas del *civil law*. Por ejemplo, las garantías de imparcialidad (*voir dire* para seleccionar al jurado), de independencia judicial (carácter lego y accidental de los jurados), de publicidad y oralidad, de *ne bis in idem* (por carecer el acusador de recurso contra la absolución), de única instancia (único juicio de los hechos) y el juicio previo. El juicio por jurados implica que revisemos también nuestras tradicionales concepciones de la garantía del juez natural y su inmediata asociación con el juicio que debe hacerse en el lugar del hecho y de acuerdo a la ley del lugar. Sin esos tres componentes, es imposible entender históricamente la garantía de juez natural.

Nuestra Constitución ordena triplemente el juicio por jurados. Por ende, tenemos entonces dos clases de jueces con rango constitucional: los jurados, que además deben ser del lugar donde el hecho ocurrió, y los jueces profesionales federales o provinciales, que deben haber sido designados antes del hecho y con competencia territorial sobre un distrito judicial previamente determinado por ley. En ese reparto de funciones, el jurado es el juez de los hechos y el juez es el juez del derecho. Todo este libro está dedicado a clarificar qué se entiende exactamente con la noción de que el juez profesional sea el juez del derecho. Reiteramos: ese poder **no es aplicar** la ley a los hechos **luego** del veredicto del jurado, sino definir en las **instrucciones** -tras un litigio previo entre partes- qué leyes están en juego en el juicio y cómo se explicarán al jurado **antes** del veredicto. Serán entonces los jurados quienes adjudiquen los hechos y les apliquen el derecho informado por el juez que ellos entiendan procedente.

De tal modo, la garantía del juez natural no puede seguir enseñándose en las aulas de las Facultad de Derecho como constreñida de manera exclusiva en torno al juez profesional, a su requisito de designación temporal *ex ante* y sin referencia alguna al *forum delicti commissi* y/o a la ley vigente, como recortadamente lo hacen la casi totalidad de nuestros constitucionalistas.

El juez profesional fue el último de los jueces en aparecer en la Historia y lo hizo recién en el Medioevo, junto con la Inquisición y con el afianzamiento de los Estados Nacionales. La ley escrita también apareció de manera tardía. Los jurados, los jueces ciudadanos y las leyes comunitarias de la Tierra estaban allí desde hacía milenios. Ellos eran los verdaderos jueces naturales de los acusados, de cuyo juicio y bajo sus leyes los monarcas no podían sustraer al acusado.

## A. De la Ley de la Tierra a la Constitucionalización

### 1. El juez del lugar y el requisito de vecindad

El contenido de la garantía del juez natural aparece en el artículo 18 de nuestra Constitución.

*“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, **ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa**”.*

Pregunta clave: ¿a qué “*jueces*” se está refiriendo nuestra Constitución? ¿Sólo a los jueces profesionales, como nos enseñan los manuales de derecho constitucional argentino por aquel barbarismo de la *desuetudo* en implementar los jurados?<sup>97</sup> Claramente que no. Se refiere **a las dos clases de jueces previstos en la Constitución y en nuestras leyes**, que son tanto los jurados como los jueces profesionales.

Pero la garantía del juez natural -que abarca a ambos- debe además completarse con otra exigencia constitucional fundamental, que es la del *forum delicti commissi*. Es decir, la exigencia de que el juicio se haga en el lugar del hecho y ante jurados de ese mismo lugar (requisito de vecindad).

---

<sup>97</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro: “*El Juicio por Jurados: ¿Derecho del acusado o facultad del Congreso?*”, en Revista de Derecho Procesal Penal Juicio por Jurados-II, Rubinzal Culzoni, Rosario, 2015, p. 13. El autor, contrario por completo a que la ciudadanía administre la justicia, ahora que el juicio por jurados es una realidad indiscutible en casi media Argentina y en su principal provincia, insiste con la delirante idea de la *desuetudo*. Sólo que le ha encontrado nombres no menos rimbombantes – y graciosos- para “actualizarla”: “*interpretación mutativa por sustracción*” o “*derogación sociológica del deber parlamentario de instrumentar el mecanismo*”.



Un abogado argentino sabe perfectamente el significado de la expresión “*sacar al acusado de sus jueces naturales y juzgarlo por comisiones especiales*”. Pero siempre lo hace pensando en la justicia profesional, sin sospechar, siquiera, el origen histórico de esta garantía fundamental, que se desarrolló cuando los Monarcas despóticos quisieron **privar a los acusados del juicio de sus pares del lugar y juzgarlos en jueces designados por la Corona y lejos de sus jurisdicciones.**

Como vemos, el estudio de la garantía de juez natural, de tanto desarrollo en nuestros manuales de derecho constitucional y procesal, ha obviado sistemáticamente la lección histórica de cuando la Tiranía manipuló los juicios y los casos y pretendió sustraer al acusado del juicio de sus jueces naturales previamente designados, que no eran otros que los jurados **del lugar del hecho**. Sus pares, sus vecinos del Pueblo. Los que compartían su tierra, los valores del lugar, la misma cultura.<sup>98</sup>

Entonces, por deformación histórica, nos quedamos con un concepto recortado de juez natural, con énfasis sólo en el requisito de la designación temporal del juez profesional o del tribunal competente (*ex ante*) que, por supuesto, es **absolutamente imprescindible y una de las conquistas de la división de poderes**. Pero nunca se reparó como se debe en que ***el juez natural de la Constitución es también el jurado*** y que, además del requisito temporal de su designación, **deben ser vecinos del lugar del hecho** (CN, 118). De tal modo que la garantía del juez natural abarca tanto al tiempo como al lugar en donde reside el juez ciudadano. Y de allí se siguen otras tantas consecuencias.

Como nos enseña Alberto Binder:

*“Estamos acostumbrados a que, cuando pensamos en el juez natural, pensamos en la predeterminación del juez como forma de evitar la manipulación política, que es eacrecienta cuando el juez es designado ex post. Pero esta es una visión absolutamente necesaria - pero algo reduccionista. El juicio por los pares, el juez natural, es también el juez con capacidad de comprender el caso de un modo distinto, con mayor capacidad de comprender el significado cultural del acto.*

*No debemos olvidar que la división hecho-derecho es muy tardía y que la idea misma de leyes escritas nos es tardía, sino que se ev*

---

<sup>98</sup> MAYERS, Lewis: “El sistema legal....”, op. cit., p. 113: “Durante el absolutismo de los Tudor, al jurado se lo consideró cada vez más, en los casos penales, como una protección del acusado contra la opresión de los funcionarios de la Corona. Lo cual se debió en particular a que los distintos tribunales extraordinarios creados durante el Régimen de los Tudor para la represión de la traición y la herejía -el Tribunal de la Alta Comisión, el Tribunal de la Cámara Estrellada (Star Chamber) y el Consejo del Norte- funcionaron sin jurado”.

*aimponiendofrentealaantiquísimaleyde laTierra.Esdecir,frentealacostumbre, vinculadosalocal,alterruño,allugardelascomunidadesalaspertenecía el acusado.*

*Deallíqueforumdelicticomissi yjueznaturalestáníntimamentevinculados.Elpu nto central está allí.EstavisiónsehareactivadoconlosPueblosOriginarios,conel problemadeladiversidadculturalysuluchaporqueserespetensusformasymecan ismosancestralesderesolucióndelosconflictos.*

*Esposoqueeljuezprofesional- queesuninventodelaInquisiciónenlaEdadMedia- estávinculadoalaleydelRey,alestatuto,alCódigo,atodoloqueestácentralizado. Eljuradopopular,encambio,eslamejorexpresiónhistóricadelaleydelatierra,del lugar.<sup>99</sup>*

Esta creativa forma de repensar la garantía de juez natural y el significado político del jurado y del juez profesional reconoce sólidos fundamentos históricos. En los tiempos antiguos (en Grecia, en la Roma antigua y en los pueblos germanos) la figura del juez profesional era inexistente e inconcebible. Los únicos jueces eran los populares. En Europa continental, en cambio, el juez profesional hizo su entrada en escena de la mano de la Inquisición. Lo hizo al mismo tiempo en que los jurados fueron suprimidos del proceso, junto con la víctima, con la oralidad, con la publicidad y con la defensa del acusado. En el mundo del common law, en cambio, el juez profesional apareció muy lentamente y con un rol muy diferente del que desempeñaban sus colegas continentales. Las relaciones entre los jueces profesionales ingleses y los jurados fueron por siglos sumamente catárticas. Pero, a la larga, se consolidó su rol de garantes del desarrollo del juicio contradictorio y luego para explicarle al jurado las cuestiones técnicas o jurídicas. Pero el verdadero juez de los hechos -el que verdaderamente decide el caso de manera irrevocable- fue, es, y seguirá siendo, el jurado popular.

Ya vimos los ejemplos de Inglaterra y Estados Unidos, en donde los Gobiernos, para intentar eludir un veredicto del jurado que les iba a ser desfavorable, intentaron “sacar a los acusados” de sus jueces naturales y llevarlos a extraña jurisdicción, sea para ser juzgado ante un jurado de otro lugar o directamente ante una comisión especial de jueces profesionales. También, no faltaron casos en que los jurados designados para decidir un caso fueron encarcelados y multados por dictar veredictos contrarios a los

---

<sup>99</sup> HARFUCH, Andrés: “El juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires....”, op.cit., 2013, p. 34.

deseos del Gobierno.<sup>100</sup>

Ésta es la verdadera historia de la lucha por la garantía del juez natural y, además, por la independencia judicial a la que ambas están indisolublemente asociadas.

Un estudioso del jurado en nuestro país, Leopoldo Schiffrin, escribió en 1974 un recordado artículo, “El Forum Delicti Commissi”, en el que analizó a fondo el origen histórico de nuestro actual art 118 de la Constitución Nacional y de la exigencia de que los juicios criminales deban ser juzgados por jurados en el lugar donde el hecho se cometió.

El art. 118 de la Constitución Nacional -que reglamenta el art 1º del CPP- establece expresamente que:

*“Todos los juicios criminales ordinarios, que no se derivendel despachode acusación concedido en la Cámara de Diputados **se terminarán por jurados**, luego de que se establezca en la República esta institución. **La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubieracometido el delito**; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso se terminará por una ley especial en el lugar en que hayadeseguirse el juicio”.*

Schiffrin resume brevemente la génesis del trascendental art 118 (ex 102) de la Constitución Nacional y la ubica en lo que fue la Constitución Norteamericana de 1787, la famosa Constitución de Filadelfia. Ella fue la base de inspiración de los constituyentes argentinos de 1853 reunidos en Santa Fe.<sup>101</sup>

Pero detrás de dicho precedente está la historia ya contada de los colonos de Boston que Inglaterra quiso llevarse a Londres para juzgarlos en el King’s Bench o procesar a los revolucionarios que atentaban contra buques británicos ante un Tribunal

---

<sup>100</sup> Ser jurado por esas épocas era algo muy difícil. En 1554, Sir Nicholas Throckmorton fue juzgado por alta traición y por conspiración para asesinar a la Reina María Estuardo. El jurado encontró al acusado *no culpable*. La Corona se disgustó profundamente con el veredicto. Ocho de los doce jurados fueron obligados a comparecer ante la odiada corte de jueces del Rey llamada *Star Chamber*, creada por los Tudor para eliminar a los disidentes políticos. Fueron multados tres de ellos con dos mil libras y el resto con doscientas libras, una fortuna incalculable para la época. Es decir, quedaron en la ruina por servir como jurados y decidir el veredicto según su consciencia. cfr HANS, Valerie P. y VIDMAR, Neil: *“American Juries: the Verdict”*, Prometheus Books, New York, 2007 p. 27.

<sup>101</sup> La Convención Constituyente norteamericana no fue, precisamente, un encuentro pacífico. Los recelos eran moneda corriente entre los Federalistas (partidarios de una Constitución y de darle más poder al futuro Estado Federal) y los Anti-Federalistas (partidarios de que no haya Constitución y de conservar en los Estados locales la mayor cantidad de poder soberano). Como una muestra más de esa feroz disputa, los Anti-Federalistas exigieron que los jurados fueran del lugar del hecho y juzgaran bajo la ley soberana del Estado local. Temían que, en el futuro, un opresor Estado Federal, quizás con demasiados poderes, pudiera sacar a los juicios y a los acusados de sus comunidades locales y llevarlos a extraña jurisdicción. De allí la definitiva redacción de la exigencia de vecindad como garantía constitucional.

extraordinario de Almirantazgo **sin jurados y con jueces designados sólo por Inglaterra**. Obviamente, para evitar un veredicto absolutorio **final e irrecurrible** en las colonias por *jury nullification*. Allí tendremos una dimensión correcta de lo que significa el jurado en términos de garantía, de su rol de juez natural de los hechos y del origen -que encontraron los juristas de las Colonias- del requisito de vecindad que es consustancial también a la garantía **del juez natural**.

*“El mencionado precepto de la Constitución de Filadelfia de 1787 recoge el contenido de una solmen protesta manifestada primeramente por la Legislatura de Virginia en el año 1769 y reiterada en las resoluciones del Primer Congreso Continental (1774) y en la Declaración de la Independencia del 4 de julio de 1776. La protesta aludida se dirigió contra el proyecto de abrigar al gobierno británico de trasladar a Inglaterra a importantes líderes de la opinión pública colonial para que fueran juzgados allí por traición.*

*Nuestro precepto encuentra su origen, pues, en aquellos tantos años de continuos conflictos entre los dirigentes coloniales y la metrópoli que precedieron a la ruptura final.*

*El rol protagónico de la larga querrela correspondió a las legislaturas de Massachusetts y Virginia, y justamente fue un acto de la primera el motivo desencadenante del proyecto británico destinado a desembarazar a los políticos bostonianos.”<sup>102</sup>*

Cuando Inglaterra quiso llevarse a Londres a los colonos, la reacción en Boston fue extraordinaria y no hizo otra cosa que acelerar el proceso revolucionario. Pero también en Inglaterra hubo protestas. La Cámara de los Comunes debatió ardorosamente el asunto, aunque terminaron dándole al Rey la ley que quería, por más que ésta estuviera en flagrante contradicción con las raíces mismas que por siglos distinguieron el respeto a las seguridades individuales del sistema de justicia inglés. La cita que hace Schiffrin de la Cámara de los Comunes es prácticamente un manual de derecho constitucional sobre la garantía individual que encarna el juicio por jurados, su razón de ser e importancia práctica y su rol de juez natural por su vecindad con el lugar del hecho.

*“Se señaló la crueldad e injusticia que sería arrastrar a un individuo a tres mil millas de su familia, sus amigos y sus negocios, de la asistencia, apoyo y consejo necesarios para sostener a un hombre en el trance de prueba. Asimismo, la distancia obstaculizaría la presentación de testigos, y el juicio sería llevado a cabo frente a un jurado de doce ingleses, **en ningún sentido verdadero de los pares del imputado**. Antes bien, es os jurados se consideran llamados a vindicar la ley contra un criminal de cuyas culpabilidad las autoridades se hallaban por completo seguras, pero que habrían sido*

---

<sup>102</sup> SCHIFFRIN, Leopoldo: “El Forum Delicti Commissi como exigencia del art 102 de la C. N.”, El Derecho (ED), t. 52, 1974, p. 535.

*deshonestamente absuelto por un jurado de Boston.*”<sup>103</sup>

Fueron los juristas de las Colonias los encargados de demostrar jurídicamente que la Metrópoli estaba borrando con el codo todas las garantías del juicio por jurados que el mismo pueblo inglés había perfeccionado durante seis siglos y que fueran la admiración de la Europa entera tras la Revolución Francesa. Esos juristas norteamericanos fueron luego los constituyentes de Filadelfia y los que incorporaron en la cláusula constitucional la garantía del jurado del lugar como juez natural; de allí el diseño de nuestro actual artículo CN, 118 y su relación total con el CN, 18.

Los abogados de los colonos rastrearon en todo el derecho vigente del *common law* en busca del origen de la garantía de la vecindad. Nos dice de nuevo Schiffrin:

*Se trataba, pues, de hallar en la costumbre o en aquellos textos tenidos por supralégitimos, una disposición que impidiera el traslado más allá del mar de los habitantes de las colonias amenazados de juicio. Tal norma era la regla del “**jury of the vicinity**”..*

...

Como ya viéramos, en la Inglaterra medieval, eran los jueces del Rey los que itineraban hacia las comarcas y quienes convocaban a los jurados-testigos del lugar. Debían ser del lugar porque si no, ¿cómo se enteraban de los hechos por los que tenían que dar testimonio? Esos *recognitores* con los siglos dejaron de ser testigos para pasar a ser *los jurados* que determinaban los hechos, pero siempre conservaron el requisito de la vecindad.

*“Entonces resultaba yainnecesario que los jurados fueran de la misma vecindad. No obstante ello, el conservadurismo del derecho inglés mantuvo la regla del jurado de la vecindad, si bien terminó contentándose con que los jurados fueran del condado donde ocurrió el hecho”*<sup>104</sup>.

*La regla del **forum delicti commissi** no existía pues propiamente como tal, sino como consecuencia del **jurado de la vecindad** y de la práctica de concurrir los jueces a cada condado para oír las causas”.*

*Porello Blackstone, al tratar el **jury of the vicinity**, afirma, en medio de la exposición que*

*“...engeneral, todos los delitos debenser investigados, como así también juzgados, en el condado donde el hecho se cometió”*.<sup>105</sup>

<sup>103</sup>SCHIFFRIN, Leopoldo: “*El Forum....*”, op cit, p. 536.

<sup>104</sup> En otras palabras, de nuestro “departamento judicial”.

<sup>105</sup>SCHIFFRIN, Leopoldo: “*El Forum delicti.....*”, op cit, p. 539-540.

Los ingleses fueron lentamente plasmando en sus leyes, actas y declaraciones de derechos este enorme acervo cultural consuetudinario del *common law*. Y así, a los juristas de las colonias les resultó muy sencillo encontrar, entre los múltiples precedentes de la garantía del jurado de la vecindad y del *forum delicti commissi*, un viejo estatuto incluido en la exposición de motivos de la famosísima “*Hábeas Corpus Act*” de 1640, por la cual el *Long Parliament* abolió la odiada **Star Chamber**. La Star Chamber era una sección judicial del Consejo Privado del Rey, asentada en el Palacio de Westminster. Juzgaba en secreto, por escrito, **sin jurados**, por tortura y, con el tiempo, se convirtió en el símbolo del ejercicio abusivo y arbitrario del poder de la Monarquía. Las atrocidades de este tribunal centralizado de justicia, que se empleó contra los súbditos opositores, fue el arma predilecta de los Estuardo para su plan de represión política. Su caída supuso el definitivo afianzamiento del juicio por jurados como **juez natural** en Inglaterra, la supresión de los tribunales penales “extraordinarios” en el common law (*las comisiones especiales*) y la ratificación del poder del Parlamento como límite a la voluntad regia.<sup>106</sup> Es hasta el día de hoy en que, cada vez que los anglosajones se refieren a un juicio arbitrario, manipulado o sospechado, lo llaman, peyorativamente, “*star chambers*”.

*El Estatuto de la noventa y cinco de Eduardo III, cap. 4º, rezaba que “nadieserá imputado...sinopor “indictement” (acusación ante un Gran Jurado) o “presentment” (juicio) debuenaylegalmentedelamismavecindadondetaleshechosfueranrealizados*

*Como en la época de la Revolución Americana se entendía que la Carta Magna garantizaba el juicio por jurados, esta disposición de Eduardo III podía considerarse como complementaria de un derecho esencial conferido por aquella ley suprema.*

*Apartir de tal base, la línea argumental es inobjetable. El derecho al juicio por jurado es del lugar en el que se cometió el delito **figura entre los derechos fundamentales de los súbditos ingleses.**<sup>107</sup>*

## 2. La Ley de la Tierra

La referencia a la cláusula nº 39 *in fine* de la Carta Magna encierra una disputa política de grandes proporciones entre los barones y el Rey acerca de qué ley se iba a aplicar: la ley escrita por el Monarca o la ley consuetudinaria de los pares del Reino. A pesar de que el texto dice “y o por la Ley de la Tierra”, no hay ninguna manera de

<sup>106</sup>MAITLAND, Frederic William: “*The Constitutional History of England*”, Cambridge, 1950. Inglaterra, ps 216 a 263.

<sup>107</sup>SCHIFFRIN, Leopoldo: “*El Forum....*”, op cit, p. 540-541.

confundirse: no basta ni es suficiente con tener una ley positiva, hecha por el Rey, para proceder legalmente contra un ciudadano. La Ley de la Tierra era la ley consuetudinaria, el *common law* de los ingleses, basada en las antiquísimas costumbres y el consenso de los súbditos de Juan Sin Tierra para resolver sus conflictos desde tiempos inmemoriales. Y, desde que no existía el Parlamento por aquellas épocas, esto significaba que ni el Rey ni los barones podían dictar una ley sin el consentimiento del Pueblo. Para el reinado de Eduardo III, el concepto de la Ley de la Tierra dio paso al *debido proceso legal*, que no era otra cosa que el juicio por doce de los pares.

Se advierte ahora con suma claridad por qué los barones medievales ingleses entendieron que sus seguridades frente al Monarca sólo estarían a salvo si en los juicios, sobre todo penales, intervendrían solamente sus pares, con el requisito de vecindad del lugar del hecho y de acuerdo a la ley del lugar (Ley de la Tierra). Estos tres componentes, asociados al jurado, son los que dieron origen a la garantía de juez natural (CN, 18 y 118).

### **3. La sustracción de los jueces naturales ciudadanos en América Latina**

América Latina no pudo cumplir nunca con el mandato cabal de sus Constituciones del siglo XIX inmediatamente después de la Emancipación. Nacieron a la vida independiente como entidades débiles y de gran fragilidad institucional, aún hasta el día de hoy. Sufrieron durante el siglo XX largas interrupciones al orden constitucional, cruentas guerras civiles y dictaduras. Sus sistemas judiciales fueron, hasta no hace más que 30 años, marcadamente inquisitivos. A pesar de que el jurado logró aplicarse en algunos países, se lo hizo de manera descuidada y fue rápidamente devorado por la costumbre inquisitorial y la desidia de sus organizaciones judiciales, entre cuyos objetivos jamás estuvo la celeridad procesal, el cuidado de sus ciudadanos, el respeto a los plazos procesales, etc.<sup>108</sup> Ese estado de cosas está empezando a cambiar recién ahora.

---

<sup>108</sup> GARCÍA, Eduardo Augusto: “*Juicio Oral Tomo III...*”, op. cit., 1938, p. 386. Las naciones americanas que dictaron las leyes orgánicas de jurado que ordenaban sus Constituciones –aparte de los Estados Unidos y Canadá - son las siguientes, aunque pocas de ellas lo pusieron efectivamente en práctica: **Paraguay**, 15 de noviembre de 1890; **México**, 6 de julio de 1894, 15 de septiembre de 1880, 24 de junio de 1894 y 2 de octubre de 1929; **Honduras**, 1° de enero de 1895; **Panamá**, 13 de marzo de 1917; **Costa Rica**, 31 de octubre de 1892 y 3 de julio de 1903; **Haití**, 12 de julio de 1920; **Puerto Rico**, 12 de enero de 1901; **Colombia**, ley n° 57 de 1887, Ley n° 100 de 1892, Ley n° 169 de 1896, Ley n° 626 de 1900, Ley n° 92 de 1920, Ley n° 105 de 1890 y Ley n° 155 de 1888; **Ecuador**, 6 de agosto de 1892; **Brasil**, 7 de enero de 1924; **Uruguay**, 1° de mayo de 1879; **El Salvador**, 3 de mayo de 1897; **Nicaragua**, Código de

Argentina es un caso paradigmático. A pesar de su triple manda constitucional y de conocer un poderoso movimiento intelectual a favor del jurado en todas sus épocas, durante 160 años incumplió de manera ignominiosa la orden de su Constitución. Pero la experiencia mixta de Córdoba y las leyes de jurado clásico de Neuquén, Río Negro, Chaco y su mayor provincia, Buenos Aires, instituyeron definitivamente, por fin, a los jueces designados por la Constitución Nacional para juzgar en los crímenes y en todos los juicios de todas las ramas del derecho. Ellos son los jurados; los jueces ciudadanos que han sido, son y serán -en todas las latitudes- los únicos y verdaderos jueces de los hechos.

Los jueces profesionales previstos en la Constitución, en cambio, son los jueces permanentes del Estado cuya única función es la de admitir o rechazar las pruebas presentadas, dirigir el juicio, explicar al jurado la ley aplicable a los hechos y dictar la sentencia posterior de acuerdo con el veredicto alcanzado por un jurado.

Cuando el art 1º del CPP de la provincia de Buenos Aires dice textualmente **ARTÍCULO 1º. Juez natural y juicio por jurados...**

***“Nadie podrá ser juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo con la Constitución de la Provincia y competentes según sus leyes reglamentarias...”*** está haciendo referencia ineludible a que el juez natural no sólo es el juez profesional sino, también, los jueces ciudadanos que constituyen el jurado popular y que están triplemente **designados en forma expresa** en nuestra Constitución Nacional: como garantía de los justiciables en los juicios de todas las ramas del derecho -no sólo limitado al fuero penal- (art 24, CN); como derecho y obligación del pueblo a participar en la administración de justicia (art 118, CN) y como forma obligatoria de organización y gobierno del Poder Judicial federal y de las provincias (arts 5, 75 inc 12º in fine, 118 y 126, CN).

---

Instrucción Criminal de 1879; **Venezuela**, 1998 y **Bolivia**, 2001.

Salvo Puerto Rico, que afianzó sólidamente un modelo de jurado clásico que funciona con normalidad y que recibe el decidido apoyo de su Poder Judicial, el resto de las naciones mencionadas lo dejó naufragar. Colombia derogó su jurado en 1990, tras la ola de terrorismo y narcotráfico que asoló su país. En Paraguay sucumbió en 1940 a manos de la dictadura de Stroessner. En Brasil existe un jurado para delitos de homicidio que no delibera, sino que simplemente vota.

Nicaragua, Panamá y El Salvador retienen el jurado clásico, pero con distorsiones muy serias que comprometen su buen funcionamiento, tal como leerles íntegramente el expediente escrito y toda clase de desidias organizacionales.

Por el momento, la reciente experiencia argentina en varias de sus provincias comienza a aparecer como un nuevo intento serio y cuidadoso de implementación efectiva del jurado en el continente en el siglo XXI.



Este artículo 1° del Código Procesal Penal bonaerense reglamenta y viene a completar entonces una de las garantías fundamentales de nuestro sistema jurídico republicano, como es la garantía de juez natural. **Al no haber jurado, se sustrajo al acusado del juez natural de los hechos** y se produjo la usurpación por parte de la justicia profesional de un ámbito de la decisión -como es el veredicto- que la Constitución había puesto **exclusivamente** en manos del jurado popular.

Dicho al revés: le había prohibido al Estado que el veredicto quedara en sus manos, para desconcentrar el inmenso poder que se ejerce sobre un ser humano individual y singular con cualquier decisión judicial.<sup>109</sup>

Esta sobredimensión del poder del juez profesional vulnera la garantía de juez natural, ya que él no está -ni estuvo nunca- designado constitucionalmente para dictar un veredicto. Sólo se lo contempla para dictar la sentencia, que es otra cosa muy distinta. Los hechos y la ley aplicable a ellos los determina **siempre** un jurado popular, en base al derecho que le imparte el juez en las instrucciones legales. Las cuestiones posteriores sobre la pena o medida de seguridad las aplica luego el juez en la sentencia. Ese es el programa constitucional de división de poderes en el seno del Poder Judicial. Veredicto para el Pueblo y sentencia para el Estado.

En efecto, contra todo lo que ha sido “*nuestra tradición*” de concebir al sistema judicial argentino, el juez natural del hecho previsto por la Constitución no es otro que el jurado.<sup>110</sup>

Esta afirmación, tan fuerte por lo contracultural, necesita de una explicación adicional importante con referencia ineludible a uno de los grandes misterios de la justicia argentina -de profundas implicancias políticas-, que es el modelo de organización judicial.

Ciento sesenta años de ignominiosa omisión en el establecimiento del Juicio por Jurados y de monopolio exclusivo e ilegítimo de la justicia profesional nos llevaron a la profunda distorsión cultural de creer que el juez natural -ordenado por el art. 18 de la Constitución nacional- era **sólo** el juez profesional.

---

<sup>109</sup> En materia penal, enviar de por vida a una persona a la cárcel (o quitarle la vida, en varios países del mundo). En materia comercial, parar la continuidad de una empresa con cientos de trabajadores. En materia civil, decidir sobre la propiedad y los bienes de las personas.

<sup>110</sup> Fue ni más ni menos que Tomás JOFRÉ el que advirtió, con absoluta coherencia con el programa constitucional, que el procedimiento penal argentino y bonaerense debía ser oral, público y por jurados. Su proyecto de Juicio por Jurados para la Provincia de Buenos Aires de 1919 es, hasta la fecha, difícil de superar por su maestría.

Los aún más profundos errores conceptuales derivados de nuestra arcaica -por no decir feudal- organización judicial nos siguen sumiendo en barbarismos tales como afirmar que el juez natural es el juez profesional que está “*de turno*” al momento del hecho. O, si seguimos hilando disparates, que hay un “*fiscal natural*”, etc.

La propia historia libertaria del juicio por jurados en todas partes del mundo, pero muy especialmente en la Inglaterra del siglo XVII y XVIII, en las colonias norteamericanas durante la lucha por la independencia de Inglaterra y en la Francia revolucionaria, son los antecedentes históricos ineludibles que luego convergieron hacia el diseño de todas las garantías constitucionales y, especialmente, la del juez natural.<sup>111</sup>

**§4. Breve historia del veredicto:** la larga lucha por la independencia judicial

Entre el veredicto y el juicio por jurados hay una relación inescindible. Nacieron juntos y, como con todos los institutos relacionados con el jurado, se consolidó tras un arduo camino deluc hasy de pesares que es imprescindible estudiar. Efectivamente, la historia del veredicto es casi un drama como la historia del jurado mismo.

Qué otros casos podría decirse sin el suceso alolargo deladelos siglos en que se consolidó el jurado inglés, en donde los jurados hasta 1670 eran usualmente deshonrados, hechos prisioneros y multados por rendir veredictos contrarios a los deseos de un poder cruel y despótico.<sup>112</sup> Un Poder que, como todo Poder en cualquier tiempo y latitud, siempre buscó traspasar sus límites para consolidar su auto perpetuación.<sup>113</sup>

Como veremos más adelante, el jurado se alzó como el pálido de las libertades frente al Estado opresor. Para ello se valió del poder que le otorgó el secreto de sus deliberaciones, su decisión inmotivada y la soberanía de su veredicto, irrecurrible e inatacable por el Estado.

#### **A. El jurado y las vacas**

Hay un cuento muy popular y divertido que refleja con exactitud que el cuidado so engranajar garantías que constituyen el juicio por jurados no fue algo que haya surgido espontáneamente

<sup>111</sup> Acerca del carácter contra-mayoritario del Poder Judicial, véase GARGARELLA; Roberto: “*La Justicia frente al Gobierno*”, Editorial Ariel, Barcelona, 1996.

<sup>112</sup> HOSTETTLER, John: “*The criminal jury....*”, op cit, p. 27: Debido a todas esas severidades y a que era muy caro viajar, “*el más común defecto de los jurados en el siglo XIV era que persistentemente no se presentaban, sobre todo en Westminster. En los registros de esa corte, es monótono leer la frase: “ningún jurado se presentó”. Por eso aparecieron en el proceso los sheriffs, que juntaban a doce de una muestra arbitraria*”.

<sup>113</sup> MAIER, Julio B. J.: “*Fundamentos*”, op cit, p. 839: “*...y de la tendencia de los estados nacionales al Estado Gendarme, es decir, hacia su génesis...*”.

como por arte de un feliz encantamiento mágico, ni que hayan nacido y crecido armoniosamente. Tales seguridades-hoy indiscutidas y afianzadas culturalmente- le fueron arrancadas por los hombres libres de Inglaterra al poder de la Corona, en medio de grave conflicto y aún al precio de terribles represalias sobre las personas y bienes de los jurados.<sup>114</sup>

El cuento es que en Inglaterra, hace ya siglos, estaban juzgando aun ladrón de ganado al que todos los vecinos conocían. El juez instruye al jurado, los manda a deliberar y el jurado vuelve con el siguiente veredicto: “*Noculpable. Siempre que devuelva las vacas*”. El juez, furioso, reprende al jurado por no cumplir con su deber y los manda a deliberar de vuelta hasta retornar con otro veredicto. El jurado se retiró y vuelve con otro veredicto: “*Noculpable y no tiene que devolver las vacas*”.<sup>115</sup>

### B. Castigos al jurado: el writ of attaint y las multas

Desde el mismo momento en que apareció el jurado en Inglaterra y comenzó a emitir veredictos en asuntos penales y civiles que no eran del agrado de la Corona o de una parte con mucha influencia, surgieron múltiples intentos por manipularlo y por limitar su poder.

El primero de esos controles fue el *writ of attaint*, indiscutiblemente el único y primer método antiguo para revisar un veredicto.<sup>116</sup>

El *writ of attaint* fue una antiquísima ley inglesa dictada al sólo efecto de inquirir si un jurado había dado un veredicto falso en un juicio. En materia criminal, lo solicitaba la Corona y, en materia civil, lo hacía la parte perdedora en el debate. Quien determinaba si el veredicto era correcto o no era otro jurado más grande de veinticuatro miembros (también llamado *Grand Jury of attaint*). La parte que interponía el attaint sólo podía introducir exactamente la misma evidencia presentada en el juicio original, mientras que el jurado cuestionado sí podía presentar nuevas pruebas.

---

<sup>114</sup> DWYER, William: “*In the hands of...*”, op. cit., p. 50: “*Estamos acostumbrados a jurados que cumplen con su tarea sin miedo alguno. Cualesquiera que sea su veredicto, los jurados actuales dejan los tribunales inmunes a cualquier represalia estatal o inclusive a preguntas de cómo alcanzaron dicha decisión. Estos derechos de los jurados no cayeron del cielo; fueron duramente conquistados contra un Gobierno dispuesto a todo*”.

<sup>115</sup>

WILSON, Richard: “*El juicio por jurados en Estados Unidos*”, Revista del Congreso Internacional de Jurados en Materia Penal, editada por el Colegio de Abogados de La Plata, La Plata, Argentina, 1997, p. 52. Un original artículo sobre las bromas y cuentos en torno al jurado puede verse en HANS, Valerie P.: “*Jury Jokes and Legal Culture*”; DePaul Law Review n° 2 volumen 62, Chicago, 2013, ps. 391 y ss.

<sup>116</sup>

PLUCKNETT, Theodore: “*A concise history of the common law*”, Little Brown & Co., USA (1956) ps. 131 a 134.

Esto debe entenderse porque los antiguos jurados ingleses eran testigos del hecho y no jueces imparciales como hoy lo son. Debían dar juramento de verdad por sus conocimientos personales sobre los hechos sucedidos; por eso se los llamó “*jurados*” en los siglos por venir. Porque juraban decir la verdad de cuanto habían atestigüado.<sup>117</sup> De allí que un veredicto erróneo era perjurio y los jurados que lo emitían eran castigados por falso testimonio.

Si se hallaba que el veredicto era erróneo, se lo corregía y el jurado original era severamente castigado con las siguientes penalidades, muy duras para la época.<sup>118</sup> Literalmente, eran el equivalente en la época a la muerte civil.

1. *Perderían su credibilidad por dar juramento, ser testigos y se convertirían para siempre en infames;*
2. *Perderían todos sus bienes y mercancías;*
3. *Toda su tierra y propiedades les serían quitadas y puestas en manos del Rey;*
4. *Sus esposas e hijos quedarían a la intemperie;*
5. *Sus casas serían arrasadas y tiradas abajo;*
6. *Sus árboles arrancados de raíz;*
7. *Sus praderas serían arrasadas;*
8. *Sus cuerpos serían arrojados a la prisión.*

Si bien es imposible datar con exactitud cuándo comenzó el *writ of attaint*, se calcula que fue alrededor del siglo XII y que se extendió por casi tres siglos más. La primera referencia explícita en un texto legal aparece en 1360 pero, para la época de Enrique VIII, su declinación era evidente.

Las razones fueron varias: los jurados habían evolucionado y dejaron de ser testigos del hecho para ostentar el rol que hoy tienen, que es el de jueces imparciales que deciden sobre la evidencia presentada por otros litigantes en la corte. Este cambio fundamental, operado en el siglo XVI, provocó el rápido declive del *writ*.<sup>119</sup>

Obviamente, el *writ of attaint* era sumamente impopular, dado que los jurados reexaminadores del veredicto no querían declarar culpables de perjurio a sus propios vecinos. Vemos aquí cómo comenzaba la lucha por la independencia judicial y también

---

117

DAMAŠKA, Mirjan: “*Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*”, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 73. “*No se exagera decir que el jurado inglés se convirtió en un cuerpo puramente adjudicativo sólo después de su transformación en el siglo XVI, cuando pasó de ser un grupo de vecinos y testigos a ser un conjunto de personas desinteresadas para quienes los hechos debían ser probados en un tribunal*”.

<sup>118</sup> HOLDSWORTH, William: “*A History of English Law*”, Sweet & Maxwell, UK, vol 1, p. 161-162. 1965.

119

Para una mejor apreciación de la evolución del jurado desde testigos del hecho a determinadores de los hechos basados en las pruebas presentadas en el debate oral y público, cfr THAYER, James Bradley: “*The origin and scope of the American doctrine of Constitutional Law*”, Little, Brown, USA, capítulo 3, 1893 y, también, ver YEAZELL, Stephen: “*The new jury and the ancient jury conflict*”, 1990, University of Chicago, USA, Legal F. 87, 93.

es de notar que fue el propio pueblo -reunido en el *Grand Jury of attaint*- el que resistía los embates del Poder contra las decisiones de los jueces populares que no eran de su agrado.

Finalmente, el trámite para convocar al *Grand Jury of Attaint* era tan engorroso y complejo que los litigantes rara vez lo pedían.

Durante el reinado de Enrique VIII se sancionó una ley que dejó en pie sólo la multa y la infamia a perpetuidad. Ya para esa época, en materia criminal se había vuelto completamente obsoleto y, en los casos civiles, gradualmente dieron lugar a un instituto fundamental que hoy es el control por excelencia que detenta el sistema de juicio por jurados: **conceder un nuevo juicio ante otro jurado.**

El Bushel's Case (el famoso juicio a William Penn) marcó el final definitivo en el common law de estos brutales castigos infligidos durante siglos a los jurados por los veredictos que rendían.

### **C. El caso de William Penn en 1670: la lucha definitiva por la independencia judicial**

#### **I.**

Profusamente estudiado en la literatura anglosajona, el caso Penn, más conocido como *Bushel's Case*, fue el paradigma de la resistencia civil frente al poder despótico de la Corona y de la Iglesia. Demostró, además, que el jurado nunca fue sólo una institución judicial sino que, a la vez, cumplió y cumplió desde siempre una función altamente política, cual es la de administrar irrevocablemente **con sus veredictos** el poder y no de castigar de forma independiente a los deseos del Estado.

William Penn (fundador del Estado de Pennsylvania en Estados Unidos) era un cuáquero apasionado, dedicado a los bienes raíces, que se convirtió en un militante enérgico por la libertad religiosa y de opinión. Sus escritos, libelos y manifestaciones escandalizaron a la Iglesia y al Rey.

Por ejemplo, ante la ley que prohibía ejercer sureligión y proscribía a las sectas como la de los cuáqueros, atacó a la Santísima Trinidad, catalogó a la Iglesia Católica como "*La Puta de Babilonia*", acusó a los puritanos de hipócritas, falsos profetas, ladrones de limosnas y tantos otros peccetores.<sup>120</sup>

---

<sup>120</sup> FANTEL, Hans: *William Penn: Apostle of Dissent*, William Morrow & Co., New York, 1974, p.97.

Fue acusado de blasfemia y encerrado por vida en una helada celda de aislamiento en la tristemente célebre Torre de Londres, por orden del Obispo de Londres y el Rey Carlos II. Pidió a pleylápiz. Se lo concedieron, pensando en que escribiría su retractación. El resultado fue un tratado incendiario llamado “*Ni Cruz ni Corona*”.<sup>121</sup> El Rey se vio forzado a liberarlo tras ocho meses de martirio, pero los cuáqueros siguieron siendo perseguidos, encarcelados y sus tierras confiscadas. Penn fue expulsado de la Iglesia cristiana y enjuiciado nuevamente junto con su amigo William Mead por predicar en una asamblea en la calle, desafiando la reciente ley que las prohibía.

En efecto, la *Conventicle Act* prohibía las asambleas religiosas de más de cinco personas no auspiciadas por la Iglesia Anglicana, religión oficial de Inglaterra.

Lo que sigue es la parte sustancial -y muy breve- del famoso juicio que paralizó a Inglaterra y que llegó hasta nuestros días gracias al registro taquígráfico de todo lo sucedido en la audiencia.<sup>122</sup>

Breve disgresión: obsérvese cómo se respetaba el derecho a un juicio rápido de los pares, aún en esas difíciles épocas. Los hechos sucedieron el domingo 14 de agosto de 1670. El 3 de septiembre se dio inicio al juicio público.

Penn, aún sin ser abogado, advirtió brillante e inmediatamente la vaguedad de los hechos que le imputaban en el escrito de formulación de cargos (indictment o acusación). Por ende, el día del juicio le exigió a uno de los tres jueces de estrado (el juez Howel) su derecho a conocer públicamente los cargos con que lo acusaban y la ley del *common law* que presuntamente había violado. Obviamente, ambas cosas le fueron negadas. El diálogo es memorable.

***Penn:*** *Deseo que usted me haga saber bajo qué leyes que usted me persigue y en qué ley funda usted los cargos en mí contra.*

***Juez Howel:*** *En el common law.*

***Penn:*** *¿Y dónde es que se halla esa ley en el common law?*

***Juez Howel:*** *Usted no pensará que yo contestaré a su curiosidad, tras tantos años*

---

<sup>121</sup>PENN, William: “*No Cross, No Crown*”, Inglaterra, 1669. Está considerada una obra cumbre en el cristianismo. Ver edición digital en <http://www.gospeltruth.net/Penn/nocrossnocrownIndex.htm>.

<sup>122</sup> Citas textuales de los registros taquígráficos del juicio extraídas de “*The trial of William Penn and William Mead, at the Old Bailey, for a tumultuous assembly*” 22 Charles II. A.D. 1670, Howell's State Trials, Vol. 6, Constitution Society.

*decarrera y de tantos casos que se me adjudicaron, a los que llamamos common law. Ustedes un sujeto insolente. Responda a los cargos....*

**Penn:** *Estoy seguro que la respuesta a mi pregunta es breve porque, si fuera una ley común, no debería ser tan difícil identificar cuáles....*

*La cuestión no es si soy culpable o no de los cargos, sino si estos cargos son legales. Responder que “es el common law” es algo tan vago e imperfecto como contestación, salvo que ambos sepamos dónde está esa ley y en qué consiste ella.*

*Pues donde no hay ley, no podrá haber transgresión; y dichaley-quealparecer carece de existencia- está tan lejos de ser común que no es en absoluto una ley.*

**Juez Howel:** *Señor, usted es un buscapleitos y es un deshonor para esta Corte seguirlo portándolo mientras usted continúa.... ¡Llévenselo!*

**Relator:**  
*Milord, si usted no toma medidas contra este pestilente sujeto para hacerle cerrar su boca, nada podremos hacer esta noche.*

**Juez:** *Llévenselo, llévenselo. Confinenlo en el bail-dock.*<sup>123</sup>

Penn fue removido a empujones de las alas inquehiceransabersuderecho elemental a conocer los cargos en su contra. Mientras lo arrastraban, Penn seguía hablándole al jurado.

**Penn:** *¿Así que yo debo ser sacado de aquí y confinado por alegar de acuerdo a las leyes fundamentales de Inglaterra? Sin embargo, pongo a ellas en vuestras conciencias, que son las del jurado...*

Lo encerraron en el *bail dock*, fuera de la vista del jurado: Penn y el jurado ya no podían verse, pero desde allí escuchaba todo y seguía alegando a los gritos.

En la sala, en completa soledad, quedó el joven estudiante Mead para intentar su defensa.

**Mead:** *Caballeros del jurado, yo soy un hombre de paz, pero esta acusación está plagada de mentiras. El gran Lord Coke nos enseña claramente qué es una revuelta, un tumulto o una asamblea ilegal, pero esta....*

**Juez Howel:** *Usted merecería que le cortaran la lengua.*

---

<sup>123</sup> Antiguamente, en el Old Bailey de Londres, donde se hacen los juicios por jurados desde hace cuatro siglos, se llama *bail dock* a un cuartito **sin techo** y situado en uno de los rincones de la sala de juicio donde se confinaban durante el juicio a ciertos acusados alborotadores.

**Mead:** *Usted me prometió mi justa libertad para ser escuchado; ¿por qué no puedo tener mi privilegio como inglés? Yo soy un inglés y ustedes deberían estar avergonzados de este asunto.*

**Juez Howel:** *Yo en cambio lo veo a usted como un enemigo de las leyes de Inglaterra, por lo que no es merecedor de tales privilegios, como otros sí los tienen.*

**Mead:** *Que el Señor sea el juez entre usted y yo sobre este asunto.*

**Juez Howel:** *Confínenlo también.*

El pobre Mead también fue arrastrado junto a Penn hasta el *bail-dock*. Pero allí llegó un momento irrepetible de este juicio. El Juez Howel dio por finalizada la etapa de prueba, instruyó al jurado y lo mandó a deliberar **sin dejar hablar a los acusados en su defensa ni escuchar sus argumentos**. Resumió velozmente los hechos del caso, la escena y videnciar instruyó al jurado de este modo.

**Juez Howel:** *Ustedes han oído cuál es la acusación; ella es por predicar en público y por reunir una tumultuosa turba tras ellos. Y Mr Penn dijo en ella: “si los cuáqueros no fuéramos molestados, verán que continuaremos”; hay tres o cuatro testigos que han probado esto, que han predicado allí. Y Mr Mead lo permitió. Tras esto, han escuchado de testigos sustanciales lo que se ha dicho en su contra: así que esta es la cuestión de hecho, a la que se deben ajustar y observar, del modo en que han jurado hacerlo bajo vuestra propia responsabilidad”.*

**Penn** (subido al extremo de su celda y agarrado de la pared): *¡Apelo a los jurados que son mis jueces, y a esta gran asamblea, donde los procedimientos de esta corte son lo más arbitrarios y vacíos de legalidad, por instruir a los jurados en la ausencia de los prisioneros...!*

**Juez Howel:** *bájenlo de ahí, bájenlo.*

**Mead** (apareciendo también en la punta del techo de la celda): *¿está esto de acuerdo con los derechos y privilegios de los ingleses, de que no seamos escuchados, sino confinados a una celda tan sólo por hablar en nuestra defensa?*

**Juez Howel:** *Llévenselos al Agujero.*

Los prisioneros fueron llevados al lugar conocido como “*El Hediondo Agujero*”, un antro inimaginable. A pesar de las tremendas presiones para condenar a Penn, noventa minutos después volvieron ochode los doce jurados con el siguiente veredicto:



**“Culpable de hablaren la calle de la Iglesia Grace”.**

El veredicto era claramente insuficiente, casi un burla al juez, debido a la falta de unanimidad, a que faltaban cuatro jurados ya que no constituía delito alguno.

**Juez Howel** (furioso y a los gritos): *Ustedes como mucho no han dicho nada. ¿Era o no una asamblea ilegal? ¿Quieren decir que estuvo hablando a una turba de personas allí afuera?*

El jurado fue enviado una y otra vez a reconsiderarla prueba, pero invariablemente volvían –esta vez los doce- con el mismo veredicto, pero ahora con un agregado: **William Mead no culpable.**

La furia de los jueces aumentaba a la par que la admiración del público por los jurados y por su líder Edward Bushel, que no cedía un ápice a las presiones desmedidas de la Corte.

Allí fue donde el Juez Howel lanzó su mortal admonición, que quedaría grabada a fuego como un símbolo de la lucha del jurado contra el despotismo del Gobierno<sup>124</sup>:

**Juez Howel:** *Caballeros, ¿cómo pueden dejarse guiar tan tontamente por este sujeto estúpido de Bushel? No disolveré este jurado hasta que tengamos un veredicto que esta Corte pueda aceptar, y serán encerrados en carne, agua, fuego y tabaco. No vayan a pensar que pueden abusar de esta Corte. Tendremos un veredicto, con la ayuda de Dios, o moriré de hambre por él.*

**Penn** (a los gritos desde su celda): *¡Mijurado, ya que ellos son mis jueces, no deberían ser amenazados de esta manera! Vuestro veredicto debe ser libre y no impuesto. El juez debe esperar a vuestro veredicto y no anticiparlo. Sólo deseo que se haga justicia con migoy que las arbitrarías resoluciones de los jueces no sean la medida del veredicto del jurado. ¡Ustedes son ingleses, cuiden su privilegio y no dejen abdicar su derecho!*

**Voz indistinguible desde el estrado del jurado:** *¡No lo haremos!*

**Juez Howel:** *¡Cierren la boca de este imbécil o saquenlo del recinto!*

El juez Howel los mandó sin comida, agua, ni fuego, ni tabaco a que reconsideraran su veredicto y les ordenó que eligieran a un nuevo presidente, desplazando a Edward Bushel, de quien Howel sospechaba que era el mentor de esta resistencia civil. Como el jurado se negó, el juez los arrestó y los confinó durante dos noches hasta que cambiaran su voto. Los jurados temblaban de

<sup>124</sup>DOBRE, Bonamy: “William Penn: Quaker and Pioneer”, Houghton Mifflin Co., 1932, New York, p.3

miedo, pero ya se habían ganado la simpatía popular. La gente les contrabandearon un poco de agua y comida, pero el *jury room* hedía como una letrina, ya que tuvieron que dormir en el suelo y hacer sus necesidades allí mismo.

Los jurados bajaron al recinto, demacrados, hediondos y macilentos, ante una sala extasiada. Cambiaron a su presidente, pero Bushel seguía siendo el líder. Apesado de las violencias ejercidas sobre ellos, mantuvieron su veredicto. Así, tras dos días y dos noches, a las siete de la mañana del día 8 de septiembre de 1670, el jurado volvió a la sala con un veredicto unánime de *no culpable para Mead* y *culpable de hablar en la calle Grace* para Penn. Howel se negó a aceptarlo otra vez.

**Juez Howel:** *Tendré un veredicto positivo o moriré de hambre por él. Vuestro veredicto es nulo, usted se está jugando con esta Corte. Yo le ordeno que se vaya junto a su traigan otro veredicto o moriré de hambre y los arrastraré en carros por la ciudad, como en los tiempos de Eduardo III. Bushel, usted es un sujeto faccioso. Tomaré medidas contra usted...*

**Bushel:** *Sir Thomas, he votado según mi conciencia.*

**Juez Howel:** *Esa conciencia suya cortaría mi garganta. Yo cortaré la suya apenas pueda.*

Mientras tanto, Penn continuaba dirigiéndose incesantemente al jurado para que nos acompañaran ante la presión, todo lo cual acabó de quicio a los jueces y enardeció a la multitud.

El diálogo entre Bushel y Howel es uno de los eventos más emotivos en la lucha por la independencia judicial y la libertad política y religiosa.

**Howel:** *Ustedes están violando las expresas órdenes de esta Corte, y la están sumiendo en la desgracia.*

**Bushel:** *La corte no tiene ningún poder en la Magna Carta para dictar el veredicto del jurado.*

**Howel:** *La corte tiene el poder que elija y desobedecerla es sumirla en la desgracia, al igual que lo están haciendo con ustedes.*

**Bushel:** *Sólo seguimos nuestras conciencias, que es la de traer honor a esta corte. No podemos hacer otra cosa. Si esto no es honor, entonces acusamos a esta corte de no tener honor.*

**Howel:** *Su insolencia ha pasado todo límite. Es la orden directa de esta corte que hallen “culpables” a ambos prisioneros.*

**Bushel:** *No, milord, eso el jurado nunca lo hará. No traicionaremos las libertades de este país. Conocemos nuestros derechos en la Magna Carta.*

**Howel:** *Esos derechos los harán morir de hambre.*

**Bushel:** *Pues que así sea, milord, pero en este punto no nos equivocaremos. ¡Jamás renunciaremos a nuestros derechos como ingleses!*

Los jueces quedaron mudos, shockeados; Howel se paralizó. Pero el público estalló de júbilo: “*Escuchen, escuchen*” y Penn gritaba asomado en lo alto de su celda: “*Sí, sí, ustedes son ingleses. ¡Cuiden vuestros privilegios! ¡No abandonen vuestros derechos!*”<sup>125</sup>

**Juez Howel:** *Hasta ahora nunca había comprendido la prudencia y la política de los españoles al sufrir la Inquisición entre ellos. Y ciertamente ella nunca se llevará bien con nosotros, aunque un poquito de la Inquisición española no vendría mal en Inglaterra...*

El jurado ya estaba exhausto tras días y días de extrema violencia verbal y confinamientos. Nuevamente, Howel dio la orden para que el jurado fuera enviado a deliberar en esas penosas condiciones. Pero ellos se negaron a hacerlo, argumentando de manera elemental que ya habían rendido su veredicto unánime. Sin embargo, decidieron intentarlo una vez más. **Pero esta vez redoblaron la apuesta.** Tras una larguísima noche en el pestilente *jury room*, retornaron a la mañana siguiente con sus dos veredictos inmortales:

**William Penn, no culpable; William Mead, no culpable.**

La sala estalló de júbilo. El juez Howel tuvo que dar por terminado el juicio y aceptar los veredictos para el récord. Pero el poder de la Corte no finalizaba allí. Todavía conservaban el poder de castigar al jurado por decidir el caso erróneamente.

**Juez Howel:** *Losiento, caballeros. Ustedes han seguido su propio juicio y opinión, más que los buenos y saludables consejos que se les ha dado. Que Dios nunca permita que mi vida caiga en vuestras manos, pero esta Corte los multa con 40 marcos por persona y prisión hasta que la pague.*

Penn pidió que lo liberaran de inmediato, pero Howel lo encerró por desacato en la cárcel de Newgate hasta que pagara la multa. Pero no sólo él fue encarcelado. En su viaje de la sala del juicio hasta la prisión fue acompañado por... los doce

---

<sup>125</sup>LEHMAN, G. D: “*The Ordeal of Edward Bushel*”, Lexicon, 1996, p. 53.

*miembros del jurado*. Efectivamente, el jurado entero quedó prisionero junto con el imputado hasta pagar la multa que ascendía a lo equivalente a una ñ de sus salarios.

El jurado, liderado por Edward Bushel, mantuvo su defensa del veredicto absolutorio de su confinamiento. Bushel desafió al juez negándose a pagar la multa e interpuso entonces una acción de *habeas corpus* ante la Court of Common Pleas, dando lugar en la historia al *Bushel's Case*. Fueron liberados provisionalmente bajo fianza y un año después, en 1671, llegó el histórico fallo.

Sir John Vaughan, juez presidente de dicha Corte, inicialmente falló que el *habeas corpus* sería improcedente, con el argumento de que sólo el Rey podía concederlo en casos criminales ordinarios y que la Court of Common Pleas sólo podía hacerlo en casos de cuestiones de privilegio (por ejemplo, que el peticionante fuera un abogado ante dicha Corte). Sin embargo, los otros jueces concedieron el *habeas corpus*, por lo que Vaughan sentenció que, de allí en adelante, ningún jurado jamás podría ser castigado por el veredicto al que habían arribado.

La inmortalsentencia del juez Vaughan aúnes utilizada como precedente por las Cortes Supremas de los países del Commonwealth y ha llegado a las leyes argentinas.<sup>126</sup>

***"El jurado debe ser independiente e indiscutiblemente responsable por su veredicto, libre de cualquier amenaza de la Corte".***<sup>127</sup>

William Penn, Bushel y el resto de los jurados fueron absueltos, el veredicto de *Not Guilty* fue confirmado y, a partir de allí, todos los jurados ingleses y anglosajones de la posteridad obtuvieron su derecho a quedar para siempre libres de las represalias de los jueces.<sup>128</sup>

Como apunta con emoción el juez Dwyer,

*"Un gran principio fue establecido: los jurados, y no el juez, son quienes deciden el veredicto. Los jurados jamás deben ser coercionados; y son inmunes al castigo por un veredicto alcanzado de manera honesta, por más erróneo que el juez piense que es. Dentro de los límites de la ley, es el Pueblo y no sus funcionarios quienes tienen la última palabra sobre la*

---

<sup>126</sup> Art 9º de la ley 7661 de juicio por jurados del Chaco y cuya fórmula se emplea en Neuquén y Buenos Aires a pesar de no estar en la ley.

*ARTÍCULO 9º: LIBERTAD DE CONCIENCIA DEL JURADO. PROHIBICIÓN DE REPRESALIAS. El jurado es independiente, soberano e indiscutiblemente responsable por su veredicto, libre de cualquier amenaza del juez, de las partes o de cualquier Poder por sus decisiones. La regla del secreto de las deliberaciones y la forma inmotivada de su veredicto les aseguran a los jurados la más amplia libertad de discusión y de decisión, sin estar sujetos por ello a penalidad alguna, a menos que aparezca que lo hicieron contra su conciencia, o que fueron corrompidos por vía de soborno. El contenido textual de este artículo formará parte obligatoria de las instrucciones del juez al jurado.*

<sup>127</sup> HALLIDAY, Paul D.:

*"Habeas Corpus: From England to Empire"*

(Cambridge, MA: Belknap Press, 2010), p. 235 y 236.

<sup>128</sup> LEHMAN, Godfrey: *"The Ordeal of..."* op. cit.

*culpabilidad o la inocencia. Nunca jamás hubo una victoria más grande de la justicia en los tribunales”*.<sup>129</sup>

Este caso fue indiscutidamente uno de los más importantes juicios de la historia, ya que modelaron el futuro concepto de la libertad del jurado frente al juez (incluso frente a la *mayoría* y el *jury nullification*) y fue una victoria memorable para el uso del *habeas corpus* como un medio apto para liberar inmediatamente a aquellas personas ilegalmente detenidas.

### **D. El juicio a los 7 Obispos de Londres y la Revolución Gloriosa de 1688.**

Es imposible no tenerse en cuenta la coincidencia temporal que existe entre el juicio a William Penn, la Revolución Gloriosa de 1688 y la Declaración de Derechos (el *Billof Rights*) de 1689, que establecieron definitivamente en Inglaterra la división de poderes y las garantías constitucionales modernas y que Francia alcanzaría a sangre, fuego y guillotina cien años más tarde. En Inglaterra se convirtió en 1688 en un monarquía parlamentaria, con separación estricta de poderes entre el Rey, el Parlamento y el Poder Judicial.

Siempre se ha dicho que el proceso penal de un país es el reflejo del sistema de gobierno imperante. Así, no cabe duda alguna que la Inquisición fue el reflejo en el proceso de lo que el Absolutismo monárquico representó en el Estado. La concentración total del poder en el Rey Soler perfectamente correspondida con el poder omnímodo y concentrado del que disponía el Inquisidor medieval.

Desde este punto de vista, el *Bushel's Case* fue un anticipo inevitable de los cambios que acudirían a Inglaterra dieciocho años después. El *Bushel's Case* no fue sólo un triunfo de la libertad del ser humano para practicar su religión, sino que además, y por los valores en juego y por cómo presionó el Estado y la Iglesia por la condena de Penn, se trató de una contienda formidable: en ella estaba en juego la independencia judicial y la división de poderes dentro del proceso. Más estrictamente, en el ámbito de la decisión.

Pero pocos años después del *Bushel's case*, llegaría el juicio que desencadenó la Revolución Gloriosa de 1688: el juicio a los 7 obispos de Londres. La importancia de ambos Juicios radica en que ambos fueron hitos decisivos en la configuración moderna

---

<sup>129</sup> DWYER, William: *“In the hands of...”* op. cit., p. 59.

del Juicio por Jurados y en el devenir político de Inglaterra y del futuro constitucionalismo moderno.

Un hecho extraño ocurrió en Inglaterra. El Rey James II se convirtió al catolicismo, lo cual causó un terremoto político en un país cuya religión oficial era la de la Iglesia Anglicana. Su conversión motivó que intentara poner en puestos claves de gobierno a funcionarios católicos, a pesar de que el Parlamento, para reforzar el estatus oficial de la Iglesia Anglicana, había dictado varias leyes prohibiendo a los católicos formar parte de cualquier gobierno. El Rey intentó convencer primero al Parlamento de derogar esas leyes. La tensión se elevó, ya que el Parlamento se rehusó a hacerlo. ¿Que hizo entonces el Rey James II? Dictó la "*Declaración de indulgencia*". Dicho decreto, apelando a la fuente divina del poder real, abolió de un saque todas las leyes anti-católicas. Como bien dice Hans, lo que hoy hubiera sido visto como una medida progresista antidiscriminatoria contra una minoría religiosa, representó en 1687 un terremoto político: el Rey desafiaba al gobierno parlamentario y a su poder para hacer las leyes.

Al principio, y en un intento por bajar los decibeles del conflicto, James II no hizo efectiva la Declaración. Pero en 1688 la puso en marcha y suspendió todas las leyes anti-católicas basado en las prerrogativas que le daba su estatus real. Esto supuso el quiebre entre el Rey y el Parlamento. Una de las primeras medidas que el Rey tomó fue la obligar a los Obispos Anglicanos a que leyeran la Declaración en todas sus Iglesias. La maniobra era una amenaza directa contra la religión establecida. Los Obispos enviaron una carta, escrita en términos muy humildes y moderados, solicitándole que nos los obligara a cumplir con dicha orden porque ello constituiría un acto ilegal. Inclusive, fueron a entregarle esta respuesta al Rey en persona y de rodillas. El gesto de los Obispos, lejos de aplacar al Rey, lo dejó en llamas. Tras leer la carta, James II estalló de furia, ya que percibió claramente que los Obispos se estaban rebelando contra su autoridad.

Pocas semanas después, siete de esos Obispos fueron convocados ante el Consejo Privado del Rey y obligados a retractarse en público y a retirar la petición. Los Obispos se negaron, argumentando que sus actos estaban contemplados en la Ley. Fueron enviados inmediatamente a la Torre de Londres. La crisis había estallado en toda su magnitud. Inglaterra estaba alienada por la súbita conversión de su Rey y las medidas

político-religiosas que estaba tomando, que iban en contra de manera frontal contra la religión establecida y el sistema constitucional inglés.

Se convocó entonces al Juicio por Jurados. La Corona acusó a los siete Obispos bajo el cargo de libelo sedicioso. Para esa época, el *common law* de Inglaterra establecía que el delito de libelo sedicioso consistía en cualquier publicación intencional por escrito que cuestionara la reputación y la integridad del gobierno. Bajo esas condiciones, toda publicación de un escrito que socavara la autoridad del Gobierno podía ser perseguida penalmente. Lo que hoy, cuatro siglos después, sería visto como un acto defensivo elemental contra esa imputación, para esa época estaba totalmente prohibido. Es decir, por más que el acusado probara que la publicación era verdadera, él jamás iba a poder argumentar ante una Corte la verdad de las palabras publicadas. Por lo tanto, cada vez que hubiera un Juicio por Jurados, al Jurado sólo le iban a someter una sola cuestión: *¿Está probado que el acusado publicó intencionalmente el escrito?* Si así fuera, deberían declararlo culpable, y sería luego el Juez, en soledad, quien determinaría si ese escrito era sedicioso y si el acusado habría obrado intencionalmente.

De tal manera, en los delitos de Libelo Sedicioso, el Jurado no rendía un veredicto general que abarcara, como ya era normal en el *common law* para esa época, tanto los hechos como el derecho. En el Juicio a los Siete Obispos de Londres, el Jurado debía responder un veredicto especial respondiendo a un interrogante de hecho que le sometía el Juez. El Juez aplicaría luego el derecho. Así las cosas, la suerte de los siete Obispos parecía echada. Nadie, ni siquiera ellos mismos podían negar que ellos habían escrito esa carta y que ellos mismos se la habían llevado al Rey. La ley consuetudinaria del *common law* tampoco les permitía probar que la petición contenida en la carta se apoyaba en las leyes de Inglaterra dictada por el Parlamento. Para la ley vigente, la verdad de lo contenido en la carta no importaba. Los Obispos habían escrito la carta y con ella desafiaron la autoridad Real.

Así las cosas, los Obispos tenían todas las de perder. Pero había algo muy importante en su favor: se habían ganado una impresionante solidaridad popular. No solo por defender su religión, sino por la valentía en ejercer de manera pacífica un firme acto de desobediencia civil. El pueblo inglés era el único apoyo real que tenían los Obispos en esta suerte. Y los Jurados, como todos sabemos, salen de ese mismo pueblo.

Bajo una extrema tensión, empezó el Juicio. Duró solo diez horas. Como era de costumbre, a las siete de la tarde, tras recibir las instrucciones del juez, el jurado fue encerrado en la sala de deliberación sin comida ni agua. Como cuentan los cronistas del

juicio, la discusión entre los jurados fue áspera. Se escuchaban gritos y discusiones airadas desde las paredes del *jury room*. A las cuatro de la mañana les dieron agua para lavarse, pero la usaron para saciar su sed. Al amanecer, le anunciaron al Juez que habían llegado a un veredicto unánime.

A las diez de la mañana, en medio de una extrema tensión, se reanudó el juicio. La sala estaba abarrotada de público.

El Juez le preguntó al Jurado:

*¿Encuentran ustedes culpables a los acusados del delito imputado?*

El portavoz del Jurado replicó:

***“No culpables”.***

La sala explotó de júbilo y el Juez tuvo que detener a varios de los presentes para restaurar el orden. Pero ya era demasiado tarde, las celebraciones en Londres continuaron durante varios días. Pero esa noche, los londinenses encendieron velas en el exterior de sus ventanas. El espectáculo de una Londres completamente iluminada a la luz de las velas en pleno siglo XVII marcó el final del Rey James II y del absolutismo monárquico en Inglaterra. Había estallado la Revolución Gloriosa que obligó a exiliarse al Rey. Desde los Países Bajos fue traído Guillermo de Orange, un protestante que fue entronizado Rey, pero bajo la condición de asumir como monarca constitucional sujeto a las leyes del Parlamento. Había surgido, cien años antes de la Revolución Francesa, la monarquía constitucional parlamentaria con división de tres poderes. El futuro había llegado: el jurado estuvo presente en la expansión del constitucionalismo moderno en Europa Continental.

La tesis de este libro, que el veredicto general del jurado es un formidable ejercicio de poder político, se demuestra una vez más con este evento. Lo que se había insinuado con el juicio de William Penn se terminó por asentar en el Juicio de los Siete Obispos. Tras el Juicio de William Penn, los jurados obtuvieron su derecho a no ser castigados por los Jueces por su veredicto. Tras el Juicio de los siete Obispos de Londres, los Jurados obtuvieron **definitivamente** su poder para rendir un veredicto general que decidiera tanto los hechos como el derecho. Es decir, en la terminología legal que utilizamos en la actualidad, en materia penal los Jurados no tendrían que rendir más un veredicto especial con sus determinaciones de hecho para que luego el Juez les aplicara el derecho a las mismas.



Desde allí en adelante se asentó la práctica actual, que inclusive llegó hasta la Argentina: en los juicios por jurado en materia criminal, el juez le explicaría las leyes penales al Jurado en sus instrucciones, pero luego el jurado sería el único encargado de adjudicar los hechos y de aplicarles a ellos el derecho que el juez les proveyó en sus instrucciones.

El jurado entraba así en el ciclo de su máximo apogeo como institución, y sólo de la mano de la afirmación para rendir un veredicto general. Un veredicto que es el ejercicio del poder político en manos del Pueblo. Es el Gobierno del Pueblo en un caso concreto judicial.

### §5. Función del Veredicto

La función del jurado, según Blackstone, es examinar "*la verdad de cada acusación*".<sup>130</sup> Pero fue Tocqueville quien, en un solo párrafo, clasificó a las funciones del jurado en *políticas y judiciales*.

*"Pero dejemos este asunto, Sería restringir grandemente su significación el limitarse a estudiar al jurado en cuanto institución judicial, pues si ejerce gran influencia en los procesos, aún es mucho mayor la que ejerce sobre el destino mismo de la sociedad. El jurado es ante todo una institución política. Este es el punto de vista desde el que debemos juzgarlo".*<sup>131</sup>

#### A. Función política del veredicto: de Tocqueville a la actual Teoría Democrática Deliberativa.

El jurado es, sin ninguna duda, un cuerpo político por naturaleza. Por mandato constitucional, el jurado es el juez natural de los hechos, integra el Poder Judicial y es un resorte fundamental en la división de poderes (CN, 24, 75 inc 12º y 118).<sup>132</sup> El jurado reviste una posición paradójica: por un lado, no pertenece al Estado porque se trata de un cuerpo accidental y popular de enjuiciamiento. Pero, por otro, cada vez que interviene, el jurado es parte del Poder Judicial y ejerce una función judicial indelegable en el juicio público.<sup>133</sup> Sus miembros revisten las mismas inmunidades que los jueces, no pueden ser molestados en el ejercicio de su función, ni ser arrestados

---

<sup>130</sup>BLACKSTONE: "*Commentaries..*", op. cit., p. 349

<sup>131</sup> DE TOCQUEVILLE, Alexis: "*La democracia en...*", op. cit., p. 392.

<sup>132</sup> DE TOCQUEVILLE, Alexis: "*La democracia en...*", op. cit., p. 394: "*El jurado es, ante todo, una institución política; ha de considerárselo como uno de los actos de soberanía popular y debe ser rechazado por entero cuando se rechaza la soberanía del Pueblo....El jurado forma el órgano de la Nación encargado de asegurar la aplicación de las leyes, del mismo modo que las Cámaras son el órgano de la Nación encargado de hacer las leyes...*"

<sup>133</sup> DWYER, W.: "*In the hands of...*", op. cit., p. 162: "*La más grande excepción a esta delegación de poder ha sido el juicio por jurados. En el jury room nuestro gente actúa directamente como gobernantes*".

salvo in fraganti delicto, reciben una remuneración por su labor, no pueden ser penalizados por los veredictos que rinden y deben guardar secreto absoluto de sus deliberaciones y votos.

*“Al contrario del parlamento democrático, el jurado no es un cuerpo gubernativo en el sentido que le daría un manual de texto como el de una institución que formula normas generales para la regulación de la sociedad. Sin embargo, es la representación de la comunidad juzgando la culpabilidad o la inocencia a las violaciones individuales de esas reglas generales. Por eso, en el esquema global del Gobierno, esta crítica función amerita considerarlo una institución gubernamental oficial.”*<sup>134</sup>

Lo que sigue es el intento por sistematizar las principales funciones políticas del jurado.

**1. Control del Poder y del Gobierno:** Los dos principales frenos y controles del jurado sobre el Gobierno son:

- a) su poder irrevocable para absolver, que le da la última palabra sobre los hechos y la ley.
- b) su poder para obligarlo a que sea transparente y honesto con los hechos que se llevan a juicio.

El jurado lo logra de varias maneras, en los que es otra muestra de los inestimables y superiores controles que su diseño ofrece. Como primera medida, el jurado protege al acusado y a la ciudadanía en general del abuso de poder del Gobierno. En los juicios criminales, el Gran Jurado de acusación asegura que los fiscales se cuiden mucho de proceder sobre la base de causas armadas y/o cargos inventados o fabricados. Los jurados de juicio con doce miembros (*petit jury*) aseguran que el Gobierno cumpla con su carga de probar los hechos más allá de toda duda razonable. Su poder irrevocable para absolver al acusado es el otro gran freno contra el Gobierno y sus leyes. Es así que el jurado garantiza que las personas efectivamente inocentes no sean condenadas.<sup>135</sup> Esta es la más poderosa limitación del Poder, tan presente en las mentes de los Padres Fundadores de la Revolución Gloriosa en Inglaterra, de los Ilustrados en la Francia revolucionaria y los de la Constitución en Estados Unidos.

---

<sup>134</sup> JACOBSON, Gary J.: *“The Unanimous Verdict: Politics and the Jury Trial”* 1977 WASH. U. L. Q. 39., p. 50: *“El jurado es una institución de Gobierno única, sin embargo, por la irrevocable naturaleza de la mayoría de sus decisiones y los criterios que aplica para tomar las mismas. El veredicto condenatorio de un jurado puede, por supuesto, ser revocado en apelación”*.

<sup>135</sup>LARSEN, Joan L.: *“Ancient Juries...”* op. cit., 2010, p. 2.

**2. Protección al acusado:** El jurado se alza como una barrera entre el Estado y el ser humano singular. El Estado persigue con su pretensión punitiva al acusado individual, sólo luego de sortear el veredicto de un Gran Jurado acusador. Pero la única manera en que le podrá aplicar una pena o medida de seguridad es si doce jurados populares le dicen que sí. Si le dicen que no, queda cancelada definitivamente su pretensión. Es, en definitiva, una de las máximas garantías para la seguridad individual y, como tal, integra el capítulo de derechos, declaraciones y garantías de nuestra Constitución Nacional (CN, 24).

El jurado sirve de muro infranqueable contra los funcionarios de los todos los poderes que se excedan de su autoridad. Cuando ello sucede, el jurado se interpone entre cualquiera de ellos y el acusado. Ninguna consecuencia podrá sufrir si antes no hay un veredicto previo de un jurado de sus pares. Le asegura así al acusado una inestimable protección contra el ejercicio abusivo del poder, provenga de donde provenga.

**3. Protección a los ciudadanos:** El jurado es un actor político desde otro punto de vista. No sólo protege al acusado **individual** de los excesos y abusos del poder de los funcionarios gubernamentales, sino que también protege a la **ciudadanía en general** de cualquier extralimitación de las otras dos ramas del Estado.

En nuestro esquema constitucional federal de división de poderes hay cuatro ramas de Gobierno: el Poder Ejecutivo, el Legislativo, el Judicial y el Ministerio Público (Fiscal y de Defensa). El Poder Judicial se ejerce con jurados y con jueces (CN, 24 y 118). De este modo, el jurado es una rama coordinada del Gobierno, que desarrolla la función política de controlar a las demás ramas del Gobierno. El jurado, extraído del Pueblo para intervenir sólo en un juicio, provee un contrapeso formidable contra el gran poder que los jueces -designados de por vida y pagados por el Gobierno- poseen.

**4. Desconcentración del poder penal. Filtro político:** El jurado es el juez natural de los hechos en los juicios de cualquier fuero (CN, 24). Él decide si se aplica el poder penal, si se paga una indemnización, si se despide a un obrero, si se le da la razón a un particular en su litigio contra el Estado, etc. El contenido del veredicto no se agota en la decisión jurídica sobre los hechos y el derecho. El

veredicto es un permiso político que una representación del Pueblo le concede o le niega al Estado para aplicar la pena.<sup>136</sup>

*“Lo que hace el jurado es autorizar o desautorizar el uso del sistema penal. De ahí en más los jueces no pueden, si el jurado desautorizó el uso, utilizarlo sino lo autoriza”.*<sup>137</sup>

Desde la Teoría Política, cuando el jurado dicta un veredicto de culpabilidad que es irrecurrible por el acusador, le está denegando en forma definitiva e irrevocable el permiso al Estado para descargar sobre el imputado el *ius puniendi*.

El veredicto del jurado es, entonces, el ejercicio de un poder político en manos del Pueblo previsto expresamente en la Constitución que forma parte de un delicado entramado de descentralización del poder de juzgar.<sup>138</sup>

Julio Maier es, entre los destacados juristas de habla hispana, quien mejor ha expresado la función política del jurado como factor de poder. Expresamente, el autor califica como *mezquinos* a quienes pretenden reducir al jurado como un simple sujeto del proceso judicial que decide un caso.<sup>139</sup>

---

<sup>136</sup> En el caso de un jurado civil, comercial, de navegación, minero, administrativo o laboral, en donde el jurado decide quién es el ganador del litigio y fija la indemnización. Allí también está insita la autorización al Estado para ejecutar dicha afectación al patrimonio de las personas.

<sup>137</sup>

MAIER, Julio: *Revista del Congreso Internacional de Jurados en Materia Penal*, editada por el Colegio de Abogados de La Plata, La Plata, Argentina, 1997, p. 99-100.

<sup>138</sup>

BINDER, Alberto: *Revista del Congreso Internacional de Jurados en Materia Penal*, editada por el Colegio de Abogados de La Plata, La Plata, Argentina, 1997, p. 176.

Si bien la Constitución Argentina no limita el jurado sólo al derecho penal (por mandato del art. 24 CN para que se aplique a todas las ramas del derecho), Binder expresa esta idea de descentralización del poder en referencia al poder punitivo: *“La Constitución se preocupa muy claramente de distribuir el ejercicio del poder penal - el ejercicio de la violencia del Estado - entre cuatro sujetos constitucionales: El Estado Federal, los Estados provinciales, los municipios, y los jurados y el Pueblo. En la legislación de faltas de los municipios, en la reserva de aplicación que se hacen en las provincias, en la reserva de la legislación de fondo que hace la Nación y en el juicio por jurados, se está haciendo un programa completo de equilibrio y distribución del ejercicio de la violencia del Estado. No es sino un coherente desarrollo del principio republicano de equilibrios, límites y contrapesos al Poder.”*

<sup>139</sup> MAIER, Julio: *“Fundamentos...”*, opcit, p. 790. *“La visión que presenta la formalización jurídica sobre el trabajo de un tribunal con jurados es, así, muy parcial y mezquina. En realidad, el jurado es, políticamente, un filtro para la utilización del poder penal por parte del Estado y sus órganos: o bien presta su consentimiento para que el Estado utilice eventualmente ese poder penal, conforme a la ley, cuando afirma la acusación o declara culpable a una persona, o bien rechaza esa posibilidad negando la acusación o declarando inocente al imputado. En ambos casos, la decisión no sólo resolver sobre la existencia o inexistencia de ciertos hechos o de un comportamiento humano, sino, también, un juicio de aprobación o desaprobación social del comportamiento juzgado, que, al menos en el caso positivo (inocencia-aprobación), se impone a los órganos técnicos del Estado, quienes no podrán utilizar el poder penal regulado en la ley.”*

## 5. El poder de veto del jurado sobre la ley. Mensaje a los otros Poderes:

Cuando el jurado ejerce su poder de nulificar con un veredicto de no culpabilidad o negándose a aplicar una ley determinada a un caso concreto (*jury nullification*), está ejerciendo un poder político de veto a la ley que se le reconoce de manera *indirecta* por la Constitución Nacional, a partir de la garantía de *ne bis in idem* que prohíbe la múltiple persecución penal y que, por lo tanto, le impide al acusador recurrir el veredicto de un jurado cuando éste ha decretado la absolución (CN, 33 y 75 inc 22°, CADH Pacto de San José de Costa Rica, 8°, inc 2° “h” y PIDCyP, 14° inc 5°). Su veredicto es irrecurrible y hace cosa juzgada material irrevocable, salvo el caso de condena o medida de seguridad, que puede ser impugnado de nulidad por el acusado.<sup>140</sup>

Desde el fondo de los tiempos, está en la esencia misma del jurado el nulificar **en casos excepcionales**. Cada vez que el jurado usó el *jury nullification*, lo que hizo fue ejercer la desobediencia civil contra tiranos, déspotas y autócratas o contra leyes que el jurado considera muy duras o injustas al caso concreto. En democracia, cada vez que el jurado nulifica, envía mensajes muy claros al resto de los Poderes. Al Legislativo, que ha sancionado leyes con las cuales el jurado no está de acuerdo. Al Ministerio Público Fiscal, que eligió perseguir un caso que no está amparado por las leyes. Al Ejecutivo, que ha promulgado leyes injustas. De este modo, el resto de los poderes toma nota -en casos siempre excepcionales y extraordinarios- de la voluntad del jurado como actor político con poder de veto sobre la ley, que le es conferido por la firmeza de sus veredictos y su irrecurribilidad, en este sabio equilibrio de pesos y contrapesos que implica la división de poderes.<sup>141</sup>

**6. La función política del jurado civil:** “*Fue el jurado civil el que salvó las libertades de Inglaterra*”.<sup>142</sup> Así se refería Alexis de Tocqueville al jurado civil. Muchos doctrinarios se han quejado acerca de la escasa atención que recibió el rol del jurado civil como barrera al Gobierno y al poder concentrado de las corporaciones.<sup>143</sup> Quizás

---

<sup>140</sup> GRANILLO FERNÁNDEZ, Héctor: “*Juicio por jurados*”, Editorial Rubinzal-Culzoni, Argentina, 2014.

<sup>141</sup> DIAMOND, Shari: “*Evitando el engaño y corrigiendo con cuidado: respuesta al juez Dann sobre la nulificación*” en el ya citado libro “*Las múltiples dimensiones...*”, op. cit., 2016, ps 295 y 306. Se trata del mejor artículo sobre el tema en lengua castellana.

<sup>142</sup> DE TOCQUEVILLE, Alexis: “*La democracia en...*”, op. cit., p. 395: “*La institución del jurado, limitada a los asuntos criminales está, pues, siempre en peligro; una vez introducida en las materias civiles, resiste el tiempo y los esfuerzos de los hombres. Si se hubiese podido suprimir el jurado de entre las costumbres de los ingleses con tanta facilidad como sus leyes, habría sucumbido por completo bajo los Tudor. Es, pues, el jurado civil quien realmente salvó las libertades de Inglaterra*”.

<sup>143</sup> PRIEST, George: “*The Role of the Civil Jury in a System of Private Litigation*”, University Chicago

sea por las críticas actuales que las grandes corporaciones les hacen actualmente a los jurados civiles, por la supuesta forma “impredecible” en que deciden las indemnizaciones y los daños punitivos.<sup>144</sup> Sin embargo, la función política del jurado civil es resaltada por constitucionalistas norteamericanos muy destacados. Akhil Amar, por ejemplo, sostiene que el jurado civil “*es más central que cualquier otra cosa al distintivo régimen estadounidense del gobierno del pueblo, para el pueblo y por el pueblo*”. El jurado es la institución que mejor cristaliza el concepto de soberanía popular, que es esencial a una forma republicana de gobierno.<sup>145</sup> El jurado, sea criminal o civil, debe cumplir su función adjudicativa (función judicial) y política (freno al Gobierno, etc). Desde hace ya 175 años, Tocqueville insistía en que el jurado civil siempre sería criticado por sus decisiones sobre los hechos pero que, para él, había que juzgarlo por el beneficio político que su presencia produce. Casi toda la literatura anglosajona destaca los siguientes seis puntos de importancia política del jurado civil:

a) Es un freno al Gobierno; b) Es un freno al poder de las corporaciones privadas; c) Controla a los litigantes compulsivos; d) provee legitimación democrática a

---

Legal, 1990, p. 161, 162: “*A pesar que el rol del jurado criminal como protección para los habitantes del ejercicio abusivo del poder del Gobierno ha sido intensamente estudiado, el rol político del jurado civil ha sido largamente descuidado*”.

FRIEDMAN, Lawrence M.: “*Some Notes on the Civil Jury in Historical Perspective*”, 48 DePAUL L. REV. 201, 201 (1998): “*El jurado criminal se lleva la parte del león de la atención, mientras que al jurado civil sólo le queda sentarse en su casa entre las cenizas*”.

<sup>144</sup> Es conocido el caso del jurado que condenó a McDonald’s a pagarle 2,7 millones de dólares a una consumidora que se había volcado encima el café caliente. Al respecto, nos dice el profesor canadiense Neil Vidmar: “*Detractores de los juicios por jurado citan muchas veces algunos casos simbólicos. Uno de estos es un famoso juicio de responsabilidad civil por productos que tuvo lugar en 1994. Una mujer de 79 años sufrió quemaduras al derramarse el café que le sirvieron en un McDonald’s. La indemnización punitiva de 2,7 millones de dólares que otorgó el jurado a la mujer creó un debate sobre lo que algunas personas consideraban procesos frívolos.*

*Sin embargo, la mayoría de la gente probablemente no tiene conocimiento de las pruebas que consideró el jurado de este caso:* • *Para satisfacer las preferencias de su clientela, McDonald’s servía el café 20 grados más caliente que lo que recomendaba el fabricante.* • *La mujer sufrió quemaduras de segundo y tercer grado en los genitales, siendo necesaria una intervención quirúrgica e injertos de piel.* • *McDonald’s había recibido antes de este incidente más de 700 quejas sobre la temperatura del café, pero nunca consultó a un especialista en quemaduras.* • *En el juicio, los directivos de McDonald’s supuestamente se comportaron de manera arrogante y se mostraron reacios a cambiar su estrategia de marketing (aunque después del veredicto McDonald’s redujo la temperatura del café).* • *La indemnización punitiva de 2,7 millones de dólares equivalía apenas a dos días del total de ventas de café de McDonald’s. Además, el juez redujo la indemnización a 480.000 dólares.*

*Muchas otras críticas sobre los veredictos de jurados en causas penales y civiles que aparecen en los periódicos y en Internet tampoco logran resistir un examen atento. Los jurados pueden cometer errores, igual que los jueces y otros involucrados en las decisiones, pero existen pruebas sólidas que indican que, por lo general, los jurados actúan sumamente bien. Estudios de jueces estadounidenses que presiden sobre juicios indican que la mayoría apoya de manera entusiasta el sistema de jurado”. Cfr. Anatomía de un juicio por jurados, State Department USA, Julio 2009, vol 14, n° 7 en <http://www.america.gov/publications/ejournalusa.html>.*

<sup>145</sup> AMAR, Akhil Reed: “*Reinventing Juries: Ten Suggested Reforms*”, 28 U.C. Davis L. Rev. 1169, (1995).

las decisiones; e) inyecta normas comunitarias en el sistema legal y d) el servicio de jurado civil produce mejores ciudadanos democráticos.<sup>146</sup>

**7. Vínculo del Poder Judicial con el Pueblo:** Los jurados, como parte integral del Poder Judicial, ayudan a disipar los miedos de que el juez esté demasiado alejado de sus ciudadanos comunes. Gracias al jurado, el juez se vincula de manera directa con el Pueblo y con sus puntos de vista en los casos que juzga. La participación de los jurados ayuda a incrementar la aceptación pública de las decisiones judiciales, sobre todo las más impopulares<sup>147</sup>.

**8. Dirección de la sociedad y escuela cívica:** Aquí está el aporte deslumbrante de Alexis de Tocqueville, el jurista, sociólogo e historiador francés que viajó a los Estados Unidos para ver en persona el funcionamiento real de la Constitución en un país muy distante de aquél en donde habían surgido las ideas del Iluminismo. La experiencia se plasmó en una obra insuperable, un clásico de la historia, el derecho, la ciencia política y la sociología titulada “*La Democracia en América*”, publicada en dos tomos entre 1835 y 1840. Tocqueville advirtió inmediatamente que el jurado era una de las piedras angulares de la democracia republicana del joven país del Norte para consolidar un Poder Judicial independiente. A tal punto que todos los jueces norteamericanos despiden al jurado con una instrucción final en el que citan expresamente la visión política del jurado de Tocqueville:

**Juez: Miembros**

*del jurado, durante este juicio le he dicho en mis instrucciones que el veredicto es su estralaya exclusiva responsabilidad. Por esa razón, jamás opino sobre el veredicto que ustedeshanalcanzado. Lo que sí le diré es que es claro que han tomado vuestra sresponsabilidad con seriedad y que han decidido con cuidado sayconsciente mente.*

**Vuestro**

*servicio como jurados haahora finalizado. En nombre del Pueblo, ytambiéndelas partes involucradas en este juicio, les agradezco este servicio público que han prestado.*

**El hechodeser juradonosólo es unacarga pública de los ciudadanos; es también unodesus privilegios.**

*Tal cuallo observó undestacado visitante hace casi 175 años, en los Estados Unidos el servicio de jurado “inviste al Pueblo con la dirección de la sociedad”.*<sup>148</sup>

<sup>146</sup> SOLOMON, Jason: “The political puzzle of the civil jury”, 61 Emory L.J. 1331, 2011-2012, p. 1337.

<sup>147</sup> MARDER, Nancy: “The Jury Process”, Foundation Press, New York, 2005.

<sup>148</sup> Se refiere a ALEXIS DE TOCQUEVILLE y su obra de 1835 ya mencionada “La democracia en

*Espero que vuestro tiempo aquí haya incrementado vuestra comprensión de cuán importante es el servicio del jurado para el funcionamiento de la democracia. También espero que hayan aprendido cómo funcionan nuestras cortes y cuánto ellas necesitan de su apoyo y su interés como ciudadanos.*

*El oficial desalojó a los coltarádenuevos hasta la oficina de jurados, donde quedarán dispensados. Muchas gracias nuevamente.*<sup>149</sup>

En estas breves palabras, cargadas de definiciones políticas, se encuentra la síntesis perfecta del pensamiento de Tocqueville sobre lo que el jurado significa en términos políticos como institución. **“El jurado inviste al Pueblo con la dirección de la sociedad”**. Esta es la máxima -y más bella- forma de expresar la función política que cumple el jurado.

Tocqueville señaló, además, que el jurado es la más grande escuela cívica alguna vez ideada para que los miembros del Pueblo se conviertan en ciudadanos democráticos y asuman las responsabilidades del auto-gobierno<sup>150</sup>. Son muchos más los aspectos adicionales que Tocqueville señaló como eminentemente políticos del jurado en relación al ejercicio cotidiano del Gobierno. Por ejemplo, que el jurado acerca al Pueblo al Poder Judicial, que hace partícipe a millones de ciudadanos en la aplicación directa de la ley, que sus constantes veredictos van solidificando el valor de la ley, que aumenta la comprensión del Pueblo sobre su sistema judicial, etc.

El jurado, además, es una poderosa herramienta de inclusión social y logró, entre otras proezas, sacar del analfabetismo a los ingleses y norteamericanos.<sup>151</sup> Desde los años '60, con los movimientos libertarios por los Derechos Civiles, cayeron todas las barreras discriminatorias y hoy integran los jurados todos los habitantes sin distinción

---

*América”, op cit., p. 393. “El hombre que juzga al criminal es, por tanto, realmente el dueño de la sociedad. Ahora bien, la institución del jurado coloca al Pueblo mismo o, al menos, a una clase de ciudadanos, en el sitio del juez. La institución del jurado pone, pues, la dirección de la sociedad en manos del Pueblo o de la clase referida”*. Esta cita ha sido, además, tomada como precedente por la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos en el fallo *Powers v. Ohio*, 499 U.S.400, 407, 111 S.Ct. 1364, 1368 (1991).

<sup>149</sup> Instrucciones Suplementarias para el juicio con jurados del Estado de Massachusetts, E.E.U.U., Instrucción 2500, pág 1, 2009.

<sup>150</sup> DE TOCQUEVILLE, Alexis: *“La democracia en...”*, op. cit., p. 396: *“Yo no sé si el juicio por jurados les sirve a los litigantes. Lo que sí sé es que es muy bueno para los que tienen que decidir el caso. Yo considero al juicio por jurados como uno de los medios más efectivos de educación popular del que dispone una sociedad”*

<sup>151</sup> DE TOCQUEVILLE, Alexis: *“La democracia en...”*, op. cit., p. 391: *“Cuando los ingleses adoptaron la institución del jurado constituían un pueblo semibárbaro; después, han llegado a ser una de las naciones más cultas del globo, y su adhesión al jurado parece haber aumentado a la par que su ilustración”*.



de raza, sexo, religión, etc. Cada persona que integra un jurado es valorada como ciudadano. El mensaje es que su opinión es muy valiosa.<sup>152</sup>

*“El jurado, además de ser el medio más enérgico de hacer reinar al pueblo, es también el más eficaz para enseñarle a reinar”.*<sup>153</sup>

**9. El jurado como forma de democracia directa:** El servicio de jurado, la consulta popular y el sufragio universal son los tres modos en que el Pueblo en una democracia participa en el Gobierno. Especialmente, el jurado es la forma de democracia directa más usualmente empleada.<sup>154</sup> Les permite a los ciudadanos participar de manera directa en el Poder Judicial, de aplicar la ley por ellos mismos y de saber que sus veredictos tendrán consecuencias concretas para las partes del juicio.<sup>155</sup>

**10. El jurado como fenómeno de integración e inclusión social:** El jurado se sortea del padrón electoral sin ningún tipo de discriminación. Integrarán los paneles de jurados personas de todas las extracciones sociales y de todas las condiciones que deberán ponerse a trabajar mancomunadamente en pos de un veredicto. Para algunos, quizás sea la única vez en su vida que se juntarán con gente tan distinta para decidir un caso, lo cual representa una oportunidad única de mirarlo con las lentes de la diversidad.

**11. Las nuevas tecnologías. El “Web Voir Dire”:** el jurado tiene un gran potencial educativo en el siglo XXI, sobre todo con las nuevas herramientas de la democracia como son las que proporciona Internet. En cuestión de pocos años, todas las cortes estarán usando estas tecnologías y ayudarán a los jurados a usarlas, como de hecho ya se hace, para simplificar su labor y ahorrar valioso tiempo en las audiencias de voir dire (citaciones, llenado de formularios con preguntas para el voir dire, comunicaciones varias por excusas, postergación). De nuevo, el servicio de jurado

---

<sup>152</sup> DE TOCQUEVILLE, Alexis: *“La democracia en...”*, op.cit., p. 395: *“El ser elegido para jurado reviste al hombre de cierta magistratura y le hace sentir que tiene deberes con la sociedad. La mayor ventaja del jurado está en que aumenta las luces naturales del propio pueblo”.*

<sup>153</sup> DE TOCQUEVILLE, Alexis: *“La democracia en...”*, op. cit., p 398.

<sup>154</sup> BINDER, Alberto: *Prólogo al libro de HARFUCH, Andrés: “La ley de juicio por jurados de la provincia de Buenos Aires”*, Editorial AD-HOC, Buenos Aires, 2013, p. 4.

<sup>155</sup> La Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, en el caso *Powers vs Ohio*, de 1991, destacó precisamente este aspecto; *“El servicio del jurado preserva el elemento democrático de la ley, ya que protege los derechos de las partes y asegura la aceptación continua de las leyes por todo el Pueblo. Ver Green v. United States, 356 U.S. 165, 215 (1958) (Juez Black, disidencia). “El jurado pone al alcance de los ciudadanos ordinarios una oportunidad invaluable para participar de un proceso de gobierno, fomentando, es de esperar, el respeto a la ley”. Duncan, supra, en 187 (Juez Harlan, disidencia). De hecho, con la excepción de las elecciones, para la mayoría de los ciudadanos el honor y privilegio de servir como jurados es su oportunidad más significativa de participar en el proceso democrático”.*

puede ayudar en gran medida a quebrar esta brecha social en quienes no saben usar estas herramientas digitales de los que sí lo saben.<sup>156</sup>

**12. Transformación de los jurados en mejores ciudadanos:** Ha sido John Gastil, un teórico de la Democracia Deliberativa, admirador de Tocqueville y del juicio por jurados como el cuerpo deliberativo fundamental de una democracia, a quien le cupo iniciar una nueva e inédita línea de investigación acerca de los efectos políticos que provoca servir como jurado en los ciudadanos. Gastil tuvo una corazonada, bien típica de los investigadores científicos. Como en los Estados Unidos las elecciones son optativas, los ciudadanos que quieren votar deben ir ellos a registrarse en los padrones. ¿Qué pasaría si cruzáramos los datos de estos registros electorales con quienes fueron jurados? ¿Habría influenciado el hecho de haber servido como jurados para luego anotarse e ir a votar? Gastil y su equipo realizaron una gran investigación de campo - que continúa hasta el presente- con encuestas a jurados y a jueces y comprobaron que, efectivamente, la hipótesis era cierta.<sup>157</sup> Registraron cambios actitudinales cívicos y políticos destacables en las personas tras su servicio como jurados. No sólo porque se anotaban para ir a votar, sino porque registraron que muchos de ellos se comprometieron con tareas comunitarias o sociales. El ser jurado despertó en ellos niveles desconocidos de conciencia política y social. Los jurados no son solamente competentes determinadores de los hechos (función judicial que ahora veremos), sino que son un *cuerpo político* de rango constitucional que, además, convierte a sus miembros en mejores ciudadanos tras haber servido en él. Sintéticamente, estas investigaciones demostraron que los individuos que son convocados para un juicio, en muchas ocasiones, llegan hasta las cortes con un alto grado de descreimiento, cinismo y hasta quizás desgano con la democracia y con sus instituciones. Pero, luego de servir como jurados, el cambio es marcado, y emergen de la experiencia del juicio como verdaderos *ciudadanos democráticos*. Gastil y otros investigadores prueban que ese extraordinario fenómeno proviene del poderoso hecho de entablar deliberaciones francas, abiertas y respetuosas con sus conciudadanos hasta alcanzar un veredicto unánime de culpabilidad o de no culpabilidad.

*Demuestran cómo el servicio de ser jurado transforma a esos mismos jurados. Ser miembro de un jurado es ser invitado a formar parte del propio*

---

<sup>156</sup> MARDER, Nancy: “*The Jury Process*”, op. cit., p. 16-17.

<sup>157</sup> GASTIL, John; SIMMONS, Cindy; DEES, Pierre; WEISER, Philip J. Weiser: “*The Jury and The Democracy: How Jury Deliberation Promotes Civic Engagement and Political Participation*”, Oxford University Press, 2010.

*tribunal, y ese ejercicio de poder ofrece una lección memorable en el autogobierno.*<sup>158</sup>

Casi todos los encuestados sirvieron como jurados en materia penal. Pero recientes investigaciones demostraron que los jurados civiles también pueden llevar a sus miembros a convertirse en votantes más activos.<sup>159</sup>

## **B. Función judicial del veredicto.**

### **1. La depuración del litigio**

Según la clásica división de Tocqueville, los veredictos del jurado tienen una poderosa influencia sobre los procesos judiciales y producen efectos inmediatos hacia el interior del sistema de justicia. La principal función judicial del jurado es adjudicativa. Corresponde al jurado presenciar las pruebas rendidas en el debate, escuchar las instrucciones del juez sobre la ley aplicable, retirarse a deliberar, determinar los hechos del caso y aplicarles la ley que les dio el juez, resolviendo con justicia la disputa.<sup>160</sup>

¿Quiere decir esto que los jueces profesionales no realizan la misma tarea cuando el juicio es sin jurados? En el contexto de los países del *common law*, la respuesta es un rotundo sí. En el *civil law*, la respuesta es negativa.<sup>161</sup> En el *common law* hay una verdadera cultura de la publicidad, de la centralidad de la audiencia y del juicio, de los plazos fatales que se cumplen, de la litigación oral y la adversarialidad, aún sin jurados, *pero gracias a la tradición del jurado*. En cambio, en el contexto del *civil law*,

---

<sup>158</sup> HANS, Valerie & GASTIL, John: “Juicio por jurados: Investigaciones sobre...”, op cit, Ad Hoc, Buenos Aires, 2014, p. 15.

<sup>159</sup>HANS, Valerie P.: GASTIL, John & FELLER, Traci: “Deliberative Democracy and the American Civil Jury”, JOURNAL OF EMPIRICAL LEGAL STUDIES, Volume 11, Issue 4, ps 697–717, Diciembre 2014.

<sup>160</sup> Para una mayor aproximación al tema en el derecho argentino, cfr ALMEIDA, Vanina: “El juicio por jurados como respuesta al reclamo social por una justicia legítima”, Revista “Voces en el Fénix”, N° 30: Justicia - “El secreto de sus ojos”, Buenos Aires, 2013.

<sup>161</sup> BINDER, Alberto: “Crítica a la justicia profesional”, Revista INFOJUS Derecho Penal n° 3 “Participación ciudadana en la justicia”, Buenos Aires, 2013, p. 64: “Se acepta como obvio que el profesional está mejor preparado para aplicar la ley y llevar adelante los juicios. Sin embargo, en la práctica de nuestros tribunales, debemos insistirles a los jueces ideas muy elementales, tales como que la leyes superiores, es decir las normas constitucionales, se aplican con superioridad a las leyes dictadas en su consecuencia, o que cuando las leyes ponen un plazo es para cumplirlo (por ejemplo, si dice “tres meses” esa frase no significa “tres años”, o cinco, o diez...), que los jueces no pueden hacer de acusadores, o que el juicio debe ser oral y público y no alcanza con firmar un acta que así lo dice, o que si la ley dice que se deben hacer audiencias eso significa una audiencia hecha por el juez y no por el secretario o un empleado, o que si se cita a todos a una hora deben estar en la sala de audiencia a esa hora (porque también se cita a otras personas) o que hay que ir a trabajar todos los días... En fin, podría cubrir páginas con ejemplos palmarios de la falta de profesionalismo y de descuido en la aplicación de la ley, que no es un mal de la actualidad sino que ha sido una constante de nuestros cuerpos de jueces permanentes”.

tanto en América Latina como en Europa continental, existe otra cultura, que es la de la Inquisición y que ha resultado en un proceso judicial que da vergüenza ajena en pleno siglo XXI.<sup>162</sup> Él está todavía marcado por la escritura, la falta absoluta de controles, un gran arbitrio judicial, los plazos *pour la galerie* que jamás se cumplen, un lenguaje incomprensible, una parodia de juicio con introducción por lectura de actas, la centralidad en un expediente escrito y un ritualismo absurdo y exasperante.<sup>163</sup> Por eso es tan necesario el juicio por jurados en *el civil law* por eso su inclusión en todas las constituciones decimonónicas. El jurado posee un efecto sumamente depurador de las peores prácticas judiciales que todavía sobreviven en el *civil law*. Esa es la más importante función judicial del jurado y por eso se la considera la reforma de 4ª generación en Latinoamérica. El jurado tracciona hacia arriba los estándares de profesionalismo, publicidad, de transparencia y de calidad de todo el proceso judicial.<sup>164</sup>

Recientes estudios empíricos en la Argentina, tras casi un centenar de juicios por jurados clásico con veredicto general desde 2014 hasta la actualidad, demuestran que la sola presencia del jurado acentuó la exigencia de litigar el caso con mayor calidad, en idioma comprensible, de llevar todas las pruebas al juicio y que, gracias a que está prohibida la incorporación de actas por lectura, fue el único capaz de hacerle perder al expediente escrito todo su valor.

*El jurado, entonces, logró el milagro que no pudo lograr el proceso de reforma latinoamericano en 30 años de juicios acusatorios con jueces profesionales: acabar con el expediente.*<sup>165</sup>

---

<sup>162</sup> MAIER, Julio B. J: “Fundamentos...”, op. cit., p. 400: “... pero no es posible que aún hoy tengamos que padecer la desgracia del proceso por actas escritas y secreto para el público en general, en el que el perseguido penal es poco más que un convidado de piedra. De tal manera, el juicio por jurados se convierte en algo más que un índice del juicio criminal que nuestra Constitución impone, adherido a las máximas de inmediación, la presencia del imputado en él, la oralidad, la continuidad y la publicidad popular del debate, principio impuesto también por la forma republicana de gobierno que la Constitución adopta (CN, I).”

<sup>163</sup> Una película italiana de 1971, “En nombre del Pueblo Italiano”, dirigida por Dino Risi y protagonizada ni más ni menos que por Vittorio Gassman, Ugo Tognazzi y Agostina Belli muestra la penosa vida de un juez de instrucción criminal. En un momento clave de su investigación, pierde todas sus pruebas por el derrumbe del Palacio de los Tribunales de Roma, aplastado por el peso de los expedientes escritos. Todo un símbolo de la justicia del *civil law* y de Argentina.

<sup>164</sup> BINDER; Alberto: “La implementación de la nueva justicia penal adversarial”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2011, p. 41: “...los jurados son todo lo contrario al sistema inquisitorial. Con ellos no es fácil establecer las **falsas oralidades** que han existido a lo largo del siglo XX, menos aún se puede sostener un sistema sin juicio, porque los jurados son incompatibles con el sistema escrito y llevan necesariamente a la adopción de una oralidad donde las partes se vean obligadas a preparar adecuadamente sus casos.”

<sup>165</sup> Cfr. editorial de la AAJJ del 1º de diciembre de 2015 “Juicios por jurados, juicios auténticamente adversariales” en <http://www.juicioporjurados.org/2015/12/editorial-juicios-por-jurados-juicios.html>: “...sólo cuando el juicio fue por jurados logró superarse la oralidad actuada, ese remedo de juicio oral,

En su aspecto más sutil, quebró la alianza *juez-fiscal* para condenar. Esto es, la de fiscales que preparan mediocrementemente un caso, sabiendo que siempre estarán allí los jueces para “*corregir*” los agujeros, “auxiliar” al fiscal y “salvar” la condena. La importante cantidad de absoluciones del jurado bonaerense demostró que esa alianza espuria llegó a su fin. El jurado es implacable con los litigantes mediocres, sean fiscales, querellantes o abogados defensores. Demostró lo que ya se sabía de las investigaciones empíricas: los jurados son mucho más exigentes que los jueces profesionales en términos de prueba y en su comprensión del estándar de prueba más allá de duda razonable (garantía de inocencia).<sup>166</sup>

## 2. Retorno al juez imparcial

La presencia del jurado y su obligación de rendir de manera exclusiva el veredicto producen un cambio notorio en los jueces. Al relevarlos de la responsabilidad política de decidir la culpabilidad o inocencia, o de quién gana la contienda civil, recobran una imparcialidad impensada en un sistema inquisitorial. Los jueces conservan igualmente un gran poder, advertido por el propio Tocqueville en 1835.<sup>167</sup> Los jueces en los juicios por jurados continúan tomando decisiones cruciales para el acusado: decidirán la admisibilidad o rechazo de las pruebas, el litigio de las instrucciones al jurado y, por sobre todo, la pena a imponer. Pero al ser desligados de pronunciar el veredicto, aquellas decisiones adquieren lógica y naturalmente una neutralidad muy superior, propia de quien no está comprometido en absoluto con la decisión del caso. Alberto Binder lo llama, acertadamente, la recuperación del rol de *juez de garantías del juicio*.

## 3. La transformación de las organizaciones judiciales

---

*hoy generalizado en América Latina, que escamotea el verdadero litigio adversarial. Miles de abogados y futuros abogados latinoamericanos se habían entrenado en litigación en los últimos diez años. Sin embargo, en la práctica, el expediente escrito continuó conservando todo su valor. Los jueces continuaron leyendo ese expediente antes del juicio. Los testimonios pericias y actas siguieron incorporándose por lectura, a pesar de no ser prueba, sino tan solo declaraciones previas. Con lo cual, la oralidad distaba muchísimo de ser real; se convirtió en simplemente “actuada”. O, como le gusta decir al maestro Maier, “una parodia de juicio que, en realidad, es la coronación festiva del expediente”.*

<sup>166</sup>HANNAFORD- AGOR, Paula, HANS, Valerie P., MOTT, Nicole & MUNSTERMAN, Thomas: “*Are hung juries a problem?*”, National Center for State Courts, Estados Unidos, 2002.

<sup>167</sup> DE TOCQUEVILLE, Alexis: “*La democracia en...*”, op. cit., p. 397: “*En Inglaterra y en América los jueces ejercen en los procesos criminales una influencia que el juez francés jamás ha conocido...el jurado, que parece disminuir los derechos de la magistratura, es pues el que realmente funda su imperio, y no hay país donde los jueces sean tan poderosos como en aquellos en donde sus privilegios son compartidos por el Pueblo*”.

La otra gran función judicial que cumple el jurado es la de convertir a las organizaciones judiciales en más democráticas y horizontales. El efecto poderoso del jurado en los sistemas judiciales también fue inmediatamente advertido por Tocqueville, de manera incomparable.<sup>168</sup> Si nosotros vemos cómo está organizada la justicia del *civil law*, lamentablemente el cuadro es pavoroso. No hay casi ninguna diferencia en cómo estaba organizada la justicia del Virreinato con la actual. Si comparamos la estructura general de las organizaciones judiciales europeas de 1215, 1315, 1415 y las de la Colonia española o las actuales en Alemania, Italia o Argentina hay escasas diferencias entre ellas y las que tenemos ahora. Todas operan por escrito, con jueces superiores e inferiores organizados en jerarquías recursivas, por delegación en letrados y empleados, en oficinas/feudo separadas unas de otras, por expedientes y en secreto. Esto permaneció en silencio durante décadas en nuestras aulas y quedó fuera del debate político, salvo honrosas excepciones.<sup>169</sup>

El juicio por jurados siempre puso en cuestión semejante organización judicial. ¿Por qué? Porque el jurado significa transferir el poder político que encierra el acto de juzgar a sus ciudadanos desde la burocracia judicial hacia al Pueblo. Dictar un veredicto es un inmenso poder que se ejerce sobre los seres humanos. Dicha transferencia de poder que opera en el veredicto -el sencillo *culpable o no culpable* de nuestra tesis- históricamente impactó como un torpedo sobre los cimientos de la pirámide jerárquica del Poder Judicial. La obligó a oralizarse, a democratizarse y a convertirse en lo que debe ser: una organización flexible, horizontal, sin delegación, sin escritura, sin formaciones fijas, orientada a la resolución de conflictos exclusivamente en audiencias públicas y con estricta separación del rol de tareas administrativas y jurisdiccionales. El juicio por jurados siempre fue un Caballo de Troya para la supervivencia de este status quo que la casta forense feudal (con jueces, fiscales, defensores públicos e inclusive sindicalistas espantados de que les saquen “sus” empleados y de que les arrebaten la “litigación” por expedientes) se resiste con uñas y dientes a abandonar. Es por eso que,

---

<sup>168</sup> DE TOCQUEVILLE, Alexis: op. cit., p. 391: “*A menudo que se introducen los jurados se puede disminuir sin inconveniente alguno el número de jueces, lo que es una gran ventaja. Cuando los jueces son muy numerosos...la ambición de los magistrados está siempre despierta y naturalmente les hace depender de la mayoría o del hombre que da los nombramientos para las plazas vacantes; asciende entonces en los Tribunales como se ganan los grados en un Ejército. Este estado de cosas es enteramente contrario a la buena administración de justicia y a las intenciones del legislador. Se requiere que los jueces sean inamovibles para que sean libres, pero de nada sirve que no se les pueda quitar su independencia, si ellos mismos la sacrifican voluntariamente. Cuando los jueces son muy numerosos, es imposible no hallar entre ellos muchos incapaces, pues un gran magistrado no es un hombre corriente.*”

<sup>169</sup> Proyecto Maier/Binder de CPP y de Ley Orgánica del Poder Judicial Nacional de 1984, Leyes orgánicas de Neuquén n° 2891, de Chubut Ley V n° 3, y de Santa Fe ley n° 13.443.

entre otras cosas, nosotros somos tan partidarios del juicio por jurados.<sup>170</sup> No solo porque anhelamos cumplir con la manda constitucional de que el veredicto lo dicte el Pueblo y que sea el Pueblo el que administre la justicia. Sino porque también él cumple con la función judicial de erradicar de cuajo esta verdadera rémora organizacional que hace fracasar todo y que perpetúa la demora judicial. En Neuquén, el juicio por jurados es un éxito rotundo y ha permitido modificar su estructura judicial, ir hacia un sistema masivo de audiencias en todas las etapas y acelerar los plazos.

### C. Otras funciones del veredicto

#### 1. La protección a los jueces

Los veredictos del jurado cumplen otra misión muy importante. El jurado no sólo protege al acusado de un juez o fiscal tendencioso o corrupto, o de una sociedad que ya lo ha condenado por el juicio mediático. Shari Diamond nos cuenta de esta función con bellas palabras:

*“El jurado actúa como un pararrayos que protege al juez profesional de un potencial juicio en su contra de responsabilidad por mal desempeño. Un pararrayos protege a la casa que se alza a su lado, atrayendo los rayos que caen sobre ella. El jurado ofrece el mismo apoyo para el juez, al absorber las críticas y las dudas que puedan surgir luego de un veredicto impopular. Incluso, o tal vez cuando el juez y el jurado están de acuerdo, el veredicto del jurado es portador de una legitimidad que la decisión del juez, como empleado del Estado, puede llegar a no tener”.*<sup>171</sup>

Cuando un jurado absuelve a un acusado extremadamente impopular o condena a un acusado muy poderoso, blindo sólidamente al juez que participó en ese caso. Lo protege y lo blindo de un casi seguro linchamiento público de haber sido él quien hubiera tenido que tomar esa decisión. Es así de sencillo. Los jurados poseen esa legitimidad ante la opinión pública que el juez profesional jamás tendrá. Nadie recuerda sus nombres y el mismo día que el juicio termina ya están de vuelta mezclados en sus comunidades. Volvemos a Shari Diamond y a sus investigaciones:

*“un sistema legal que emplea a jurados legos extraídos de la comunidad para tomar decisiones ofrece el beneficio de aislar al juez y al sistema legal estatal de las imputaciones de que condenó injustamente a un acusado muy querido o popular o de que absolvió de manera injusta a un acusado muy impopular de un crimen brutal. Los jueces no escriben acerca de esta capacidad del jurado para proteger al juez del eventual escrutinio y crítica*

<sup>170</sup> BINDER; Alberto: “La implementación...”, op.cit., 2011, p. 40: “El sistema inquisitorial sabe que no tiene cabida en una organización judicial con participación ciudadana”.

<sup>171</sup>DIAMOND, Shari S.: “Convergence and...”op. cit., 2003, p. 329. La obra también se encuentra traducida al castellano en el libro ya citado “Las múltiples dimensiones...”, op. cit., 2016, ps 51 y ss.

*pública, pero a veces expresan su real aprecio por este peculiar rol del jurado de manera privada”.*<sup>172</sup>

## **2. Interacción multicultural**

El jurado es una institución obligatoria para la ciudadanía. Como tal, en una sociedad cada vez más multicultural, es un punto de encuentro obligado para la deliberación y la toma de decisión entre múltiples y diferentes perspectivas sociales. Los veredictos de los jurados deciden los conflictos reales más graves de las personas y lo hacen bajo el poderoso signo de la diversidad. Esto significa que el jurado tiene un gran potencial para mostrarnos cómo es la sociedad en que vivimos, las personas que la integran y nuestro sistema de resolución de disputas. En la Argentina, afortunadamente, se ha impuesto la norma -única a nivel mundial- que sus jurados estén integrados por hombres y mujeres en partes iguales. En Neuquén, Río Negro y Chaco, además, la mitad del jurado deberá pertenecer al mismo entorno socio-económico y cultural del acusado (pueblos originarios, estatus social, etc). Otra de las funciones del jurado más destacadas es este rol de socialización en la búsqueda de su veredicto.<sup>173</sup>

## **Capítulo 2º**

### **Las clases de Veredicto**

Lejos está este tema de constituirse en algunas de esas clásicas divisiones y subdivisiones con que los manuales de derecho castigan a los estudiantes, aún si no se sabe bien cuál es su utilidad práctica o docente. Por el contrario, las diferentes formas que tomó el veredicto del jurado clásico en otra manera de viajar hacia las diferentes culturas de los pueblos que lo adoptaron.

Como sabemos, el jurado inglés se expandió con fuerza a todas sus colonias. Tras la independencia de los países del Commonwealth, aún se siguen observando exactamente las dos clases de veredicto que informaban al jurado de Inglaterra: el **veredicto general**, abrumadoramente mayoritario, y el **veredicto especial**, reservado con exclusividad sólo para algunos casos civiles y escasamente utilizado en la actualidad, salvo en los juicios por jurado civiles de gran importancia en los Estados Unidos.

Entre el veredicto general y el especial hay, en definitiva, una pugna por la amplitud del contenido del Estado en la decisión del jurado. No es un dato menor que las democracias anglosajonas sea históricamente las más fuertes del planeta, precisamente por el celo de la poderosa

---

<sup>172</sup>DIAMOND, Shari S.: “*Convergence...*” op. cit., p. 330.

<sup>173</sup>SWARD, Ellen E.: “*The Decline of the Civil Jury*”, Carolina Academic Press, 2001, USA, p. 64.



sociedad civil, siempre desconfiada por el abuso histórico que los funcionarios han hecho del poder estatal. De entre los múltiples controles existentes, el carácter que tenga el veredicto del jurado es consustancial a la intensidad con que se ejerce la división del poder de juzgar a los demás en una democracia republicana.

Peró la historia nos muestra que, tras la Revolución Francesa de 1789, el jurado inglés pasó de la Francia Revolucionaria a buen parte de los países de Europa continental. Tras atribulados siglos de existencia, muy pocos países se mantuvieron en el veredicto general y adoptaron un símil del veredicto especial, que ciertos autores llaman *veredicto estructurado*, en los que el jurado responde por *culpable o no culpable*, pero también responde por sí o por no a múltiples preguntas de una lista que el juez, a instancia de las partes, les formula en las instrucciones.

Más allá de esta clasificación entre el veredicto general y especial y/o estructurado, existen muchas otras denominaciones para el veredicto, de extrema importancia práctica y de profusa jurisprudencia en las cortes anglosajonas en materia civil y penal. Todas ellas nos servirán en esta tesis para estudiar casi todos los aspectos del jurado: el control sobre sus veredictos, las limitaciones impuestas al gran poder que tuvieron los jurados entre los siglos XVII y XIX, su poder sobre los delitos menores incluidos, el valor de las instrucciones y los estándares probatorios, etc.

Una muy importante es conocida en Inglaterra con el nombre de **veredicto alternativo**. Su símil en Estados Unidos -y en la Argentina- es la opción que tiene el jurado en su veredicto general para condenar al acusado por el delito imputado por el fiscal o **por uno menor incluido en éste**. Por tal razón lo estudiaremos como una variante más del veredicto general.

Otras clases se tratan, en realidad, de supuestos de **rechazo judicial del veredicto** de un jurado y, bajo ese título, veremos en particular algunos de ellos: **el veredicto direccionado** (*directed verdict*) y **la sentencia non obstante veredicto** (*Judgement notwithstanding the verdict*, simplemente, *J.N.O.V.*) que no son decididos por el jurado, sino por el juez. Todos ellos, aún hoy polémicos, fueron reacciones destinadas a limitar el poder de los jurados.

Finalmente, estudiaremos los llamados veredictos inconsistentes, los veredictos defectuosos, los veredictos parciales, los veredictos de conciencia (*jury nullification*, contemporánea disputa por el poder sobre la

ley)y, en lo que constituye el núcleo de la discusión en torno a la amplitud recursiva sobre hechos y derecho, nos explayaremos largamente en los así llamados veredictos arbitrarios o manifiestamente contrarios a la prueba (*unreasonable verdicts*).

Para hacerlo más ameno para el lector, lo haremos con algunos casos reales ocurridos con jurados en la historia.

## § 1. Las tres clasificaciones principales

### 2.1 A. Veredicto general

El veredicto general es la forma más popular y conocida del veredicto. Es aquel en el cual el jurado decide el caso penal mediante la fórmula “*culpable*” o “*noculpable*” de los cargos con que se acusa al imputado o de un cargo menor incluido, sin ningúntipo de aditamento adicional. Antigüamente, los jurados podían agregarle adichafórmulaalguna otrareferencia, del tipo que yahemos visto: “*Noculpable, pero debe devolver las vacas*” o “*Culpable de hablaren la calle de la Iglesia Grace*”, en el caso Penn. Hoyyanadade esose admite, salvo el caso en algunos estados norteamericanos en los que el jurado declara noculpable a un acusado por inimputabilidad con el agregado “*por razones de insania*”.<sup>174</sup>

En el caso de un jurado civil es exactamente igual. El veredicto del jurado simplemente de clarasi hagan adolaparte actor aolademandaday el monto de la indemnización que le corresponde y, de corresponder según el caso, los daños punitivos.

En materia civil penal, el jurado decide quiéngana el juicio con completa libertad de conciencia para valorar la prueba y sin expresar sus razones acerca de cómo hadeterminado los hechos en disputa.

La lógica de estos veredictos generales, a los efectos impugnativos, es extraída del registro taquígrafico de la evidencia presentada en juicio, del cumplimiento de los estándares probatorios, de los hechos alegados por la fiscalía en su requerimiento (escrito) y de las instrucciones sobre la ley dadas por el juez y por su aplicación al caso particular. Así han funcionado desde hace siglos los sistemas de jurado de Inglaterra, Estados Unidos y el resto del mundo anglosajón.<sup>175</sup>

<sup>174</sup> MAYERS, Lewis: “*El sistema legal norteamericano*”, op. cit., p.122.

<sup>175</sup> THAMAN, Stephen: “*Should criminal...*”, op.cit., p.614.

Por tal razón, varias definiciones legales clásicas del veredicto general lo describen como oaqué en el caso del jurado determinadas las cuestiones que se le presentan mediante una conclusión singular. Primero, el jurado valora las pruebas con completa libertad, luego determina los hechos, luego aplica la ley tal como fue instruido por el juez y, finalmente, entrega un veredicto con una sola conclusión que decide el caso. Salvo el caso de Córdoba, con un sistema escabinado, todas las provincias argentinas han optado por el modelo de jurado clásico con veredicto general. Las de Río Negro y Chaco, además, prohibieron expresamente el veredicto especial o con interrogatorios de hecho en materia penal.<sup>176</sup>

### 1. Origen del veredicto general

La historia del veredicto general es muy rica y está íntimamente asociada a la batalla que libró el jurado inglés por la independencia judicial desde el siglo XII hasta el siglo XVII. Contrato de lo que podía suponerse, el veredicto general aparece en escena en Inglaterra con posterioridad al veredicto especial.

Mayers explica este curioso fenómeno:

*“En su origen, como ya hemos visto, el jurado fue un recurso para obtener respuestas a ciertas preguntas concretas y, al ir cambiando gradualmente de un grupo de testigos a jueces de hechos, su veredicto siguió conservando la forma de respuestas a cuestiones particulares de hecho, dictando luego su fallo el juez al aplicar la ley a los hechos que había establecido el jurado”.*<sup>177</sup>

Existen otras razones históricas -que veremos con amplitud en el siguiente punto- acerca de cómo los jurados usaron el veredicto especial para evitar ser castigados por el Estado debido a la decisión que tomaban.

Precisamente, la larga y exitosa lucha que libró el jurado inglés contra las presiones de la judicatura, de la Iglesia y de la Corona desembocó en el abandono del interrogatorio a los jurados y su reemplazo por el veredicto general.

Mayers sintetiza muy bien este trance:

---

<sup>176</sup> Por todos, el artículo 71 de la ley 7661 del Chaco. *ARTÍCULO 71: PROHIBICIÓN. El juez no podrá efectuar en las instrucciones, bajo pena de nulidad, un resumen del caso, ni valoraciones o alegaciones sobre los hechos, las pruebas o la credibilidad de las declaraciones recibidas durante el juicio.*

*Bajo pena de nulidad, ni el juez ni las partes podrán plantearle al jurado interrogatorios de ninguna clase para que éste delibere sobre ellos o los responda. Toda clase de veredicto especial o veredicto general con interrogatorios está prohibida en materia penal.*

<sup>177</sup> MAYERS, Lewis: “El sistema legal...”, opcit, p.267.

*“El desarrollo en los siglos XVII y XVIII, tanto en Inglaterra como en Norteamérica, del sentimiento de que **debía aumentarse el poder del jurado como institución que reflejaba la voluntad popular en oposición al poder burocrático de la magistratura, condujo al establecimiento del veredicto general como forma prácticamente exclusiva de pronunciamiento del jurado.** Esto armonizaba con el sentimiento general en las primitivas comunidades norteamericanas de la supremacía del jurado y de que el sentido común y la equidad, y no el legalismo, permitían solucionar mejor las disputas. Y que puesto que todos los hombres eran iguales, el jurado era tan competente como el juez para resolver con justicia los casos que se le planteaban.*

*Tras un breve intervalo, durante el cual en algunos lugares fue la regla que el jurado fuera juez del derecho lo mismo que de los hechos, se reconoció prácticamente en todas partes el principio de que el jurado debía aceptar instrucciones del juez en cuanto a la ley y tenía que aplicarla a los hechos tal como él se la había expuesto. Y esta continúa siendo la base teórica del juicio por jurado en la actualidad.<sup>178</sup>*

Esta larga lucha del jurado inglés por la independencia del poder de juzgar - cinco siglos- se cristalizó en el programa constitucional, democrático y republicano de todo el mundo moderno. Los hechos son del jurado y la ley es para el juez. Este principio fundamental se materializa en cada caso concreto gracias al veredicto general, hoy incuestionablemente la máxima garantía contra la manipulación estatal de la decisión judicial. El veredicto general es un programa político sobre la distribución del poder de juzgar entre el Pueblo y el Estado.

No por nada es que el veredicto general sufre los embates que sufre en Europa continental y en Latinoamérica, embanderada en el último tiempo bajo el hipócrita argumento de la inmotivación.<sup>179</sup> Tras esa falacia, se esconde la verdadera razón: las judicaturas mixto-inquisitoriales de los países del *civil law* nunca quisieron ceder el poder total sobre la decisión que siempre tuvieron. Y para eso instituyeron el jurado escabinado o el jurado con respuestas a los interrogantes del juez (veredicto especial estructurado). De este modo, las burocracias togadas -que ya tenían de antaño el monopolio en la aplicación de la ley- se aseguraron así también el control sobre la

---

<sup>178</sup> MAYERS, Lewis: “El sistema legal...”, op.cit., p.267.

<sup>179</sup> Julio Maier emplea el adjetivo de “hipócrita” a quienes exigen fundamentación al jurado “**como garantía**”: “**Por lo demás, es hipócrita sostener que la exigencia de motivar los fallos penales, explicando que la valoración de la prueba por la que se arriba a determinada conclusión fáctica, constituye una garantía individual, integrante del juicio previo. Si ello fuera así, no debería aplicarse a las sentencias favorables al imputado por estem otivocando, por ejemplo, la sentencia considerando que el hecho no existe, el imputado no ha participado en él, por alguna circunstancia, afirma un injustificante, rechaza la culpabilidad o la misma punibilidad. Y, sin embargo, la exigencia utilizada de ordinario por nuestra misma Corte constitucional para casar sentencias favorables al imputado (o sin recurso defensivo)...**”. MAIER, Julio: “Fundamentos”, op.cit., p.484.

decisión de los hechos, en claro detrimento de las garantías individuales que repugnan toda concentración del poder.

El veredicto general, como vemos, encierra mucho más de lo que sus dos frases sugieren. Desde este punto de vista, es, junto a su irrecurribilidad cuando es de inocencia, la piedra angular de la independencia judicial y de la desconcentración del enorme poder de juzgar a los demás.

## 2. Forma del veredicto general

El veredicto general se distingue por su sencillez formal, construida a lo largo de dos milenios.<sup>180</sup> Deben declarar en corte abierta al acusado simplemente “*no culpable*” o “*culpable*”. Si lo declaran *culpable*, y en caso de haber varios delitos en juego, deberán indicar por cuál de los delitos instruidos por el juez deberá responder el acusado. De allí que sean los dueños de los hechos y, de manera indirecta por las instrucciones del juez, también del derecho aplicable a esos hechos.

Los jurados deben anotar su veredicto en un papel, por lo general un formulario que les da el juez y que ha sido previamente litigado y por las partes durante la discusión de las instrucciones. Lo cual es lógico, como veremos, ya que puede haber en un mismo juicio varios acusados por varios hechos distintos, constitutivos a su vez de delitos diferentes. El jurado marcará con una cruz la opción en la que se han puesto de acuerdo de manera unánime. Ese será el veredicto general del jurado que su vocero leerá y anunciará en corte abierta.

Las leyes argentinas de jurado han seguido la misma línea de sencillez formal que las Reglas Federales de Procedimiento Criminal de Estados Unidos para sus veredictos generales del jurado.<sup>181</sup>

### 2.1. No culpable

Muchos todavía se preguntan por qué la opción del veredicto general es por *culpable* o *no culpable* y no por *culpable* o *inocente*. La respuesta es sencilla, aunque el problema filosófico planteado es profundo e intrigante. La respuesta encierra un tecnicismo legal que es una garantía constitucional clave en un esquema republicano.

---

<sup>180</sup> Como sabemos, en las épocas embrionarias del jurado en el Medioevo inglés, los *recognitores* (futuros jurados) respondían una serie de preguntas que les formulaba el juez. De tal modo que la forma de sus decisiones (futuros veredictos) era más compleja: incluían respuestas a esos interrogantes. Con los siglos y la evolución, fue tomando forma el veredicto general tal cual se lo conoce hoy: solamente *culpable* o *no culpable*.

<sup>181</sup> Regla n° 31 Veredicto del Jurado: “*El jurado debe anunciar su veredicto al juez en corte abierta. El veredicto deberá ser unánime.*” Cotejar esta regla con los arts 371 quáter CPP Buenos Aires, art 81 ley 7661 de Chaco, art 203 CPP Río Negro y art 207 CPP Neuquén.

En un juicio ante un jurado no se debate la inocencia del acusado, la cual es presumida de antemano por la Constitución. El debate ante un jurado se reduce a determinar si el fiscal logra destruir mediante prueba en contrario dicha presunción de inocencia para afirmar válidamente la culpabilidad. Si no lo consigue, el jurado declarará al acusado *no culpable*. Lo cual significa nada más que, para el jurado, el fiscal no probó su acusación. Es exactamente eso lo que les dice el juez en las instrucciones previas a la deliberación.

*“Al impartir sus instrucciones, el tribunal define invariablemente los elementos del delito o delitos imputados al reo en la acusación e indica a los jurados que no deben declararlo culpable de ninguno de los cargos de la acusación, a menos de que estén convencidos de su culpabilidad por encima de toda duda razonable. De no ser así, deben dar veredicto de **no culpable**”.*<sup>182</sup>

El veredicto de *no culpable* es una decisión de un extraordinario poder, ya que clausura para siempre cualquier persecución penal posterior contra el acusado por el mismo hecho histórico que motivó la imputación. El acusador -público o privado- carecen de recurso alguno contra el veredicto de no culpabilidad del jurado (prohibición de *ne bis in idem* o *double jeopardy*). Y nadie podrá penalizar o castigar en modo alguno a los jurados por un veredicto de *no culpable*. Esas tres garantías juntas representan el gran poder que la democracia puso en las manos del Pueblo como freno a la centralización de ese mismo poder y para administrar la justicia. El jurado, en definitiva, tiene así la última palabra sobre el valor de la ley y de la justicia del caso.

Al jurado no se le exige entonces que se convenza de la *inocencia* del acusado para rendir un veredicto de *no culpable*. Puede ser que lo hallen por completo inocente en algún caso, pero la ley no les impone tan alto estándar: sólo les pide que no lo condenen si el fiscal no logró convencerlos de la culpabilidad más allá de toda duda razonable. De hecho, podrán declarar *no culpable* al acusado aun cuando no estén muy convencidos de su inocencia, lo cual sucede por múltiples razones. Por ejemplo, que tengan dudas razonables sobre su culpabilidad por la débil prueba del fiscal, que lo hayan absuelto por clemencia, para darle una nueva oportunidad, porque ya tuvo suficiente castigo o por cualquier otra razón superior de justicia.

La exigencia legal de que no haya ningún aditamento a la expresión “*no culpable*” persigue exactamente el mismo propósito que la expresión “*absolviendo libremente*” de las sentencias con jueces profesionales. La absolución es siempre libre y no puede sujetarse a ninguna condición. Las cortes de los países del *civil law*

---

<sup>182</sup>MAYERS, Lewis: “*El sistema legal....*”, op. cit., p. 120.

repetidamente han casado por violatorias al principio de inocencia sentencias absolutorias que absolvían al imputado con los agregados de “*por imperio de la duda*” o “*por no haberse acreditado fehacientemente su autoría*” o cosas por el estilo. Esas sentencias dejaban sobre el acusado una sospecha de culpabilidad incompatible con una absolución libre y total. Del mismo modo, el veredicto de *no culpable* del jurado no puede ir acompañado de ningún tipo de expresión adicional.<sup>183</sup>

## 2.2. Culpable

Cuando el jurado rinde un veredicto de culpabilidad está diciendo que el fiscal probó su acusación más allá de duda razonable. La presunción de inocencia ha sido derrotada. Si en el juicio se debate un único hecho que el fiscal considera constitutivo de un único delito y nadie, ni el juez ni las partes, han instruido al jurado sobre otras alternativas posibles por delitos menores, pues entonces bastará con que el jurado declare al acusado *culpable*, a secas.

Pero no ocurre así en la mayoría de los casos, razón por la cual todas las leyes del *common law* y las más recientes leyes del jurado en la Argentina (Río Negro, Chaco y La Rioja) exigen que el veredicto de *culpable* del jurado vaya acompañado **por la indicación del delito por el que deberá responder.**<sup>184</sup> Que podrá ser el imputado por el fiscal o uno menor incluido en aquél, de acuerdo siempre a las instrucciones del juez.

Es un error conceptual grave sostener que el jurado debe simplemente declarar al acusado culpable, para luego el juez decidir el delito por el que deberá responder. Jamás el jurado del *common law* operó de ese modo en su historia. Sin embargo, en ese error inicial incurrieron las dos primeras grandes leyes de jurado de la Argentina (Neuquén, 2011 y Buenos Aires, 2013), aunque la propia práctica terminó por imponer -por sentido común y lógica pura- el estado de cosas correcto. El jurado debe declarar culpable al

---

<sup>183</sup> En agosto de 2015, en la localidad bonaerense de Azul, fue absuelta por un jurado una joven acusada de haber matado a su padre ante una agresión inminente de él. El jurado tuvo por probado que su padre había abusado repetidamente de ella, la había golpeado durante toda su vida y la había introducido en una red de trata y prostitución. El formulario de veredicto, en vez de la fórmula *no culpable*, decía en su opción, textualmente, “*no culpable*” del homicidio por haberse defendido en un contexto de violencia de género. Esto nos podrá parecer hasta muy bien en este caso, pero es ilegal y se trata de un error innecesario que no se debe repetir. La legítima defensa en un contexto de violencia de género había quedado más que clara durante el juicio porque, además, era la teoría del caso de la defensa. Un veredicto lacónico de *no culpable*, tal como exige la ley, era la consecuencia lógica para el jurado de ese juicio.

<sup>184</sup> ARTÍCULO 81: FORMA DEL VEREDICTO. UNANIMIDAD. *El veredicto declarará al acusado “no culpable”, “no culpable por razón de inimputabilidad” o “culpable” sin ningún tipo de aclaración o aditamento, salvo el veredicto de culpabilidad, que deberá indicar el delito o grado del mismo por el cual deberá responder el acusado. Si el veredicto de culpabilidad se refiere a un delito con otros delitos de menor entidad punitiva necesariamente incluidos en el delito mayor, el veredicto rendido especificará el grado o el delito menor por el cual se hubiere encontrado culpable al acusado. Habrá un formulario de veredicto por cada hecho y por cada acusado para un mejor orden de las deliberaciones y las votaciones.*

acusado indicando siempre el delito por el que deberá responder. Así deben confeccionarse los formularios de veredicto, de modo que el público, el juez y las partes conozcan fehacientemente la voluntad del jurado.

Ejemplo concreto:

*“Nosotros el jurado encontramos al acusado culpable del delito de homicidio agravado por el vínculo, conforme el requerimiento de la acusación”.*

Y se exigirá al jurado que coloque una cruz al lado de la opción que eligieron por unanimidad.

### **2.3. Culpable por delitos menores incluidos. Propuestas.**

En muchísimas ocasiones, tanto los jurados como los jueces atemperan el rigor del castigo penal no absolviendo, sino condenando por un delito más leve. O pueden considerar no probada una circunstancia agravante del delito, pero que deja subsistente su figura básica. En el caso del jurado, el único modo de conocer su decisión sobre la ley aplicable -que es soberana- es del modo indicado anteriormente.

Veremos esta cuestión a fondo en el objeto del veredicto y la cuestión *hechos/derecho*. Las recientes leyes argentinas de jurado se han alineado correctamente con esta práctica de siglos del *common law*, que es fundamental no sólo para facilitar los veredictos unánimes, sino para dejar al jurado en pie de igualdad con el poder que tienen los jueces profesionales. Nadie cuestiona que los jueces técnicos pueden, sin apartarse del hecho histórico imputado por la fiscalía, condenar al acusado por un delito menor incluido en el principal por el que acusó el fiscal. De hecho, lo hacen de manera corriente. Cuando el juicio sea por jurados, dicha facultad se ejercerá de la misma manera, sólo que los jueces serán los encargados de explicarles al jurado lego las alternativas.

#### ***ARTÍCULO 82: VEREDICTO DE CULPABILIDAD POR UN DELITO INFERIOR.***

*El jurado podrá declarar al acusado culpable de la comisión de cualquier delito inferior necesariamente comprendido en el delito principal que se le imputa, bajo las instrucciones impartidas por el juez.*

Así reza la ley 7661 de la provincia argentina del Chaco, por poner un solo ejemplo. Razón por la cual los formularios de veredicto deberán contemplar estas alternativas. Ejemplo concreto:

**Opción n° 1:** *“Nosotros el jurado encontramos al acusado culpable del delito de homicidio agravado por el vínculo, conforme el requerimiento de*



*la acusación”.*

**Opción n° 2:** “*Nosotros el jurado encontramos al acusado culpable del delito menor incluido de homicidio simple”.*

El jurado decidirá en sus deliberaciones por cuál de estas dos opciones deberá responder al acusado de hallarlo culpable. El juez no podrá apartarse de la determinación sobre la ley que haga el jurado sobre los delitos menores incluidos.

#### **2.4. No culpable por razón de inimputabilidad**

Las leyes argentinas y norteamericanas regulan correctamente una tercera posibilidad: que el jurado declare no culpable al acusado por razones de inimputabilidad. Por supuesto, esto sucederá cuando la inimputabilidad haya sido objeto del debate o haya surgido con alguna entidad durante el juicio y el juez haya instruido correctamente al jurado sobre la ley aplicable en estos casos (CP, 34 inc 1°). Si esa oportunidad se presenta y la defensa alega inimputabilidad, el formulario de veredicto deberá contener al menos tres propuestas de veredicto:

a) **Culpable** *por el delito requerido por el fiscal o por los delitos menores incluidos en dicha calificación;*

b) **No culpable por razones de inimputabilidad y;**

c) **No culpable.**

Si el jurado se inclina por declararlo inimputable, el acusado enfrentará el juicio de cesura posterior para que el juez defina la medida de seguridad aplicable.<sup>185</sup>

#### **2.5. El veredicto *Not Proven* (No probado) de Escocia. El veredicto bastardo.**

En 1707, tras siglos de guerras y enfrentamientos, los reinos de Inglaterra y Escocia acordaron disolverse y crear una nueva entidad, un nuevo reino llamado Gran Bretaña. Uno de los puntos centrales del Acta de Unión fue que ambos Parlamentos preservarían la identidad única del sistema legal escocés y de su organización judicial.<sup>186</sup>

---

<sup>185</sup> Para una mayor aproximación a este veredicto, ver HANS, Valerie P. & VIDMAR, Neil: “*American Juries*”, op. cit., ps 207 y ss. Le dedican allí un capítulo entero, el n° 10, llamado *Decidiendo la Inimputabilidad: ¿Locos o malos?*”.

<sup>186</sup> BARBATO, Joseph: “*Scotland's bastard verdict: intermediacy and the unique three-verdict system*”, mckinneylaw.iu.edu/iiclr/pdf/vol15p543.

Muchísimo antes de ese momento clave en la historia de los dos países, Escocia desarrolló su sistema de jurados casi en tándem con su vecina Inglaterra. A pesar de las naturales comunicaciones entre ambos pueblos durante los siglos de la Antigüedad, el Medioevo y la Modernidad, los orgullosos *Highlanders* de Escocia desarrollaron para el siglo XVI un juicio por jurados muy parecido al inglés, salvo por tres características que hasta hoy continúan inmodificadas:

- a) El jurado es de quince miembros, no de doce.
- b) El veredicto es por mayoría (ocho a siete), sea para condenar o para absolver. Por consiguiente, no hay jurado estancado ni nuevo juicio.
- c) Contrariamente al *common law* inglés, en Escocia se impuso un sistema de tres opciones de veredicto: *culpable*, *no culpable* y *no probado* (*guilty*, *not guilty* y *not proven*).<sup>187</sup>

Hay que recordar que hasta 1960 (fecha en que fue abolida la pena de muerte), bastaban ocho votos para teóricamente ahorcar al acusado de un crimen atroz. De allí las críticas que siempre le fueron dirigidas al veredicto por mayoría escocés, sobre todo cuando se lo confrontaba con la antiquísima exigencia de unanimidad en Inglaterra, Irlanda, Canadá y los Estados Unidos. Si siete de los jurados habían votado por la no culpabilidad, ¿cómo podía sostenerse que ese veredicto de condena había alcanzado el estándar de más allá de duda razonable? Fuera de que este punto será abordado en el capítulo de la unanimidad del veredicto, lo cierto es que los efectos nocivos del veredicto mayoritario escocés, en su contexto, quedaban de algún modo atemperados por el altísimo número de jurados y porque le daban dos opciones para absolverlo: el veredicto de *no culpable* y el veredicto de *no probado*.<sup>188</sup>

Efectivamente, ambas opciones implican la absolución final -irrecurrible- para el acusado. ¿Cuál es la diferencia entonces? ¿De dónde salió este veredicto?

El veredicto de *not proven* (*no probado*) surgió casi como un accidente, ya que nunca fue conocida norma ni práctica semejante en el *common law*. Como sucede con toda institución legal surgida durante la Edad Media, es difícil rastrear su origen con precisión. Más bien, parece haber sido el producto de una larguísima evolución tocada

---

<sup>187</sup> RENTON, Robert Wemyss & BROWN, Henry Hilton: “*Criminal procedure according to the law of Scotland*”, W. Green/Sweet & Maxwell, 6ª edición, Edimburgo, Escocia, 1996. Todo lo que quiera saberse del jurado escocés hay que hallarlo en este, su máximo y clásico tratado de derecho procesal penal.

<sup>188</sup> DUFF, Peter: “*The Scottish criminal jury: a very peculiar institution*”, Duke Law Journal n° 62, Durham, Estados Unidos, 1999, ps. 174 y ss.

por eventos peculiares.<sup>189</sup> Algunos sostienen que este veredicto surgió por casualidad, allí por el siglo XV, de la incapacidad de un jurado no muy hábil para interpretar el significado de ciertos hechos particulares. Lo cierto es que para el año 1600, cuando todavía quedaban algunos resabios de los veredictos especiales, se impuso la costumbre de que los jurados escoceses respondieran a las preguntas de hecho que les hacía el juez, que eran por lo general así:

*¿Está probado o no probado que Charles tenía dos vacas?*

Los jurados respondían: “*Probado, No Probado*”. Para el siglo XVIII, los veredictos especiales desaparecieron en Escocia en favor del veredicto general de *guilty o not guilty*, pero, sin embargo, retuvieron la fórmula del *not proven* y la continuaron empleando, aún hasta hoy. A muchísimos extranjeros les llamó la atención esta modalidad, especialmente a Carl Mittermaier que, como sabemos, llegó hasta Escocia en persona para observar el funcionamiento de su sistema legal.<sup>190</sup>

A otros, especialmente a los juristas ingleses, les enojaba mucho la ambivalente posición de este veredicto intermedio, que iba en detrimento de la clara regla legal expresada por *culpable o no culpable* de su antiquísimo *common law*. Inclusive el escritor romántico escocés, Sir Walter Scott, tras presenciar el juicio de una mujer acusada por envenenar a su sirvienta, escribió en su diario lo siguiente. De paso, le dio al mundo el apodo con que hoy se conoce al veredicto escocés de *no probado; veredicto bastardo*:

*“Ella es claramente culpable, pero debido a que uno o dos testigos dijeron que la pobre víctima había abrigado la intención de alguna vez matarse con veneno, el jurado rindió este **veredicto bastardo**, el “no probado”. Odio y detesto a este **híbrido de Caledonia**. Aquel a quien no se le prueba la culpabilidad es inocente a los ojos de la ley”.*<sup>191</sup>

Para algunos juristas escoceses, el veredicto de *no culpable* significa que para el jurado el acusado no cometió delito alguno; es decir, es una aserción positiva de su inocencia. Mientras que el veredicto de *no probado* implica solamente que la culpabilidad del acusado no ha sido concluyentemente demostrada.<sup>192</sup> Muy importante:

---

<sup>189</sup>BRAY, Samuel: “*Not Proven: Introducing a Third Verdict*”, *University of Chicago Law Review* 72 (4) 1299–1329, 2004.

<sup>190</sup>MITERMAIER, Carl: “*Das Englische, Schottische Und Nordamerikanische Strafverfahren*”, Nabu Press, Alemania, 2013.

<sup>191</sup>BARBATO, Joseph: op. cit., p. 546.

<sup>192</sup>WILLOCK, Ian Douglas: “*The origins and development of the jury in Scotland*”, The Stair Society, Edimburgo, Escocia, 1966.

**los jueces en Escocia no instruyen al jurado explicándoles las diferencias entre *no culpable* y *no probado*, como tampoco les explican que ambos producen el efecto de absolver al acusado, quizás debido a que les dicen que para condenar se requieren ocho votos. Pero sí les informan las tres opciones de veredicto a su alcance.**<sup>193</sup>

Las críticas sobre esta opción de veredicto no cesan hasta el día de hoy. La más evidente es su falta de lógica interna: si el fiscal no ha probado su acusación más allá de duda razonable, el único veredicto posible debería ser el de *no culpable*. La presunción de inocencia no tolera esta especie de *absolución de segunda clase*, o absolución con dudas, por más que sus efectos sean los mismos que la absolución libre (la inmediata libertad del acusado y ningún antecedente en su registro). La sombra de la culpabilidad siempre estará sobre la cabeza del acusado, por más que el fiscal haya fracasado en probar su caso más allá de duda razonable.<sup>194</sup>

¿Con cuanta frecuencia ocurre este veredicto? Aproximadamente un tercio de los veredictos del jurado es *no probado*. Quienes defienden esta larga tradición sostienen que -aún así- se trata de muchos casos y que en la gran mayoría hubieran terminado seguramente en condenas por un delito menor. Muy especialmente en los delitos con testigo único y más si son de naturaleza sexual. En los delitos sexuales, sin otra prueba que la testimonial, es más usual este veredicto. Lejos de conformar al acusado, también satisface en parte a la víctima, ya que no necesariamente arroja dudas sobre la honestidad de su testimonio. La razón más poderosa para no cambiar esta opción fue el convencimiento de los legisladores de que, con su eliminación, podría aumentar el potencial de condenas erróneas, además de que no se advierte a nivel social una falta de aceptación de esta triple opción.<sup>195</sup>

Lo cierto es que, como plantea Duff, este híbrido nunca echó raíces en ningún otro país, razón por la cual lejos está de erigirse como una nueva síntesis. Veremos que lo mismo ocurre con el extraño veredicto del jurado español.

## **B. Veredicto especial**

---

<sup>193</sup>DUFF, Peter: “*The Scottish...*” op. cit., p. 193.

<sup>194</sup>GOBERT, James: “*Justice...*” op. cit., p. 25.

<sup>195</sup> En 1975 se ordenó la formación del Thomson Comitee para revisar todas las prácticas del proceso penal escocés. El reporte propuso mantener las tres opciones. Lo que sí produjo pavor de una encuesta posterior de la BBC fue que la mayoría del pueblo escocés, incluyendo a quienes habían servido como jurados, simplemente no entendían al veredicto de *no probado* y sus consecuencias. Varios pensaron erróneamente que el acusado podría ser juzgado de nuevo si más pruebas aparecieran.

Tal cual hemos visto, el tradicional veredicto del jurado es el veredicto general, en donde el jurado simplemente decide la culpabilidad o no culpabilidad y, en el derecho civil, determina quiénganala contienda y el monto de la indemnización. El jurado en el veredicto general sólo exterioriza su decisión pero, en la privacidad de las deliberaciones, lleva a cabo una ardua tarea: determinar los hechos, aplicar la ley instruido por el juez a esos hechos, debatir la culpabilidad del acusado y alcanzar un veredicto justo.<sup>196</sup>

El veredicto especial está hoy terminantemente prohibido en materia penal sólo en algunas ocasiones se lo utiliza en el proceso civil ante un jurado, sobre todo en los más complejos.

El veredicto especial es exclusivamente una decisión sobre ciertos hechos pedida por el juez, sin aplicar la ley a esos hechos y sin decidir el caso civil a favor de una de las partes. El juez formula algunas preguntas específicas al jurado en el medio del juicio civil sobre alguna cuestión complicada y el jurado las podrá responder en forma categórica (por sí o por no) o en forma breve.<sup>197</sup> Tras el veredicto especial, es el juez el que se encarga de aplicar la ley correspondiente a los hechos determinados por el jurado.<sup>198</sup>

Hay además una forma híbrida, que es la adoptada por varios países europeos, que es el veredicto general con interrogatorios. El jurado no sólo decide el caso, sino que debe reportar sus determinaciones de hecho.<sup>199</sup>

El veredicto especial es descrito por Lewis Mayers de la siguiente forma:

*“Antiguamente, se solía pedir al jurado que diera su veredicto en forma de respuesta a preguntas particulares formuladas por el tribunal: veredicto especial y práctico que todavía se utiliza ocasionalmente en los tribunales civiles, y que en algunos estados se reconoce aún como legalmente permisible en casos penales. Pero, por lo común, el uso del veredicto especial es casi, si no totalmente, desconocido. El jurado pronuncia el veredicto por “culpable” o “noculpable”.*<sup>200</sup>

## 1. Origen

---

<sup>196</sup> KOTLER, Martin: “Reappraising the jury’s role as a finder of fact”, 20 Ga. Law Review, 123 y 133, USA, 1985

<sup>197</sup> Regla 49(a) del Procedimiento Federal Civil de Estados Unidos.

<sup>198</sup> Más adelante veremos que esta sustracción del derecho que el juez civil le quita al jurado mediante el veredicto especial es sumamente criticado por los teóricos norteamericanos y canadienses, como Ellen Sward, Shari Diamond, Neil Vidmar y Valerie Hans.

<sup>199</sup> Regla 49(b) del Procedimiento Federal Civil de Estados Unidos.

<sup>200</sup> MAYERS, Lewis: “El sistema legal...”, op.cit., p.122

Cabría preguntarse la razón por la cual, originariamente, el jurado no emitía el más simple y sencillo veredicto general y, en cambio, respondía interrogantes particulares formulados por el juez.

La respuesta está íntimamente relacionada con los padecimientos que sufrió el jurado inglés a manos del despotismo tiránico de los Reyes y de los jueces profesionales por ellos nombrados.

Quien inventó el veredicto especial fue el propio jurado en el siglo XII como mecanismo de defensa contra el *writ of attain*.<sup>201</sup> En efecto, aterrados ante la sola posibilidad que su veredicto fuera atacado por perjurio -con las graves consecuencias descritas- el jurado se rehusaba a dar un veredicto general y comenzó a reportarle al juez su determinación de cada hecho en particular, para que él rindiera luego el veredicto. Cuando el *writ of attain* y las multas declinaron por la resistencia popular y, como apuntara Mayers en el apartado anterior, porque el procedimiento cambió y los jurados dejaron de ser testigos del hecho para ser jueces que determinaban los hechos, el veredicto especial prácticamente desapareció y sólo quedó confinado para algunos casos civiles complejos.

## 2. Prohibición absoluta en materia penal.

Las razones por las cuales el veredicto especial está marginal y reducido a escasísimas ocasiones, y sólo para los jurados civiles, es porque reduce el poder del jurado sobre su ámbito de decisión y aumenta el poder del Estado (juez). El margen de libertad que la Constitución le asegura al jurado -al instituirlo como único decisor sobre la existencia del hecho y la culpabilidad del acusado- se ve estreñido si, en vez de un veredicto general sin motivación y con la clásica fórmula de *culpable* o *no culpable*, el jurado debe responder a varias preguntas de un juez en un veredicto especial. Es obvio entonces deducir que es el juez, indirectamente, quien estaría interviniendo en las dos decisiones centrales que la Constitución puso en cabeza **exclusiva** del jurado, comprometiendo así la estricta separación de poderes entre el jurado y el juez en la decisión final de un caso.

James Fleming Jr sostiene que algunos jueces civiles le exigen al jurado un veredicto especial para ayudarle en su decisión fáctica, descomponiendo el caso en temas más fácilmente dige

---

<sup>201</sup> GREEN, Leon: “*Judge and Jury*”, Vernon Law Book Company, Kansas City, Mo. USA, p. 353, 1930

ribles. Pero el veredicto especial y el veredicto general con interrogatorio también logran que el juez controle más fácilmente al jurado.<sup>202</sup>

Se hace casi imposible para un jurado ejercer el *jury nullification* con un veredicto especial o con un pliego de preguntas. Como el *jury nullification* es parte esencial de la función del jurado - es decir, su rol de árbitro último acerca de la aplicación del poder penal en un caso concreto - no es difícil comprender por qué estos dispositivos casi no se usan.

Las Reglas Federales de Procedimiento Criminal en Estados Unidos no contemplan la forma que debetomar un veredicto. El veredicto general no exige que el jurado especifique las bases para su convicción. En cambio, las fórmulas del veredicto especial o las preguntas dirigidas al jurado requieren del jurado que identifique, hasta cierto punto, las razones de su decisión, conformes a lo establecen las Reglas Federales de Procedimiento Civil de Estados Unidos (Regla 49). En un mismo juicio por jurados civil pueden coexistir perfectamente el veredicto general con el especial, que a veces es utilizado para definir alguna cuestión particular dentro mismo del debate. Así fue resuelto el juicio entre Apple y Samsung por el plagio del smartphone. Un jurado civil californiano declaró a Samsung responsable del plagio y rindió un veredicto general (donde estaba la adjudicación de responsabilidad, la indemnización y los daños punitivos) y un veredicto especial contestando varias preguntas de hecho. Ambos veredictos, cabe destacar, deben ser unánimes.

Pero en materia criminal, aceptar veredictos especiales o interrogatorios especiales propuestos por el juez implicaría correr el serio riesgo de interferir con la deliberación del jurado, en abierta violación a la garantía de la acusado contenida en la 6ª Enmienda. La misma falta asegura al acusado el derecho a que sólo el jurado determine en forma última su culpabilidad o inocencia, lo mismo que el resto de las Constituciones latinoamericanas. Por el contrario, las preguntas del juez en el veredicto especial pueden tener el efecto de guiar al jurado hacia una determinada conclusión.<sup>203</sup>

Resumiendo: el veredicto especial sólo se admite, y muy ocasionalmente, en los casos de jurado civil. Suele usarse cuando debe decidirse antes de definir el fondo de la cuestión y quién gana el caso-

<sup>202</sup>

JAMES, Fleming Jr.: “*Sufficiency of the evidence and jury-control devices available before verdict*”, 47 Virginia Law Rev. 218, USA, p. 242a-245.

<sup>203</sup> POE, Gregory L.: “*Conrad Black and special verdicts*”, en, [www.blog.gpoelaw.com](http://www.blog.gpoelaw.com), USA, 2009.

cuestiones de hecho complejas o muy técnicas y sobre las cuales las partes quieren aumentar su control sobre el proceso de toma de decisión. Entonces el juez, previo litigio de partes, le da al jurado una serie de preguntas específicas, por escrito y sobre un hecho puntual, usualmente respondidas por sí o por no o por breves respuestas.<sup>204</sup> Basado en las respuestas del jurado o en su determinación de esos hechos, el juez aplicará la ley y determinará el veredicto.<sup>205</sup>

Como es de imaginar, este veredicto especial en materia civil es muy poco usado, ya que es casi imposible que las partes se pongan de acuerdo en cómo deben quedar conformadas las preguntas.<sup>206</sup>

### 3. El juicio a John Peter Zenger en la colonia de Nueva York en 1735: el fin del veredicto especial para los casos penales

El veredicto general del jurado, esto es, la sencilla fórmula de declarar al acusado *culpable o no culpable* que logró prohibir al veredicto especial en materia penal, encierra una potente disputa política por el control de la aplicación de la ley. Disputa que llevó varios siglos estabilizar y que aún hoy continúa, especialmente con algunos aspectos del juicio por jurados en materia civil.

La ecuación es sencilla: a mayores exigencias sobre el veredicto del jurado (motivación, respuesta a interrogantes, escabinos que deliberan con jueces, etc), menor será el poder del jurado sobre la ley y aumentará el de los jueces estatales. Cuantas

---

<sup>204</sup> Para ver muestras de formularios de veredictos especiales en juicios por jurado civil, googlear la expresión: *Special Verdicts Form Examples*.

<sup>205</sup> Una película en donde puede apreciarse como un juicio civil por daños al medio ambiente es resuelto en parte por un veredicto especial "*Acción Civil (Acivilaction)*", dirigida por Steven Zaillian y protagonizada por John Travolta, Robert Duvall y Kathleen Quinlan. Click aquí Video n° 96 [http://aajlitigacion.blogspot.com.ar/2016/09/video-96-una-accion-civil-veredicto\\_9.html](http://aajlitigacion.blogspot.com.ar/2016/09/video-96-una-accion-civil-veredicto_9.html). Allí el juez, a instancias de la demandada, que era una poderosa multinacional, le formula tres preguntas al jurado en medio del juicio para determinar si el veneno de una empresa química había llegado hasta los pozos de agua que enfermaron a mucha gente. Por supuesto, con la férrea oposición de la parte actora (Travolta), que cuestionó la necesidad y lo confuso de las preguntas.

La pregunta n° 1 fue la siguiente: "*¿establecieron los demandantes, por preponderancia de las pruebas, que los químicos que contienen TCE se vaciaron en las tierras de W.R. Grace y Beatrice después del 1° de octubre de 1964 y el 27 de agosto de 1968, respectivamente, y contribuyeron esas sustancias a la contaminación?*"

La pregunta n° 2 fue la siguiente: "*¿Cuál fue, por preponderancia de la prueba, la hora, mes y año más tempranos en que estas sustancias contribuyeron sustancialmente a la contaminación de los pozos?*"

La pregunta n° 3 fue la siguiente: "*¿Cuál, según la preponderancia de la prueba, fue la hora, el mes y el año más tempranos en que la contribución mencionada en la pregunta n° 2 fue causada, si fue el caso, por la conducta negligente de los demandados?*"

<sup>206</sup> MAYERS, Lewis: "*El sistema legal...*", op.cit., p.268. "*dado que la formulación de las preguntas que deben hacerse al jurado es a veces un proceso difícil, lleve en cuenta la posibilidad de error irreversible, no debe sorprender que el veredicto especial se ordene con relativamente poca frecuencia*".



menos exigencias existan sobre el veredicto, como en el hoy universalmente aceptado veredicto general, aumenta el poder del jurado sobre los hechos y la ley de fondo aplicable.

El trasplante del jurado inglés al jurado colonial norteamericano maduró poderosos cambios, lenta pero perceptiblemente. Las relaciones entre los súbditos ingleses con su monarca eran muy distintas a las relaciones que los colonos mantuvieron con sus autoridades locales, aún cuando fueran nombradas por el Rey. Inglaterra estaba demasiado lejos y las colonias, por cierto, eran sólo una pequeña parte de su Imperio. En una palabra, las relaciones políticas entre los colonos y sus autoridades eran considerablemente más egalitarias que la de sus pares en la Madre Patria. Esto tendría un profundo impacto en la evolución del juicio por jurados en los Estados Unidos, en el resto del mundo y en su veredicto. Muy especialmente, en el gran poder sobre los hechos y la ley del que aún hoy gozan los jurados -y que de ese modo han llegado a la Argentina- a pesar de los cambios y oscilaciones que se sucedieron en el curso de sus tres siglos como Nación.

Estas relaciones de poder tuvieron un inmediato efecto sobre el jurado colonial estadounidense. No debemos olvidar nunca que el jurado es ante todo un cuerpo político. Y en los Estados Unidos, desde la época de las colonias hasta inmediatamente después de la Revolución, empezaron a surgir nuevas Teorías sobre el Derecho y nuevas fuerzas sociales y políticas que impactaron en el rol del jurado.

Esto se representó con toda claridad en el más famoso juicio de la historia de los Estados Unidos hasta la fecha. Fue el juicio contra el editor de un sencillo periódico de Nueva York, en 1735, llamado John Peter Zenger.

El juicio pasó a la historia por sentar las bases para la libertad de prensa y de expresión, que luego fueron constitucionalizadas en la 1ª Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos y, de allí en adelante, en el resto de las Constituciones del orbe. Pero en lo que a nosotros nos interesa, que es el veredicto del jurado, este juicio es un hito porque la conquista de la libertad de expresión fue lograda a través de la disputa política sucedida en este debate acerca de si el jurado debía decidir sólo la cuestión de hecho, o también, la cuestión del derecho. Si debía rendir un veredicto especial o, por el contrario, uno general.

En 1732, Inglaterra designó Gobernador de la Colonia de Nueva York a William Cosby. Arrogante, iracundo y codicioso, rápidamente se ganó el descontento de toda la Colonia. Entre muchas de sus acciones más repudiadas, se concedió un salario

exorbitante, echó al presidente de la Suprema Corte de Nueva York por osar rechazarle una demanda y usó su posición para favorecer a un grupo de sus partidarios en una disputa sobre valiosas tierras. La oposición política contra él llegó a dominar el Consejo de los Comunes (equivalente a su Parlamento Local) y hasta enviaron un representante a Londres para pedir su remoción. Paralelamente, editaron un periódico de apenas dos hojas llamado *The New York Weekly Journal* para contrarrestar al vocero oficial de Cosby, que era *The New York Gazette*. A pesar de que el *Journal* se editaba en la pequeña tienda de John Peter Zenger, el verdadero editorialista, periodista y principal cerebro político era James Alexander que, además, era abogado. A medida que el conflicto escalaba, el diario se ponía más virulento y Alexander usaba hasta los avisos comerciales para criticar y satirizar al gobernador Cosby y a sus secuaces por todos los actos públicos y notorios que éste cometía.

Cosby sabía que el verdadero ideólogo de todo esto era James Alexander, pero su caso contra él era difícil de probar. Por esa razón, decidió imputar al editor del diario, John Peter Zenger, que era un modesto imprentero de Biblias emigrado de Alemania y que tocaba el órgano en la iglesia. Lo acusó por el delito de publicar mediante la prensa un libelo sedicioso y difamatorio.

Lo que sigue a continuación es un compendio del ejercicio abusivo y arbitrario del poder que siempre estuvo presente en los juicios de esa época, pero que aquí alcanzó ribetes inauditos. Demás está agregar que las mismas tensiones políticas todavía tienen lugar en la actualidad en los juicios de gran exposición.

Como correspondía por el *common law*, la acusación contra Zenger se presentó ante un Gran Jurado, no una **sino dos veces**. En ambas ocasiones, el Gran Jurado lo sobreseyó y decidió que no había mérito para llevarlo a juicio. Cosby reaccionó con una serie de medidas: primero logró eludir el veredicto de no acusación (*Not True Bill* o *Ignoramus*) del *Grand Jury* y obtener del Procurador General (simpatizante suyo) una acusación formal, aún violando la fuerza de cosa juzgada material que tiene el pronunciamiento liberatorio de un Gran Jurado. O sea, el juicio que se le siguió a John Peter Zenger fue un *double jeopardy*. Zenger fue arrestado en el acto y el juez DeLancey, otro estrecho aliado de Cosby, le impuso una fianza impagable de 400 libras. La oposición política podría haber reunido esa suma pero decidieron no hacerlo, con el consentimiento del pobre y heroico Zenger, que pasó así durísimos nueve meses de

prisión hasta el comienzo del debate.<sup>207</sup> Zenger instruyó a su esposa Anna Katherina a seguir publicando el *Journal*.

El gobernador Cosby, además, nombró como jueces del juicio a James DeLancey y Frederick Phillips para presidir el debate, pero su comisión como jueces fue hecha por decreto y sin la aprobación del Consejo Local. Además, se estableció la duración de sus cargos “*a voluntad*”, en vez de la tradicional fórmula de “*mientras durase su buena conducta*”. Eso significaba que estaban en comisión y que el gobernador Cosby podía despedirlos en cualquier momento. A todas luces, su nombramiento afectaba groseramente su independencia judicial frente al caso. También surgió que ambos jueces, antes de ser designados, habían sido parte de la demanda inicial contra Zenger.

Los abogados de Zenger fueron el propio James Alexander y William Smith. Lo primero que hicieron fue recusar inmediatamente a ambos jueces por parcialidad y por su nombramiento irregular para presidir el debate. En respuesta, el juez DeLancey los expulsó del juicio y los inhabilitó para siempre como abogados, con prohibición total para el ejercicio de la abogacía en el futuro. Esta medida aterrorizó a la abogacía de la colonia de Nueva York y de la comunidad en general.

Las sorpresas no terminarían allí: por orden del juez, el sheriff de la Corte trajo cuarenta y ocho potenciales jurados, la mayoría de los cuales eran o favorables al gobernador Cosby o empleados de su gobierno. Pero Zenger se había quedado sin abogado y cada parte tenía derecho a remover a doce jurados cada uno en el *voir dire*.

El Juez DeLancey le asignó entonces como abogado a John Chambers, un abogado recién recibido, sin ninguna experiencia en juicios y que encima era partidario del gobernador Cosby. Sin embargo, para al menos mantener las apariencias, Chambers tuvo la decencia de responder en la moción que su cliente se declaraba *no culpable* e impugnó con diligencia a los doce potenciales jurados más abiertamente favorables a la causa del Gobernador. Por último, el panel final de jurados quedó compuesto de doce propietarios, la mayoría de ellos de orígenes holandeses antes que ingleses. Podía decirse que al menos seis de los jurados eran abiertamente favorables al gobernador Cosby.

El juicio comenzó en abril de 1735 y produjo de inmediato una shockeante sorpresa. Los dos abogados hicieron sus alegatos de apertura ante el jurado. El del

---

<sup>207</sup>Es de imaginar lo que debía ser el estado de los calabozos en el siglo XVIII y el extremo rigor del invierno neoyorkino, para tener una idea aproximada del calvario que sufrió Zenger.

abogado defensor, Chambers, resultó de una pobreza y de una falta de energía que daba pavor. Cuando terminó, se escuchó desde el fondo del salón una poderosa voz que anunció que Zenger tenía un nuevo abogado.

De entre la multitud de espectadores se levantó Andrew Hamilton, nacido en Escocia hacía 60 años y, sin dudas, el mejor abogado de las colonias por esos tiempos. Ejercía en Filadelfia, pero su reputación llegaba hasta la misma Inglaterra.<sup>208</sup> Era evidente que los originales abogados de Zenger, James y Smith, no se habían quedado quietos en la tenaz defensa de Zenger y terminaron por urdir esta inteligente maniobra, que cambió inmediatamente el clima y el destino final del juicio.

Hamilton sabía perfectamente cuál era la estrategia del gobernador Cosby, de su fiscal y del juez DeLancey para ganar este juicio. Para 1735, no había duda alguna en Inglaterra que el jurado decidía los hechos y el derecho en un veredicto general. Cuando el jurado declaraba culpable a alguien, debía indicar a título de qué delito debía responder el acusado, de acuerdo a cómo el juez les explicara esas leyes en las instrucciones. Pero el precedente inglés del *common law* relativo a la comisión de los delitos de difamación y sedición por la prensa prohibía al acusado demostrar la verdad de los hechos publicados y obligaba al Jurado a pronunciar un *veredicto especial* antes que un clásico veredicto general por *culpable* o *no culpable*. Esto quería decir que el Juez le iba a someter al Jurado una única cuestión de hecho: “¿está probado que Zenger había publicado e impreso el libelo en su periódico?”. La cuestión legal acerca de si el contenido de esa publicación era difamatoria o no, y si Zenger había tenido dolo o no al publicarla, era una cuestión de derecho que iba a resolver luego el Juez.

El precedente también prohibía al acusado defenderse diciendo que lo que se publicaba era verdad. Es decir, para el Gobernador Cosby, Zenger era culpable de un acto criminal, sin importar si lo que había impreso fuera cierto.

La prueba era abrumadora acerca de que Zenger era efectivamente quien publicaba el diario *Journal*, por lo que todo estaba listo para la condena. Sin embargo, aquí hizo su entrada Andrew Hamilton quien, con la habilidad y la autoridad que le daban su reputación y su edad para resistir con elegancia las objeciones del fiscal y del juez, expuso su teoría del caso. La estudiosa del jurado, Valerie Hans, dice que

---

<sup>208</sup> Hay que situarse en el contexto de esa época. Prácticamente no había abogados en las colonias y muy pocos eran los que tenían verdadero oficio y experiencia. Por lo tanto, era muy difícil contar con un buen abogado. Del mismo modo, tampoco había buenos y experimentados jueces en las colonias en el siglo XVIII. La actuación de Hamilton fue tan recordada que hay un dicho popular en los Estados Unidos que surge cada vez que alguien necesita un buen abogado: “*Mejor que te consigas un abogado de Filadelfia*”. DWYER, William: “*In the hands of...*”, op. cit., p. 67.

Hamilton, ante el corset legal del *common law inglés* sobre los delitos mediante la prensa, decidió hablarle al jurado de la *ley del futuro*, más que de la ley del presente.<sup>209</sup>

Sintéticamente, sostuvo que si bien él reconocía la máxima histórica de que el jurado es el juez de los hechos y que el juez es el juez del derecho, lo cierto es que en los delitos cometidos por la prensa no hay manera alguna de diferenciar entre una y otra cuestión. Están tan interrelacionadas que las cuestiones de hecho **son el derecho mismo**. Lo que hace a una publicación difamatoria o sediciosa es la cuestión fáctica de si es falsa o no, de si es verdadera o no. Sus palabras textuales fueron:

*“Espero que ustedes no encuentren que la acción de meramente imprimir y publicar un diario lo convierta en sedicioso y difamatorio. Ustedes necesitarán mucho más que eso antes de declarar a mi cliente un difamador. O son las palabras mismas las que deben ser difamatorias –esto es, falsas, escandalosas y sediciosas- o, si no, somos todos “no culpables”.*<sup>210</sup>

De tal manera, la intención del Gobierno de someter a un jurado al veredicto especial y privarlo de su poder histórico de rendir uno general era un claro intento por usurpar los derechos del jurado. Como es de imaginar, el juez le prohibió continuar con esta línea argumental. Con elegancia, Hamilton le recordó que sus alegaciones servían también al inalienable derecho y responsabilidad del Gobierno para defenderse de falsas acusaciones.

Segundo, Hamilton arremetió directamente contra la prohibición de alegar la verdad de los hechos publicados, a lo que el fiscal y el juez se opusieron terminantemente. Hamilton, en otro de sus más recordados pasajes, sostuvo que él conocía muy bien el precedente del *common law* pero que, en definitiva, aunque esas leyes inglesas fueran buenas para Inglaterra, no necesariamente debían ser buenas leyes para las colonias de Norteamérica, donde existía una igualdad mucho más grande entre su pueblo y quienes los gobernaban. Ante la repetida negativa de tocar el tema, decidió guardarse el argumento para jugárselo por entero en su memorable alegato de clausura. Es decir, optó por hablarle directamente al jurado como el verdadero juzgador.

El tercer y último argumento de Hamilton –y esto es central para nuestra tesis- fue confrontar al Jurado con una Teoría sobre el Poder, con las relaciones que existían entre el Derecho y el Poder Político y el rol del Jurado en ese esquema de poder. Sin saberlo, Hamilton se estaba adelantando cuarenta años a la Declaración de

---

<sup>209</sup>HANS, Valerie P & VIDMAR, Neil: “*Judging the jury...*”, op. cit., p. 34.

<sup>210</sup>Del récord taquigráfico del juicio a John Peter Zenger. Click aquí <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/zenger/zengerrecord.html>

Independencia de 1776 y cincuenta años a la Constitución de su país. En un alegato que, con mucha astucia, le hacía ver al jurado que Zenger era un neoyorkino más, un par de ellos, Hamilton sostuvo que cualquier ciudadano libre tenía el derecho de criticar a sus gobernantes y que Zenger estaba preso por haber ejercitado ese derecho. Que, además, una de las mejores salvaguardas que tienen los ciudadanos libres para resistir los abusos de poder de las autoridades del Rey es a través de la crítica pública, como la que hizo Zenger en su diario *TheNew York Journal*.

El alegato de clausura de Hamilton quedó para siempre en la Historia:

*“Ustedes son ciudadanos de Nueva York, son ustedes los que la ley supone que son, hombres honestos y justos; de acuerdo con mis informes, los hechos que Zenger imprimió son notoriamente conocidos por ser verdad. De allí que en Vuestra justicia recaen ahora nuestras seguridades y desde que esta corte nos negó la libertad de producir prueba para probar la verdad de lo que fue publicado, les imploro que la deroguen como regla general para todos aquellos casos por venir en donde la supresión de la misma sea siempre tomada como la prueba favorable más fuerte; y espero que esa prueba que no pude producir tenga para ustedes ese decisivo peso.”*

*“La cuestión ante esta Corte y ante ustedes, caballeros del jurado, no es un asunto privado o pequeño. No es la causa tan solo de un pobre publicista, ni de solo la colonia de Nueva York. Lo que ustedes hoy están juzgando afectará con sus consecuencias a cada uno de los hombres libres que viven bajo el gobierno británico en Norte América. Es la mejor causa. Es la causa de la libertad.”*

***“Los Jurados deben ver con sus propios ojos, deben escuchar con sus propias oídos y deben hacer uso de sus propias conciencias y convicciones cuando se trata de juzgar las vidas, las propiedades y las libertades de sus pares del Pueblo.”***

Como era de esperar, el Juez DeLancey se guardó la última palabra y advirtió fuertemente al Jurado que debían desoír el alegato final de Hamilton, que sólo debían contestar la pregunta que él les sometería y que el Jurado no tenía ninguna atribución para decidir el derecho aplicable.

El jurado entró a deliberar con la única pregunta que decidió el juez, tan típica de los veredictos especiales: era una pregunta que el propio Zenger y su abogado habían reconocido que era absolutamente verdad (que Zenger había publicado los artículos periodísticos). Parecía que todo estaba perdido, ya que estaba más que probado que Zenger había impreso y publicado esos libelos.

No obstante todas estas presiones, el Jurado se retiró a deliberar y volvió al recinto *¡a los diez minutos!*

Luego, la decisión y anuncio en corte abierta.

**Oficial de la sala:** *Caballeros del jurado, ¿es el acusado culpable o no culpable de haber impreso y publicado los presuntos libelos?*

**Presidente del jurado:** *No Culpable.*

Las hurras y los vítores inundaron el salón. El jurado había desoído al juez, al fiscal, a la ley vigente y al mandato legal de emitir un veredicto especial. Se decidieron por sus propias convicciones y sentido de justicia a rendir un veredicto general de *no culpable*. Ese simple *not guilty*, irrevocable, encerraba un poder político y un acto de desobediencia civil notables: derogaba *de facto* la ley por delitos contra la prensa, la declaraba injusta, modificaba la ley, desairaba al Gobernador y a su venal juez y ordenaba la inmediata libertad del publicista. Zenger fue liberado al día siguiente, no sin antes ser obligado a pagar los costos de su manutención durante los nueve meses de su prisión preventiva. El Gobernador Cosby renunció y falleció al año siguiente. Las libertades de prensa y de expresión viajaron sin escalas, gracias a este veredicto general del jurado, a cristalizarse como derecho fundamental en todas las Constituciones del orbe. Pero frente a tanta opresión estatal, los futuros ciudadanos estadounidenses aprendieron la lección y se reservaron para sí el poder sobre los hechos y sobre la ley cuando actuaran como jurados en materia penal y sin importar la clase de delitos. Nadie hoy discute esa máxima, algo que las castas jurisdiccionales del *civil law* se empeñan en seguir sin asumir.

#### **4. Prohibición del veredicto especial en Argentina**

Las recientes leyes argentinas de jurado han prohibido expresamente en materia penal que el juez someta al jurado veredictos especiales o interrogatorios de cualquier clase al jurado.

A modo de ejemplo, el artículo 71 de la ley 7661 del Chaco establece de manera textual:

*ARTÍCULO 71: PROHIBICIÓN. El juez no podrá efectuar en las instrucciones, bajo pena de nulidad, un resumen del caso, ni valoraciones o alegaciones sobre los hechos, las pruebas o la credibilidad de las declaraciones recibidas durante el juicio. Bajo pena de nulidad, ni el juez ni las partes podrán plantearle al jurado interrogatorios de ninguna clase para que éste delibere sobre ellos o los responda. Toda clase de veredicto especial o veredicto general con interrogatorios está prohibida en materia penal.*

El artículo 202 del CPP de Río Negro establece lo mismo.

## 5. El extraño veredicto del jurado español. La obstinación por convertirlo en un cuerpo judicial profesional.

La historia del jurado en España es casi tan accidentada como lo fue en todos los países de Europa continental de tradición inquisitorial. Poderosas fuerzas -desatadas por el vendaval de la Revolución Francesa- lucharon tanto por implementarlo (los liberales) como por derogarlo, restringirlo o distorsionarlo (los conservadores). De tal modo, España vio surgir un jurado de imprenta en 1820 (inspirado en la Constitución liberal de Cádiz de 1812, “*La Pepa*”) que fue víctima de aquellos azarosos años. Retornó en 1837 el mismo jurado de imprenta (también muy restringido), hasta su derogación en 1845. Resurge entre 1888-1936, ya más ampliado a los delitos comunes y con el veredicto de doce jurados sobre el hecho a partir de interrogantes del tribunal. Pasaba luego al tribunal magistrado, que se encargaba de aplicar el derecho al veredicto emitido. En la Segunda República de 1931 se bajó el número a ocho jurados y se restringió aún más su competencia: sólo se pronunciaban sobre si el hecho se había o no cometido. La cuestión de la culpabilidad o inocencia era determinada por un posterior juicio profesional de derecho. Como sabemos, la dictadura de Francisco Franco arrasó completamente con el jurado. Recuperada la democracia, la Constitución de 1978 estableció el juicio por jurados sólo en materia penal (CE, 125), pero también dispuso lo siguiente en el artículo 120 inc 3º CE: “*Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública.*” En 1995, es decir, sólo trece años después de su mandato constitucional, España dictó su actual ley de jurados.<sup>211</sup> Las discusiones parlamentarias fueron ásperas y reflejaron con precisión las tensiones políticas que desata el jurado popular.<sup>212</sup> La primer gran discusión fue si debía optarse por un modelo escabinado o por uno anglosajón, basados siempre en el mencionado artículo 120 inc 3º CE. Hubo luego varios factores de disputa legislativa: jurados sí, jurados no, unánimes o mayoritarios, requisitos para ser jurados, tipos de delitos comprendidos, obligatorio o no, etc. Pero el principal enfrentamiento era debatir si la norma constitucional -que mencionaba nada más que la exigencia de motivar las *sentencias*, obviamente sólo dictadas por jueces técnicos- debía alcanzar también por extensión a los veredictos de los jurados populares.

---

<sup>211</sup> Comparar con los 165 años que ya llevamos en Argentina incumpliendo el mandato constitucional, al menos a nivel nacional.

<sup>212</sup> GIMENO SENDRA, Vicente: “*La experiencia de la reciente ley de jurado española del 25 de mayo de 1996*”, en la Revista del Colegio de Abogados de La Plata del Congreso Internacional de Juicio por Jurados en materia penal”, Buenos Aires, 1996, p. 43.



Toda esta tesis está dirigida a demostrar lo contrario: que veredicto y sentencia, que jurados y jueces profesionales, son entidades bien distintas. Que las exigencias de motivación como las que hacen las constituciones española, italiana, o las de la provincia de Córdoba, en Argentina, están dirigidas exclusivamente a sus jueces letrados. Jamás a los jurados. Que ninguna garantía constitucional o convencional está comprometida por este esquema binario de *motivación para el juez e inmotivación para el jurado*. Que el problema, en síntesis, es la inadaptación de la cultura de los sistemas judiciales del *civil law* al ideal republicano, federalista, adversarial y de desconcentración del poder del Estado que hemos adoptado de las Constituciones del *common law*.

Como a veces sucede en la política, se terminó por imponer en España un extraño híbrido, único en el mundo. Un jurado que solamente mantiene la forma externa de un jurado anglosajón. Pero eso es apenas una pantalla. Para todo el resto, funciona como un escabinado o como cualquier tribunal profesional del *civil law*.<sup>213</sup>

El jurado español no son doce, sino nueve jurados; no decide por unanimidad, sino por simple mayoría. No existe el veredicto general; el jurado está obligado a rendir un veredicto especial que -por la obsesión de los europeo-continentales por la motivación- prácticamente se ha convertido en una sentencia letrada con el mismo lenguaje técnico de los abogados. El objeto del veredicto de los jurados es amplio.

El acta de votación deberá contener:

- a) Hechos probados (de la acusación y la defensa)
- b) Hechos no probados
- c) Declaración de *culpable o no* del acusado respecto del hecho
- d) Explicación sucinta de las razones de hecho.
- e) Agravantes, atenuantes y eximentes.

Es el juez el que, previo litigio con las partes, le entrega al jurado este largo e intrincado pliego de cuestiones de hecho y de derecho que el jurado debe responder por escrito. Para darnos una idea, el jurado debe responder cinco pliegos distintos (uno por cada ítem a resolver) y cada uno de ellos puede tener varias hojas.<sup>214</sup>

Los jurados españoles no tienen libertad para deliberar o votar como deseen. La ley les impone una deliberación y una votación sumamente estructurada, en otro rígido

---

<sup>213</sup> ESPARZA LEIBAR, Iñaki: “*El veredicto. Su formulación por parte del jurado español*”, en el libro “*Juicio por Jurados en el Proceso Penal*”, AA.VV., Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, ps. 393.

<sup>214</sup> Imaginemos un juicio con varios acusados por múltiples hechos para darnos una idea aproximada de la cantidad de hojas que el jurado deberá llenar por escrito.

formalismo típico de las burocracias togadas del *civil law* por controlar las decisiones populares.<sup>215</sup>

Después de la votación, el jurado debe completar el acta de votación. **Si el jurado tiene dificultades para motivar el pliego de interrogantes se lo hará saber al juez, quien enviará a su secretario para que los auxilie a redactar el acta de votación del veredicto**, cosa que normalmente es lo que sucede.<sup>216</sup>

Dicho veredicto es, **en principio**, de carácter vinculante según la ley. Si el jurado absuelve, el juez debe absolver. Si condena, debe condenar y la pena la impone el juez. Decimos en principio porque, si el juez no encuentra adecuada las razones del jurado, puede rechazar el veredicto y sustituir su juicio por aquel rendido por el jurado.

Como vemos, el asunto no es tan sencillo. El magistrado, al dictar la sentencia, debe observar lo siguiente: la ley le exige al juez que, **con independencia de la decisión que tomen los jurados, él debe de motivar la prueba** mediante la cual consideró la autorización del veredicto, *evitando así la falta de motivación en el veredicto y en la sentencia!* En definitiva, el juez deberá proceder a motivar su sentencia **como si hubiese llegado por sí mismo a la convicción** que le viene impuesta en el veredicto, de forma que la resolución sea coherente en sus planteamientos y satisfaga plenamente la garantía de la presunción de inocencia. Como muy bien critican a este punto Valerie Hans y Nancy Marder, *“debido a que el juez es puesto en la posición de revisar las razones del jurado, esto socava la independencia del jurado español”*.<sup>217</sup>

Por eso es que críticamente se califica al jurado de España como **“el jurado del veredictotutelado”**.<sup>218</sup>

---

<sup>215</sup> La votación será nominal, en alta voz y por orden alfabético. Vota en último término el portavoz del jurado. Se deben votar las cuestiones en el orden que el juez les impuso en el pliego de interrogatorios. Como veremos en el capítulo de la deliberación, los jurados en el *common law* y en la Argentina tienen la más absoluta libertad de estructurar sus deliberaciones como mejor les convenga. Se las clasifica en dos: orientadas hacia la prueba u orientadas hacia el veredicto (decisión). La ley española claramente obliga a sus jurados al segundo modelo.

<sup>216</sup> Por esta misma razón es que sostengo que es un error catalogar al jurado español como *“clásico o anglosajón”*. El jurado español admite la entrada en su recinto de un funcionario estatal enviado por el juez para redactar el veredicto. Eso lo convierte automáticamente, según mi parecer, en un sistema escabinado. Lo mismo sucede con la norma que obliga al juez a motivar dicho veredicto con independencia del veredicto tomado por los jurados.

<sup>217</sup> MARDER, Nancy S. & HANS, Valerie P: *“Introduction to Juries and Lay Participation: American Perspectives and Global Trends”*, 90 Chicago-Kent Law Review 789 (2015), p. 794.

<sup>218</sup> ESPARZA LEIBAR, Iñaki: *“El veredicto....”*, op. cit., p 396: *“La motivación debe ser exigible a la totalidad de la resolución, no de una parte aislada de la misma, y la única visión suficientemente global y cualificada para poder dictarla es la del Magistrado-Presidente que redacta el escrito que contiene el objeto del veredicto y que debe, finalmente, establecer las consecuencias jurídicas a las que se aboca el veredicto del jurado”*.

Por último, la absolución del jurado no goza de firmeza y es apelable ampliamente por los acusadores.<sup>219</sup>

Hasta aquí la descripción del sistema español. A más de veinte años de vigencia, la parte positiva indica que el jurado llegó a España para quedarse. Ya se han realizado más de mil juicios y la población tiene un sentimiento de aceptación hacia él.<sup>220</sup> Quien hizo todo lo posible por librarse del jurado fue, cuando no, la propia corporación judicial y académica. Las críticas de los abogados y los profesores que llovieron sobre los veredictos de los jurados han sido salvajes. Ellas fueron desde cuestionar sus decisiones materiales, como cuando los jurados vascos absolvieron en un claro *jury nullification* a ciertos etarras (caso Otegui). O cuando la prensa se burló de las faltas de ortografía de los jurados (caso Gürtel).<sup>221</sup> Pero las más fuertes y persistentes han sido las opiniones de los jueces de juicio y las sentencias de los tribunales revisores, que una y otra vez anularon veredictos **absolutorios** (también de condena) por considerar absolutamente insuficiente la motivación de los mismos.<sup>222</sup>

La experiencia española con su veredicto especial motivado representa la mejor demostración de nuestra tesis: *lo que importa es el control, no la motivación*; la motivación escrita de los veredictos del jurado no ha representado en España ningún salto cualitativo en términos de mayor “racionalidad” o “garantía para el condenado”,

---

<sup>219</sup> Así definen al veredicto los juristas españoles: “Sin embargo, el veredicto es un acto complejo en el que participa de forma muy destacada el Magistrado-Presidente (MP), que es el encargado de someterles el escrito con las cuestiones sobre las que deberá pronunciarse el jurado”. cfr, MUÑIZ CALAF, Bernardino: “El Tribunal del Jurado. Definición, veredicto y sentencia”, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, España, 1996, p. 78.

<sup>220</sup> Ver reportaje al ex juez español Baltasar Garzón en <http://www.juicioporjurados.org/2014/06/baltasar-garzon-destaco-la-importancia.html>. JIMENO-BULNES, Mar J.: “Lay Participation in Spain: The Jury System”, International Criminal Justice Review May 2004 vol. 14 no. 1 164-185.

<sup>221</sup> Un buen ejemplo de cómo ridiculizar a todos los miembros del jurado lo dio el veredicto del jurado en España en *el caso Gürtel*. Fue un caso muy sonado de corrupción política en el Partido Popular. La motivación obligada que le impone la ley al el jurado español en su veredicto fue objeto de la burla de todo el país por sus faltas de ortografía. El acta fue publicada en la prensa bajo el título “Un jurado con falta de ortografía” y la siguiente bajada: “El acta del jurado popular no superaría un examen de la ESO. Faltan tildes y signos de puntuación, inventa palabras y no hay concordancia”. ¿Quién quisiera ser jurado en ese país si sabe que, por exteriorizar sus razones, puede quedar expuesto a semejante escarnio? Ver la nota completa en [www.elmundo.es/elmundo/2012/01/27/valencia/1327657199.html](http://www.elmundo.es/elmundo/2012/01/27/valencia/1327657199.html)

<sup>222</sup> ESPARZA LEIBAR, Iñaki: “El veredicto...”, op. cit., p 394: “...en un 50% de los casos la motivación de las decisiones del Tribunal de Jurados es, en realidad, inexistente o, cuando menos, manifiestamente insuficiente, remitiéndose en la mayoría de los casos, de forma vaga y genérica, a las declaraciones del acusado, de los testigos o de los peritos”.

DILLEHAY R.C., BARRY-GABIER, P.J. y DAHIR V.: “La Evolución Del Jurado En Los Casos Criminales. Una comparación psicosocial del jurado americano y español”, Psicología Política, nº 20, Mayo 2000, p. 107: “Aunque es evidente que el requisito de que los jurados expliquen sus decisiones y veredictos supondría disponer de información pública importante, y de gran valor para la investigación, lo cierto es que hoy por hoy no parece posible (Thaman, 1998); dichas justificaciones pueden ser escasas, contener muy poca información, salvo una referencia a un testigo o a un hecho específico del caso que, en definitiva, revelan poco del razonamiento seguido en la decisión”.

o de “*calidad de rendimiento interno o de control externo*” del veredicto del jurado que supere a su modelo histórico, que ya lleva ocho gallardos siglos de democrática vigencia y que se expande en este mismo momento a culturas muy distintas (Argentina, Corea, Georgia). La motivación impuesta al jurado es, en realidad, un corset judicial para el ejercicio e independencia de su poder. El modelo procesal con jurado popular del *common law* no necesita de la motivación de su veredicto para tener muy superiores controles -en todas sus etapas, incluida la impugnativa- que los que poseen sus pares del *civil law*.

El procedimiento español continúa acarreado esos mismos vicios: centralización del poder en el juez y en sus burocracias profesionales y falta de controles efectiva e intensamente adversariales. Poner a motivar por escrito a sus jurados no va a lograr salvar dicho déficit de control en ningún lado. A eso le llamamos en esta tesis la sobrevaloración de la exigencia de motivación.

Esto es lo que ha quedado claro en España tras veinte años de experiencia juradista: la obstinación pertinaz del *establishment europeo continental* por querer convertir a **toda costa** al jurado lego en un cuerpo profesional que motive y que escriba en el lenguaje de los abogados del foro. Es decir, en convertirlo en algo que no es, que nunca fue y que nunca será. ¿Por qué razón este intento de *profesionalizar* a los jurados? Es una razón política, como siempre. **El veredicto libre del jurado es un trauma para Europa continental.** Sus cuerpos de magistrados y académicos se obsesionan en retener lo máximo posible el poder de juzgar a los demás, aunque oculten esta intención política tras el ropaje “*pseudo progresista*” que les brinda la motivación, exigencia exclusivamente dirigida a los jueces letrados y prohibida a los jurados.<sup>223</sup>

El intento español es otra muestra más del inconformismo cultural del *civil law* en asimilar la descentralización real del poder de juzgar.<sup>224</sup> Es un jurado dominado por el juez profesional. La última palabra la tiene siempre el juez, no el jurado. No hay casi lugar allí para el imprescindible *jury nullification* o veredicto absolutorio de conciencia del jurado. Al igual que el extraño veredicto de *no probado* de Escocia, el veredicto

---

<sup>223</sup> HARFUCH, Andrés: “*Inmotivación, secreto y recurso amplio en el juicio por jurados clásico*”, Revista INFOJUS Derecho Penal nº 3 “*Participación ciudadana en la justicia*”, Buenos Aires, 2013, p. 113.

<sup>224</sup> Véase sino el dejo de superioridad que surgen de afirmaciones como la presente, dejando como “*menos democráticos*” a los legisladores de los países anglosajones. “*El Legislador español es mucho más exigente respecto de sus ciudadanos cuando forman parte de un jurado...el ciudadano norteamericano responderá a través de un veredicto rutinario e incluso superficial, Guilty or Not Guilty, modalidad de respuesta única e inmotivada*”. ESPARZA LEIBAR, Iñaki: “*El veredicto...*”, op. cit., p. 394.

motivado español no ha sido adoptado por ningún otro país del mundo, sobre todo de Iberoamérica. Por el contrario, el jurado de la Argentina, tributaria natural del derecho colonial de la Madre Patria, se ha alejado afortunadamente de este tipo de híbridos vigilados por sus magistraturas profesionales.

### **C. Veredicto estructurado europeo**

Se denomina así al modelo de jurado que, junto a la íntima convicción de su veredicto general, incluye un pliego especial de preguntas al jurado que éste debe responder por Sí o por NO. En la práctica, funciona como un veredicto especial.

Fue la manera en que los franceses instituyeron el jury inglés tras la Revolución Francesa. Esta forma estructurada de veredicto (convertido así en especial) se extendió al resto del continente y varios países todavía lo usan. Europa ostenta actualmente países sin jurado, países con sistema escabinado y países con sistemas de jurado clásico. Y aún así, hay muchas variaciones entre ellos, al punto que, para nosotros, se incorrecto incluir dentro del ámbito del jurado clásico al jurado español y al actual jurado belga, ya que en ambos intervienen los jueces profesionales u otros funcionarios judiciales para redactar el veredicto.

#### **1. Origen**

La experiencia del juicio por jurado clásico al estilo inglés en la Francia revolucionaria fue tan fugaz como intensa. Como era de esperar, la turbulencia política y la extrema violencia que se desató en Francia entre 1789 y 1808 afectó a todas las instituciones y, muy especialmente, al jurado. El jurado clásico pasó a Francia con indisimulable semejanza al derecho inglés, pero también con notas propias que marcaron a fuego la experiencia juradista en el resto de los países del continente.

La ley procesal penal del 29 de septiembre de 1791 tuvo el inmenso valor simbólico de derogar para siempre a la Ordenanza criminal de 1670. Fue un momento único e irrepetible de la Historia, en el que el cuerpo legal más sofisticado de la Inquisición fue pulverizado por una nueva ley de la Revolución que estableció “*una instrucción preparatoria que cumplía el juez de paz de la localidad, un procedimiento intermedio ante un jurado de acusación para decidir acerca de la apertura del juicio público... y un procedimiento definitivo ante un jurado de juicio...*”.<sup>225</sup>

---

<sup>225</sup>MAIER, Julio B. J.: “Fundamentos...”, op. cit., p. 342.

Herencia directa del derecho inglés era la existencia en el proceso de dos jurados –el *Grand Jury* o jurado de acusación con sólo ocho miembros y el jurado de juicio con doce miembros que decidían mediante la íntima convicción la culpabilidad o inocencia del acusado- como así también la opción por la oralidad y publicidad del proceso intermedio y del juicio y la defensa irrestricta del imputado en él.

Sin embargo, ya se advertían notorias diferencias con el sistema de enjuiciamiento anglosajón: los jurados no emitían un veredicto general, sino que, además de declarar culpable o no culpable al acusado, **debían responder por sí o por no a una lista de preguntas que les formulaba el presidente del tribunal** (con tres jueces profesionales). Pero, además, no se exigía unanimidad al jurado, al punto que era posible condenar al imputado con siete votos.

Las leyes posteriores (el Código Brumario de 1795, el Código de 1801 y el definitivo Código de 1808) fueron el fiel reflejo de las contradicciones del proceso revolucionario y del desconcierto ante las nuevas instituciones. Estas leyes marcaron el regreso paulatino de una instrucción escrita, secreta y marcadamente inquisitiva, cuyas actas podían ser incorporadas al juicio, salvo los testimonios. Desapareció el jurado de acusación y, tras atravesar el siglo XIX, el jurado francés se convirtió en 1941 en escabinado con el régimen pro-nazi de Vichy.

## **2. Influencia francesa en el continente**

Esta apretada síntesis histórica del proceso francés demuestra que les fue imposible a los europeos continentales trasplantar íntegramente una nueva institución - que en Inglaterra llevó siglos de catártica evolución- y hacer que funcionara apropiadamente. Mirado hoy, a casi un cuarto de siglo de los acontecimientos, no podía esperarse otra cosa: al ya tensionante panorama político europeo, signado por la inestabilidad, las guerras entre republicanos y monárquicos, las ejecuciones de nobles y rivales en la guillotina, las confiscaciones de tierras y propiedades, etc, se le sumaba un dato no menor: los jueces profesionales que debían actuar en el nuevo sistema judicial de la Revolución con jurados eran los mismos conservadores jueces europeos del odiado Antiguo Régimen. No sólo que ello conspiraba contra el cambio, sino que, además, era prácticamente imposible que Europa asimilara de golpe un cambio tan estructural. Europa estuvo cinco siglos enteros hundida en la escritura y desconocía la siquiera elemental resolución de los juicios en audiencias orales y públicas. Cambiar siglos de cultura escrita y de pseudo-litigación por expediente por un jurado popular, como el

anglosajón, que debía actuar junto a la misma burocracia judicial de la época del Rey Sol sonaba a una tarea casi quimérica.

Pues bien, lo que sucedió es que la implementación del jurado clásico se instauró de todos modos, tal fue la fuerza política de la Revolución en este aspecto esencial del poder. Pero, debido a los obstáculos mencionados, a la falta de gimnasia en la oralidad, a una burocracia de jueces sumamente conservadora y a las por siglos arraigadas costumbres inquisitoriales, hubo juicios por jurados en Francia que dieron pie a terribles críticas hacia el funcionamiento del mismo.<sup>226</sup> Y eso fue determinante para el regreso de muchas de las prácticas inquisitoriales, que condicionaron decisivamente al jurado europeo continental hasta el día de hoy.<sup>227</sup>

### 3. Actualidad. Problemas.

En resumen: el jurado clásico europeo continental mantiene la íntima convicción y la ausencia de motivación; más su veredicto no sólo debe decir si el imputado es culpable o no culpable, sino que debe responder por sí o por no a una gran cantidad de preguntas que le formula el juez en las instrucciones. Dichas preguntas deberían ser de este estilo:

---

<sup>226</sup>ESMEIN, Adhémar: *“History of continental criminal procedure: with special reference to France”*, Boston, Little Brown Company, 1913, p. 447. Allí reseña los debates ocurridos en el 24 de enero de 1801 (año IX de la Revolución). Por ejemplo, gente como CHAZAL afirmaba: *“Hasta ahora, todo el mundo ha sido convocado como jurado. La función ha sido contaminada con la pasión revolucionaria. Hasta ahora, el jurado no ha sido ni el el juicio de Dios, ni el del Pueblo, ni ha sido el “palladium” de la libertad”*. *No ha sido otra cosa, por lo general, que el juicio de una colección de ignorantes”*.

<sup>227</sup> THAMAN, Stephen: *“Should criminal...”*, op.cit., p.614,615 y ss. lo resume así: *“en el mundo del civil law, la autolegitimación que tiene el jurado por su origen popular careció del prolongado e ininterrumpido pedigree del que goza en el mundo del common law. La participación de legos como jurados o escabinos se había extinguido en el continente europeo en la tardía Edad Media, cuando los procedimientos inquisitoriales escritos dirigidos en exclusiva por un juez profesional los reemplazaron.*

*Sólo con la Revolución Francesa y el Iluminismo, que criticaron la brutalidad del procedimiento inquisitivo basado en la confesión, es que comenzó a ganar influencia en el continente el sistema de common law inglés. Los franceses introdujeron el juicio por jurados y abolieron las reglas de prueba legal, permitiendo al jurado decidir en base a su íntima convicción y a que, en caso de absolución, su veredicto pusiera fin al juicio.*

*Durante el curso del siglo XIX, muchos otros países europeos tomaron el ejemplo de Francia e introdujeron el juicio por jurados, pero el nuevo jurado continental no devolvía un simple y unánime veredicto general de “culpable” o “no culpable”, como lo hacían sus pares ingleses y norteamericanos. En cambio, estos jurados rendían un detallado veredicto especial o “lista de preguntas” que contenían los elementos básicos del delito acusado y cualquier posible excusa o causa de justificación en forma individual. Se requería una mayoría para probar cada ítem como así también para resolver la cuestión última de la culpabilidad.*

*A pesar que los franceses aceptaron la libertad del jurado para evaluar libremente la prueba de acuerdo a su conciencia o íntima convicción, la forma del veredicto estructurado con una lista de preguntas permitía al tribunal ver la lógica de cómo el jurado decidió el caso. Entonces, el veredicto habilitaba al juez profesional a redactar una sentencia escrita basada en las respuestas de los jurados acerca de los hechos. El tribunal podía entonces determinar la calificación legal de los hechos esenciales que el jurado había considerado probados. Las cortes norteamericanas, por lejos, rechazaron los veredictos especiales porque permiten al juez demasiado control sobre cómo los jurados lógicamente determinan los hechos y la ley aplicable al caso”.*

*¿Llevaba el acusado un arma en su mano izquierda?; ¿Esa arma era un revólver?; ¿El acusado se fue del lugar del crimen en un Fiat color blanco?; ¿Presenció el testigo Juan Gómez el secuestro del arma?*

Parecen preguntas sencillas. Sin embargo, la realidad indica otras cosas muy distintas. Por ejemplo, en el ya comentado fallo Taxquet (CEDH, 2010, ap. 15), éstas fueron las cuatro preguntas que el presidente del tribunal le formuló al jurado para que contestara por sí o por no.

15.

*El jurado está llamado a responder a treinta y dos cuestiones sometidas por el presidente de la Corte Criminal. Cuatro de ellas concernían al demandante Taxquet; e staban redactadas como sigue:*

***"Cuestión n.25-Hecho principal***

*"Taxquet Ricardo, acusado aquí presente, ¿es culpable,*

*"Como autor o coautor de la infracción,*

*"\_*

*se a por haber ejecutado la infracción o haber cooperado directamente a su ejecución,*

*"\_*

*se a por haber, por un hecho cualquiera, prestado para su ejecución una ayuda tal que es insustancial a la infracción o no habría podido ser cometida,*

*"\_*

*se a por haber, por donaciones, promesas, amenazas, abusos de autoridad o poder; maquinación o artificios culpables, provocado directamente a la infracción,*

*"\_*

*se a por haber; se a por discursos pronunciados en reuniones o lugares públicos, sea por escritos, impresos, imágenes o emblemas cualesquiera fijados, distribuidos o vendidos, puestos en venta o expuestos a la mirada del público, provocado directamente a la infracción,*

*"De*

*haber cometido un homicidio voluntario, con la intención de provocar la muerte, sobre la persona de (A. C.), el 18/7/1991, en Lieja?*

***"Cuestión n.26-Circunstancia agravante***

*"El*

*homicidio voluntario con intención de matar indicado en la cuestión anterior, ¿fue cometido con premeditación?*

***"Cuestión n.27-Hecho principal***



*"Taxquet Ricardo, acusado aquí presente, ¿esculpable, como autor o coautor de la infracción, se por haber ejecutado la infracción o haber cooperado directamente a su ejecución, se por haber, por un hecho cualquiera, prestado para su ejecución una ayuda tal que es insustancial a la infracción no habría podido ser cometida, se por haber, por donaciones, promesas, amenazas, abusos de autoridad o poder; maquinación o artificios culpables, provocado directamente a la infracción, se por discursos pronunciados en reuniones o lugares públicos, se por escritos, impresos, imágenes o emblemas cualesquiera fijados, distribuidos o vendidos, puestos en venta o expuestos a la mirada del público provocado directamente a cometer la infracción,*

*"De haber intentado voluntariamente, con la intención de provocar la muerte, cometer un homicidio sobre la persona de (M.H.J.), el 18/7/1991, en Lieja, y la resolución de cometer el crimen fue manifestada por actos exteriores que implican un comienzo de ejecución de ese crimen y que sólo fueron suspendidos o no produjeron efecto por circunstancias independientes de la voluntad del autor?"*

### **"Cuestión n.28-Circunstancia agravante**

*"La tentativa de homicidio voluntario con intención de matar indicada en la cuestión anterior ¿fue cometida con premeditación?"*

### **16. El jurado respondió "sí" a esas cuatro cuestiones.**

Cualquier estudiante inicial de litigación oral podrá advertir lo absurdo que es este tipo de interrogatorio, desde cualquier punto de vista. En primer lugar, las preguntas nos son sobre los hechos, sino exclusivamente sobre conceptos jurídicos y formuladas en un lenguaje jurisdiccional e incomprensible. Más que jurados, parecen estudiantes de derecho recitando de memoria los artículos del Código Penal ante las preguntas de un profesor en un examen. En segundo lugar, estas son cuatro preguntas, sino más de cincuenta. En tercer lugar, son de una abstracción asombrosa y contraindicada para el carácter de los jurados. En cuarto lugar, formuladas de manera contraproducente, al punto que si fueran hechas durante el curso de un juicio, seguramente serían objetadas con éxito. Las preguntas debensersiempredesolopuntoporque, deotromodo, se corre el riesgo de nos aberra que le está diciendo que sí el testigo (en este caso el jurado).<sup>228</sup>

En el caso *Papon v France (CEDH)*, donde se juzgó a un funcionario del régimen de Vichy que trasladó judíos franceses a los campos de exterminio en Auschwitz, el jurado debió responder

---

228

LORENZO, Leticia: "Manual de litigación", Ediciones Didot, Bs. As., 2012, p.216. "las preguntas sugestivas en un contraexamen debensersiempredesolopunto. Nótese que en el párrafo anterior no formulamos la pregunta ¿Es verda d que usted usó alentes y que es o s lentess on para ver de lejos?"

ernadamenosquea;**768preguntas!**deestecalibrequeel juez, tras escuchar las partes, decidió incluir en el pliego de instrucciones finales.

Est fue el modo con que Europa continental adoptó el modelo de jurado clásico con íntima convicción. Es obvio que la amplitud del poder del jurado para determinar los hechos del caso se ve marcadamente constreñido por las preguntas que obligatoriamente debe responder ante el pedido del juez, por más que sólo deba decir sí o no. De este modo, el juez “estructura” la deliberación del jurado en base a sus preguntas, que deben ser obligatoriamente respondidas. Preguntas, además, que lejos de ser concretas, simples, sencillas y precisas, son de una abstracción incomprensible, propias de sistemas judiciales que durante siglos desarrollaron un idioma críptico, reñido con la manera común en que habla la gente normal.

Fue la única fórmula que ciertos países europeos encontraron para mantener el jurado clásico y conciliarlo con su inveterada costumbre de tener antes íntimas sentencias escritas (por más que fueran formularios con motivaciones aparentes o fictas), a un precio de resignar un mayor poder del Pueblo en la libertad de la deliberación y en la determinación de la decisión de condenar o absolver. Quedaba claro que Europa continental no estaba (¿está?) culturalmente preparada para resignar tan fácilmente el desproporcionado poder del que gozaron los jueces togados durante la Inquisición. Como si esto no bastase, y para aliviar el poder del jurado, Francia y Bélgica incorporaron jueces profesionales a la deliberación para decidir el veredicto y los interrogantes y España y Rusia, por ejemplo, permiten que los veredictos absolutivos del jurado puedan ser apelados por el fiscal. Es decir, el concepto de soberanía última del pueblo, que es consustancial al juicio por jurados y una garantía de los habitantes de no ser sometidos a un doble riesgo de condena, queda de colorado por completo.

**Síntesis:** el veredicto con interrogatorio es el modelo que adoptaron los países europeos continentales con jurado clásico (salvo la República de Georgia, que tiene veredicto general clásico). Esta especie de híbrido les permitió mantener el *status quo* en sus sistemas judiciales, a saber: la instrucción escrita fuertemente inquisitorial a cargo de un juez, la introducción por lectura al juicio de casi todas las actas, un juicio oral con jueces profesionales orientados hacia la búsqueda de la verdad con amplias facultades probatorias y de interrogación y una sentencia escrita. La fuerza rupturista del jurado en el adopción por los revolucionarios franceses fue así ilicuada con esta clase de veredicto, donde la maquinaria judicial profesional continúa a casi totales controles sobre la decisión judicial.

Nuevamente, Thaman considera correctamente al veredicto con interrogatorios lisa y llanamente una forma de veredicto especial.<sup>229</sup>

#### **4. Prohibición del veredicto con interrogatorios en Argentina y el *common law*. El juicio al Dr. Spock y la Guerra de Vietnam en 1969.**

El juicio por jurados al Dr Spock en los Estados Unidos en 1969 es el más claro ejemplo de cómo, cuanto mayor es la tensión política en un tiempo y en un país determinado, las presiones ejercidas sobre los jueces y los jurados pueden llegar a ser insoportables. En el caso del juicio por jurados, el veredicto especial o con interrogatorios de hecho en materia penal es el vehículo ideal para que el Estado pueda direccionar a los jurados y asegurarse la condena que desea. Nunca antes se había visto en los Estados Unidos, con toda su rica historia en la defensa de la libertad de conciencia de sus jurados, un caso como el del Dr. Spock. En él se pueden apreciar en toda su dimensión la magnitud del control que se ejerce sobre los jurados mediante el veredicto especial o con interrogatorios.

La década del '60 en el mundo en general, y en los Estados Unidos en particular, fue una época de grandes convulsiones. Surgieron movimientos guerrilleros en todo el Tercer Mundo y en Europa. Se produjo el mayo francés en 1968, la invasión rusa a Praga el mismo año y la Revolución Cultural de Mao en China en 1966. El ejército boliviano y la CIA mataron al Che Guevara en 1967. Fue la década en que asesinaron al Presidente John F. Kennedy, a su hermano el senador Bobby Kennedy y al líder de los Movimientos Civiles, el Reverendo Martin Luther King. Fue también la década dorada en donde afloró la nueva contracultura juvenil, el rock, los Beatles, Bob Dylan, los Rolling Stones, los hippies y la Era de Acuario, la Nueva Conciencia.

Pero también fue la década de la Guerra de Vietnam. Entre 1967 y 1969, el involucramiento de Estados Unidos en Vietnam representó un momento de extrema tensión política en la historia norteamericana. El presidente Lyndon B. Johnson aumentó dramáticamente la cantidad de tropas y expertos militares en dicha nación, sin resultados concretos a la vista. Junto a la nueva contracultura juvenil y a la penosa cantidad de jóvenes muertos, heridos y mutilados, la oposición política a la guerra se volvió una causa nacional e internacional. Multitudinarias manifestaciones contra la

---

<sup>229</sup> THAMAN, S.C.: "*Questions of fact and law in Russian...*", op cit, p. 418: "*Los europeo continentales adoptaron un tipo de "veredicto especial" compuesto de un usualmente largo y complejo listado de preguntas relativas al acto presuntamente cometido por el acusado, la intención con que los actos fueron cometidos, cualquier circunstancia que justificara, excusara, mitigara o agravara la comisión de los actos y, finalmente, en la mayoría de las jurisdicciones, relativas a la culpabilidad*".

guerra tuvieron lugar a lo largo y a lo ancho de todo Estados Unidos, con su clímax durante el Festival de Woodstock en agosto de 1969. Allí, ante una extasiada multitud de medio millón de jóvenes, el cantante *Country Joe McDonald* llamó a la abierta rebelión a la conscripción obligatoria bajo la consigna F.U.C.K. Acto seguido, entón junto a la multitud la ya célebre canción antibélica “*Me siento como si me preparase para morir*”.<sup>230</sup>

En efecto, en 1967 se dictó la Ley de Enrolamiento que impuso la conscripción obligatoria para ir a Vietnam. La norma disponía que todo joven debía llevar su tarjeta de enrolamiento consigo. Miles de muchachos se negaron a ir a la guerra y, como muestra de su objeción de conciencia, organizaron colectas nacionales de dichas tarjetas para quemarlas en las plazas públicas o devolverlas a las autoridades.<sup>231</sup>

El país ardía. Los Halcones norteamericanos (el así llamado *complejo militar-industrial*) querían enviar más y más tropas para terminar el conflicto. La juventud, sus madres y los intelectuales más liberales se oponían a la escalada bélica de una guerra que consideraban inmoral, inconstitucional e injustificada.

El Dr. Benjamin Spock sorprendió a todo el país al involucrarse personalmente en la causa antibélica. Para darnos una idea, Spock era el pediatra más mediático y conocido del país. Con él crecieron generaciones enteras de madres y familias estadounidenses entre los años '40 y los '60. Adorado y respetado por el pueblo, “*El Libro del Sentido Común para el Cuidado de los Bebés y los Niños*”, que él escribió en 1946, se convirtió en un best-sellermundial sólo superado por la Biblia.<sup>232</sup> Tal era su fama. Profundamente conmovido y consternado al ver cómo “*sus niños*”, sus pacientes de ayer a los que él cuidó y ayudó crecer eran hoy muchachos convertidos en soldados, obligados a matar y morir en la selva de Vietnam, se unió abiertamente a proveerles todo el apoyo político, moral y financiero que pudo para resistir el enrolamiento. Junto con el Reverendo William Sloane Coffin Jr. y otras personalidades más, firmó el documento titulado “*Un Llamado para Resistir a la Autoridad Ilegítima*”. Habló en grandes marchas y actos por la paz a lo largo y ancho de todo el país, en donde los

---

<sup>230</sup>“*I-Feel-like-I'm-fixin'-to-die Rag*”, compuesto en 1967 por Country Joe McDonald. Ver ese irreplicable momento en Woodstock, 1969, con la letra en castellano en <https://www.youtube.com/watch?v=c9E6dAKsH7Y>

<sup>231</sup> En un tramo de la película y ópera rock “*Hair*”, de Milos Forman (1979), se advierte a varios hippies quemar sus órdenes de enrolamiento.

<sup>232</sup> Vendió 50 millones de libros en 39 idiomas en todo el mundo hasta la fecha. Su revolucionario mensaje a todas las madres fue «*Usted sabe más de lo que cree*». Sus ideas acerca del cuidado infantil permitieron a varias generaciones de padres ser más flexibles y afectuosos con sus hijos, y a tratarlos como individuos.

jóvenes quemaban sus tarjetas de enrolamiento. El Gobierno ya lo tenía entre ceja y ceja hasta que, el 16 de octubre de 1967, un proyecto de devolución simbólica y quema de dichas tarjetas tuvo lugar en la calle de la iglesia de Arlington, en Boston. El Gobierno respondió rápidamente deteniendo y procesando al Dr. Spock y a otros líderes por el cargo de conspiración por aconsejar, incitar y ayudar a la evasión del servicio militar.

El juicio por jurados -de gran repercusión mediática y política en todo el país- se llevó a cabo en la corte del distrito de Massachusetts, en Boston. Fue popularmente conocido en Estados Unidos como *Los 5 de Boston*. El Gobierno necesitaba un fallo ejemplarizador para desalentar por completo la rebelión al servicio militar. Los acusados y varios de los manifestantes anti-enrolamiento, por su parte, esperaban con ansias el juicio para exponer en corte abierta la inmoralidad y la ilegitimidad de la guerra de Vietnam.

Sin embargo, fue designado para presidir el debate el polémico juez Francis J. W. Ford. El juez Ford les impidió tajantemente a las defensas hablarle al jurado de la ilegalidad de la Guerra de Vietnam, al punto tal que muchos observadores y periodistas lo vieron como demasiado inclinado hacia la fiscalía y al Gobierno.<sup>233</sup>

Lo primero que hizo el fiscal fue usar sus recusaciones sin causa para excluir del jurado a las pocas mujeres que habían salido sorteadas. Sabía perfectamente que las madres eran un potencial peligro para la teoría del caso del Gobierno en ese jurado. El jurado íntegro quedó formado entonces por varones.

Luego de finalizada la prueba y los alegatos de clausura, el juez Ford comenzó con sus instrucciones al jurado. Les pidió que decidieran sobre un veredicto general; esto es, un veredicto de *culpable* o *no culpable* por los delitos imputados y les explicó, como era de rigor, los elementos típicos de cada figura penal en juego. Hasta aquí, nada anormal.

Sin embargo, lo increíble sucedió. Algo que shockeó a todos los presentes y al sistema judicial del país. **Al advertir que el juicio se encaminaba hacia una absolución**, el juez Ford **-de oficio y por su cuenta-** instruyó al jurado para que, una vez que determinaran su veredicto general, **respondieran a un interrogatorio con diez preguntas.**

Estas diez preguntas estaban referidas a determinaciones subyacentes de los hechos. Veamos sólo la primera, a título de mero ejemplo:

---

<sup>233</sup> Ver el artículo del New York Times, "*Juez prohíbe hablar en el juicio al Dr. Spock de la legalidad de la Guerra de Vietnam*", The New York Times", Abril 17, 1968.

*1) ¿Encuentra el Jurado, más allá de toda duda razonable, que los acusados ilegalmente, con conocimiento y voluntad, conspiraron para asesorar a los conscriptos y enrolados del Servicio Selectivo para que, con conocimiento y voluntad, se negaran y evadieran el servicio de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos en violación al artículo 12 de la Ley de Servicio Militar Selectivo de 1967?"*

Como estas, hubo nueve preguntas más. El Dr. Spock y los acusados objetaron enérgicamente este veredicto especial con interrogantes, con base en la sorpresa y en la prohibición del *common law* en materia penal para esta clase de prácticas. Todo resultó en vano. No hubo una audiencia previa con las partes para anotarlas de esto y eventualmente oponerse, algo increíble para esa época. Era un regreso a las prácticas de los Tudor en la Inglaterra de 1536 en pleno siglo XX, lo cual sólo se explica por la inmensa presión política por obtener una condena. Es más, hay autores que sospechan que las diez preguntas especiales al jurado fueron confeccionadas por el juez Ford en colaboración con la fiscalía.<sup>234</sup> El jurado se retiró a deliberar y volvió con los interrogantes respondidos y con veredictos de culpabilidad para cuatro de los cinco acusados, incluyendo al Dr. Spock. Todos ellos fueron condenados inmediatamente a dos años de prisión, ante la indignación general y la satisfacción del Gobierno.

Las apelaciones no tardaron en llegar. Como era de esperar, el argumento principal fue pedir la revocación de las condenas por la conducta impropia del juez al imponerle al jurado la respuesta a un pliego de interrogatorios prohibido por el *common law* y las leyes. Esas preguntas interfirieron en la libertad del jurado de organizar sus propias deliberaciones y de decidir de manera independiente sobre el veredicto general, ya que el juez les exigió que les prestaran mucha atención a ellas. En la visión cultural del *common law*, eso significa una intromisión inconstitucional en jurisdicción exclusiva del jurado. Por las entrevistas posteriores que se les hicieron a los jurados, resultó evidente la influencia determinante que ellas tuvieron para la condena.<sup>235</sup>

Uno de ellos dijo:

*"[N]uestro deber estaba claro como el agua. Fuimos instruidos por el juez para que tomáramos nuestras decisiones sobre la base de nuestras determinaciones. Luego de las instrucciones del juez, era tan obvio para nosotros -como para cualquier otra persona- que ellos eran culpables de los cargos."*

---

<sup>234</sup> DERSHOWITZ, Alan (Septiembre 14, 1969). "Eran virtuales desconocidos, y aún así el Gobierno los acusó de conspiradores; Reseña del juicio al Dr. Spock", por Jessica Mitford, The New York Times. Ver también, LANG, Daniel: "El juicio al Dr Spock". The New Yorker, Septiembre 7, 1968.

<sup>235</sup> Todas ellas en el libro de MITFORD, Jessica: "The Trial of Dr Spock", McDonald & Company, Estados Unidos, 1969.

Otro jurado expresó:

*“Yo supe que eran culpables cuando fuimos instruidos por el juez. Yo no lo sabía **hasta antes** de ese momento... Yo estaba completamente de acuerdo con los acusados, hasta que fuimos instruidos por el juez. **Fue el beso de la muerte**”.*

La Corte Federal de Apelaciones, en un pronunciamiento que entró en la historia de la jurisprudencia estadounidense, admitió los agravios, revocó las condenas y absolvió a Spock y a casi todos los acusados y ordenó un nuevo juicio contra dos de ellos. La contundencia de este fallo fue tan grande que la fiscalía no sólo no apeló ante la Corte Suprema de Justicia Federal, sino que abandonó los cargos contra los dos restantes.

¿Cuál fue la doctrina de la Corte Federal de Apelaciones?

Los párrafos más importantes de este fallo<sup>236</sup> -*leading case* mundial sobre el tema- son los que siguen a continuación:

*43. La presentación de preguntas al jurado es cosa de todos los días en los casos civiles. Pero en los casos penales, fuera de una zona estrecha, especial, el Gobierno no sólo que no puede invocar ni un sólo precedente, sino que se enfrenta a un formidable despliegue de objeciones.*

*44. En materia penal existe un profundo trasfondo de razones. Para decirlo de manera simple, el derecho a ser juzgado por un jurado conformado por sus pares, derecho finalmente arrancado al Rey, **no tendría el más mínimo sentido si los jueces del Rey pudieran anticipar la decisión.** *Bushel's case*, 124 Eng.Rep. 1006 (C.P.1670). **En el ejercicio de sus funciones, no sólo es necesario que el jurado tenga el control directo de su veredicto, sino que también se encuentre libre de la presión judicial, ambos contemporáneos y consecuentes.***

*45. “Es una de las características más esenciales del derecho al juicio por jurados que ningún jurado debería ser obligado a rendir sino un veredicto general en los casos penales, y que la eliminación de esta garantía violaría su diseño y destruiría su espíritu.”*

*47. “El sometimiento de interrogatorios especiales, cuyas respuestas acompañan el veredicto general, comenzó como un esfuerzo para que un jurado ilustre o enseñe sus razones”.*

*49.- “Hacerle preguntas especiales al jurado se podría decir que atenta contra su poder de deliberar libre de restricciones legales; contra su poder de arribar a un veredicto general sin tener que apoyarlo con razones o con un reporte de sus deliberaciones; y contra su poder para obedecer o desobedecer las instrucciones del juez. Más aún, **cualquier limitación o***

---

<sup>236</sup>416 F. 2d 165 - United States v. Spock, 1969.

***modificación de esta institución restringiría en parte su histórica función, que es la de atemperar las leyes de derecho con el sentido común que traen a consideración y que ejercen sobre los hechos de un caso específico".***

*51. Estamos preocupados... ante el sutil, o tal vez abierto, efecto directo que el responder a las preguntas especiales pueda tener sobre la conclusión final del jurado. **No hay manera más fácil de alcanzar, y tal vez de forzar, un veredicto de culpabilidad que aproximarse a él paso a paso.** Un miembro del jurado, que desea absolver el imputado, puede ser formalmente convertido. Mediante una progresión de preguntas, cada una de las cuales parece requerir una respuesta desfavorable al acusado, un jurado renuente puede ser conducido a votar a favor de una condena a la que, en gran medida, se hubiera resistido. El resultado puede ser acompañado por una mayoría del jurado, pero su curso ha sido iniciado por el juez y direccionado por él a través de la trama de sus preguntas.*

*54. Al tope de estas consideraciones se destaca el principio de que al jurado, como la conciencia de la comunidad, debe permitírsele mirar a algo más que la lógica. De hecho, éste es el principio sobre el que comenzamos nuestra discusión. De no ser así, no habría razón alguna para prohibir un veredicto direccionado por el juez **en contra de un acusado** en un caso criminal, como sí se lo permite en uno civil. Las garantías constitucionales del debido proceso y el juicio por jurados exigen que al acusado en materia penal le sea reconocida la protección completa a un jurado libre de restricciones, sean éstas directas o indirectas. Ver *Morris v. Estados Unidos*, 9 Cir., 1946, 156 F. 2d 525.*

Y el final, memorable. Un hito de la justicia norteamericana:

*57. No nos oponemos necesariamente a los nuevos procedimientos meramente porque sean nuevos; sin embargo, deberían ser adoptados con sumo cuidado. Cf. *Gray. v. Estados Unidos*, supra, 924 ("No es la función de los tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia el introducir innovaciones al procedimiento penal."). **No hace falta mucha imaginación para darse cuenta que el presente caso debería ser el último, y no el primero, en embarcarse en la práctica de someterle al jurado, junto con la cuestión general, las contestaciones a preguntas especiales del jurado en un caso penal, sin ninguna significativa razón.** Aquí, como hemos señalado, por más que se pudiera concluir que algunos de los acusados sobrepasaron los límites de la libertad de expresión, la cuestión en juego era -por excelencia- precisamente una de aquellas en la que un jurado debería determinar o no -de manera discrecional- la aplicación de un estándar comunitario o de conciencia.*

Como hemos visto ya en los puntos anteriores, y recogiendo esta larga historia de descentralización del poder punitivo, las leyes de jurado de Argentina prohíben tajantemente el veredicto especial o con interrogatorios de cualquier clase en materia penal.



Este fallo es una muestra, además, de la falacia con que los motivacionistas radicales atacan al veredicto del jurado clásico. Nada impidió ni a la defensa ni a la corte revisora ejercer un control amplísimo sobre los hechos, el derecho penal, procesal, constitucional y la prueba **y lograr la revocación de un veredicto de culpabilidad de un jurado**. Veremos este punto con amplitud al explicar los veredictos arbitrarios o manifiestamente contrarios a la prueba del juicio. De nuevo, la máxima de esta tesis: lo más importante no es la motivación escrita del veredicto; lo más importante es el mayor control posible de partes sobre todo el proceso. El *common law* logró estructurar con los siglos un proceso de muy superior calidad garantista al del *civil law*. Allí las partes tienen el mayor control posible sobre todas sus fases, sin necesidad alguna de imponer motivación a los veredictos de sus jurados.

#### **D. Veredicto alternativo o por delito menor incluido**

Como vimos, el juez necesariamente debe instruir al jurado -con previa discusión con las partes en la audiencia de elaboración de las instrucciones- acerca del delito principal y los delitos menores necesariamente incluidos en ella.

Quien debe definir esas cuestiones por mandato constitucional es el jurado, conforme la jurisprudencia de siglos de los países con este tipo de jurados (tanto del *common law* como del *civil law*). No hacerlo así y reservándose el juez el poder de decidir él a título de qué delito responderá el acusado no sólo es ridículo, contradictorio e ilógico con las determinaciones del jurado y su funcionamiento de siglos, sino que constituye una usurpación inconstitucional de su función.

La leyes de jurados argentinas claramente establecen que, en sus instrucciones finales, el juez debe explicarle al jurado los elementos del delito acusado y las defensas realizadas por los abogados (que pueden consistir en delitos menores, como por ejemplo un homicidio simple o preterintencional, etc). El juez se las explica al jurado para que sea el jurado quien las decida y así debe estar confeccionada apropiadamente la boleta de veredicto. Conjuntamente con esa explicación, el juez, si la prueba lo justifica, debe explicarle al jurado cuáles son los delitos menores necesariamente incluidos en la calificación principal del fiscal.

Veamos lo dispuesto por el Tribunal Supremo de Puerto Rico:

*[3] No debe perderse de vista que el derecho constitucional a juicio por jurado que tiene en nuestra jurisdicción toda persona que es acusada de la supuesta comisión de delito grave -e inclusive, en ciertas circunstancias, de delito menos grave- necesariamente implica y conlleva que ese jurado será*

*el que actúe en el proceso como "juzgador de los hechos". Ello significa que será ese jurado el que tenga la "última palabra" no sólo en cuanto a la culpabilidad o inocencia del imputado del delito sino que será el que determine -en caso de entender que el acusado incurrió en responsabilidad en relación con los hechos que se le imputan- **el delito en específico, o el grado del mismo, por el cual éste debe responderle a la sociedad.***

*[4] Ello, naturalmente, requiere que el jurado sea correctamente instruido por el juez que preside el proceso. Debido a todo lo anteriormente expresado es que nuestro ordenamiento tiene como principio rector -según lo expresáramos en Pueblo v. González Colón, 110 DPR 815 (1981)-que **"las instrucciones al jurado deben cubrir, si la prueba lo justifica, no sólo los elementos de delitos inferiores al delito imputado o comprendido dentro de éste, sino también los elementos esenciales de las defensas levantadas por el acusado, así como los puntos de derecho que bajo cualquier teoría razonable puedan estar presentes en las deliberaciones, aunque la prueba de defensa sea débil, inconsistente o de dudosa credibilidad"**.*<sup>237</sup>

Sintéticamente, el veredicto alternativo (denominación inglesa) o por delitos menores incluidos (denominación norteamericana) puede ser definido como la facultad soberana del jurado de apartarse del pedido fiscal de condena por los cargos imputados (si considera que no están probados) y, en cambio, declarar culpable al acusado por un delito más leve, siempre que éste se halle incluido en el cargo original y haya prueba de él.

Desde tiempos muy remotos y en cualquier civilización, cuando el pueblo era llamado a juzgar un asunto, siempre dejó lugar a la indecisión de justicia al tomar la decisión. Y no fueron pocas las veces en que ese sentido de justicia comunitario entraba en abierta colisión con lo que los factores del poder establecido y con lo que los propios acusados esperaban. Desde este punto de vista, no hubo experiencia más importante y perdurable en el tiempo que la del jurado inglés y sus veredictos alternativos.

El veredicto alternativo ofrece muchas lecturas posibles. Puede ser descrito como el garante de la unanimidad, su mejor facilitador. El punto intermedio entre una absolucíon y la severa condena reclamada por el acusador. Puede ser considerado como el instrumento mediante el cual el jurado decide no sólo los hechos, sino que le fija al juez el límite de la pena. Es decir, la propia consecuencia jurídica. También puede verse como un instrumento de equilibrio político,

---

<sup>237</sup> Tribunal Superior de Justicia de Puerto Rico EL PUEBLO DE PUERTO RICO, apelado, v. PABLO S. CRUZ CORREA, acusado y apelante. Número: CR-87-39 Resuelto: 11 de mayo de 1988.

que libera al sistema judicial de las tensiones a la que se ve sometido por las posturas extremas de los abogados (vgr, opresión perpetua o absolución).

No cabe ninguna duda que este momento fundamental del juicio por jurados fue uno de los factores que aseguró su supervivencia y el que le permitió en contras de soluciones prácticas, flexibles y moderadas para casos extremadamente complejos de altísimo impacto social, que difícilmente resisten las visiones maniqueas de “*atodoonada*”.

El veredicto alternativo tiene esa denominación en Inglaterra y en los países del Commonwealth, pero pasó a los Estados Unidos bajo el nombre inglés de “*lesser included offences*” (*delitos menores incluidos*).

El poder del jurado para condenar por un delito menor no incluido proviene, como no podía ser de otra manera, del *common law* y no de la ley. Es decir, de los continuos precedentes jurisprudenciales de los siglos que son el origen de las leyes posteriores en los países anglosajones. Las leyes que ahora analizamos podrían no existir y, sin embargo, un juicio por jurados enteramente llevado a cabo perfectamente y sin ningún obstáculo, citando tan sólo los antecedentes jurisprudenciales.

El veredicto alternativo nació indiscutidamente del *common law* y aún hoy así lo considera, más allá de las actuales regulaciones legales.<sup>238</sup>

Pero, como provenimos de un entorno cultural que finca exclusivamente en la ley la obligatoriedad de sus disposiciones, veremos en particular cómo se regula la cuestión en los Estados Unidos y en Puerto Rico.

La Regla 31 del Procedimiento Federal Criminal de EE.UU regula todo lo relativo al veredicto del jurado (unanimidad, pronunciamiento en corte abierta, comprobación, un veredicto por cada acusado y cada hecho, etc). En su inciso (c), se refiere específicamente a este punto.

### *Regla 31 PFC*

*(c) Delito menor o tentativa: un acusado puede ser declarado culpable de cualquier de los siguientes cargos:*

*(1) un delito necesariamente incluido en el delito por el cual fue acusado;*

*(2) tentativa de comisión del delito acusado; o*

---

238

Tomemos, por caso, el fallo en Australia *Pemble v The Queen* (1971) 124 CLR 107. Allí se regula profusamente el veredicto alternativo del mismo modo en que lo está en el resto del Commonwealth.

(3) *tentativa de comisión de un delito necesariamente incluido en el delito por el cual fue acusado, siempre que es tentativa de un delito de derecho propio.*

En similares términos se expresan las Reglas de Puerto Rico.

*Regla 147. JURADO; VEREDICTO; CONDENA POR UN DELITO INFERIOR*

*El acusado podrá ser declarado culpable de la comisión de cualquier delito inferior necesariamente comprendido en el delito que se le imputa; o de cualquier grado inferior del delito que se le imputa; o de tentativa de cometer el delito que se le imputa o cualquier otro delito necesariamente comprendido en él, o de cualquier grado que el mismo tenga, si la tentativa constituye, por sí misma, un delito.*

Y así también se expresan, casi en similares términos, las reglas de procedimiento del resto de los países del *common law*. Esta buena práctica ya se ha instalado afortunadamente en la Argentina (con ley o sin ella).<sup>239</sup>

### **1. Definición legal. El concurso de delitos y la “merger doctrine”.**

Un veredicto alternativo se da, entonces, cuando una persona puede ser hallada culpable por un delito menor incluido en la ofensa más grave o la tentativa de éste. Si el delito más grave no pudo ser probado, el jurado puede condenarlo por un delito menor -siempre que esté incluido en él- o la tentativa de éste.

En el mundo del *common law* se conoce a esta teoría como “*merger doctrine*”. Literalmente, “*merger*” significa “*fusión*”. Legalmente, en cambio, es nuestra conocida teoría del concurso (ideal y aparente) de delitos.

La “*merger doctrine*” es unánimemente señalada por los procesalistas anglosajones como el resguardo contra el *double jeopardy*, del mismo modo en que las reglas del concurso en nuestro margen jurídico previenen de los peligros del *ne bis in idem* (prohibición de persecución penal múltiple). Permite solucionar y evitar los problemas de una doble persecución penal, en aquellos casos en donde el acusado incurre en la comisión de uno o más “delitos” distintos dentro de un mismo “hecho histórico”.

El test para determinar cuándo una figura está incluida en un delito más grave es el siguiente: el delito más grave no podría haber sido cometido sin también cometer el delito menor. Ejemplo: quien mata a su padre (homicidio calificado art 80 CP argentino), también está matando a

---

<sup>239</sup> Ver supra, ítem 1.1.2.2.1. Propuestas por delitos menores incluidos. Allí está expresamente en las leyes de jurado de Chaco y Río Negro. Y se practica con normalidad, aún sin ley expresa, en Buenos Aires y Neuquén.

tro(homicidiosimpleart79CPargentino)ytambiénincluyealoshomicidiosatenuados(art81CPargentino).<sup>240</sup>Y todosellosincluyenal tentativa de homicidio.

Un jurado puede entonces decidir rechazar el cargo más grave e inclinarse por alguno de estos incluidos.

El veredicto alternativo es utilizado con mucha frecuencia en el mundo anglosajón en los casos de homicidio, donde quizá hay insuficiente evidencia para condenar por asesinato, pero puede que dicha prueba sea suficiente para condenar por un delito de homicidio involuntario o culposo (en inglés, *manslaughter*). Otros casos muy frecuentes de delitos menores incluidos son el que existen entre el hurto y el robo. La figura del hurto está siempre incluida en la figura del robo, ya que a éste se lo define como un hurto al que se le suma la fuerza en las cosas o la violencia sobre las personas. Y así sucesivamente con las formas agravadas o atenuadas de ambas figuras. Por lo tanto, un jurado puede hallar al acusado no culpable del hecho de robo imputado por el fiscal, pero lo declara culpable de hurto como cargo alternativo menor incluido en el robo o por violación de domicilio (también incluido en ambos).

## 2. La tentativa como cargo incluido

Según la práctica corriente del derecho anglosajón (receptada legalmente), quien comete un homicidio, también comete tentativa de homicidio. Quien comete un delito X, también comete tentativa de ese delito, si es que éste admite la forma tentativa.

Esta es la lógica y la parte más peculiar de este instituto anglosajón. Quizá la que más chocara con nuestra cultura penal de estricta legalidad, pero de la cual jamás podrá decirse que no es armónica con el principio constitucional de aplicación restrictiva de la ley penal y del principio de subsidiariedad o último ratio como contención o límite del poder punitivo.

La persona que consuma un homicidio necesariamente ha pasado con éxito las sucesivas fases de la tentativa.<sup>241</sup> De modo tal que, para esta visión, quien comete un homicidio también ha cometido tentativa y ésta está incluida e indiscutidamente dentro de todas las not típicas de homicidio. De allí que, si el jurado decide que el castigo justo que le corresponde al imputado excede largamente el mínimo previsto en el homicidio, podrá atemperar la pena y decidir que se lo condena por tentativa de homicidio.

---

<sup>240</sup> MAIER, Julio: “Fundamentos”, opcit., p.571.

<sup>241</sup> A favor de esta postura, RUSCONI, Maximiliano: “Derecho penal. Parte general”, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2009.

Y en nuestro derecho es exactamente igual. Julio Maier advierte la misma cuestión con gran claridad.<sup>242</sup>

### 3. Límites del veredicto alternativo

Al igual que en todas partes del mundo, sin importar si se trata de países del *common law* o del *civil law*, lo que se juzga en un juicio es un hecho, definido este como el acontecimiento histórico singular sucedido en sus circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Es decir, de ninguna manera puede confundirse, como tantas veces se lo confundió, al hecho histórico con la subsunción jurídica (*nomen iuris*) que se le atribuye al mismo. Hecho y delito no son lo mismo, para decirlo en términos más sencillos.

Esa es el hecho histórico singular que el acusador califica legalmente como constitutivo de un delito específico y esa es el mismo hecho histórico que el jurado podrá atribuirle un veredicto alternativo por un delito menor incluido. El jurado de ninguna manera podrá apartarse del hecho histórico material del juicio al elegir una figura menor, quizás parecida y hasta conexas, pero de modo alguno incluida en la ofensa principal.

Y estos son los casos problemáticos que pueden presentarse, tanto en el derecho anglosajón como en el latinoamericano, cuando, como lo han expresado tantos autores como Julio Maier, las figuras son **secantes**, es decir, cuando los elementos de un año están íntegramente incluidos en la otra. Dicho autor incluye dentro de esta categoría a las variaciones entre la violación y distintos otros supuestos de ataques a la integridad sexual. También, y diferenciándose del *common law*, **aladiferencia entre dolo y culpa**.<sup>243</sup>

Cuando estos problemas se presentan, se deberá determinar si esas figuras están incluidas o no. (En la terminología legal inglesa sería, “*if they merge or they don't merge*”).

Y cuando ello sucede, en realidad estamos hablando de otro hecho histórico que, para poder ser decidido por un jurado, deberá haber sido previamente imputado y probado con prueba

---

<sup>242</sup> MAIER, Julio: *Fundamentos* opcit, p.573. “Un caso similar está constituido por las infracciones progresivas (por ej, las lesiones y sus diversos grados y el homicidio), equiparables también a la progresión existente entre los delitos básicos, los agravados y los privilegiados, resolviéndose los casos polémicos con los criterios antes expuestos. **De estos criterios también participan la consumación, la tentativa**, la autoría y las diversas clases de participación”.

<sup>243</sup> MAIER, Julio: *Fundamentos*, opcit. p.575: “La imputación dolosa y la culposa, aunque se refieren a un mismo resultado (por ej., homicidio) no son fungibles, como si fueran infracciones progresivas, según algunos pueden creer. No puede pasarse sin más, de la infracción dolosa a la culposa, pues significan la descripción de hechos distintos, por más que el resultado sea idéntico...”

separada para cada uno por el fiscal en una acusación alternativa, que no es lo mismo que el veredicto alternativo o por delito menor incluido. Es otro cargo, otro hecho, que necesitará otro formulario de veredicto.

#### 4. Veredicto alternativo e instrucciones del juez

Resultan entonces fundamentales las explicaciones que el juez deberá impartirle al jurado antes que éste se retire a deliberar.

Veamos, por ejemplo, qué dice al respecto la Comisión Judicial de Nueva Gales del Sur en Australia, a lesbozar una especie de manual de instrucciones sugeridas a un juez para explicarle a un jurado el poder que tienen de condenar por un delito más leve y ciertas advertencias:

*“Es una decisión puramente exclusiva de ustedes, el jurado, el cómo abordar la tarea de determinar el veredicto o los veredictos que rendirán sobre el cargo principal de la acusación o cualquier otro cargo alternativo disponible en su consideración. Por supuesto, si ustedes no están satisfechos con la labor de la fiscalía por que no les ha aprobado, más allá de toda duda razonable, todos los elementos necesarios del delito principal, entonces ustedes están obligados a declarar al acusado **no culpable** por ese cargo. Pueden entonces deliberar acerca de si la fiscalía les ha aprobado, más allá de toda duda razonable, todos los ingredientes necesarios de los cargos alternativos que están abiertos para vuestra consideración. Tal como se los he indicado, los elementos del delito principal y de los alternativos no son idénticos. Si ustedes se encuentran que la fiscalía les ha aprobado, más allá de toda duda razonable, cada uno de los elementos de los cargos alternativos, entonces pueden declarar culpable al acusado por el delito alternativo o cualquier otro de ellos.*

*Sin embargo, los instruyo para que no vean en la posibilidad de un cargo alternativo una invitación a acordar vuestro veredicto. Por ejemplo, estaríamuy mal que ustedes decidieran hallar culpable al acusado del cargo alternativo (o de alguno de ellos), simplemente porque algunos de ustedes lo consideran culpable del cargo principal, pero otros no están tan de acuerdo y por eso vuelvan con un veredicto de no culpabilidad por ese cargo. Eso sería injusto y contrario a vuestro juramento si, en esas circunstancias, decidieran ir del punto muerto condenando al acusado por el delito menor alternativo”.*<sup>244</sup>

Pero, debido a la larguísima tradición de los veredictos alternativos o por delitos menores incluidos, firmemente asentada en la cultura popular del jurado, el juez automáticamente los instruye conforme a los manuales estandarizados que ya existen desde hace casi 50 años en el *common law*.

#### 5. Requisitos del veredicto alternativo o por delitos menores incluidos

---

<sup>244</sup> Reglas del Estado de New South Wales, Australia.

En los países anglosajones, el veredicto alternativo puede ser decidido por el jurado si ya aparece en el escrito de acusación del fiscal, o si ya está previsto como figura penal alternativa por el *common law* si está contemplado expresamente como tal en la ley penal.

Es decir, la disponibilidad para el jurado de uno o varios cargos alternativos incluidos proviene de estas tres posibles fuentes.

## 6. Futuro en Argentina y América Latina

Las leyes argentinas de jurado, como hemos visto, regulan cuidadosamente al veredicto por delitos menores incluidos y ya lo practican con éxito. No hay duda alguna que cualquier discusión acerca de si el delito está o no incluido sucederá necesariamente en el momento en que el juez se reúna con las partes en privado para definir las instrucciones y **las propuestas de veredicto**. El juez deberá decidir allí mismo si la alternativa es viable o no, con seguridad para las partes para eventuales recursos.

Es absolutamente posible que un defensor, sin apartarse un ápice de su estrategia de reclamarle al jurado la inocencia de su cliente porque no es el autor del hecho de homicidio calificado, le pida al juez que, cuando instruya al jurado, le informe que están incluidos en esa figura penal la tentativa, el homicidio simple y, según muchísimos otros autores, el homicidio culposo.

El ejemplo queda Julio Maier acerca de que el homicidio culposo no está incluido dentro del homicidio doloso es sumamente discutido. De hecho, prácticamente todo el mundo del *common law* piensa lo contrario y, por ello, un jurado puede dictar un veredicto alternativo de homicidio culposo en vez del homicidio simple doloso que le planteó el fiscal.<sup>245</sup>

El juez, si hace lugar a lo que el fiscal o el defensor le han pedido sobre el informe al jurado de los veredictos alternativos posibles, deberá explicarle al jurado clara y sencillamente cada una de esas figuras legales y cómo se prueba cada una de ellas.

Finalmente, y a título de ejemplo, si un fiscal lleva a juicio a una persona y la acusa por un hecho de homicidio calificado, el formulario que deberá de veredicto del jurado deberá reflejar las siguientes propuestas:

- a) *Culpable de homicidio calificado.*
- b) *Culpable de homicidio simple.*
- c) *Culpable de homicidio culposo.*
- d) *Culpable de tentativa de homicidio calificado.*

---

<sup>245</sup> Ver el ya citado fallo de la Suprema Corte de Justicia de Australia, *Pemble v R* [1971] HCA 20; 124 CLR 107. Este fallo revocó la condena del jurado por homicidio doloso y condenó por homicidio culposo.



- e) *Culpable de tentativa de homicidio simple.*
- f) *No culpable.*

Cuando más adelante veamos el caso “*Ludmila*” en Córdoba, en la cual los jurados votaron en contra de la pena fija de prisión perpetua del homicidio agravado de Argentina, comprenderemos el valor inestimable que para una solución justa hubieran tenido las propuestas alternativas.

## § 2. Otras clases de veredicto (límites, impugnación, coherencia interna)

### A. El veredicto direccionado. Veredicto Rechazado por el Juez

Los casos de William Penn y de John Peter Zenger representan el momento de máximo esplendor del jurado, que duraría hasta bien entrado el siglo XIX. Hasta cerca de 1850, los jurados ejercieron el considerable poder que supieron arrancarles a los monarcas y gobernantes.<sup>246</sup> Decidían los hechos, el derecho aplicable (a partir de las instrucciones del juez), no podían ser más multados ni castigados por sus veredictos y tenían la última palabra sobre la decisión. Estos atributos se mantienen todos hasta el día de hoy pero, circa 1850, comenzaron a surgir muy lentamente nuevos controles sobre el jurado, especialmente en los Estados Unidos.

¿Queremos decir con esto que los jurados carecían hasta el momento de controles? En absoluto. El corazón de esta tesis es demostrar que el juicio por jurados, por su propio diseño esencial, **siempre** estuvo sometido a controles muy grandes y que hoy son aún más intensos que lo que pueden mostrar los sistemas profesionales con motivación: el jurado siempre dependió de un litigio público y adversarial de partes, de un juicio con continuidad, inmediación y concentración de actos procesales, de Reglas de Evidencia muy precisas que indicaban qué pruebas podían valorar y cuáles no, de un juez imparcial no comprometido con el veredicto, de recusaciones amplias a los jurados, de instrucciones del juez sobre la ley aplicable y de una gran deliberación colectiva, producto de la exigencia de unanimidad y de su gran número de doce. Esto ya de por sí representaba un gran control sobre los veredictos del pasado. Con el tiempo, se perfeccionarían los anteriores y se irían agregando todavía más, como los estándares

---

<sup>246</sup> LARSEN, Joan: “*Ancient...*”, op.cit., 2010, p. 7: “*El poder para determinar la ley convertía a los jurados en una fuerza formidable*”.

NELSON, Williams E.: “*Summary Judgment and the Progressive Constitution*”, 93 Iowa L. Rev. 1653, 1660 (2008). Al hablar específicamente del jurado civil, sostiene que “*mediante la preservación de poderosos jurados que determinaban la ley y los hechos, la 7ª Enmienda protegió a las comunidades locales de la Metrópolis y del Gobierno Central*”.

probatorios, la comprobación del veredicto o *polling*, las crecientes reglas de ética profesional de la abogacía, los modos de subsanar el descubrimiento de prejuicios y una revisión cada vez más generosa en apelación.

Volvamos al pasado. Particularmente en Inglaterra, y aún luego del caso Penn, los jueces siempre retuvieron para sí el *summing-up* o el poder de resumirles los hechos del caso ante el jurado. Esto es un gran poder sobre el jurado y hasta el día de hoy es una herramienta de gran control.<sup>247</sup>

Los Estados Unidos prohibieron expresamente esta práctica por dos factores: uno accidental y otro político. El accidental es que les llevó cerca de dos siglos a los estadounidenses desarrollar jueces y abogados experimentados como para abastecer a su sistema de justicia. Cuando Tocqueville llegó a Estados Unidos en 1835, se dio cuenta que la gran mayoría de sus habitantes eran analfabetos. Más aún, el Este progresó mucho más rápidamente que los nuevos Estados que se sumaban desde el Oeste, con marcadas diferencias entre ellos. Debido a esto, y a la natural desconfianza de los colonos en los abogados, los jurados decidían íntegramente los hechos y el derecho. Durante casi dos siglos tuvieron más poder los jurados que sus incipientes magistraturas e inexpertos abogados.<sup>248</sup>

El factor político ya lo hemos visto: el Imperio inglés se manejó muy arbitrariamente con los colonos en términos judiciales. Los colonos vieron al jurado como el único refugio seguro de sus libertades y es así como el jurado entró tan profundamente en su esencia democrática y constitucional. Era natural que jamás iban a permitir que los jueces gubernativos influenciaran a los jurados con sus comentarios sobre los hechos, la credibilidad de tal o cual testigo, o con siquiera la sugerencia de un veredicto preferido. Las instrucciones del juez en Estados Unidos, Canadá y la Argentina versan sólo sobre el derecho aplicable (probatorio, procesal, penal y constitucional). Los hechos son terreno sagrado del jurado.

Sin embargo, para 1850 los ecos de la opresión ya sonaban cada vez más débiles. Estados Unidos pronto sería un actor decisivo en América. Contaba con una Costa Este en franco desarrollo y con una magistratura de jueces y abogados de gran nivel. Esto repercutió enseguida en cómo los estadounidenses verían a su jurado. Su confianza en ellos jamás desaparecerá, por cierto, pero para esa época los jurados ya no

---

<sup>247</sup> LETTOW LERNER, René: “*The Rise of Directed Verdict: Jury Power in Civil Cases Before the Federal Rules of 1938*”, 81 GEO. WASH. L.REV. 448 (2013), p. 459. También se practicaba el *writ of attaint*, un claro mecanismo de control revisor de los veredictos.

<sup>248</sup>HANS, Valerie P. & VIDMAR, Neil: “*Judging...*” op. cit., p. 39.

despertaban el desbordante entusiasmo del tiempo de la Revolución. Como es natural en cualquier institución, el jurado había entrado en otro ciclo político. Afirmado en su esencia y consolidado en su actual funcionamiento durante tres siglos, el jurado inauguró a fines del siglo XIX un ciclo de ajustes y de mayores controles sobre su poder.<sup>249</sup>

Uno de ellos fue el veredicto direccionado, que ya se ejercitaba -cuándo no- en Inglaterra a fines del siglo XVIII.<sup>250</sup> El juez, ante la ausencia total de prueba de cargo y a pedido del acusado, le ordenó al jurado que dictaran un veredicto de *no culpable*. La Corte validó el proceder del juez. ¿En qué consiste el veredicto direccionado?

*“Cuando el jurado ha pronunciado un veredicto de culpabilidad, el acusado, por lo general, pide al tribunal el rechazo de él. Esta facultad del tribunal se desarrolló en una época muy antigua en que no existía, en el procedimiento penal, una disposición que permitiera apelar a un tribunal superior. Pero aunque posteriormente se instauró este procedimiento, subsistió siempre la facultad del tribunal de rechazar el veredicto.*

*Los fundamentos para que el tribunal pueda rechazar un veredicto de culpabilidad son dos: o que el veredicto es contrario a la ley, o que es contrario al peso de la prueba. El tribunal declara que el veredicto es contrario a la ley si llega a la conclusión de que existen algunas de las razones por las cuales podría haber desestimado la acusación o dispuesto la absolución al cierre del alegato fiscal. Se dice que el veredicto es contrario a la prueba si la acusación, en opinión del tribunal, ha fracasado totalmente en su intento de demostrar la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable.<sup>251</sup>*

---

<sup>249</sup> El jurado en Estados Unidos reconoce ciclos de expansión y contracción. Los veremos todos en este libro. Sintéticamente, podemos clasificarlos así. 1623-1850 (máximo poder del jurado sobre la ley y los hechos); 1890-1920 (limitaciones a ser informados sobre su poder para nulificar); 1920-1940 (menos poder a las partes y más al juez para conducir el *voir dire*); 1970-72 (autorización para jurados con menos de 12 (sólo aplicable en el Estado de Florida y en los jurados civiles) y a dos Estados, Oregon y Louisiana, para emplear veredictos por mayoría); 2000-2015 (nueva expansión: extensión del poder del jurado sobre la individualización de la pena).

<sup>250</sup> John Langbein realizó un meticuloso estudio desde los archivos del *Old Bailey*, el gran tribunal de Londres donde se celebran los juicios por jurados desde 1674 hasta hoy. Allí detectó lo siguiente: “Veredictos direccionados. Es claro de los archivos del *Old Bailey* que los jueces usaban su poder sobre el derecho para ponerle punto final a las acusaciones en favor del acusado, al ordenar **lo que hoy se llama veredicto direccionado**. Esto es, una absolución direccionada. Los jueces ingleses, a fines del siglo XVIII, lo hacían en tres casos: a) prueba insuficiente para condenar; b) la Regla del Cómplice y c) la Regla de la Confesión. Si bien el estándar de prueba más allá de duda razonable se afirmó a principios del siglo XIX, es más que claro que ya estaba crudamente implícita desde hacía mucho tiempo la exigencia de un cierto nivel de prueba mínimo para condenar. La Regla del Cómplice que, bajo juramento y con tal de librarse de la acusación, decía que el autor no era él y le echaba la culpa al otro. Ese otro, si el fiscal no producía prueba independiente corroborativa de su participación en el hecho, era absuelto por el juez. La Regla de la Confesión se refería a la confesión antes del debate con la promesa de menor castigo. Los jueces absolvían directamente cuando esta siempre sospechosa confesión era casi la única prueba llevada a juicio en su contra. LANGBEIN, John: “*The English Criminal...*” op.cit. 1987, p. 35 y ss.

<sup>251</sup> MAYERS, Lewis: “*El sistema legal...*”, op. cit., p.123.

De esta manera, la didáctica presenta a Lewis Mayers uno de los aspectos para nosotros más polémicos en la relación jurados-jueces profesionales y que ahora estudiaremos a fondo. De su propia cita surge con claridad que el veredicto direccionado del juez es un instrumento de control directo para evitar veredictos de culpabilidad arbitrarios del jurado.<sup>252</sup>

En su artículo sobre el tema, Schiavo lo denomina acertadamente un recurso directo ante el propio juez, antes que a otro tribunal revisor.<sup>253</sup>

Cuando el veredicto del jurado penal o civil sea contrario al peso de la prueba (**hechos**) o contrario al derecho (**ley**), el juez, a pedido de parte, podrá dictar una absolución bajo la modalidad del veredicto direccionado o del también llamado por sus siglas **J.N.O.V.** (juicio notwithstanding verdict, “judgement notwithstanding the verdict”). Pero, en la mayoría de los casos, ordenará un nuevo juicio ante otro jurado como forma de resguardar la decisión sobre los hechos para el jurado.

### 1. Veredicto direccionado por insuficiencia probatoria.

Las preguntas surgen una por una: ¿puede el juez profesional, en casos extremos, direccionar al jurado para que dicte el veredicto que él le ordena? ¿Puede el juez decidir él personalmente el caso si espera que el jurado haya emitido su veredicto? ¿Puede el juez profesional rechazar un veredicto del jurado ya emitido y sustituirlo por el de él?

Las respuestas a estos interrogantes cruciales se explican a través de estas dos clases de veredicto, de los que poco se conocen en los países en los que no hay jurado clásico.<sup>254</sup> Lo cual resulta obvio, ya que regulan situaciones directas en la siempre pretensa relación jurados-jueces profesionales.

---

<sup>252</sup> Digo entre nosotros porque en el *common law* esta facultad del juez no ha provocado grandes polémicas. Ella se inscribe en un contexto de lógica absoluta del control de poder sobre sentencias condenatorias arbitrarias, las dicte un jurado o las dicte un juez.

<sup>253</sup> SCHIAVO, Nicolás: “La potestad...”, op. cit., 2015, p. 7: “Esta cuestión nos conduce inexorablemente a responder esa visión crítica advirtiendo que la riqueza del juicio por jurados, históricamente no está en la tajante división de funciones entre el rol del Juez y del Jurado, ni en imponer estancos señóricos soberanos a unos y otros, sino más bien en las tensiones que se registran entre ellos y por la que se desarrollaron institutos tuitivos para los imputados.”

<sup>254</sup>

Sin embargo, Bélgica y Francia conocen la institución. De hecho, el fallo Taxquet de la CEDH llegó hasta esa instancia debido, en parte, a que el juez profesional del juicio no aplicó el art 352 del CPP belga. Dice el fallo textualmente en su apartado 31: “En fin, el art 352 prevé que si los jueces están unánimemente convencidos de que los jurados, aún observando las formas, se han equivocado sobre el fondo, la Corte debe declarar que se suspenda la sentencia y enviarse el caso a la sesión siguiente para ser sometido a un nuevo jurado, del cual no podrá formar parte ningún uno de los primeros jurados. Según lo informado por el gobierno, esta facultad ha sido utilizada solamente en tres oportunidades”. Publicado en Lexis Nexis, Abeledo Perrot, BsAs, junio 2011.

Estos dos procedimientos son siempre tratados por los autores del *common law* de forma conjunta, a pesar que las diferencias entre ellos son importantes. Debe distinguirse también según el jurado sea penal o civil.

Lo que los asemeja es que estas dos clases de veredictos son decididas por el juez, no por el jurado. Ambos suponen un **test de suficiencia legal de la prueba** a través de las diferentes etapas del juicio y le permiten al juez un margen discrecional para, en materia penal, evitar decisiones condenatorias del jurado extremas y arbitrarias, contrarias al peso de la prueba rendida en el juicio.<sup>255</sup>

En materia civil, estos dos veredictos son estudiados como derivaciones del poder del juez civil para dictar una sentencia por cuestión de puro derecho, tal cual lo expresa la literatura castellana por torri queña en materia penal, “**absolución perentoria**”.<sup>256</sup> Se la define como la moción de una parte al juez civil, durante el juicio, reclamando que la contraparte no tiene pruebas suficientes como para apoyar **arrazonablemente** su caso. Cuando eso sucede, la parte puede pedirle al juez que dicte una sentencia por cuestión de derecho o **absolución perentoria** a través de un veredicto **dirigido** o un **j. n. o. v.**

Antes de explicarlos, conviene aclarar que estas dos mociones son muy frecuentemente presentadas por las partes, pero raramente son concedidas por un juez. Veremos ahora el porqué de estas reservas respecto a estos procedimientos.

### 1.1. Historia y desarrollo

Como sucede siempre en el *common law*, lo que hoy está regulado en la ley ayer fueron innumerables precedentes jurisprudenciales que se fueron asentando durante largo tiempo. No escapó a esta regla clásica del derecho anglosajón la facultad del juez de rechazar el veredicto de un jurado.

El antiguo veredicto dirigido se solicitaba cuando la prueba ya había sido producida, pero **antes** de que el jurado se retirase a considerar el veredicto.

Por contraste, la moción de una de las partes al juez para que emita un **j. n. o. v.** sólo se pide **después** que el jurado se ha pronunciado.

<sup>255</sup> MAYERS, Lewis: “*El sistema legal...*”, op.cit.p.123

<sup>256</sup> Sus siglas son J.M.O.L o *Judgement as a matter of law*.

Es entonces posible responder que, efectivamente, el juez puede rechazar un veredicto del jurado, aunque es muy infrecuente que lo haga. El juez tiene el poder, bajo ciertas circunstancias y ante el pedido de las partes, de sustraer el caso del jurado y decidirlo él o rechazar un veredicto ya emitido por el jurado y, consecuentemente, tomar una decisión contraria u ordenar un nuevo juicio ante otro jurado.

Pero esto sólo ocurrirá en casos absolutamente excepcionales y con limitaciones muy precisas: por ejemplo, cuando el veredicto en materia penal se adene *oculpabilidad*, **ningún juez tiene la facultad de rechazarlo**. Pero si el jurado ha pronunciado un veredicto de culpabilidad, el juez sí puede rechazar y absolver al acusado. Muy importante: el fiscal puede apelare esta absolución del juez y obtener un nuevo juicio, ya que el jurado le había dado la razón a él.<sup>257</sup>

En materia civil, el jurado favoreció a la parte A con su veredicto. La parte B le solicitó al juez que rechazara ese veredicto porque la prueba de la parte A era absolutamente insuficiente como para ganar el caso. El juez revocó el pronunciamiento del jurado y declaró ganadora a la parte B mediante un *j. n. o. v.* Por supuesto, la parte A puede apelare la decisión.

Con el veredicto direccionado sucedió lo mismo, aunque el momento en el que se ejerce sea distinto. El juez jamás podrá dictar un veredicto direccionado de culpabilidad, pero sí podrá absolver al acusado si escucha al jurado si la prueba de cargo es claramente insuficiente.<sup>258</sup> En materia civil, el juez puede emitir un veredicto direccionado y declarar ganadora a la parte que presentó la moción. La contraparte, también, puede apelare la decisión.

La historia del veredicto direccionado y del *j. n. o. v.* es por demás atrayente y ha tenido un continuo progreso jurisprudencial, luego volcado en las reglas de procedimiento.<sup>259</sup> Lo que está en juego es muy grande: se trata de decisiones de un juez sobre los hechos sobre la prueba que revocó el pronunciamiento del jurado y que invaden el ámbito de su decisión, celosamente custodiado por la Constitución.

---

<sup>257</sup> Ver el importante fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos de 1993 sobre el tema, in re *Carlisle v. United States*, 517 U.S. 416, 1996.

<sup>258</sup> Otro buen

ejemplo de veredicto direccionado en el cine nos lo brinda la película *“Se Presume Inocente”*, dirigida en 1990 por Alan Pakula y protagonizada por Harrison Ford y Raúl Juliá. Endicho film, la defensa del acusado (Harrison Ford) introduce una moción de veredicto direccionado absolutorio porque la fiscalía perdió la prueba clave de la culpabilidad (un vaso con su huella dactilar hallado en la escena del crimen). El juez tomó nota de la moción y continuó con el juicio, a la espera de que la fiscalía encuentre el vaso. Como eso no sucedió, al finalizar la prueba el juez concedió la moción y absolvió al imputado sin pasarle el caso al jurado. Ver el Video n° 80 en <http://aajjlitigacion.blogspot.com.ar/2016/08/video-80-se-presume-inocente-parte-1.html>

<sup>259</sup> Regla 29 (Procedimiento Federal Criminal) y Regla 50 (Procedimiento Federal Civil)

Como concasitodas las instituciones del *common law*, es muy difícil rastrear cómo se fue formando el precedente que luego tomó la forma actual en las Reglas de Procedimiento. El primer fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos en abordar el veredicto direccionado en su regulación actual fue el caso Galloway de 1850.<sup>260</sup>

Antes de ello y originalmente, el veredicto direccionado no era más que una simple instrucción del juez al jurado que funcionaba así: el acusado o una de las partes le solicitaba al juez un veredicto direccionado una vez que las pruebas se hubieron producido. Si el juez coincidía en que no había prueba para condenar o para que prosperara la demanda civil, instruía al jurado para que retornara con un veredicto de no culpabilidad o a favor de la parte peticionante en un litigio civil. Si el jurado no obedecía a la instrucción y dictaba un veredicto contrario, la única manera que tenía el juez de controlar la decisión del jurado era ordenando un nuevo juicio. **Pero el juez, por sí, no emitió todavía ninguna sentencia.**<sup>261</sup>

En 1850, en cambio, la Suprema Corte de Estados Unidos en Galloway dictó un fallo a partir del cual se le gave más o menos la regulación actual del veredicto direccionado penal en la Regla 29 de las Reglas Federales de Procedimiento Criminal y la Regla 50 para el proceso civil.

Allí quedó claro que el veredicto direccionado (y luego el *j. n. o. v.*) eran básicamente una respuesta a la insuficiencia legal probatoria.<sup>262</sup> El propio fallo Galloway autorizó a un juez a dar un veredicto direccionado cuando no había absolutamente ninguna evidencia sobre el punto crítico del caso.<sup>263</sup>

Peró para la cultura juradista anglosajona, siempre desconfiada del poder del juez profesional, no resultaba tan indigerible el veredicto direccionado, como cuando empezó a aparecer en escena el *j. n. o. v.*

Era claro: una cosa era admitir que el juez pudiera absolver al acusado por falta de pruebas *antes* que el jurado diera su veredicto y otra cosa muy distinta fue cuando en el *common law* comenzaron a surgir escenarios de decisión *post-veredicto*, en el que el juicio unánime de los doce jurados tras una deliberación completa era revocado por un juez profesional.

<sup>260</sup> Galloway v United States, 319 U.S. at 372, 402 (1850)

<sup>261</sup> SWARD, Ellen: "The decline of..." *op cit.*, p. 285 y 286.

<sup>262</sup> CHIESA PONTE, Ernesto L.: "Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos", Editorial Forum, San José de Puerto Rico, 1995, vol III, p. 304.

<sup>263</sup> "no evidence whatever" según la expresión original. GALLOWAY, 319, U.S., at. 402.

La Corte Suprema de Estados Unidos fue muy reacia al principio a admitir este tipo de prácticas en el **jurado civil** por una cuestión de mucho peso: la cláusula 2ª de la 7ª Enmienda de la Constitución norteamericana (donde se contempla el jurado civil) prohíbe a los tribunales profesionales reexaminar los hechos determinados por el jurado, excepto que así lo prevea el *common law*. Y el *common law* establecía que la única manera de revisar el veredicto de un jurado en esas condiciones era mediante una apelación o un nuevo juicio ante otro jurado. Nunca le iban a conceder ese poder al juez profesional.<sup>264</sup>

Llegamos así al fallo Baltimore de 1935<sup>265</sup> en el que la Corte aceptó la práctica bajo un nuevo emisor que luego se hizo explícito en las Reglas Federales. En ese precedente, la Corte autorizó a una sentencia post-veredicto del juez civil que revocaba la decisión del jurado, pero bajo el argumento de que se trataba en realidad de un veredicto dirigido por la parte, pero que el juez había dejado *standby* hasta después que se terminara el debate y el jurado emitiera su veredicto. Técnicamente, entonces, el juez no estaba reexaminando los hechos determinados por el jurado, sino que estaba concediendo una moción previa pendiente de veredicto dirigido.

Locierto es que las Reglas Federales Civiles dictadas tres años después de este precedente establecieron dos tipos de procedimiento distintos: uno para el veredicto dirigido y otro para la sentencia *non obstante veredicto* (*j. n. o. v.*).

Ellen Sward critica por “*fictional*” al *j. n. o. v.*, al fallo Baltimore y su subsecuente regulación en las Reglas Federales Civiles. Bajo la apariencia de hacer creer que cuando el juez revocó un veredicto del jurado, en realidad está resolviendo un pedido de morado de veredicto dirigido, lo que se está haciendo sacándole el caso de las manos del jurado para dárselo a un juez profesional. Y así se priva a los litigantes de su derecho constitucional a un juicio por jurados en materia civil (cláusula 1ª de la 7ª Enmienda de la Constitución).

Veamos ahora la letra textual de las Reglas de Procedimiento penales y civiles.

### **La Regla 29 del Procedimiento Criminal Federal**

**(a) Antes de someterlo al jurado.** *Luego que el fiscal termine con su prueba o después que toda la prueba se produzca, el juez, a pedido del imputado, puede dictar una sentencia absolutoria por cualquier cargo cuando la prueba de ellos sea insuficiente para fundar una condena. El juez puede evaluar por sí mismo si la prueba es insuficiente para fundar la condena. Si el juez deniega la moción al cierre de la prueba*

<sup>264</sup> SWARD, Ellen: “*The decline of...*”, *opcit.*, p. 288

<sup>265</sup> *Baltimore and Carolina Line Inc v Redman* 295, U.S. 654 (1935)



*afiscal, el acusado puede ofrecer prueba a únsin habersereservado el derecho de hacerlo.*

**(b) Reservadeladecisión.** *El juez puede diferir su decisión sobre la moción, proseguir con el juicio (cuando la moción haya sido hecha antes del cierre de toda la prueba), someter el caso al jurado y decidir la moción tanto antes que el jurado emita su veredicto como luego de que dicte un veredicto de culpabilidad o haya sido disueltosin haber arribado a un veredicto. Si el juez se reserva su decisión, debe decidir la moción sobre la base de la prueba existente al tiempo en que fue solicitada.*

(c) *Tras el veredicto del jurado o de su disolución.*

(1) *Plazo para la moción. Un acusado puede pedir una sentencia absolutoria, o eno vardichamoción, hasta 14 días después del veredicto de culpabilidad o de que el juez disuelva el jurado.*

(2) *Reglas para la moción. Si el jurado dictó un veredicto de culpabilidad, el juez puede rechazar el veredicto y dictar una sentencia absolutoria. Si el jurado no pudo arribar a un veredicto, el juez puede dictar una sentencia absolutoria.*

Larazón por la cual las Reglas no le permiten **jamás**  
**al juez rechazar un veredicto del jurado de culpabilidad y condenar al acusado**

obvia:

para preservar la garantía de la 6ª Enmienda que todos los acusados en materia penal deben gozar del derecho a un juicio por jurados, así como para preservar la prohibición del *double jeopardy* (doble riesgo de persecución en un mismo delito) garantizado en la 5ª Enmienda. Así como el jurado puede absolver irrevocablemente aún contra las pruebas y la ley (*jury nullification*), el juez también puede -siempre a favor del acusado- o dispensar al jurado o apartarse de su veredicto condenatorio cuando objetivamente no existan pruebas suficientes para condenar.<sup>266</sup>

Por el contrario, la razón por la cual las Reglas **sí**  
le permiten al juez rechazar el veredicto de culpabilidad y dictar una sentencia absolutoria es para preservar el derecho del acusado a no ser condenado por un delito más allá de lo que es razonable. En interés de la justicia, ninguna corte de juicio podría dejar vigente un veredicto de culpabilidad si la prueba no probó la culpabilidad más allá de lo que es razonable.

---

<sup>266</sup>SCHIAVO, Nicolás: “La potestad...”, op. cit. 2015, p. 7: “En este punto cabe ser tajante, debe estar claro que así como no es posible que un jurado derogue una ley o garantía del imputado para condenarlo, o que se le sugiera así hacerlo, tal cual se resolvió en Griffin (1965), tampoco es dable que un Juez revoque un veredicto absolutorio del jurado. Ambos institutos, que son la contracara de una misma moneda, obran a favor del acusado, repeliendo la ley opresiva o injusta, del mismo modo que lo hacen con los veredictos sustentados en una deficiente cantidad de evidencia.”

Políticamente, el argumento es impecable. Pero revocar una decisión unánime de doce personas que deliberaron tras un juicio con tantos controles es sin ningunaduda polémico. Y por eso todavía se debate si debe concedérsele tal poder a un juez profesional y explicabastante la razón de que los jueces raramente concedan una absoluciónerentoria.<sup>267</sup>

## 1.2. Estándar de insuficiencia probatoria

Establecer los parámetros bajo los cuales se sea posible admitir semejante poder en un juez es otra cuestión que ha sido discutida y que ha variado a lo largo del tiempo.

La fórmula clásica es que un *j. n. o. v.* sólo puede ser aplicado por un juez cuando, en materia penal, la fiscalía fracasó **completamente** en demostrar la culpabilidad por la absoluta insuficiencia de prueba y el jurado igualmente condenó.

En materia civil, la cuestión es distinta. Un *j. n. o. v.* es aceptable sólo si el juez determina **que ningún jurador razonable pudo haber llegado al veredicto al que se llegó**. Por ejemplo, si una parte no tiene ninguna prueba sobre un elemento esencial del caso y el jurado aún así falla a su favor, el juez puede decidir que ningún jurador razonable pudo haber omitido semejante falta de prueba en un punto esencial y, por lo tanto, reformar la sentencia.

¿Qué se entiende entonces por **razonable oporsuficiencia probatoria**?

La Regla 135 del Procedimiento Criminal de Puerto Rico (similar a la Regla 29 de EE. UU.) sostiene que el juez sólo podrá decretar la absoluciónerentoria **si la prueba fuera insuficiente para sostener una condena**.

*“La insuficiencia de la prueba es algo muy distinto a la prueba conflictiva o contradictoria. La prueba suficiente es aquella que, aún descreída por un jurador razonable, es insuficiente para establecer los elementos esenciales de la responsabilidad criminal.”<sup>268</sup>*

Al principio, los requisitos acerca de lo que debía considerarse como “razonable” eran estrictos. Se conocía a esta tesis como el “*scintillate test*”. *Scintilla* puede ser traducido como “chispa” o “pizca”. Basta con sólo que hubiera al menos una pizca de prueba en contra de quien pedía la

<sup>267</sup> Por caso, la serie de TV *La Ley y el Orden* emitió el episodio “*Helpless*” en el que un ginecólogo que violaba a sus pacientes fue declarado culpable por el jurado y, sin embargo, el juez emitió **posteriormente** un veredicto direccionado de absoluciónerentoria, criticando fuertemente al jurado por haber ignorado los hechos y la falta de pruebas. Ver video n° 76 <http://aajjlitigacion.blogspot.com.ar/2016/08/video-76-la-ley-y-el-orden-helpless.html>

<sup>268</sup> CHIESA PONTE, Ernesto: “*Derecho procesal....*”, opcit, vol III, p.304.

moción de un veredicto direccionado para rechazarla absolución perentoria.<sup>269</sup> Como es lógico suponer, tan alto estándar hubiera tornado imposible que existieran mociones exitosas.

Luego llegó el comentado fallo *Galloway* de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos. Fue el *leading case* sobre el estándar de razonabilidad o suficiencia, al que se conoce como la tesis de la

“*evidencia substancial*”. Textualmente, este y muchos otros fallos posteriores decían: “*si hay evidencia que un jurador razonable podría creer, descreída, resultare en un veredicto a favor de quien no pide la moción, el juez no puede conceder favorablemente un veredicto direccionado* *ounj. n. o. v.*”<sup>270</sup>

Mientras estos fallos confirmaban que el estándar para un veredicto direccionado era el de la *evidencia substancial*, seguían sin explicar cómo se definía ese estándar de razonabilidad, suficiencia o, simplemente, qué era “*substancial*”. Era claro que continuaban girando en círculos, mientras los jueces proseguían valorando **ellos** el peso de la evidencia y la credibilidad de las pruebas, **en contra** de las disposiciones constitucionales que ponían esa facultad en cabeza exclusiva del jurado.

Hasta que en 1999, la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos dictó otro *leading case* para el jurado civil, “*Reeves vs Sanderson Plumbing Products Inc*”, hoy aceptado mayoritariamente y que ha clarificado este estándar probatorio.<sup>271</sup>

*Reeves* sostuvo que al decidir una absolución perentoria o Sentencia por Cuestión de Derecho (judgement as a matter of law o J.M.O.L.), seamediante un veredicto direccionado *ounj. n. o. v.*, el juez del juicio **no puede** evaluar el peso de la prueba o hacer determinaciones de credibilidad. Lo que debe hacer es “*considerar la prueba como un todo*”, ignorando “*toda la evidencia favorable del peticionario que al jurado no se le requiera que crea*”.<sup>272</sup>

En el plan del derecho penal, Chiesa A ponter resume prácticamente todos los precedentes de la Suprema Corte sobre los requisitos de procedencia de la absolución perentoria: a) el juez no puede resolver conflictos en la prueba ni dirigir la credibilidad; b) tampoco puede conceder la mo

---

<sup>269</sup>

STEPHENS, Pamela: “*Controlling the civil jury. Towards a functional model of justification*”, 76, Ky. L. J., USA, 81, 114, 198.

<sup>270</sup> *Boutros vs Canton Regional Transit Authority*, 997 F.2d 198, 205, (sexta circunscripción), 1993.

<sup>271</sup> “*Reeves vs Sanderson Plumbing Products Inc*”, US, 120 S. Ct. 2097, 2000.

<sup>272</sup> *Reeves*, at 2111

ción por estimar más sólida la prueba del acusado que la del fiscal, debido a que ese balance probatorio debe ser dirimido por el jurado en primera instancia y por el tribunal del recurso en apelación; c) consólo una *scintilla* o “pizca” de prueba a su favor, la fiscalía puede fulminar una moción de absolución perentoria y que el caso lo decida el jurado; d) al evaluar esta moción, el juez debe considerar la suficiencia de la prueba de la manera más favorable al acusado; e) el juez no puede usurpar la función del jurado de opesarla, probar o evaluar credibilidad; f) evaluar la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable es función exclusiva del jurado, no del juez; g) si el juez estima que hay un mínimo de prueba en apoyo de la fiscalía, debe rechazar la moción y dejar que el jurado rinda su veredicto; h) la insuficiencia probatoria no depende de si la prueba es directa o simplemente indiciaria o circunstancial.<sup>273</sup>

### 1.3. La cuestión en el jurado bonaerense. Similitudes y diferencias

La ley 14.453 de juicio por jurados de la provincia de Buenos Aires es la única de todo el país en recoger parcialmente este instituto de control sobre el jurado. Su artículo 375 bis inc. 2º del CPP dispone la posibilidad de que el Juez anule el veredicto de culpabilidad y disponga la realización de un nuevo juicio ante otro jurado cuando, a su criterio, éste resultare manifiestamente contrario a la prueba producida en el debate. Es decir, no lo faculta ni a absolver por sí mismo ni a ordenarle al jurado a que lo haga, con lo cual se aleja del funcionamiento en los Estados Unidos. Lo faculta nada más que a nulificar el veredicto de condena y someter el caso a un nuevo juicio ante otro juez y otro jurado. Aunque la ley no lo diga, es claro que ese nuevo juicio sólo se hará si el acusador manifiesta de manera expresa que continuará impulsando la acción. De no hacerlo, tal como sucede en la regulación del jurado estancado, el juez inmediatamente debe absolver al acusado sin nuevo juicio. Sería la solución más lógica ante un escenario absolutamente evidente de orfandad de prueba de cargo.

Schiavo critica fuertemente, y con razón, este híbrido. El no dictado de la absolución por el juez produce el siguiente efecto no deseado: le otorga al fiscal, que no trajo al debate prueba de la culpabilidad más allá de duda razonable, una segunda chance en un nuevo juicio de dudosa constitucionalidad, por tensión a la regla del *ne bis in idem*.<sup>274</sup>

<sup>273</sup> CHIESA APONTE: “Derecho procesal penal...”, op. cit., vol III, p. 306 y 307 concita de todos los fallos de la Corte Suprema de Estados Unidos sobre el punto.

<sup>274</sup> SCHIAVO, Nicolás: “La potestad...”, op. cit., p. 12.

#### 1.4. La cuestión ante laCEDH: fallo *Judge vs United Kingdom*, 2011.

Este instituto ha recibido el fuerte respaldo convencional de la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso *Judge vs UK* (2011) y ha sido validado como otros de los sutiles mecanismos de control del proceso con jurados en el *common law*. Thomas Judge es un escocés que fue condenado por siete cargos de abuso sexual. Planteó una gran cantidad de agravios, entre ellos, que la no motivación del veredicto le impidió saber las razones de su condena. La CEDH rechazó de plano el recurso y refinó aún más los argumentos previos del fallo *Taxquet vs Belgica* (2010) relativos a la descripción de los controles del juicio por jurados.

*36. En Escocia el veredicto del jurado no se pronuncia en forma aislada sino que es dictado en un marco que incluye directivas de la acusación y de la defensa, así como también las instrucciones al jurado encomendadas por el juez que preside. La ley escocesa asegura también una clara demarcación de los respectivos roles del juez y del jurado: el deber del juez es asegurar que los procedimientos sean conducidos correctamente y explicar al jurado el derecho aplicable en el caso; el deber del jurado es aceptar esas directivas y determinar todas las cuestiones de hecho. Además, aunque el jurado es “dueño de los hechos” es el deber del juez que preside hacer lugar a un planteo de desestimación si entiende que la prueba aportada por la acusación es legalmente insuficiente para justificar la condena del acusado (ver sección 97 de la ley de 1995, citada más arriba).*

#### 1.5. Conclusión

Es lógico preguntarse si estas dos formas de veredicto del juez deberían aplicarse en país es que adopten el sistema de jurado clásico que no provenga de la órbita del *common law*. Es difícil responder esto. La larga gimnasia intervencionista de los jueces del *civil law* desaconsejaría, en principio, que puedan desapoderar al jurado de su decisión. Autores como Schiavo no le ven objeción, siempre que se lo regule correctamente (no al nuevo juicio, sí a la absolución). Chiesa Aponte, por el contrario, manifiesta sus reservas.<sup>275</sup> Sward sintetiza la cuestión desde el jurado civil y se opone críticamente a que los jueces intervengan a favor de una u otra de las partes:

*“La evolución del juicio sumario y de la sentencia por cuestión de derecho ha resultado en grandes oportunidades para que los jueces usen estos*

---

<sup>275</sup> CHIESA APONTE, Ernesto: “Derecho procesal penal....”, opcit, vol III, p.305: “La corte sentenciadora opina que dicho artículo le da facultades para ordenar al jurado que absuelva perentoriamente al acusado en todos los casos en que el juez estime, en virtud de un análisis de las pruebas, que procede tal absolución. A nuestro juicio, la opinión del juez sentenciador no está bien fundada, y sostenerla equivaldría a cambiar por completo las relaciones que siempre han existido desde la creación del jurado, entre el jurado como juez de los hechos y de la credibilidad de los testigos, y el juez de la corte que preside el juicio como juez de derecho”

*dispositivos para sacarles los casos al jurado y para considerar el peso de la prueba por ellos mismos, a pesar de que Reeves supuso un freno a esta conclusión.... Pero la línea entre derecho y hecho es tenue y, cuando la definición de “derecho” se expande, la definición de “hecho” necesariamente se contrae. Algo que los jueces hacen cuando deciden estas mociones se parece mucho a valorar la prueba. Y cuando los jueces valoran la prueba, están usurpando la función del jurado y nosotros quedamos desprovistos del punto de vista comunitario sobre estos temas. En ciertos casos, esto puede ser una significativa pérdida.*<sup>276</sup>

## **2. Veredicto direccionado por ser contrario a la ley.**

En el ítem anterior hemos visto que el juez puede rechazar el veredicto de culpabilidad de un jurado cuando éste ha sido contrario a toda la prueba del juicio (insuficiencia absoluta de prueba a cargo para condenar o para declarar a un parte en un litigio civil).

Pero, ¿qué sucede cuando el jurado emite un veredicto de culpabilidad, y a no contra el pes o de la prueba del juicio, sino contrario a la ley?

Se trata de dos escenarios completamente diferentes y que hay que distinguir muy bien.

Chiesa Aponte se formula esta pregunta:

*“¿Qué significa que el jurado se ha equivocado en la aplicación de la ley? No puede ser un veredicto absolutorio contrario a derecho, pues el veredicto absolutorio siempre será aceptado por el tribunal. No pueden ser veredictos inconsistentes, ya que éstos son siempre aceptables...Aparentemente, se trata de un veredicto fuera de los indicados como posibles en las instrucciones del juez.”*<sup>277</sup>

Este es un **primer escenario de veredicto de culpabilidad contrario a la ley**, que es cuando el jurado se aleja de las instrucciones del juez **a favor del imputado**. Por ejemplo, hemos visto que el jurado puede declarar culpable al acusado de un delito imputado en la acusación **por uno menor incluido en éste**. Si en el caso el fiscal acusa al imputado de haber cometido un hecho definido legalmente como homicidio calificado, está claro que éste incluye al homicidio simple, que tiene menos pena. El juez debe explicarles al jurado en las instrucciones en qué consisten ambas figuras, todos sus elementos y cómo se prueban. Si al cabo de la deliberación el jurado retorna con un veredicto de *homicidio culposo*, una figura aún más leve, pero que jamás fue explicada por el juez en las instrucciones, ¿qué hacer? Muchos autores, con razón, consideran al homicidio culposo o imprudente otro hecho distinto y, por ende, no incluido en el homicidio calificado. En estos supuestos, el fiscal se opondrá a que ese veredicto sea aceptado y el juez procederá de la siguiente manera: cuando el jurado traiga un veredicto erróneo, el juez lo mandará a deliberar de

<sup>276</sup> SWARD, Ellen: “The decline of...”, opcit p.294.

<sup>277</sup> CHIESA APONTE, Ernesto: “Derecho procesal penal....”, opcit, vol III, p.245.

nuevo, con las instrucciones apropiadas; pero si el jurado insiste con el mismo veredicto, el juez tendrá que aceptarlo. Si ese veredicto puede luego ser impugnado, es otra cuestión. El tribunal no podría rechazar el veredicto una segunda ocasión y enviar al jurado a deliberar una tercera vez.<sup>278</sup>

Sin embargo, es posible un segundo escenario de veredicto contrario a la ley, y no por parte del juez, sino por parte de las instrucciones, sino por que la propia prueba del juicio ha demostrado la concurrencia de alguna causa excluyente de la punibilidad.

De hecho, a esto se refería Mayer en la cita mencionada antes cuando decía “*El tribunal declara que el veredicto es contrario a la ley, es ilegal a la conclusión de que existen algunas de las razones por las cuales podría haberse estimado la acusación o dispuesta la absolución al cierre del alegato fiscal*”.

El juez puede entonces rechazar el veredicto de culpabilidad de un jurado penal cuando sea evidente, de las circunstancias fácticas y jurídicas debatidas en el juicio, que el acusado o actuó bajo una causa que excluye la acción, la atipicidad, o una causa de justificación, de inculpabilidad, de inimputabilidad, o una excusa absolutoria o cualquier otro supuesto que excluya la punibilidad de una conducta. Todas ellas indican que el veredicto del jurado debería ser necesariamente de inocencia y que la posterior sentencia debería ser absolutoria.<sup>279</sup> Por caso, estas facultades ya se encuentran disponibles en la Argentina en el juicio profesional (sobreseimiento antes del debate).

### **B. Veredictos Inconsistentes: obligatorios para el juez.**

En un juicio criminal, un jurado debe determinar si el o los acusados son culpables o inocentes de los delitos que se les imputan. Las decisiones se expresan en forma de veredicto general. Desde que un imputado puede estar acusado por múltiples delitos y desde que también puede haber pluralidad de imputados en el mismo juicio, el veredicto tendrá que ser rendido de manera que exprese varias decisiones del jurado. El

---

<sup>278</sup> CHIESA PONTE, Ernesto: “*Derecho procesal penal...*”, opcit, vol II, p. 244 y 245.

<sup>279</sup> En la serie de TV *La Ley y el Orden*, episodio 17 “*Sisters of Mercy*” se observa al juez recibir la moción de absolver por atipicidad al director de un hogar de jóvenes en riesgo por violar a una adolescente. Los fiscales reconocen que no se dan los requisitos típicos de violencia física o amenaza directa. Sin embargo, los fiscales comprueban que el director amenazó con echarla a la calle de vuelta, con riesgo seguro de muerte. El juez escucha a ambas partes y resuelve esperar a que el jurado rinda su veredicto antes de decidir. El jurado declara al acusado culpable de violación en grado uno. El juez falla confirmando el veredicto del jurado y rechaza la absolución. Ver video n° 97 <http://aajjlitigacion.blogspot.com.ar/2016/09/video-97-la-ley-y-el-orden-sisters-of.html>

jurado deberá decidir cada uno de los delitos acusados para cada uno de los imputados en juicio.

Desde que el veredicto puede contemplar entonces múltiples decisiones si hay varios imputados y más de un delito, existe la posibilidad de que algunas de esas decisiones entren en conflicto una con otras. A esto se lo llama **veredicto inconsistente**.

*Ejemplo clásico:* un robo con armas cometido por dos personas, en calidad de coautores. La prueba de los hechos es la misma para los dos y las instrucciones del juez han sido correctas. Pero el jurado declara *culpable* a uno de robo con armas y *culpable* de robo simple al otro. La persona declarada culpable del robo con armas recurrirá diciendo que el veredicto del jurado es inconsistente con el otro y que le deben bajar la calificación a robo simple. El tribunal revisor le rechazará invariablemente el recurso, aún cuando el veredicto sea inconsistente. Al menos por ese motivo en particular.

Aunque esto pueda parecer una herejía en un sistema de justicia profesional del *civil law*-de hecho, lo llamamos *strepitus fori* (escándalo jurídico)- es perfectamente válido y tolerado en los sistemas del *common law* con jurados.

### **1. Definición y causas de los veredictos inconsistentes**

La verdadera causa de los veredictos inconsistentes está en la naturaleza misma del jurado como institución y en el poder que tiene para rendir un veredicto general -sin motivación expresa- de *no culpable* o de *culpable por un delito menor incluido*. A medida que avancemos en la Argentina en la práctica concreta del jurado veremos que los jurados nunca deciden los casos porque sí. Siempre hay una poderosa razón de coherencia interna en sus fallos. Un individuo puede ser acusado por una variedad de diferentes delitos. Puede que haya también otras personas acusadas por idénticos delitos. Desde que los juicios criminales son, en este sentido, muy variables, puede haber muchas razones por las cuales un veredicto del jurado en particular es inconsistente. Algunas de las causas más frecuentes son: la compasión del jurado, un acuerdo del jurado para mitigarle la condena a un sujeto, o un malentendido de las instrucciones del juez.

Un veredicto inconsistente de no culpabilidad no implica automáticamente que el jurado se confundió o que tuvo una duda razonable. Una absolución que es inconsistente con otro veredicto de condena puede ser el resultado de la indulgencia del jurado para con el imputado. De allí que una determinación de inocencia del jurado no



es lo mismo que una determinación similar por falta de prueba suficiente para condenar al acusado.

### **3. La consistencia del veredicto no es necesaria**

Las decisiones del jurado no necesitan ser consistentes unas con otras para que el veredicto sea válido. Cada delito imputado es tratado separadamente del resto de los delitos por los cuales se acusa a una o a varias personas. Un jurado puede usar la compasión o el acuerdo al decidir por cuáles delitos declararán culpable al acusado.

### **4. Recurso contra una sentencia condenatoria fundado en la inconsistencia del veredicto.**

Desde que a un veredicto no se le exige que sea consistente para que sea válido, el recurrente no podrá pedir la revocación de la condena sobre la base de que fue absuelto por otro de los delitos con que se lo acusaba. La inconsistencia no es una razón suficiente para revocar un veredicto. **Un tribunal revisor sólo examinará si hubo suficiente prueba para abastecer la condena.** La condena no tiene que ser racionalmente compatible con la absolución, desde que ésta, como vimos, puede obedecer a muchas causas que son esenciales al jurado mismo como institución (acuerdo del jurado o clemencia del jurado para moderar el castigo).

**Advertencia:** eso no quita que un veredicto pueda ser revocado si la determinación de culpabilidad del jurado por un delito necesariamente niega un elemento esencial de otro delito, por el cual el acusado fue declarado culpable. De allí que un acusado no podrá nunca ser condenado por dos delitos en los cuales, si uno de ellos fue cometido, jamás podría haber sido cometido el otro. Eso sería **legalmente inconsistente**, y el veredicto debe ser revocado. Por eso es que se trata de un **veredicto arbitrario o contrario a la prueba**, que veremos más adelante, y no de un veredicto inconsistente.

Lo mismo sucede cuando la inconsistencia, que resulta en una sentencia condenatoria, es producto de veredictos contradictorios a causa de erróneas instrucciones del juez. En dichos casos un tribunal revisor puede revocar la condena y ordenar un nuevo juicio, ya que se ha producido un error de derecho que fue el causante directo de la inconsistencia de los veredictos. Se anula la condena, entonces, por los

vicios del juez en las instrucciones y no por la inconsistencia en sí del veredicto del jurado.<sup>280</sup>

### **5. Inconsistencias entre coimputados**

Algunas veces, un resultado inconsistente puede surgir cuando un jurado encuentra culpable a un acusado por un delito y declara al mismo tiempo inocente al coimputado. Esto suele ocurrir en Estados Unidos con el delito de conspiración, tipificado allí como el acuerdo entre dos o más personas para cometer un crimen. A veces uno de los imputados es condenado por conspiración, pero el otro coimputado es hallado *no culpable* del mismo delito.

La mayoría de las cortes del *common law* confirman estos veredictos, aún cuando sean inconsistentes entre coimputados. Los veredictos no deben mostrar consistencia racional, por mucho que nos cueste entender esta idea. Un jurado puede absolver a un imputado al que considera culpable, basado puramente en su indulgencia y condenar al otro coimputado por el mismo crimen.

Sólo muy pocos tribunales de apelación revocaron veredictos de esta clase para ordenar un nuevo juicio. Usualmente sostienen que la prueba debe ser precisamente la misma e idéntica en todos sus aspectos para ambos coimputados.

### **6. Escenarios usuales de veredictos inconsistentes.**

Un acusado normalmente recurre con fundamento en la inconsistencia del veredicto cuando, por ejemplo, el jurado lo condena por vender cocaína, pero lo absuelve por posesión de cocaína. Pide entonces al tribunal del recurso que lo absuelva porque no se puede vender lo que no se posee. Sin embargo, el tribunal le responderá con seguridad que ese argumento es inviable, desde que el jurado pudo haberlo absuelto de la posesión para suavizar su condena, aún cuando para el jurado estuviera absolutamente probada la posesión.

Lo mismo ocurre con el ya citado ejemplo de la conspiración (coautoría o complicidad). Si a un imputado lo condena un jurado por conspiración, pero al otro coimputado lo absuelven, seguramente recurrirá reclamando que el veredicto es inconsistente. Y que la inconsistencia radica en que para que haya conspiración es elemental que haya al menos dos o más personas. Si sólo una fue condenada y la otra absuelta, pues entonces no hay conspiración. El tribunal del recurso no hará lugar a este planteo por los mismos argumentos anteriores.

---

<sup>280</sup> CHIESAAPONTE,Ernesto: “*Derecho procesal penal....*”, opcit,VolIII,p.247.

En el fondo de toda esta cuestión está el absoluto respeto que se le prodiga en el *common law* a la autoridad soberana del jurado para determinar los hechos en el ámbito del veredicto, sobre todo cuando, como en estos casos de veredictos inconsistentes, los efectúa en favor del imputado para atemperar el rigor de la pena.

ChiesaAponte lo resume así:

*Finalmente, valga insistir que el Tribunal Supremo de Puerto Rico, una y otra vez, ha aceptado los veredictos inconsistentes como una especie de mal necesario que pertenece a la esencia misma del juicio por jurado. Una de las razones para no requerir que los veredictos del jurado sean consistentes es reconocer la realidad de que los jurados, a veces, atemperan la ley a su propio sentido de justicia y así atemperada la aplican. Hay que vivir con los veredictos inconsistentes como un precio para mantener el derecho a juicio por jurado junto con el irrestricto respeto a un veredicto absolutorio.*<sup>281</sup>

### C. Veredictos defectuosos

Un veredicto es considerado como defectuoso cuando no puede determinarse la intención del jurado al llenar el formulario de veredicto.<sup>282</sup>

Se inicia entonces una breve instancia de reconsideración. Si el jurado insiste, el juez deberá absolver al acusado. No obstante, gran parte de estos peligros quedan evitados en la Argentina con la confección y uso obligatorio por el jurado del formulario final del veredicto, que deberá ser llenado, firmado y datado por el presidente del jurado tras la deliberación. Dicho formulario es confeccionado por el juez, previo litigio con las partes en la audiencia de elaboración de las instrucciones e incluye todas las opciones de veredicto que tiene el jurado, para que las marque **con una cruz a su lado**. Es decir, declarar al acusado culpable de homicidio calificado (opción A), de homicidio simple (opción B), de homicidio culposo (opción C) o declararlo no culpable (opción D).

---

<sup>281</sup> CHIESAAPONTE,Ernesto: “Derecho procesal penal....”, opcit,volIII,p.246y247

<sup>282</sup> La regla 149 del Procedimiento Federal Criminal de Puerto Rico (símil al artículo 83 de la ley 7661 del Chaco) textualmente dice así:

*Regla 149. JURADO; RECONSIDERACIÓN DE VEREDICTO DEFECTUOSO.*

*Si el veredicto fuere tan defectuoso que el tribunal no pudiere determinar la intención del jurado de absolver o condenar al acusado por el delito bajo el cual el acusado pudiera ser condenado de acuerdo con la acusación, o no pudiere determinar en qué cargo o cargos el jurado quiso absolver o condenar al acusado, el tribunal podrá instruir al jurado para que reconsidere dicho veredicto y exprese claramente su intención. Pero si el jurado persistiere en rendir el veredicto defectuoso, tal veredicto será aceptado, y el tribunal dictará un fallo absolutorio.*

Pero aún así, siempre pueden darse escenarios de error o de llenado defectuoso que impida saber cuál es la voluntad real del jurado como, por ejemplo, que elija la opción A y la opción D a la misma vez. Frente a ello, se procede en Estados Unidos, Puerto Rico y en Chaco tal cual lo indica la regla 149 y el art 83 de la ley n° 7661, respectivamente. De hecho, Chaco reguló correctamente la costumbre del *common law* de mantener en absoluto secreto las deliberaciones, con excepción de cuando se produzca un error en el llenado del formulario de veredicto (artículo 90 ley 7661). Allí sí se podrá preguntarle al jurado para determinar si esa es su voluntad. Al sólo efecto de despear un error formal y nada más que eso.

### § 3. Veredictos de Conciencia: el *Jury Nullification*. El jurado y el derecho.

La razón histórico-política por la cual el juicio por jurados está en la Constitución es, entre otras, porque la Ilustración y los revolucionarios franceses lo vieron claramente como el último baluarte contra cualquier forma de opresión, provenga esta del Poder o de cualquier mayoría contra un individuo. El jurado es el árbitro último de la ley y de los hechos en una democracia republicana, gracias al poder de veto de su veredicto general de *no culpable*.<sup>283</sup> Un veredicto que no expresa las razones de por qué absuelve, que es irrecurrible y por el cual no pueden los jurados ser castigados en modo alguno. Este singular poder, en contadas ocasiones, es utilizado por el jurado para dictar sus veredictos de conciencia y nulificar la ley aplicable a los hechos, como única manera para llevar justicia al caso concreto. Esto es lo que hicieron los jurados en los juicios contra William Penn, Los 7 Obispos de Londres y John Peter Zenger. Ni más ni menos que el *jury nullification*, quizás el aspecto más heroico del jurado a lo largo de la Historia y el que más pasiones despierta. Gran parte de la discusión sobre la “*motivación sí-motivación no*” está atravesada por las dificultades de las castas profesionales del *civil law* en asumir que el Pueblo tenga un poder tan definitorio en materia judicial. El *jury nullification* es, sin dudas, una discusión de alta política sobre el ejercicio del poder de juzgar. Según Hans & Marder: “*Exigir la motivación de los veredictos significa socavar el poder político de un jurado en materia criminal*”.<sup>284</sup>

#### A. Concepto. Definición legal

Es el veredicto del jurado mediante el cual sus miembros ignoran o desobedecen las expresas instrucciones del juez sobre la ley aplicable para poder alcanzar un

---

<sup>283</sup> LEIPOLD, Andrew D.: “*Rethinking Jury nullification*”, 82 Va. L. Rev. 253, Estados Unidos, 1996, p. 1: “*El jury nullification es una de las fuerzas más potentes del derecho penal*”.

<sup>284</sup>HANS, Valerie P. y MARDER, Nancy: “*Juries and lay participation...*” op. cit., 2015, p. 796.

veredicto basado exclusivamente en sus propias conciencias y en su sentido innato de justicia y de equidad.<sup>285</sup> Abraza el concepto de que los jurados son, finalmente, tanto jueces de los hechos como del derecho. El veredicto nulificante de conciencia del jurado usualmente es por *no culpable*, pero muchas veces los jurados lo ejercen condenado al acusado por un delito menor incluido.<sup>286</sup>

### 1. ¿Afirmación de derechos constitucionales o jurado legislador?

Algunos autores, entre los que me incluyo, definen al *jury nullification* no como un veredicto de desobediencia *en contra* de la ley y de los hechos, sino como un veredicto *a favor* de *afirmar valores superiores* a la ley misma, que pueden ser de naturaleza constitucional, de justicia o de equidad.<sup>287</sup>

Es cierto que los veredictos de conciencia del jurado lograron derogar leyes o modificarlas. Veremos varios ejemplos históricos de esto. Pero eso no significa que el jurado pueda ser elevado a la categoría de legislador, a pesar de que, como un juez que es, *interpreta* la ley y le da su sentido al caso concreto.

El enfoque tradicional en las cortes del *common law* es que los jurados son los "*triers of fact*" (juzgadores de los hechos), mientras que el juez es considerado el intérprete de la ley y el único que instruirá al jurado sobre el derecho aplicable. El *jury nullification* ocurre cuando, en circunstancias extraordinarias e infrecuentes, un jurado aplica su propia interpretación de la ley<sup>288</sup> y/o la ignora por completo al rendir su

---

<sup>285</sup>BROWN, Darryl: "*Jury nullification within the Rule of Law*", 81 Minnesota Law Review, 1997, p. 1149. El autor hace aquí un esfuerzo por definir el *jury nullification*. Quedan fuera de él aquellos veredictos en que el jurado absuelve por error, por no haber comprendido bien confusas instrucciones del juez sobre la ley, o por no haber entendido bien los hechos. El *jury nullification* **exige plena conciencia del jurado al vetar el castigo**. Entran en su categoría los siguientes escenarios: 1) cuando absuelve al acusado de violar una ley que el jurado considera injusta y arbitraria; 2) cuando una ley correcta es aplicada de manera injusta por provocar un castigo desproporcionado; 3) El jurado absuelve para castigar a un fiscal y/o a un juez que incurrieron en una conducta muy grave, por más que la ley sea justa y haya sido aplicada de manera justa; 4) el jurado absuelve por compasión o porque el acusado ya ha sufrido suficiente castigo.

<sup>286</sup>CONRAD, Glay S.: "*Jury Nullification: the evolution of a doctrine*", CATO Institute, Washington D.C., 2014, p. 7. En la Argentina, consultar BRUZZONE, Gustavo: "*Mito y realidad de la participación ciudadana en la administración de justicia penal en Sudamérica: ¿Se instaurará finalmente el juicio por jurados en Argentina como lo establece su constitución Nacional desde 1853?*", en el libro de A.A.V.V., *Juicio por Jurados en el Proceso Penal*, Ad Hoc, Bs.As., 2000, pp. 93 y ss.

<sup>287</sup>Entre ellos Alberto Binder; cfr. HARFUCH, Andrés: "*El juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires...*", op. cit., p. 266 y ss. y la autora de la siguiente cita, Jenny Carroll.

Es lo que surge, además, del fallo *Spock*, ampliamente citado supra: "*54. Al tope de estas consideraciones se destaca el principio de que al jurado, como la conciencia de la comunidad, debe permitírsele mirar a algo más que la lógica.*"

<sup>288</sup>CARROLL, Jenny E.: "*Nullification as Law*", 102 Geo. L.J. 579, Estados Unidos, 2014, p. 2 y ss. La

veredicto general de *no culpable*. El *jury nullification* es más común en los juicios penales; sin embargo, es también aplicable al jurado civil, donde está sujeto -a diferencia del penal, que es irrecurrible- a remedios procesales tales como el *j.n.o.v.* o el veredicto direccionado de los jueces.

Pero en materia penal, la 5ª Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos y los artículos, 24, 118 y 75 inc 12º de la Constitución Argentina (CADH, 8º, inc 2º “h” y PIDCyP, 14º inc 5º) garantizan a los individuos su libertad frente a una múltiple persecución penal (*ne bis inidem* o *double jeopardy*) y, por ende, convierten en final al veredicto del jurado que culmina en una absolución. Esto les otorga a los jurados el poder inherente a seguir nada más que sus propias conciencias al alcanzar un veredicto, no obstante las directivas legales del juez en sus instrucciones en sentido contrario.

## 2. El poder de veto del jurado sobre la ley

El derecho constitucional norteamericano -fuente indiscutida de la Constitución de 1853- expresa con claridad *su y nuestro* propio diseño de la Ley Fundamental:

*La Constitución provee cinco tribunales distintos con poder de veto sobre la ley -diputados, senadores, ejecutivo, jueces- y, finalmente, los jurados. Cada promulgación de la ley debe superar todos estos obstáculos antes de que obtenga la autoridad para castigar a aquellos que opten por violarla.*<sup>289</sup>

No habrá nunca ley penal capaz de aplicar un castigo sin los intercontroles de estos cinco tribunales constitucionales. Sería redundante explicar lo obvio, pero no habrá ley penal ni castigo si los diputados y los senadores no coinciden sobre ella, aprobándola. No habrá ley si el Ejecutivo la veta. Tampoco habrá ley si un juez la declara inconstitucional al caso concreto (veto del juez). Pero tampoco habrá ley aplicable cuando un jurado dictamina *no culpable*, impidiendo así el castigo por ella previsto al acusado (veto del jurado). Es por eso que la Corte estadounidense, a pesar de

---

autora sostiene una interesantísima idea de que la regla del derecho reconoce el rol vital que pueden jugar en una democracia los mecanismos de *construcción ciudadana directa de la ley*, como el *jury nullification*. Lo ve como un aporte a toda democracia que busque preservar nociones de justicia y de derecho cognoscibles por la ciudadanía: “*El jury nullification erosiona el paradigma formalista que rodea a la ley. La audacia de un jurado definiendo él mismo a la ley nos habla de cierto pequeño espacio donde la ley es construida y se le da un significado por fuera de los recintos del gobierno formal. Sugiere una ley que es más que las palabras escritas en un código, decretos del Ejecutivo o jurisprudencia, sino que es una interacción entre el lenguaje escrito y la interpretación ciudadana de dicho lenguaje. En su verdadera naturaleza, el jury nullification señala al ciudadano jurado como en sí mismo una fuente de la ley. Esto presiona contra las estáticas construcciones de la ley y busca inyectar ideales de justicia y de equidad con base comunitaria dentro del más amplio cuerpo legal.*”

<sup>289</sup>ISIL (International Society for Individual Liberty): “*History of jury nullification*”, EE.UU., 2001, <http://www.isil.org/resources/lit/history-jury-null.html>

los límites que ha impuesto al *jury nullification*, desde siempre ha reconocido que el jurado es un tribunal constitucional que posee el “*poder fisico*” para vetar (nulificar) de manera inapelable la ley al caso concreto (ver caso *Sparf*).

### **B. Historia y desarrollo. El juicio a Lilburne y los adúlteros de Cromwell.**

El *jury nullification* es una facultad que le ha sido reconocida desde siempre al jurado clásico, una vez que logró de manera definitiva su poder para rendir un veredicto general. Los académicos norteamericanos reconocen que tal poder ya era ejercido en Inglaterra desde hacía siglos, aunque los juicios a William Penn y a los 7 Obispos de Londres hayan sido los más famosos *jury nullifications*. Nadie cuestionaba que el jurado tenía el poder sobre los hechos y el poder para aplicar la ley, pero siempre a instancias de las directivas del juez. El problema era si podían desobedecer al juez y fallar en contra de la ley que él les instruía y de la prueba rendida en el juicio.

La mayoría de los historiadores del derecho del *common law* coinciden en que el primer juicio en donde se discutió abiertamente y de manera expresa el poder nulificante del jurado para corregir leyes opresivas o injustas fue en el caso seguido contra John “*Freeborn*” Lilburne en 1649. Político inglés del período revolucionario de la Guerra Civil y activo miembro de los “*Levellers*” (“los Niveladores”), su prédica fue a favor de un igualitarismo total. Lilburne y los Levellers eran quáqueros, liberales libertarios y disidentes. Eran fanáticos activistas, contrarios a toda forma de Poder Ejecutivo permanente y exigían lo que para esa época era un imposible: que los gobernantes fueran elegidos por el Pueblo, única fuente soberana del poder político.<sup>290</sup> Demandaban a las cortes judiciales a que hablaran en inglés y tradujeran a dicha lengua común sus frecuentes latinazgos o alambicadas frases en francés, de modo que el pueblo y los jurados pudieran entender los juicios. Su prédica incendiaria fue demasiado para la época y pronto serían perseguidos por el gobierno puritano de Oliverio Cromwell. En 1649, se lo acusó de alta traición y fue llevado a juicio por jurados. El delito estaba conminado con la muerte.

---

<sup>290</sup>KNAPPER, M.: “*Constitutional and legal history of England*”, 436, Estados Unidos, 1942. Los Levellers plasmaron todas estas ideas liberales en un documento llamado *The Agreement of the People* (El Acuerdo del Pueblo). Este documento está considerado como uno de los precursores de la Constitución de los Estados Unidos, pues incorporaba “*virtualmente todas las ideas de la Constitución futura de Filadelfia y de la democracia del siglo XIX, incluyendo la teoría de una Constitución escrita y con poderes reservados, aunque para esa época eran demasiado novedosas como para obtener un pleno e inmediato apoyo.*”

El juicio comenzó con Lilburne cuestionando la constitución misma del tribunal por ser contrario a las leyes fundamentales “*del país*”, planteo absolutamente inédito para su tiempo. El juez Lord Kebles le impidió interrogar a un testigo clave y no dejó que lo asistiera un abogado defensor, a pesar de solicitarlo varias veces durante los tres días que duró el debate. De tal modo, ejerció su propia defensa ante el jurado. Sus alegatos no tenían desperdicio<sup>291</sup>:

**Lilburne:** *Me dirijo nada más que a ustedes, mis compatriotas del jurado. Ante vuestra conciencia, integridad y honestidad está ahora mi vida, las vidas y libertades de los demás hombres honestos de esta Nación. Ustedes son por ley los jueces del derecho y también los jueces de los hechos, y los magistrados aquí presentes son tan sólo meros pronunciadores de vuestra sentencia, vuestras razones y vuestra voluntad.*

**Lord Kebles:** *Caballeros del jurado, les recuerdo que los jurados no son los jueces del derecho....*

**Lilburne (interrumpiendo):** *los jurados, de acuerdo a nuestra ley, no son solamente los jueces de los hechos, sino también que ellos juzgan la ley. Y ustedes (señalando a los jueces), ustedes que se llaman a sí mismos jueces del derecho **no son más que intrusos normandos**; y de hecho y en verdad, si al jurado le place, deberían ignorarlos al pronunciar vuestro veredicto.”*

**Lord Kebles (furioso):** *Caballeros del jurado, les ordeno que no hagan caso a tan condenable y blasfema herejía.*

**Lilburne:** *Ustedes, mis compatriotas del jurado, quienes ahora son mis únicos juzgadores, les imploro que tomen nota de vuestro poder para juzgar la ley.”*

Tras cuarenta y cinco minutos de deliberación, los jurados rindieron un veredicto de *no culpable*, ante el estupor de los jueces y el disgusto del Consejo de Estado. Los jueces, atónitos ante el veredicto del jurado, les preguntaron dos veces cuál había sido el veredicto. No pudieron continuar con la maniobra de presionar al jurado debido a la prolongada, ensordecedora gritería y los vítores del público que abarrotaba la sala. Según los reportes unánimes de los presentes, la ovación se prolongó durante media hora, mientras los jueces permanecían sentados, rojos de ira algunos, pálidos otros. Hubo manifestaciones por todo Londres y en los suburbios. A la noche, se encendieron fogatas de celebración. Y así continuó la algarabía, durante varios días más.<sup>292</sup>

---

<sup>291</sup>Extractos del registro taquigráfico íntegro del juicio en <http://www.constitution.org/trials/lilburne/lilburne1.htm>

<sup>292</sup>BERNSTEIN, Edward: “*Cromwell and Communism: Socialism and Democracy in the Great English Revolution*”, Library of Congress 63-18392, Inglaterra (1895).



Pocos años después, Cromwell sancionó una ley que castigaba con la muerte al adulterio. Tras los tres primeros juicios en los que los autores fueron declarados culpables y ahorcados, el pueblo inglés se impresionó. En los casi cien juicios posteriores, los jurados rindieron veredictos de no culpabilidad, a pesar de la abrumadora prueba del adulterio. Cromwell no tuvo más remedio que tumbar la ley. El mensaje popular derogatorio hacia una ley injusta y opresiva había quedado más que claro. El vehículo de dicho mensaje no fue otro que los veredictos generales del jurado.

Cien años después llegaría el ya célebre *jury nullification* en el juicio por libelo sedicioso y difamatorio a John Peter Zenger en la entonces colonia inglesa de Nueva York. El mismo argumento se le volvió a escuchar al abogado defensor:

*Hamilton: Los jurados tienen el derecho, más allá de cualquier discusión, a determinar tanto la ley como los hechos, y donde no duden sobre el derecho, deberían de hacerlo. Esto de dejarle al juicio del tribunal si las palabras son difamatorias o no, efectivamente convierte a los jurados, en muchos casos, en poco menos que inútiles (por no decir algo peor).*

El jurado absolvió a Zenger a pesar de todas las maniobras de un juez parcial y complaciente al Gobierno como pocas veces se había visto. Desde allí en adelante, toda jurisdicción colonial confrontada con la cuestión del derecho del jurado para decidir tanto los hechos como la ley llegaron a la conclusión que los jurados podían decidir los hechos y la ley aplicable.

### **C. Apogeo. Del fallo *Brailsford* al fallo *Sparf* (1794-1895). El Código Sangriento en Inglaterra.**

El contexto político favorecía este poder que el jurado logró afirmar frente a gobiernos opresivos. En Inglaterra, el absolutismo de los reyes estaba llegando a su fin, pero el ejercicio del poder seguía siendo brutal. En las colonias norteamericanas, como ya vimos, los colonos vivían bajo lo que consideraban un gobierno imperial tiránico. El jurado se volvió un poderoso escudo protector, en el que los colonos podían ser juzgados por los miembros de sus propias comunidades. El *trial by jury* era considerado como el único medio para la expresión democrática. Y, además, había un factor social que fue crucial para que el jurado obtuviera semejante control por largo tiempo sobre los juicios: los jueces y abogados de los primeros años de las colonias eran prácticamente legos, extraídos de las propias comunidades de las que salían los jurados. Frecuentemente, sabían tanto de leyes como los propios jurados.

Como afirman Hans & Vidmar,

*“los jueces no eran designados con el propósito de decidir los casos, desde que los que decidían los hechos y el derecho eran los jurados, sino para meramente preservar el orden y ver que cada parte haya tenido una justa chance ante el jurado”*.<sup>293</sup>

*“en muchos casos, los jueces no le daban al jurado ninguna instrucción en absoluto sobre la ley. En otras, los tres o más magistrados que presidían los juicios ofrecían instrucciones contradictorias sobre la ley, dejando al jurado en completa libertad para interpretar la ley”*.<sup>294</sup>

Esta falta de jueces preparados provocó que, durante muchísimo tiempo, los jurados norteamericanos decidieran tanto los hechos como el derecho.<sup>295</sup>

Todos los futuros líderes de la independencia de Estados Unidos, previo a que ella tuviera lugar, desde John Adams, Thomas Jefferson, George Washington, Alexander Hamilton, James Madison y Elbridge Gerry eran juradistas confesos que no albergaban dudas al respecto del poder del jurado sobre la ley. Dado que la Constitución que ellos redactaron en 1787 fue tan crucial para la Argentina y Latinoamérica, es muy importante conocer su pensamiento real sobre la relación entre el jurado y la aplicación del derecho, especialmente su poder de nulificación.

John Adams, en 1771, enfatizó que el jurado debería ignorar las instrucciones impartidas por el juez si las mismas violaban principios fundamentales de justicia:

*“No es tan sólo un derecho del jurado, sino su deber en ese caso, a decidir el veredicto de acuerdo con su propio entendimiento, juicio y conciencia, aunque estén en directa oposición a las directivas del juez”*.<sup>296</sup>

Alexander Hamilton, en 1804:

*Los jurados deberían absolver, aun en contra de las instrucciones del juez...si en el ejercicio de su honesto y discreto juicio tienen una clara convicción de que la instrucción de la corte está mal.*<sup>297</sup>

---

<sup>293</sup>HANS, Valerie P. & VIDMAR, Neil: *“Judging....”*, op. cit., p. 37.

<sup>294</sup> HANS, Valerie P. & VIDMAR, Neil: *“American....”*, op. cit., p. 49. Recién a principios del siglo XIX se afirmó la presencia de un único juez dirigiendo a un jurado, tal cual hoy es la regla.

<sup>295</sup> Semejante cosa pareció suceder con la experiencia de los jurados galeses en el Chubut desde 1865 hasta casi 1885. Chubut era una tierra desolada y deshabitada en la naciente República Argentina. Los colonos galeses que arribaron a sus costas recibieron el permiso para hacer sus juicios por jurados del propio Ministro del Interior del presidente Mitre, Guillermo Rawson. Así fue que juzgaron por jurados los hechos y el derecho tanto en juicios penales como civiles superiores a las cinco libras y de acuerdo a la costumbre del *common law* plasmada en una Ley de Administración de justicia aprobada por el gobierno argentino. ZAMPINI, Virgilio: *“Chubut Siglo XIX: una década de juicio por jurados*, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, Año VIII, N° 14, p. 343 y ss. También versión digital en la página web de la AAJJ, sección doctrina e investigación [https://es.scribd.com/fullscreen/75074555?access\\_key=key-1t0xawcfe5zgx6ffk5ut](https://es.scribd.com/fullscreen/75074555?access_key=key-1t0xawcfe5zgx6ffk5ut)

<sup>296</sup> Discursos del segundo presidente de los Estados Unidos, John Adams, en Yale Law Journal 74, 1964, p. 173.

<sup>297</sup> SAX, Joseph, Yale Law Review 57, Junio de 1968, ps 481-494.

Thomas Jefferson, en 1789:

*“Si yo fuera llamado a decidir sobre si el Pueblo tuviera que ser mejor omitido en el Poder Legislativo o en el Judicial, yo diría que es mejor dejarlos fuera de la legislatura. La ejecución de las leyes es más importante que el proceso de hacerlas. Sin embargo, lo mejor es tener al Pueblo en todos los tres departamentos, cuando ello sea posible”.*<sup>298</sup>

En plena Guerra Civil, en 1867, el Estado de Maryland dictó su actual Constitución. Maryland e Indiana poseen normas constitucionales similares como la siguiente:

***Artículo XXIII de la Constitución del Estado de Maryland:** “En todos los casos penales, sin ninguna excepción, el jurado tendrá el derecho de determinar la ley y los hechos”.*

En 1794, ocho años después de la sanción de la Constitución, la primer Corte Suprema de Justicia Federal de los Estados Unidos tuvo que intervenir en un juicio civil por competencia originaria (un particular, llamado Brailsford, contra el Estado de Georgia). Nosotros heredamos de los Estados Unidos la misma disposición, salvo por una diferencia crucial. La Corte Suprema llevó a cabo este juicio de manera originaria ¡con jurados!<sup>299</sup> Su primer presidente de la historia, CJ John Jay, fue quien presidió el debate e instruyó al jurado civil que debían juzgar tanto los hechos como el derecho al alcanzar un veredicto.

*“No estará de más recordarles, aquí, caballeros, la vieja y sabia regla de que la decisión de las cuestiones de hecho es competencia del jurado y que la decisión de las cuestiones de derecho es competencia de la Corte. No obstante, debe ser observado que la misma ley que reconoce esta razonable distribución de la jurisdicción les otorga a ustedes, miembros del jurado, el derecho a tomar sobre sí mismos el juzgamiento de ambas y a determinar tanto el derecho como el hecho en controversia. En esta y en cualquier otra ocasión, no tenemos ninguna duda que ustedes respetarán esta máxima que, además, es opinión de la Corte: porque, como por un lado se presume que los jurados son los mejores jueces de los hechos, es por otra parte presumible que la corte sean los mejores jueces del derecho. Pero, aún así, **ambos objetos se encuentran legalmente dentro de vuestro poder de decisión**”.*<sup>300</sup>

Al elaborar tal instrucción, tuvo en cuenta la larguísima tradición de que no solamente debía instruirse a los jurados sobre su poder de nulificación de la ley sino,

---

<sup>298</sup> Thomas Jefferson a Abbe Arnoux, 1789. ME 7:423, Papeles 15:283.

<sup>299</sup> Actual CN, 117. La diferencia es que, cuando la Corte argentina juzga de manera originaria, lo hace, como no podía ser de otra forma, mediante un expediente escrito y sin juicio. Su par norteamericana, con casi la misma Constitución, lo hace por juicio público y por jurados.

<sup>300</sup>In re *Georgia c. Brailsford*, 3 U.S. 1, Feberero 1794.

también, de alentarlos judicialmente a que lo hicieran, si así lo reclamaba la justicia del caso.<sup>301</sup>

En los años subsiguientes, los jurados practicaron la nulificación y derrotaron leyes impopulares, repugnantes o de arbitraria aplicación. Cayeron bajo dicho poder del jurado las Leyes de Extranjería y Sedición (1798), La Ley de Esclavos Fugitivos (1793-1850) y la Ley Seca, que prohibía la venta de alcohol (1920). Los veredictos del jurado jugaron un rol crucial en la abolición de la esclavitud en los Estados Unidos. Los jurados norteamericanos, sobre todo en Nueva Inglaterra, se negaron repetidamente a condenar a los militantes abolicionistas que, ex profeso, ayudaban a escapar a los esclavos en violación a la Ley de Esclavos Fugitivos de 1850, ofensiva por completo a la dignidad humana.<sup>302</sup> Pocos años después, el presidente Abraham Lincoln derogó la esclavitud y la incluyó como la 14ª Enmienda de la Constitución.

En Inglaterra, aún con una magistratura de muchísimo mayor nivel y experiencia que la de la reciente nación norteamericana, el poder nulificante del jurado sobre la ley era -y sigue siendo- indiscutible. Recordemos, además, que los jueces ingleses siempre tuvieron un control adicional sobre el veredicto del jurado con su *summing-up* o poder para resumir los hechos del caso al jurado en sus instrucciones. Aún así, los jurados ingleses practicaron igualmente el *jury nullification*. Durante los siglos XVIII y XIX rigió allí el tristemente célebre “*Bloody Code o Código Sangriento*”. Era el Código Penal vigente, que prescribía la pena de muerte para 220 delitos, incluyendo algunos tan leves como hurtar pan, andar en compañía de gitanos por más de un mes, grave dolo en niños de siete a catorce años de edad, pintarse la cara de negro o disfrazarse para cometer un delito y, muy especialmente, los condenados por disidencia política.<sup>303</sup> Los jurados rindieron veredictos finales de *no culpable* en miles de juicios para evitar la horca a los acusados. Llegó hasta el punto que los banqueros le exigieron al Parlamento

---

<sup>301</sup>CARROLL, Jenny E.: “*The Jury’s Second Coming*”, publicado en *The Georgetown Law Journal* [Vol. 100:657], EE.UU. 2012.

<sup>302</sup> BARKAN, Steven: “*Jury Nullification in Political Trials*”, 31, *Social Problems*, University of California Press, octubre de 1983, pp. 28–44: “*En 1851, 24 personas fueron enjuiciadas por ayudar a escapar a un esclavo fugitivo de la cárcel de Syracuse, en Nueva York. Los primeros cuatro juicios de ese grupo terminaron con veredictos absolutorios y una condena, por lo que la fiscalía retiró los cargos. Del mismo modo, luego que una multitud irrumpiera en la sala de juicio de una corte de Boston y rescatara a un esclavo, tres de los involucrados fueron absueltos, otros terminaron con jurados estancados, por lo que la fiscalía también debió retirar los cargos*”.

<sup>303</sup> Sir Samuel Romilly, hablando en contra de la pena capital en la Casa de los Comunes en 1810, declaró que “*no hay nación sobre la faz de la Tierra en la que haya habido tantos diferentes delitos conminados por ley con la muerte como Inglaterra*”. Ver “*Parliamentary Debates*”, (Hansard). House of Commons. 9 Febrero 1810. col. 366–374.

la derogación de la pena de muerte para los delitos de falsificación de moneda, debido a que los jurados absolvían continuamente a los estafadores con tal de que no los ejecutaran. Los historiadores no tienen la menor duda que fueron los veredictos generales de conciencia del jurado los que llevaron a la progresiva abolición de la pena de muerte en Inglaterra y al declive final del *Código Sangriento*.<sup>304</sup>

En síntesis, durante casi dos siglos en Inglaterra, en el Commonwealth y en los Estados Unidos, el jurado vivió en este esplendor del ejercicio de su vasto poder.<sup>305</sup>

#### **D. Los límites contra los veredictos de conciencia.**

Sin embargo, una vez que los Estados Unidos se consolidaron como nación tras la Guerra Civil y entraron en una gran prosperidad económica, las relaciones sociales y políticas cambiaron por completo. El rol y funcionamiento del jurado continuaban intactos, pero ya descollaban jueces y abogados de gran experiencia legal y preparación. Coincidentemente con esos factores, empezaron a perfeccionarse mayores controles judiciales sobre los veredictos del jurado, como los veredictos direccionados del juez y la aparición de los veredictos especiales para el jurado civil.

A medida que la nueva forma republicana de gobierno se iba asentando, estaba claro que la voluntad popular se expresaba a través de la elección de su Presidente y de sus legisladores, quienes sancionaban las leyes. Parecía evidente que el *jury nullification* constituiría una frustración de esa voluntad popular institucionalizada, aunque otros, acertadamente, señalaran un punto crucial: como los diputados y senadores legislan de manera general, jamás pueden prever o anticipar todo el conjunto de circunstancias posibles que pueden surgir en el futuro. Por ende, corresponde al jurado ajustar dicha ley general a la justicia del caso concreto. Nosotros, en el *civil law*, argumentamos lo mismo cuando el juez profesional ejerce el control difuso de constitucionalidad y declara inconstitucional una ley al caso concreto. Claro que esa especie de *judge nullification* o poder nulificante del juez es mucho más difícil y costoso políticamente para cualquier juez. No así para el jurado, gracias a su veredicto general y a su carácter de jueces accidentales y anónimos. Más allá de estas

---

<sup>304</sup>MANTA, Irina D.: "*The Puzzle of Criminal Sanctions for Intellectual Property Infringement*", Harvard Journal of Law & Technology 24 (2), 2011, p 474. La abolición de la pena de muerte en Inglaterra fue un proceso que llevó cerca de cincuenta años. Cada año se prohibía para un nuevo y amplio grupo de delitos o el primer Ministro las conmutaba por prisión. La última ejecución fue en 1964.

<sup>305</sup>NELSON, William: "*Americanization of the common law: the impact of legal change on Massachusetts society*", University of Georgia Press, reedición, 1994, p. 20-30: "*El factor vital del sistema de jurados, sin embargo, no era que los jurados juzgaran prácticamente cualquier caso, sino que tenían un vasto poder para determinar en dichos casos tanto la ley como los hechos*".

apreciaciones, lo cierto es que la nueva realidad política y social de los Estados Unidos provocó que, en ciertos sectores judiciales y legislativos, el *jury nullification* fuera ya visto como inconveniente y no deseable. Como no se lo podía derogar, había que encontrar nuevos modos para limitar su ejercicio.

Y así llegó en 1895 el fallo *Sparf*. Las luchas obreras en el mundo habían entrado en su período de clímax cuando, en 1888 y tras multitudinarias huelgas, los obreros le arrancaron al Gobierno la jornada laboral de ocho horas. El camino no fue fácil: centenares de huelguistas fueron llevados a juicio por actos de sabotaje, interrupción de la producción o transporte de mercaderías. Resultado: los jurados los declaraban *no culpables* en muchísimos casos, en un claro ejercicio de nulificación de la ley y de simpatía con los obreros. Los grandes capitalistas e industriales norteamericanos reaccionaron con todo y presionaron al Gobierno por tantas absoluciones. Así, en medio de semejante tensión social, llega el fallo *Sparf*, el gran límite hasta hoy al *jury nullification*.

La Corte impuso un cambio sustancial de jurisprudencia con este fallo. La Corte distinguió entre el *poder* y el *derecho* del jurado para nulificar. Sintéticamente, sostuvo que una cosa es el *poder* para nulificar, pero otra muy distinta es que el jurado tenga un *derecho* a nulificar. La Corte reafirmó sin dudar el *poder* indiscutible del jurado sobre los hechos y la ley y también reconoció su poder para nulificar. Pero, a diferencia del pasado, sostuvo que el jurado no tenía ningún derecho al *jury nullification*.

*Los jurados tienen el poder físico para ignorar la ley tal cual se las instruye el juez. Pero yo niego que tengan algún derecho moral a decidir la ley de acuerdo a su gusto o a sus propias nociones. Por el contrario, considero como el más sagrado derecho constitucional de toda parte acusada de un delito que el jurado deba responder por los hechos y el juez por el derecho... Este es el derecho de todo ciudadano, y su única protección.*<sup>306</sup>

La consecuencia práctica de estadecisión, al menos para la jurisdicción federal, es que, de allí en más, los jueces federales de distrito no volvieron a informar más a los jurados en sus instrucciones acerca de que poseían efectivamente tal *poder* para ignorar la ley.

Hasta ese entonces, los jueces daban sus instrucciones legales y les decían expresamente al jurado que podían desobedecerlas si violentaban sus conciencias, tal como lo había hecho el juez John Jay en 1794 en *Brailfsord*.

---

<sup>306</sup>*Sparf and Hansen v. United States*, 156 U.S. 51, 15 S. Ct. 273, 39 L. Ed. 343 (1895)

Fue el último fallo de la Corte Suprema sobre el tema hasta el día de hoy, a pesar de los repetidos intentos de los litigantes por modificar dicha doctrina legal constitucional. Consecuentemente, los jueces norteamericanos no sólo que se niegan a impartir instrucciones sobre *jury nullification* solicitadas por las partes, sino que también impiden que los abogados defensores argumenten de igual modo ante el jurado y les impiden una línea específica de teoría del caso que pueda siquiera sugerir la nulificación. Fue lo que hizo el juez Ford en el caso *Spock*, al prohibirles a los acusados y sus defensas hablar abiertamente de la inmoralidad e ilegalidad de la Guerra de Vietnam. El abogado que intente alegar ante el jurado sobre su poder de nulificación se enfrenta con toda seguridad a perder su matrícula para ejercer la profesión.<sup>307</sup>

Durante la Guerra de Vietnam, el tema de informar al jurado sobre su poder para nulificar resurgió con fuerza en el fallo de la Corte Federal de Apelaciones del Segundo Circuito “*United States v. Dougherty*” de 1972.<sup>308</sup> En dicho caso, los acusados eran clérigos católicos que saquearon las oficinas de la multinacional petroquímica Dow Chemical Company, como protesta por la fabricación del napalm usado por el Ejército de los Estados Unidos para bombardear las aldeas vietnamitas. Durante el juicio, los abogados exigieron al juez que instruyera a los jurados que tenían el poder para absolverlos desobedeciendo la ley. El juez se negó, el jurado los condenó, los abogados apelaron y la Corte de Apelaciones confirmó la condena y la doctrina *Sparf*.

En 1997, la misma Corte de apelación aumentó aún más los controles al sostener que un juez puede excluir válidamente con causa a un potencial jurado si, durante la selección del jurado en el *voir dire*, surge que el mismo intentará ejercer su poder de nulificación.<sup>309</sup>

### **E. Actualidad. Casos usuales**

La acepción más extensamente aceptada hoy del *jury nullification* en los tribunales es la que les reconoce a los jurados el poder para nulificar la ley, pero no el

---

<sup>307</sup> En Estados Unidos existe una organización llamada FIJA (*Fully Informed Jury Association*) que promueve una campaña nacional para que las cortes informen a sus jurados acerca del *jury nullification* que les reconoce la Constitución. Los jueces han prohibido a los abogados no sólo alegar ante el jurado en juicio, sino que han prohibido a la FIJA a distribuir panfletos a la entrada de los Tribunales. En respuesta, la FIJA pagó posters y letreros en las estaciones de trenes y subtes cercanas a los tribunales. Y la lucha sigue.

<sup>308</sup> *United States v. Dougherty*, 473 F.2d 113 (D.C. Cir. 1972).

<sup>309</sup> *United States v. Thomas*, 116 F.3d 606 (2d Cir. 1997). El caso “*Kriho*” en Colorado, *People v. Kriho*, 996 P.2d. 158 (Colo. App. [1999]) puso importantes límites a la doctrina legal de *Thomas*. Igualmente, las críticas contra estos avances de “*la oligarquía judicial*” para evitar el *jury nullification* siguen siendo feroces. Cfr PARMENTER, Andrew J.: “*Nullifying the Jury: “The Judicial Oligarchy” Declares War on Jury Nullification*”, 46 Washburn L.J. 379, 2007.

derecho a hacerlo. De allí que, en la práctica, el poder actual del jurado sobre el derecho aplicable queda limitado estrictamente a las instrucciones que les imparte el juez. Pero a pesar de denegarles a los jurados el *derecho* a nulificar y a pesar del fallo *Sparf*, los jurados han seguido ejercitando continuamente, en ciertos casos muy especiales y reducidos, el poder de absolver en contra de la ley y las pruebas.

Singular es el caso de los Estados de Maryland e Indiana. Como vimos, el poder del jurado sobre los hechos y el derecho está expresamente reconocido por sus constituciones locales. La doctrina *Sparf*, por consiguiente, es inaplicable allí. Todos sus jueces instruyen al jurado de la siguiente manera:

*“Todo lo que les diga sobre la ley, incluyendo cualquier instrucción que pueda haberles impartido, es simplemente una recomendación y ustedes no están de ninguna manera obligada por ella. Siéntanse ustedes completamente libres de rechazar mi recomendación sobre la ley y de arribar a vuestra propia e independiente conclusión”*.<sup>310</sup>

En el resto del país donde no se imparten estas instrucciones, ¿los jurados siguen nulificando porque estén al tanto de dichos poderes? En absoluto. Lo ejercen **aún sin saberlo** y por su sentido innato de equidad y justicia. Dicho poder es ejercitado cuando los jurados creen que una absolución está justificada por razones que la ley oficialmente no reconoce. Los ejemplos actuales incluyen casos morales o sociales controvertidos como el aborto, la eutanasia o el uso medicinal de marihuana, entre varios.

### **1. *Jury nullification* y dogmática penal.**

Mediante veredictos que harían las delicias de los amantes de la dogmática penal de Europa continental, los jurados -aun sin necesidad de saber lo que es la *autopuesta en peligro de la víctima* ni la imputación objetiva, nulifican y absuelven en casos donde la víctima ha contribuido decisivamente al resultado, a pesar de que la jurisprudencia profesional niega terminantemente esa posibilidad, inclusive en Argentina.<sup>311</sup> Los jurados tampoco habrán leído tratado alguno sobre los requisitos de la legítima defensa, la pena natural, la medida del daño en la culpabilidad o el principio de subsidiariedad o última ratio. Pero poseen en la práctica un sentido mucho más amplio y liberal de las causas de justificación, sobre todo de la legítima defensa. Y se han distinguido por nulificar en casos donde el daño es mínimo o trivial (el jurado que absolvió a un ladrón

---

<sup>310</sup> “*Criminal Pattern Jury Instructions*”, Maryland, 2nd Edition w/ 2013 Supplement and Instructions CD

<sup>311</sup> Fue el caso en que el jurado absolvió contra la expresa instrucción del juez a un automovilista distraído que atropelló a un peatón completamente ebrio -que además era famoso por sus borracheras- y que se tambaleó hacia la calle. HANS, Valerie P. & VIDMAR, Neil: “*Judging...*”, op. cit., p. 152.



por hurtar sólo dos dólares) o cuando un conductor acusado del delito de conducir bajo estado de ebriedad sufrió graves heridas.

Párrafo aparte merece el caso “Ortega” en Córdoba, en donde los jurados populares volvieron a dejar en minoría a los jueces profesionales y absolvieron al acusado del cargo de tentativa de homicidio, por considerar **causales más amplias para el desistimiento voluntario de la tentativa idónea** (CP, 43).<sup>312</sup> Los jueces profesionales votaron por la condena al sostener que el desistimiento no había sido voluntario. Por esa razón, que muestra otra de las incongruencias del sistema escabinado y su obstinación por motivar el veredicto de los jurados, el tercer juez técnico, que no deliberó con los jurados, se vio obligado a redactar el fallo, quizás a pesar de sus *íntimas convicciones*.<sup>313</sup> Lo cierto es que los jurados y los jueces valoraron los hechos de manera muy diferente. Los jurados consideraron “*insustancial y no probada*” la cuestión de hecho esgrimida por los jueces técnicos para condenarlo por tentativa de homicidio. El relato es del profesor Hendler:

*“Estaba fuera de discusión que el acusado, después de haber ahorcado con intención homicida a la víctima hasta hacerla desvanecer, cesó en el intento, logró reanimarla, le pidió perdón y, por propia iniciativa se presentó inmediatamente a la autoridad policial dando cuenta del hecho. **La disputa entre jueces y jurados estuvo centrada en cual había sido el factor determinante del cambio de actitud.** La acusación fiscal sostenía que la aparición de una hija de la pareja fue lo que impidió que prosiguiera el plan homicida; pero esa circunstancia resultó desvirtuada por elementos de prueba que llevaron a concluir, tanto a la mayoría como a la minoría de los miembros del tribunal, que esa aparición tuvo lugar cuando el intento había cesado y el acusado estaba ya en actitud de reanimar a la víctima. Los jueces profesionales, en su voto minoritario, entendieron que los ruidos que se produjeron en el lugar impidieron consumir el hecho de manera sigilosa y frustraron el plan delictivo. Los jurados ciudadanos, en cambio, en su*

---

<sup>312</sup> Es improbable que los jurados cordobeses de este caso hayan leído el Tratado de Derecho penal de Zaffaroni, Alagia y Slokar, pero llegaron **racionalmente en la deliberación** a sus mismas y exactas conclusiones: “...cuando el agente se representa un fracaso que no existe, no puede negarse la posibilidad del desistimiento, pues –cualquiera que sea su motivación– el autor renuncia voluntariamente a continuar con el hecho”. Cfr. ZAFFARONI Eugenio, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro: “Derecho Penal-Parte general”, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 804.

Las palabras de los jurados fueron: “\*El jurado sostiene que Ortega desistió por razones distintas. Que el acusado llegó a una situación de crisis de tal magnitud, que ante las provocaciones de Cabanillas (amante de Carina) llegó a hacer un plan de casi imposible ejecución (haciendo un pozo en el que no entraba ni el cuerpo de un niño, y queriendo ejecutar el hecho dentro de la casa, sumamente pequeña donde vivía con Carina, sus 4 hijas y su cuñado). Esto sumado a la patología base de Ortega (frenos inhibitorios relajados con escasa contención de sus impulsos) lo hizo llegar a tal extremo. Pero sus condiciones de buena persona y amor por sus hijas (todos los testigos dan cuenta de esto) que lo hicieron reflexionar a tiempo y darse cuenta de lo que estaba a punto de cometer.”

<sup>313</sup> “Ortega, Nelson David P.S.A. tentativa de homicidio calificado, etc.” (Expte. 203157) conjurado popular, Sentencia N° 47 del 29/12/2011

*voto en mayoría, advirtieron que esa apreciación era meramente hipotética, no coincidía con la versión propuesta por la acusación y, en última instancia, obligaba a seguir la directiva que se les había impartido en cuanto a que la disyuntiva conducía a resolver a favor del acusado”.*<sup>314</sup>

Finalmente, en 1985, tras la Guerra de las Malvinas, un funcionario británico llamado Clive Ponting -antecesor de los *Wikileaks* de Julian Assange y hoy un reconocido y valiente escritor- filtró dos documentos clasificados que revelaban cómo el submarino Conqueror, de la Royal Navy (Armada Real), hundió al crucero argentino General Belgrano *fuera de la zona de exclusión*. Se los dio a un legislador de la Cámara de los Comunes. Lo llevaron ante un juicio por jurados de alta exposición mediática por violar la Ley de Secretos de Estado de 1911. El fiscal insistió una y otra vez en su condena. Ponting se defendió diciendo que lo hizo en el interés público de que el mundo supiera la verdad de lo que había pasado con el hundimiento del Belgrano y que actuó en respeto a su *“deber por los intereses del Estado”*. Su defensa fue escandalosamente rechazada por el juez en las instrucciones al jurado sobre la base de que *“el interés público es lo que el Gobierno de ese momento dice”* y que *“los servidores públicos deben obedecer a su Gobierno”*. En su resumen final ante el jurado, el juez decidió instruir al jurado ¡que deberían declararlo culpable! A pesar de semejante presión, el jurado lo absolvió. El gobierno de Margaret Thatcher, consternado, se vio obligado a modificar la ley de 1911.<sup>315</sup> Tal es el inestimable poder político que tienen los veredictos de conciencia de un jurado, ya no en una Tiranía, sino en una democracia plena.

#### **F. Córdoba. El caso *Ludmila*. El jurado vs la prisión perpetua.**

En Córdoba, única provincia en que existe el jurado escabinado en la Argentina (ocho jurados populares y dos jueces estatales) se dio otro caso importante: *“Ludmila”*, o también llamado caso *Bachetti*.<sup>316</sup> Dos jóvenes esposos de menos de 25 años de edad

---

<sup>314</sup> HENDLER, Edmundo: *“Sensatez y conocimientos. El jurado en la provincia de Córdoba”*, publicado en la sección Doctrina de la AAJJ. <http://www.juicioporjurados.org/p/blog-page.html>: *“Pero las reflexiones de los jurados no se limitaron a esa sola cuestión. Según lo destaca especialmente el presidente del tribunal, también reflexionaron los ciudadanos acerca de la cuestión que los autores de la dogmática penal encaran al deslindar un “derecho penal de acto” frente a un “derecho penal de autor” propiciando desestimar este último* (“Que Ortega debe responder por lo que hizo, es decir, por la lesión a Carina en el cuello y nada más. Que es un sujeto peligroso llevado a circunstancias límite, pero que no se lo puede juzgar por lo que no hizo”). *Igualmente surge la atinada apreciación de otros factores extra-jurídicos que jalonaban un episodio de características singulares como el comportamiento del acusado en el cuidado de sus hijas así como de la inconveniencia del encierro para el interés de las menores.”*

<sup>315</sup> NORTON-TAYLOR, Richard: *“The Ponting Affair”*, Cecil Woolf, London, 1985, p. 14.

<sup>316</sup> Fallo *“Bachetti, Sebastián Alejandro y otra s/ Homicidio calificado por el vínculo”*, Cámara Onceava del Crimen de Córdoba, 2/11/2007.

y de un origen social sumamente precario fueron hallados culpables de matar a su pequeña hija Ludmila. El fiscal acusó a ambos por el cargo de homicidio calificado por el vínculo (art 80 inc 1° CP, “*quien matare a su descendiente, sabiendo que lo es*”). Dicho delito está reprimido solamente con pena de prisión perpetua. Los jurados los encontraron culpables por el hecho. Pero el dolo fue definido de manera eventual, ya que quedó absolutamente claro en el juicio que la muerte de Ludmila no fue buscada directamente por ninguno de los dos padres. Los jurados se opusieron terminantemente a enviar de por vida a la cárcel a los dos jóvenes y así se lo hicieron saber a los jueces. Les reclamaron que la pena justa para ellos era de dieciocho años de prisión.

El esquematismo del veredicto -y la falta de alternativas por delitos menores incluidos que, como hemos visto, son perfectamente válidas en toda nuestra legislación de fondo y de forma- obligó a que los jueces profesionales que redactaron la sentencia recurrieran al extremo de declarar inconstitucional la pena perpetua a ese caso concreto para tratar de reflejar la voluntad del jurado. La pena de dieciocho años de prisión fue luego revocada por la Suprema Corte cordobesa a instancias de la fiscalía e impuesta la de prisión perpetua. La Suprema Corte de Córdoba tuvo que enfrentar una ola de críticas y un altísimo costo político por esta decisión, ya que esa era la primera vez en que revocaba un veredicto del Pueblo.<sup>317</sup>

Lo que los jurados cordobeses claramente quisieron decir fue: está probado el homicidio calificado, la autoría de ambos padres y por eso no los podemos absolver; pero la pena es excesiva, desproporcionada e injusta al caso concreto **y nosotros tenemos el poder soberano de aplicarle una pena más benigna. Por eso, nulificaron la prisión perpetua al caso concreto.** Los jurados dijeron lo siguiente en la sentencia que redactó uno de los jueces profesionales que votó en ese fallo:

*“En la deliberación, los diez jurados populares (ocho titulares y dos suplentes), plantearon serios reparos -aún sabiendo que no era materia de su competencia- en relación a la pena de **“prisión perpetua”** para los acusados de este hecho concreto.*

---

<sup>317</sup> “**Dura Lex**”, calificó a este fallo del TSJ de Córdoba Edmundo Hendler: “Tres años después de dictado el fallo, el caso “Bachetti” fue tratado por el Superior Tribunal de la Provincia con motivo de un recurso interpuesto por el fiscal por indicación expresa de su superior del ministerio público. Como resultado de ese nuevo tratamiento quedó sin efecto la declaración de inconstitucionalidad y se impuso pena perpetua a los dos acusados. Los fundamentos de esa decisión aluden al carácter excepcional de esa declaración considerada como de “suma gravedad institucional y aplicable sólo como “ultima ratio” del orden jurídico”. Ver en HENDLER, Edmundo: “Sensatez y conocimientos. El jurado en la provincia de Córdoba”, publicado en la sección Doctrina de la AAJJ. <http://www.juicioporjurados.org/p/blog-page.html>

*En sus frases más sentidas, hicieron conocer que “el todo onada” (pena de prisión por el tuasolicitada por el fiscal o absolución solicitada por la defensa) repugnaba el sentido común y, por ende, a su condición de soberano. A su vez, se preguntaron cuáles eran las razones por las que no había para esta causa, un mínimo y un máximo como en el catálogo de la mayoría de los tipos penales, que permitiera a los jueces solo raramente el caso concreto el tenor del injusto, la culpabilidad y el tratamiento a imponer... ”.*<sup>318</sup>

De modo que, podrán pasar los siglos, podrán tratarse de pueblos y civilizaciones diferentes, cordobeses del siglo XXI, jurados ingleses del medioevo o norteamericanos del siglo XVIII y, sin embargo, se repiten los mismos escenarios cuando el jurado, gracias al *jury nullification*, lleva su sentido común de justicia ante el rigor extremo del poder punitivo y la rigidez del proceso judicial.

### G. Propuestas alternativas. Alegatos de la defensa

En un destacado trabajo sobre la propuesta del juez Michael Dann de la Corte de Arizona, Shari Diamond propone un camino intermedio para salir del entuerto, con el cual estoy completamente de acuerdo.<sup>319</sup> Ella sostiene, con base en todos los estudios empíricos realizados hasta hoy sobre el jurado, que los litigantes deberían dejar de perder el tiempo exigiéndoles a los jueces que instruyan a los jurados sobre el *jury nullification*. Para cualquier juez es muy difícil alentar al jurado a que desobedezca la ley. Diamond le discute al juez Dann la conveniencia de que los jueces retornen a la costumbre de informarles que la nulificación está en la órbita de su poder. El juez Dann autorizó prácticas sumamente innovadoras en el Estado de Arizona que reforzaron marcadamente el desempeño de los jurados. A Dann lo subvierten las *afirmaciones engañosas* que los jueces le dicen actualmente en las instrucciones al jurado en relación a su poder sobre la ley y busca superarlas con una nueva instrucción. Shari Diamond escribe con todas las letras lo que Dann, comprensiblemente por su condición de juez, no se permite decir abiertamente.

*“Les decimos mentiras a los jurados cada vez que un juez los instruye así: “Si ustedes están convencidos de que la culpabilidad del acusado ha sido probada más allá de toda duda razonable, entonces **debe** declararlo culpable” (énfasis agregado).*

*Como Dann observa aguda y acertadamente, este último paso*

---

<sup>318</sup> BUTELER, José Antonio: “La participación popular en los procesos penales cordobeses”, en el libro *La Cultura Penal, Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009, p.244 y 245.

<sup>319</sup> DIAMOND, Shari S.: “Dispensing with deception, curing with care: A response to Judge Dann on nullification”, *Judicature*, Volumen 91, nº 1 Julio-Agosto 2007. Su traducción castellana en DIAMOND, Shari: “Las múltiples dimensiones...”, op. cit., 2016, p. 295 y ss.

*es un mentir porque, en el sistema legal estadounidense, el jurado todavía puede absolver en este punto y dicha decisión no puede ser revocada por ningún tribunal.*<sup>320</sup>

El camino alternativo que Diamond propone es permitir que sean los abogados defensores, si es que así lo desean según su teoría del caso, los que argumenten ante el jurado sobre la nulificación, en vez de cargar sobre las espaldas de los jueces el peso político de instruir al jurado para que eventualmente ignoren la ley. En esas condiciones, que respetan el derecho a elegir de la defensa, se puede lograr informar al jurado sobre este incuestionable poder constitucional de veto a la ley sin tener que enredar al juez en un rol incómodo y potencialmente perjudicial. Por tal razón, ninguna instrucción judicial sería necesaria.

### **H. Conclusión**

Como dice el profesor Gobert, no es ninguna coincidencia que las más grandes alabanzas cantadas al juicio por jurados en la historia hayan sido para aquellos jurados que rindieron veredictos que fueron directamente en contra de la ley prevaleciente. Dichos veredictos no hicieron otra cosa que demostrar el poder de los ciudadanos comunes, insertos dentro del propio sistema legal del Estado, para neutralizar las leyes opresivas y las acusaciones injustas desatadas por el Gobierno.<sup>321</sup>

Los veredictos de conciencia del jurado son absolutamente necesarios en cualquier sistema judicial. Es la válvula de escape perfecta que evita soluciones injustas, propias de sistemas que de por sí son rígidos, humanos, imperfectos y que no pueden contemplar a todos los casos en particular. La historia demuestra que el jurado ha ejercido esta facultad en todas las latitudes de manera prudente y ocasional, pero sumamente necesaria. Sirva esto como respuesta a aquellos detractores del juicio por jurados que asimilan la nulificación con la anarquía o el reinado de la ilegalidad. Los jurados respetan profundamente la ley pero, cuando se apartan de ella en situaciones excepcionales, no lo hacen de manera caprichosa ni irracional. Lo hacen responsablemente y aplicándole a dicha ley sus propios estándares de equidad y justicia. Como diremos una y otra vez en esta obra, los jurados nunca hacen nada porque sí.

### **§ 4. Veredictos arbitrarios o manifiestamente contrarios a la prueba.**

---

<sup>320</sup>Dann, en realidad, utilizó terminología más suave: dice que tales instrucciones son “afirmativamente engañosas”.

<sup>321</sup>GOBERT, James: “Justice, Democracy....” op. cit., p. 35.

## De la noción inquisitorial del “recurso” hacia la noción actual del “control de la decisión”

### A. Concepto. Definición legal.

Se llaman así a aquellos veredictos de culpabilidad que se apartan manifiestamente de la prueba de los hechos presentada en el juicio. Sólo se aplica a los veredictos de *culpabilidad* o de *no culpabilidad por razones de inimputabilidad*, ya que el veredicto de *no culpable* es siempre -y en todos los casos- inimpugnable.

Es el mecanismo por el cual se controlan y revisan primordialmente **los hechos** valorados por el jurado para arribar a una condena.

Cuando un veredicto condenatorio no puede sustentar su *conclusión fáctica* en la prueba del debate puede ser impugnado por arbitrariedad, y revertido en sede revisora, si es que el juez del juicio no lo hace antes absolviendo con un veredicto direccionado. El tribunal revisor puede casar la condena y absolver u ordenar el reenvío a un nuevo juicio ante otro jurado.

Debe advertirse que, en el *common law*, esta posibilidad de revocar veredictos arbitrarios se inscribe en un sistema global de impugnación muchísimo más amplio que la noción inquisitorial del *recurso*, de la que Julio Maier y Alberto Binder insistentemente proponen con dejar atrás de manera definitiva.<sup>322</sup>

El *common law* ejerce este control amplio sobre los hechos y la prueba del caso desde hace más de ¡150 años y sin motivación de los veredictos de sus jurados! ¿Cómo lo hacen? ¿Cómo lo han hecho? ¿Cómo lo llevan ahora a cabo con naturalidad los tribunales revisores de las provincias argentinas con jurado? Entramos así de lleno a la discusión frontal de esta tesis con los motivacionistas, sean juradistas o no.<sup>323</sup> Con su

---

<sup>322</sup> Ver la ponencia de Alberto Binder, “Corriendo los ejes de la discusión: del problema de la fundamentación a la “teoría del control”, en el Congreso Nacional de Derecho Procesal de Mendoza, Argentina, septiembre de 2005. <http://www.juicioporjurados.org/2012/06/video-imperdible-conferencia-de-binder.html>

<sup>323</sup> Por todos, HERBEL, Gustavo: “Derecho del imputado a revisar su condena”, Hammurabi, Buenos Aires, 2013. La tesis doctoral de este autor argentino motivacionista, aunque juradista, sostiene que el derecho argentino y su tradición casatoria del *civil law* exigen -como único norte cultural- una sentencia *escrita*, fundada y razonada para controlar: a) si las razones de esa sentencia (profesional o escabinada) se condicen con la prueba del debate; b) si las razones de esa sentencia son congruentes en sus argumentos y c) si la decisión es consecuencia de esas razones y si dio respuesta a los planteos de las partes. Como los jurados no motivan, sus esfuerzos teóricos están destinados a que algún otro órgano brinde las tan ansiadas razones (el autor coloca esa tarea en la sentencia de casación que revisa la condena, algo que no es novedoso, pues existe en ciertos casos en Noruega y es sumamente criticado [ver opinión concurrente del Juez de la CEDH, el noruego Jebens en *Taxquet*, ap. 4]). Nuestra tesis pretende demostrar que esas exigencias están **exclusiva e históricamente** destinadas al juzgamiento con jueces técnicos, **que es un juicio de menor calidad, de menor legitimidad y con muchísimos menos controles y garantías para las partes**. La revisión de las condenas del jurado transita por otros carriles -por las evidentes diferencias de funcionamiento con el juicio técnico- pero responde a todas las cuestiones que ordinariamente se

obsesión por la motivación escrita, con su pretendida superioridad de los jueces técnicos frente a los ciudadanos y con el “*recurso*” como único norte cultural. Es el principal punto de discordia de los teóricos del *civil law* con el jurado clásico y su veredicto general inmotivado. Estos insisten, todavía, en que sin motivación escrita de las razones de hecho que justifican el veredicto del jurado sería imposible que la defensa pudiera cuestionar con amplitud los hechos que fundan la condena en el “*recurso*”. Por ende, en el *common law* la revisión de los hechos sería más restringida que la de los sistemas mixtos del *civil law*. Como consecuencia, el veredicto del jurado sería inconstitucional.<sup>324</sup>

Demostraremos que esta afirmación es temeraria e infundada, por desconocer la superioridad total del *common law* en el modo de construcción de las decisiones judiciales, sean de jurados o de jueces. El *common law* posee una doctrina y una jurisprudencia ejemplar de control amplio de los hechos frente a veredictos de condena arbitrarios, sin que la inmotivación de sus jurados haya sido jamás obstáculo alguno, ni menos que se los pueda tachar de inconstitucionales. Han conciliado la inveterada forma en como los jurados rinden su veredicto con un amplísimo sistema de control revisor, no de “*recurso*”. Dicho inmenso corpus jurisprudencial, que abarca no sólo a sus cortes de apelación ordinarias, sino también a sus cortes supremas de justicia, ha sido sistemáticamente recortado del debate por los opositores al jurado clásico.<sup>325</sup> Esta tesis, junto a otras publicaciones anteriores citadas en este trabajo de mi pertenencia y de otros autores, son un esfuerzo desde nuestro margen cultural -que es el *civil law* de América Latina- para demostrar que el modelo de jurado clásico con su veredicto general es una decisión racional y fundamentada que no sólo es compatible con la revisión amplia postulada en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, sino que ha generado una admirable cultura del litigio público en sus cortes revisoras.<sup>326</sup> Las

---

revisan en los tribunales recursivos. El autor incurre en el error de asimilar un veredicto de condena del jurado con discrecionalidad sin control, cuando se trata de una decisión muchísimo mejor fundamentada. Cae de maduro que jamás el sistema anglosajón del *common law* permitió sostener condenas discrecionales o arbitrarias (sean motivadas o inmotivadas), las que serán revocadas por el juez del debate con el veredicto direccionado o por la corte de apelación en revisión ordinaria.

<sup>324</sup> FERRER, Carlos: “*La cuestión de la fundamentación de la sentencia: jurado puro vs jurado mixto*”, Revista de Derecho Procesal Penal “Juicio Por Jurados-II”, 2014-2, Editorial Rubinzal-Culzoni, Rosario, Argentina, p. 111.

<sup>325</sup> Dimos cuenta de este déficit con la publicación en castellano de dicha jurisprudencia. BINDER, Alberto & HARFUCH, Andrés (directores): “*El juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional. Sentencias comentadas y opiniones académicas del common law, del civil law y de la Corte Europea de Derechos Humanos*”, en la Colección Juicio por Jurados y Participación Ciudadana n° 5, Tomos A, B, C y D, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016.

<sup>326</sup> Por todos, ver un litigio íntegro de revisión contra la condena de un jurado ante la Cámara de

cortes recursivas del *civil law* están a años luz de semejantes estándares de publicidad, de adversarialidad y de garantías al control de las condenas.<sup>327</sup> Demostraremos cómo hay estándares y métodos de revisión distintos según que el juicio sea con jurados o con jueces profesionales. Demostraremos que el control de los hechos en revisión de condenas es muy anterior **¡en siglos!** a los fallos *Herrera Ulloa (CIDH)* y *Casal (CSJN)*. Finalmente, demostraremos que la verdadera intencionalidad política que encubre la exigencia -innecesaria y ahistórica- de que los jurados motiven es la de reducir el poder ciudadano en la administración de justicia, condicionarlo al máximo o, lisa y llanamente, eliminarlo **para mantener el estatus quo de la organización judicial autoritaria vigente**. Afortunadamente, la destacada experiencia revisora de las provincias de Neuquén y Buenos Aires ha ratificado en la práctica que la supuesta restricción del control fáctico que le endilgan al jurado no existe en absoluto. De todas las calamidades pregonadas, ninguna se ha cumplido.

## **B. Normativa nacional e internacional. La postura de la Corte Europea de Derechos Humanos en el fallo *Judge vs United Kingdom (2011)*.**

Todos los países con jurado clásico poseen normas exactamente iguales como las que adoptó felizmente el legislador de Buenos Aires (CPP, 448 bis inc “d”), de Río

---

Apelaciones de Nueva York en la popular serie de TV “*La Ley y el Orden*”, temporada 2ª, capítulo 4º “*Asylum*” (1991). Se debatía allí si los detectives violaron la privacidad del acusado de un homicidio, luego condenado por un jurado, al revisar las pertenencias entre una pila de cartones y de basura que constituían su “casa”. El acusado era un indigente que vivía entre cartones en el Central Park y encontraron allí un anillo de la víctima y el cuchillo con el que se le dio muerte. Si el único hogar que un hombre podía mantener era una caja de cartón en una plaza pública armada con cuatro palitos de madera, ¿podía la policía entrar y revisar sus cosas sin orden de allanamiento, aún siendo un lugar público? El entorno de adversarialidad, oralidad y publicidad del litigio recursivo es total, a pesar del rigor formal de la audiencia, que sólo concede un tiempo limitado de exposición a las partes de sus agravios. Brilla en la audiencia la completa ausencia de expedientes y el nivel de las exposiciones, por más que el veredicto no haya expresado sus razones. Ver aquí el VIDEO n° 69 <http://aajlitigacion.blogspot.com.ar/2016/08/video-69-law-order-asylum.html>.

<sup>327</sup> Con sólo ver el video anterior, podemos comprender que en el mundo occidental hay dos culturas distintas del litigio en los tribunales de recurso. En nuestro país, recién ahora se comienza a tomar conciencia de que los recursos se deben decidir en audiencia pública. No obstante, la mayoría de estas audiencias son fictas, si es que efectivamente se hacen. Los jueces deciden el recurso, en realidad, leyendo todo el expediente escrito. Es decir, el mismo déficit que ostentan nuestro retrógrado juicio mixto-

inquisitorial con jueces profesionales, en donde el expediente es la estrella utilantede esta parodia de juicio y es exportado hacia los tribunales del recurso. La deliberación es casi inexistente. Las sentencias son proyectadas por relatores que se las van pasando de mano en mano y por oficinas de acuerdo a la cantidad de jueces. Luego se firman.

Por el contrario, los sistemas con jurado clásico han provocado, desde hace siglos, que los jueces decidan los recursos en audiencias públicas basadas exclusivamente en la información que les acercan las partes. Dichas audiencias se fundan, por lo general, en las indicaciones que ellas les hacen de las partes pertinentes del registro a través del gráfico del juicio, de los alegatos de las partes, si es necesario, de la comparencia del testigo en la audiencia de recurso para probar la teoría del caso. Es de esperar que la adopción en la Argentina del juicio por jurados provoque la progresiva y necesaria depuración del juicio y del recurso de sus vicios originarios propios de su pertenencia a la tradición de la Inquisición europea.



Negro (CPP, 223 inc 4º) y del Chaco (artículo 93 inc “d”, ley de jurados nº 7661). Todas ellas permiten impugnar ampliamente por cuestiones de hecho, prueba y derecho sin necesidad alguna de motivación de los veredictos. Muy importante: todas ellas han seguido la tradición del *common law* y prohíben el recurso del acusador contra el veredicto absolutorio. El veredicto del jurado es, por ende, final.<sup>328</sup>

Veamos estos ejemplos.

**El artículo 568 (1)** de la Ley Penal de **Australia** dispone lo siguiente:

*"La Corte de Apelaciones, en cualquier recurso contra la condena, deberá conceder la apelación si piensa que el veredicto del jurado debería revocarse con fundamento en que es arbitrario, en que es manifiestamente contrario a la prueba, o que la sentencia condenatoria del juez debiera ser revocada por aplicación errónea de cualquier cuestión de derecho, o que por cualquier motivo se haya producido una injusticia."*

**La Regla 33 del Procedimiento Criminal Federal de Estados Unidos**

es un ejemplo de sencillez, simpleza y de total amplitud recursiva. Cualquier cuestión que el declarado culpable o inimputable por un jurado desee controvertir la podrá someter en revisión para casarla o provocar un nuevo debate:

*(a) Moción del acusado. A pedido del acusado, la corte puede dejarse inefectiva cualquier sentencia y ordenar un nuevo juicio si el interés de la justicia así lo requiere."*<sup>329</sup>

Todas ellas son *normas de énfasis*, como sostuve en otra obra.<sup>330</sup> Es decir, son leyes derivadas e incluidas completamente en el estándar probatorio de más allá de duda razonable, al cual está sujeto legal y constitucionalmente todo el juicio por jurados y/o con jueces profesionales.

El control en revisión de los veredictos de condena arbitrarios del jurado se deriva de la fijación de estándares **previos** de certeza probatoria, sujetos al control externo de un poderoso litigio público y adversarial, que son cognoscibles y verificables en todo momento por las partes y que son llamados “*más allá de duda razonable*”. Integran la presunción constitucional de inocencia. Ese estándar permite reconstruir, por método inductivo, la adecuación del veredicto del jurado a la prueba efectivamente producida en juicio de los hechos del pasado y si fueron probados más allá de duda

---

<sup>328</sup> Por todos, ver ley 7661 Chaco. ARTÍCULO 93: IMPUGNACIÓN. “.....d) Cuando la sentencia condenatoria o la que impone una medida de seguridad se derive de un veredicto de culpabilidad del jurado que sea arbitrario o que se apartare manifiestamente de la prueba producida en el debate.”

<sup>329</sup> Río Negro ha seguido esta línea. CPP Río Negro, Artículo 233.

<sup>330</sup> HARFUCH, Andrés: “El juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires...”, op. cit., p. 303.

razonable. Si el juicio proveyó **objetivamente o no** prueba más allá de duda razonable para la condena, y no el veredicto, es lo que se somete a revisión.<sup>331</sup>

Cuando su cliente es condenado, un abogado defensor puede impugnar el veredicto bajo el argumento de que es arbitrario por no haber superado ese estándar constitucional. No impugna porque haya habido errores del juez. Es más, las instrucciones sobre el derecho probatorio, constitucional o penal podrían haber estado impecablemente impartidas y, sin embargo, a su juicio, el veredicto de culpabilidad no se condice con el cuántum, la calidad y el peso de la prueba de los hechos que efectivamente se produjo durante el debate. La defensa puede traspasar la etapa adjudicativa del jurado, ir más allá y **cuestionar de manera directa en su impugnación los hechos probados por el jurado**. Intentará demostrarle a los jueces revisores el manifiesto alejamiento del jurado de la prueba exculpatoria del juicio o de la orfandad de la prueba de cargo para condenar. Ello torna a su veredicto en nulo y a su decisión **sobre los hechos** en arbitraria, caprichosa, irrazonable o cualesquiera sean los adjetivos empleados indistintamente según cada país.<sup>332</sup>

A esta posibilidad recursiva se la conoce en todo el *common law* como “**unreasonable verdicts**” (veredictos arbitrarios).<sup>333</sup> Veredictos manifiestamente contrarios a la prueba o veredictos arbitrarios significan exactamente lo mismo y son una derivación completa del principio constitucional de duda razonable (inocencia), al cual está obligatoriamente sujeto cualquier tipo de juicio, sea o no con jurados.<sup>334</sup>

La misión ordinaria de los tribunales revisores argentinos, ahora que ya tenemos jurado, y de las Cortes de Apelaciones del *common law*, es decidir si el veredicto de culpabilidad se ajusta a ese estándar probatorio o no. No necesita en absoluto de la motivación para realizar esta tarea.<sup>335</sup>

Quien ratificó por completo esta larga tradición revisora fue la Corte Europea de Derechos Humanos en el ya citado fallo **Judge vs United Kingdom (2011)**. Al rechazarle

---

<sup>331</sup> LAUDAN, Larry: “*Truth, error....*” op.cit. 2013.

<sup>332</sup> En Estados Unidos, por ejemplo, se la llama “**arbitrary and capricious**” (*arbitraria y caprichosa*). En Inglaterra, se los denomina “**unsafe verdicts**” (veredictos inseguros). En Nueva Zelanda, Australia y Canadá se los llama **unreasonable verdicts** (*veredictos irrazonables o arbitrarios*). Todos significan lo mismo: que el veredicto de culpabilidad es contrario a la prueba y al estándar de más allá de duda razonable.

<sup>333</sup> Para una visión mucho más profunda del tema, véase HARFUCH, Andrés: “*Inmotivación.....*”, op cit., pág 133 y ss.

<sup>334</sup> *R v Munro* [2007] NZCA 510 (Corte de Apelaciones de Nueva Zelanda) y *RvOwen*[2007]NZSC102 (Suprema Corte de Justicia de Nueva Zelanda).

<sup>335</sup> HENDLER, Edmundo: “*La fundamentación legal del veredicto de los jurados*”, Revista INFOJUS Derecho Penal n° 3 “*Participación ciudadana en la justicia*”, Buenos Aires, 2013, p. 187/190.

cada uno de los puntos de agravio al condenado, le recordó que la ley escocesa de jurados posee amplios controles sobre todo ese procedimiento. Específicamente, sobre la posibilidad de revisar ampliamente cualquier “*injusticia*” en la condena:

*38. Finalmente, en contraste con las disposiciones sobre apelación de la ley belga consideradas en Taxquet, el tribunal entiende que los derechos de apelación disponibles en la ley escocesa hubieran sido suficientes para remediar cualquier veredicto impropio del jurado. Según la sección 106(3)(b) de la ley de 1995, la Cámara de Apelaciones tiene amplias atribuciones de revisión y puede revocar cualquier condena que implique una denegación de justicia, en particular, Ainsworth y Rooney, citado más arriba, pone en claro que la Cámara de Apelaciones puede revocar o modificar cualquier veredicto del jurado que sea lógicamente inconsistente o carente de razonabilidad.*<sup>336</sup>

### **C. Inicios históricos: writ of attaint, multas, nuevo juicio, veredictos direccionados y apelación.**

Ya hemos visto que, desde su misma génesis en el siglo XII, el veredicto del jurado fue sometido eventualmente a otro cuerpo de jurados, llamado *writ of attaint* y que es considerado el primer remedio para revisar –y modificar– las decisiones de los jurados. Era muy parecido a su antecesor de la compurgación en las ordalías. Si el *attaint* triunfaba, los jurados que dictaron el primer veredicto sufrían multas, pérdidas patrimoniales y, lo que era peor, su honor. El tiempo pasó, el *attaint* cayó en desuso y para el siglo XVI ya había sido reemplazado por la concesión de un nuevo juicio. Este remedio se originó cada vez que el veredicto no alcanzaba la unanimidad, lo cual sucedía (y sucede hoy) con gran infrecuencia. Para el *common law*, un veredicto que no llega a la unanimidad es un veredicto nulo (*mistrial*) y debe concederse un nuevo juicio, si es que obviamente el acusador lo impulsa. Para el siglo XIX, que es cuando se afianzan en Inglaterra las cortes de apelación revisoras de veredictos penales, el remedio del nuevo juicio era y es la más común de las decisiones. Dentro de la lógica de no permitir condenas arbitrarias, surgió primero en Inglaterra circa 1730 una especie de *recurso directo* ante el juez del debate, que es el *veredicto direccionado de absolución*

---

<sup>336</sup> CORTE EUROPEA DE DERECHO HUMANOS in re *JUDGE VS ESCOCIA* Solicitud n° 35863/10 de Thomas Judge contra el Reino Unido.

Cotéjese semejante contundencia en la amplitud revisora de este fallo con lo sostenido por el motivacionismo argentino. HERBEL, Gustavo: “Casación amplia y jurado lego: una articulación difícil pero indispensable”, Revista de Derecho Procesal Penal “Juicio Por Jurados-II”, 2014-2, Rubinzal-Culzoni, Rosario, Argentina, p. 222: “La garantía de recurso amplio no queda satisfecha con el estándar de más allá de duda razonable”. La racionalidad de la valoración de la prueba que hizo el jurado es amplia y perfectamente controlable en casación, por más que no vierta externamente sus razones.

del juez, luego perfeccionado desde 1850 en los Estados Unidos.<sup>337</sup> Pero el remedio procesal por excelencia para revisar los veredictos arbitrarios de condena es hoy la apelación.

#### **D. Los hechos y la prueba como “cuestión de derecho” para la revisión.**

La evolución fue lenta, pero persistente, tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos.<sup>338</sup> Ella fue desde la completa irrevisabilidad hacia la revisión paulatina. Primero del derecho y, luego, hasta la revisión total por hechos, prueba y/o por “*cualquier injusticia*”. Con dos grandes diferencias con el *civil law*: jamás se admitió el recurso del acusador y siempre se consideraron *cuestiones de derecho* a las cuestiones de prueba de los hechos en el juicio. Por eso es que hay fallos de fines del siglo XIX en Inglaterra y Estados Unidos que revocaban veredictos del jurado por prueba insuficiente del delito de homicidio, por falta de testigos creíbles, etc. Como ya sabemos, recién en 2005 América Latina obligó a sus burocráticos sistemas judiciales profesionales a revisar ampliamente los hechos. Hasta el momento, sólo revisaban la ley aplicable y se negaban sistemáticamente a conceder recursos fundados en cuestiones de hechos o prueba. El *common law*, en cambio, empezó a hacerlo siglo y medio antes.

La tradición jurídica del *common law*, aún con jurado y con veredicto general, revisaba los hechos y la prueba desde hacía 150 años antes **porque siempre los consideró “cuestiones de derecho”**. Lo que los antijuradistas ocultaron de la discusión es que dicha acepción “*cuestiones de derecho*” posee un significado diferente en los países del *common law* con jurado clásico que en los países del *civil law* como Argentina, donde, como ya sabemos, es mucho más restringida y reservada exclusivamente a la revisión de la ley sustantiva aplicada en la sentencia materia de recurso.

Esto decía LewisMayers en los años '50:

*“Desdehacemuchotiempo,ytrasunalargaylentaevolución”<sup>339</sup>,enlospaísesdelC*

---

<sup>337</sup> SCHIAVO, Nicolás: “*La potestad...*”, op.cit., p. 6: “*mi propósito es el de detenerme en un pequeño grupo de dientes que componen el engranaje de control de los estándares que se deben cumplir para condenar a un individuo. En el sistema de administración de justicia de los Estados Unidos, el primer control sobre esos requisitos le corresponde al mismo Juez que presidió el debate...mediante la regla 29 de las disposiciones federales que regulan el procedimiento criminal, como en tantas otras Estaduales, y se estructuran bajo el rótulo de “moción de resolución judicial de absolución”... y se insertan dentro de un marco mayor, captado por lo que podría llamarse “sistema de impugnación”.*”

<sup>338</sup> El fallo *R. vs Weiss* de la Corte Suprema australiana tiene un parte histórica en donde recoge la evolución en Inglaterra y el Commonwealth de la revisión de los veredictos condenatorios. Especial énfasis sobre las llamadas *Exchequer Rules* y *Oxford Rules*, que sistematizaban el alcance revisor para esa época (desde 1907). Suprema Corte de Justicia de Australia in re *Weiss v R* [2005] HCA 81; 224 CLR 300; 80 ALJR 444; 158 A Crim R 133; 223 ALR 662 (15 Diciembre 2005).

<sup>339</sup> Esto siempre fue así. Una sintética y muy ilustrada muestra de esta evolución en el *common*

*ommonwealthy Estados Unidos se consideran “cuestiones de derecho”, y por ende revisables desde hace más de dos siglos ante la Corte de apelación y ante la propia Corte Suprema de Justicia, todas las cuestiones relativas a la suficiencia probatoria, a las reglas de la prueba de los hechos y al derecho probatorio.*<sup>340</sup>

Lo mismo descubrió Mittermaier en Inglaterra y Escocia en 1840:

*“Bajo otro aspecto, la ley inglesa ofrece una particularidad muy notable, a saber, que las cuestiones que suscitan sobre la admisibilidad de un género de prueba, sobre la mayor o menor confianza que debe concederse a tal prueba, tachada de irregularidad, son consideradas como simples puntos de derecho, íntimamente ligados con la ley sobre la prueba, y cuya solución está reservada tan sólo a los Jueces regulares...”*<sup>341</sup>

La expresión “*cuestiones de derecho*” nunca significó lo mismo para los dos grandes tradiciones jurídicas de Occidente. Y aquí está gran parte del problema: antes del fallo “*Herrera Ulloa*” de la CIDH, ningún tribunal latinoamericano declaró procedente un recurso que cuestionara los hechos y la prueba del caso. Y esto resultaba ya inviable en el siglo XXI. En cambio, ¡en 1882!, por poner un solo ejemplo traído por Schiavo del Tratado de John Wigmore, la Corte de Apelaciones de Virginia en Estados Unidos anuló una condena de un jurado por considerar ¡que no había prueba suficiente para el homicidio! Y lo hizo porque las cuestiones de hecho y prueba siempre fueron, para el *common law*, **cuestiones de derecho**. Por ende, revisables de manera ordinaria en apelación.<sup>342</sup>

---

lawes presentada por MAYERS, Lewis: “El sistema...”, op cit, p. 129: “La apelación penal, como **cuestión de derecho**, es relativamente moderna en las instituciones legales norteamericanas. Desde los primeros tiempos, la práctica legal inglesa admitía, a pedido del acusado, la revisión de un fallo penal cuando había razón para creer que la condena había sido contraria a la ley. Pero la revisión se limita **ba exclusivamente** a las cuestiones legales que aparecían en las actuaciones, **sin extenderse a las cuestiones de hecho.**”

<sup>340</sup> MAYERS, Lewis; “El sistema...”, op cit, p. 130. Siguiendo su relato evolutivo, ésta era la situación en Estados Unidos para la década del ‘50. **Es decir, medio siglo antes que Herrera Ulloa y Casal:** “Además, en todas las jurisdicciones el tribunal de apelación tiene facultades para revocar una condena cuando en su opinión **las pruebas presentadas no legana configurar los elementos del delito**”.

<sup>341</sup> Portodos, ver MITTERMAIER, Carl: “Tratado...”, op cit, p. 97.

<sup>342</sup> **Hatchett v. Commonwealth** (1882), 75 Va. 925, citado por SCHIAVO, Nicolás: “Fundamentos conceptuales del veredicto inmotivado”, La Plata, agosto de 2012, p. 5 en <http://es.scribd.com/doc/128926436/conferencia-schiavo-doc#fullscreen>. Ver fallo completo traducido en BINDER, Alberto & HARFUCH, Andrés (directores): “El juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional...”, op. cit., n° 5, Tomo A, p. 351 y 352.: “Es cierto que los hechos comprobados son suficientes para levantar sospechas graves contra el prisionero, pero están muy lejos de establecer su culpabilidad de manera clara y satisfactoria, como lo exigen las normas humanas de la ley para justificar su condena por el delito con que se le imputaba”.

Volvamos al siglo XX.

El art 385 de la Ley Criminal de Nueva Zelanda de 1961 establece **cuatro causas para recurrir una condena en apelación**, a saber:

*“(1) La Corte de Apelaciones debe admitir cualquier apelación si, en su opinión:*

*(a) El veredicto del jurado debe revocarse por motivos de arbitrariedad o por ser manifiestamente contrario a la evidencia; o*

*(b) la sentencia del juez que condenó en primera instancia debe revocarse por ser un decisión errónea o por un cuestión de derecho;*

*(c) la sentencia fue injusta; o*

*(d) el juicio fue nulo.*

Esta norma es de **1961!** Es decir, **50 años antes** que el fallo “*Casal*” (CSJN, 2005), hoy enarbolado espuriamente como antitético al jurado clásico. El *common law* y el veredicto general de “*culpable*” o “*no culpable*” permitían desde muchísimo antes revisiones de una amplitud sin precedentes para Argentina y para todo el mundo jurídico del *civil law*; a saber:

- a) sólo procedentes contra las condenas;
- b) contra veredictos del jurado o sentencias del juez profesional;
- c) para revisar **los hechos** (veredictos del jurado o sentencias del juez arbitrarios o manifiestamente contrarios a la prueba;
- d) para revisar **el derecho** aplicado; e) por juicios nulos;
- f) **por sentencias injustas.**

Sobre todo este último párrafo -posibilidad de revocación de la condena cuando el tribunal entiende que se ha cometido **cualquier tipo de injusticia**- demuestra una apertura recursiva tan grande que debiera llamar a respetuoso silencio a quienes - sin ningún tipo de fundamento académico o investigativo, pero con el evidente propósito político de no instaurar el jurado- insisten en sostener que el veredicto inmotivado del jurado es inconstitucional, impide o restringe la revisión amplia a la defensa o al tribunal del recurso decidir.

No sólo que eso no es así, sino que, ni aún con sentencias escritas motivadas de jueces profesionales pueden hoy la Argentina y el *civil law* siquiera igualar semejante amplitud -**con veredictos inmotivados del jurado!**- en el marco del recurso de casación.

Lo mismo sucedía en **Estados Unidos**, aún antes en el tiempo, y con supuestos contemplados en su casi totalidad en el esquema impugnativo de las

recientes leyes de jurados argentinas. Volvamos a la obra de ¡1955! de Lewis Mayers, que demuestra el mito que los adalides de la motivación han erigido en torno a la supuesta incompatibilidad entre el jurado clásico y la amplitud recursiva del fallo **Casal/Herrera Ulloa**:

*“Alrevertuna condena, un tribunal de apelación puede anular la fundándose en que se cometieron errores de derecho en perjuicio del acusado. Dichos errores pueden referirse a los fundamentos de la acusación, la designación del jurado, la admisión o exclusión de pruebas, las instrucciones impartidas por el tribunal al jurado, la negación de pruebas, la conducta del jurado o la legalidad de la sentencia.*

*Además, en todas las jurisdicciones el tribunal de apelación tiene facultades para evocar una condena cuando en su opinión las pruebas presentadas no logran configurar los elementos del delito... así, como allega el acusado, la condena a estar contraria a lo que ellas demuestran que sólo puede explicarse como resultado de error, pasión o prejuicio.*

*... el tribunal de apelación puede ir más lejos y anular la sentencia en cualquier caso en que, asu criterio, **asilo exige la justicia**. Esta ampliación saludable de la facultad de los tribunales de apelación ha progresado muy lentamente desde su introducción en **el último cuarto del siglo XIX**”.*<sup>343</sup>

Fácil es darse cuenta la distancia sideral existente entre los sistemas de impugnación del *common law* con los sistemas “*recursivos*” del *civil law*.

Nunca, en toda la historia de los sistemas procesales latinoamericanos o europeos, se había conocido semejante apertura de la competencia recursiva del tribunal revisor. Hasta que llegaron a la Argentina, como no podía ser de otra manera, junto con las leyes del jurado. Veamos sino lo que dispone el artículo 233 del CPP, Río Negro, indiscutidamente la mejor ley en materia de impugnación en un sistema de jurados.

*Artículo 233.- REGLAS PARA LOS JUICIOS CON JURADOS POPULARES. En los juicios ante tribunales de jurados serán aplicables las reglas del recurso contra las sentencias definitivas mencionadas más arriba y constituirán motivos especiales para su interposición:*

*4) Cuando la **sentencia condenatoria o la que imponga una medida de seguridad se derive de un veredicto de culpabilidad o de no culpabilidad por razón de inimputabilidad, que sea arbitrario o que se apartare***

<sup>343</sup> MAYERS, Lewis: *El sistema legal...*, op. cit., p. 130. Esta descripción de la amplitud recursiva del sistema americano es explicada por el autor con más detalle, cuando describe el proceso de su constitucionalización (p. 153): “Tanto es así que, para 1950, las Constituciones estatales norteamericanas le imponían a las cortes de apelación y a la Corte Suprema estatales la revisión de los hechos, **con amplia facultad para citar testigos a la audiencia e recurso**. Ejemplo claro de esta amplitud recursiva por mandato constitucional lo configuraba la Constitución del Estado de Nueva Jersey que, en su art 6°, sección 5°, autorizaba a la Suprema Corte ejercer la jurisdicción original que se necesitaba para la determinación completa de **cualquier causa en revisión**”

***manifiestamente de la prueba producida en el debate.***

***5) Sólo a pedido del acusado, el Superior Tribunal de Justicia puede dejar sin efecto cualquier sentencia condenatoria o que imponga una medida de seguridad derivada del veredicto de culpabilidad del jurado o de no culpabilidad por razón de inimputabilidad y ordenar un nuevo juicio si el interés de la justicia así lo requiere. No procederá recurso alguno contra la sentencia absolutoria....”***

### **E. Método de interposición.**

Los nuevos medios impugnativos para revisar sólo las condenas del juicio por jurados de las provincias de Buenos Aires, Chaco, Río Negro y Neuquén en cuanto al fondo conceptual y a las materias de agravio, no difieren en absoluto con el recurso tradicional con jueces profesionales. La práctica está demostrando un acercamiento - importante en el caso de Neuquén- a cómo funcionan las cortes de apelaciones en el *common law*, en lo que representa una saludable renovación de lo que Binder denomina la **cultura del litigio en revisión.**<sup>344</sup>

**Las diferencias radican en la metodología de la interposición, en la de litigación y en la de resolución.** Una cosa es impugnar y resolver una impugnación contra un veredicto de condena del jurado y otra muy distinta es recurrir una sentencia condenatoria de un juez técnico.

La práctica del jurado en la Argentina ha demostrado que hay vida después de la sentencia escrita y del expediente. Que es perfectamente posible someter el veredicto al control revisor sin esas dos herramientas, aunque históricamente el *civil law* haya degradado el tratamiento amplio de los hechos y el litigio recursivo. El ejemplar desempeño de los tribunales revisores de Neuquén y Buenos Aires es la prueba más palmaria de que la motivación del veredicto del jurado no es necesaria para una revisión amplia de los hechos que provocaron una condena.

Lo que debe repetirse las veces que sea necesario es que, para un abogado anglosajón, **el veredicto en sí mismo del jurado carece de la más mínima importancia cuando impugna la condena.** El eje de su impugnación jamás lo sitúa -ni podría hacerlo nunca- en el veredicto. ¿Cómo podría impugnarse el contenido de un

---

<sup>344</sup> HARFUCH, Andrés: “*El juicio por jurados....*”, op. cit., 2013, p. 303 y ss. Allí puede encontrarse un largo tratamiento del tema. Sintéticamente, son puntos comunes a ambas modalidades de enjuiciamiento la revisión del derecho (soporte de instrucciones escritas del juez y el registro de audio/video del debate) y, gracias al registro íntegro del juicio en audio/video, se pueden impugnar los hechos, la prueba, las nulidades, las decisiones del juez en la etapa intermedia y en el juicio, los defectos graves del procedimiento, la quiebra de las formas esenciales del proceso, la inconducta del juez y del fiscal, todo lo relativo al nombramiento, capacidad y constitución legítima del tribunal y las partes (selección del jurado, recusaciones con y sin causa, parcialidad) y demás agravios genéricos.



veredicto del jurado, que debe permanecer necesariamente inmotivado por razones cruciales para la preservación del sistema?

**Lo que se impugna nunca es el veredicto. Jamás.** Y este es uno de los principales errores culturales que, por traslación mecánica de la práctica de recurrir sentencias escritas de jueces profesionales, debemos despejar. Para hacerlo más claro con un ejemplo de la dogmática penal: el veredicto del jurado sería al “*recurso*” lo que el *resultado* es al delito culposo de comisión. Es nada más que una condición objetiva de punibilidad que **nointegra** el tipo objetivo del delito imprudente. Lo clave en el delito culposo es la infracción al deber de cuidado, no el resultado de muerte o de lesión. Lo central en la impugnación de la condena de un jurado es -en la mayoría de los casos- la infracción al estándar de prueba más allá de duda razonable **ocurrido durante el juicio**, no el veredicto en sí, que es inmotivado.

El veredicto de culpabilidad del jurado es simplemente un juicio de convicción que es **consecuencia** de tres “**antecedentes necesarios**”, como diría JulioMaier: la acusación (requisitoria de elevación a juicio), las instrucciones del juez y el estándar probatorio de duda razonable durante todo el litigio público.

Se trata de tres **estándares previos, objetivos y perfectamente controlables** por las partes durante todo el juicio, y especialmente, por la defensa en los nuevos medios impugnativos con jurados. Los tres, en conjunto, permiten controlar en revisión con la máxima amplitud los hechos y el derecho.

Lo que se impugna en un juicio por jurados, nuevamente, no es el veredicto: **lo que se cuestiona directamente son las instrucciones del juez y el estándar probatorio de culpabilidad más allá de la duda razonable** (la cantidad y calidad de prueba llevada al debate y si ella ha probado más allá de duda razonable la acusación fiscal).

Ese doble estándar **-instrucciones + duda razonable-**son dos de las grandes novedades que llegan a nuestro derecho procesal penal con el juicio por jurados. Además, ya hemos señalado que el estándar probatorio de duda razonable tiene indiscutible raigambre constitucional, como integrante de la garantía de inocencia (art 18 CN).

**1. Soportes de interposición. De la “sentencia escrita” a la “audiencia”. Del “expediente” a las “instrucciones” y al “registro en audio y video del debate”.**

Cuando un abogado del *common law* interpone una impugnación (*appeal*) contra la condena, la atacará **por nulidad del veredicto** con base en dos grandes supuestos en el 97% de los casos:

a) cuestionará el **derecho y la ley aplicable** por la forma errónea en que, a su juicio, el juez se los explicó al jurado en las instrucciones. Y demostrará que ese déficit -por exceso, defecto, omisión o silencio- llevó a error insalvable al jurado en la aplicación de la ley. Por esa razón, debe revocarse por nulidad el veredicto y, según corresponda, el tribunal deberá casar la sentencia y absolver u ordenar con reenvío a un nuevo juicio.

El soporte para estructurar la revisión proviene de las instrucciones escritas del juez y de su debate previo en el despacho del juez (que está grabado en audio y video) y de los argumentos vertidos en el escrito de recurso y/o en la audiencia del mismo.

En este sentido, no hay absolutamente ninguna diferencia con el recurso tradicional que se hace sobre la sentencia escrita del juez. Nada más que aquí cambia el instrumento desde el cual se lo hace. En los juicios por jurado, el derecho aplicable se impugna sobre el escrito de instrucciones del juez al jurado y del registro en audio y video de su discusión previa.

b) cuestionará que los **hechos** alegados por el acusador fueron insuficientemente probados en el juicio como para determinar la culpabilidad más allá del estándar objetivo de toda duda razonable. También podrá cuestionar los errores del juez al explicarle al jurado en las instrucciones **cómo se debían tener los hechos por probados, cómo se debía valorar la prueba y cómo se superaba en el caso concreto el estándar de duda razonable.**

Finalmente, y esto es lo que nos interesa en esta tesis, también podrá cuestionar que los hechos adjudicados por el jurado son manifiestamente contrarios a la prueba del juicio y que ha convertido a su veredicto en arbitrario. El recurrente expondrá en su escrito de impugnación y en la audiencia en sede revisora su razonamiento lógico de por qué el peso convictivo de las pruebas del fiscal no lograron probar los hechos más allá de toda duda razonable. Podrá demostrar adicionalmente a los jueces revisores las inferencias equivocadas de culpabilidad que el jurado extrajo de los errores del juez al explicar cómo se probaban los hechos y el estándar de duda razonable. El tribunal decidirá absolviendo de manera directa o reenviando a nuevo juicio.

Como muy bien aduce Schiavo, respecto a la impugnación amplia por los hechos y la prueba con jurados,

*“En el derecho anglosajón, desde siempre se admitió la posibilidad de recurrir un veredicto condenatorio, pero no por discrepar con el contenido inmotivado de su veredicto, sino por nulidad por haberse emitido el mismo sin que existiera una suficiencia y previa cantidad de evidencia, que bajo las fórmulas del derecho probatorio, permitieran asumir como constitucionalmente válidos un veredicto de culpabilidad”*.<sup>345</sup>

**El soporte para someter el veredicto de culpable al doble conforme** por motivos de hecho y prueba lo constituyen, en un orden flexible y aleatorio:

1) la requisitoria de elevación a juicio, que está por escrito y fundamentada y que es la base fáctica primordial para que el jurado diga culpable. La fundamentación fáctica del veredicto es trasladada íntegramente en el sistema adversarial al acusador. A su carga de probar los hechos y la autoría más allá de toda duda razonable.

2) las instrucciones escritas del juez sobre cómo se prueban los hechos, cómo se valora la prueba de los hechos y las explicaciones del derecho probatorio constitucional.

2) los argumentos en el escrito de impugnación.

3) los argumentos en la esencial audiencia pública en sede revisora.

4) el registro taquigráfico, en audio y/o en video del juicio íntegro.

5) Excepcionalmente, si no pudiera suplirse con las indicaciones del registro o de la información de las partes, con la comparecencia del testigo a la audiencia de recurso. Un juez de la Corte de Apelaciones de Nueva York me confesó que en treinta años de ejercicio jamás citaron a nadie como testigo para resolver una apelación.

#### **F. Método de litigación.**

En la provincia de Neuquén se produjo en el año 2014 una revolución procesal sin precedentes. Se adoptó un sistema acusatorio, con oralidad absoluta en todas sus etapas, división entre tareas jurisdiccionales de las administrativas, pool horizontal de jueces y juicio por jurados para los delitos muy graves. Los jueces revisores neuquinos, gracias a que se ha pulverizado la organización feudal vertical, deciden hoy sus impugnaciones en audiencias públicas que pueden seguirse por

---

<sup>345</sup> SCHIAVO, Nicolás: “Fundamentos...”, op cit., 2012, p. 3.

Internet. Todas ellas están filmadas y disponibles en el sitio web del Poder Judicial local.

Si bien falta mucho camino por recorrer, es satisfactorio ver cómo los jueces del Tribunal de Impugnación<sup>346</sup> neuquino extraen de la crucial audiencia de revisión toda la información que necesitan para resolver. Sobre todo, muy especialmente, si lo que se cuestionan son los hechos. Los jueces ya han leído los escritos de impugnación (no hay expediente en esa provincia) y han cotejado -de ser necesario- los puntos de agravio con las partes pertinentes del récord del juicio en audio/video. El día de la audiencia revisora, que es en una verdadera sala de audiencias y no en un triste despacho sin lugar para que entre el público, los jueces ejercen un rol sumamente proactivo. Si todavía les falta información adicional para decidir, hacen lo mismo que todos los jueces revisores del *common law*: se la extraen a las partes en la audiencia. Los jueces bombardean con preguntas a los abogados y los hacen confrontar sobre los puntos de agravio.<sup>347</sup>

Es sumamente importante asegurar que estas audiencias se realicen en salas a la que pueda ingresar cualquier persona, para asegurar el control externo de la decisión (CN, 1). Luego de deliberar, los jueces regresan a la sala y anuncian su decisión.

Véase cómo se desarrolla una audiencia normal de recurso en Canadá:

*“En la mayoría de las audiencias de apelación, la corte de apelaciones no escucha la prueba de nuevo. A los testigos raramente se les exige que comparezcan de nuevo a declarar. La corte de apelaciones estudia la transcripción del juicio y escucha los argumentos de la Corona y de los abogados defensores. Las cortes de apelación están en el poder para decidir sobre si los tribunales inferiores interpretaron correctamente la ley o arribaron a una sentencia justa”.*<sup>348</sup>

No hay entonces ningún misterio en cómo se litiga en revisión cuando el juicio es por jurados. Sólo falta de práctica. Todo se puede discutir con la máxima amplitud, aunque el eje no sea ya exclusivamente la sentencia escrita y el expediente, sino que se ha corrido, también, a la requisitoria fiscal, a las instrucciones, al estándar

---

<sup>346</sup> Feliz denominación que empieza a borrar culturalmente de nuestro léxico jurídico la palabra *recurso*.

<sup>347</sup> Una película inglesa muestra el desarrollo exacto de esta clase de audiencia revisora y del rol proactivo del juez en ella. *“En el nombre del padre”* (1993) con Daniel Day-Lewis, encarnando a un irlandés injustamente condenado por ser del IRA y por cometer un atentado con una bomba en un pub de Londres en 1974. Estuvo preso junto a su padre y dos irlandeses más durante 9 años, hasta que se descubrió que la policía y la fiscalía habían ocultado a un testigo favorable crucial para la defensa con tal de incriminarlos. Cuando la abogada defensora (la actriz Emma Thompson) se hace de dicha prueba, se ordena una audiencia pública y se produce un recordado litigio, plenamente público y adversarial, ante el juez revisor, que anula la condena del jurado y ordena la inmediata libertad de los prisioneros.

<sup>348</sup> Department of Justice of Canada: [www.justice.gc.ca](http://www.justice.gc.ca)

de duda razonable, al litigio en la audiencia y al registro taquigráfico del juicio o en audio o video.

Lo cierto es que romper el corset cultural del documento escrito **-como si éste alguna vez haya sido garantía de algo-**<sup>349</sup> no se llevará a cabo desde el plano teórico, sino desde la práctica concreta de la modalidad. En el debate de las ideas, todo es abstracción. En el campo real, las resistencias se disipan con mucha más claridad, **y eso es la que está sucediendo auspiciosamente en nuestro país**. Esta tesis busca simplemente exponer el **funcionamiento real** del método de control impugnativo en los países con jurado clásico.

En resumen, las diferencias **metodológicas** entre el modo de interponer y litigar los “recursos”, según el juicio sea o no con jurados, **se reducen a tres puntos**:

- a) no se admite recurso del acusador en el juicio por jurados.
- b) La revisión del derecho aplicable se produce desde las instrucciones del juez al jurado.
- c) La revisión amplia de los hechos y de la prueba del caso se produce desde la requisitoria de elevación a juicio, desde el control del estándar probatorio objetivo de duda razonable, desde las instrucciones del juez y desde el récord del juicio. Se somete el cuántum y el peso de toda la evidencia producida en el juicio con el estándar probatorio objetivo de duda razonable.

Nuevamente, Schiavo concluye con acierto:

*“La conjunción del concepto de **“veredicto inmotivado”** con el estándar probatorio anglosajón de la condena **“más allá de toda duda razonable”**, nos conduce a la discusión de fijar grados de certeza previos a la posibilidad de emitir un subjetivo juicio de convicción.... imponiendo la necesidad de que se aleve la evidencia que suministre un estándar de prueba objetivo y controlable de entidad tal que permita sustentar, por fuera de cualquier duda, la hipótesis de acusación.”*<sup>350</sup>

El primer fallo revisor con jurados del Tribunal de Casación de la provincia de Buenos Aires sostuvo exactamente esta lógica del control de corroboración del juicio a los estándares probatorios de duda razonable. Lo hizo cuando tuvo que

---

<sup>349</sup> En definitiva, la cultura de la escriturización se ha vuelto una ideología dogmática, al punto de confundirse con una garantía cuando, en realidad, es la gran enemiga del sistema de garantías y del único proceso verdaderamente constitucional: el acusatorio con jurados. Véase sino esta afirmación de HERBEL, Gustavo: “Casación amplia...”, op.cit., 2014, p. 226: “La capacidad de los tribunales revisores para complementar las **garantías no satisfechas por el sistema de jurados populares** estará determinada por el número de jueces que los integren y la cantidad de casos que sean resueltos con dicho sistema”.

<sup>350</sup> SCHIAVO, Nicolás: op cit., p. 1 y 2.

intervenir en la revisión de una condena, bajo el agravio de que el veredicto de culpabilidad fue contrario a la prueba rendida en el debate:

*“Importa destacar que la tarea revisora de este tribunal, en lo que respecta a esta modalidad de agravio, no pasa por la realización de un nuevo juicio, sino en una labor en la que se debe estimar la “suficiencia probatoria de signo acusatorio” que, más allá de toda duda razonable, avale la decisión del veredicto de culpabilidad...”*

*Se aprecia entonces que el jurado contó con una pluralidad de pruebas de signo acusatorio, cuya entidad permite concluir, tal como lo hicieron los jurados de manera unánime, en una suficiencia probatoria que supera el test de duda razonable y cuya determinación de culpabilidad merece ser confirmada”.*<sup>351</sup>

### **G. Método de resolución. Distintas jurisdicciones.**

Superada la etapa de interposición y de litigación, la pregunta es ¿cómo resuelve un tribunal revisor si el veredicto de culpabilidad del jurado debe revocarse por no haber superado el estándar de más allá de duda razonable? Si el jurado no explica externamente las razones por las cuales condenó, ¿cuál es el método empleado por los jueces revisores para resolver si el condenado impugna los hechos?

Gran parte de los últimos años de investigación y de publicaciones los dediqué nada más que para contestar este punto, gracias a la cual pude sistematizar el tratamiento revisor de los hechos en los sistemas de jurado de Estados Unidos, Inglaterra y Gales, Irlanda, Escocia, Canadá, Nueva Zelanda, Australia y Puerto Rico. Pero, además, concurrí junto a los abogados defensores a presenciar audiencias públicas en las Cortes de Apelación donde se litigaron y resolvieron ataques muy fuertes y fundados a condenas provenientes de juicios por jurados. Eso sucedió como parte de mi estancia de investigación académica para esta tesis en la Universidad Cornell, de Nueva York.

Lo primero que debo decir es *¿cuánta razón tenía Julio Maier cuando reescribió su Tratado en 1996!* Efectivamente, al presenciar los litigios recursivos sobre juicios por jurados en Nueva York me acordé inmediatamente de uno de los pasajes que más me intriguaron de su obra. Maier siempre insistió con lo que él llama los “*controles internos*” o los “*controles externos*” en materia, ya no de recurso, sino de “*control de la decisión*”. La cultura jurídica argentina optó por los *controles internos* que heredamos de la Inquisición y de la administración de justicia de Europa Continental. Ellos se

---

<sup>351</sup> Tribunal De Casación Penal, Sala I, Provincia de Buenos Aires, Causa n° 72016 “*Mazzón Marcos Ezequiel S/Recurso De Casación*”. Voto del juez Daniel Carral y del juez Ricardo Borinsky.

basan en una organización judicial vertical, en jueces técnicos y en la existencia de recursos contra la sentencia (escrita y motivada) que aseguran la centralización del poder en una burocracia jerárquica. **Pero no es ese, nos dice Maier, el programa de una República constitucional.**

*“En el sistema republicano, predomina el **control externo** (popular) del proceso (publicidad) y la decisión (participación de los ciudadanos en ella).*

*Con prescindencia de esta contradicción de criterios, la recepción actual del derecho del condenado al recurso (§ 6, H)...**no se refiere, necesariamente, a la exigencia deque el veredicto o la sentencia estén fundados**: basta con conceder al condenado la posibilidad de **que el veredicto o la sentencia esirracional**, en el múltiple sentido de que surge de un procedimiento formalmente injusto o que arrojó un **resultado injusto** (iudicium rescindens) por defectos graves, cuya corrección puede conducir a una absolución o, al menos, a una sentencia más benigna, inmediatamente o a través de un nuevo juicio sobre la imputación.<sup>352</sup>*

Sólo una vez que estuve allí, presenciando esas “verdaderas” audiencias revisoras, pude lograr comprender en toda su dimensión lo que el Maier había visto con toda claridad veinte años antes. No empleará las mismas palabras (*veredicto irracional vs veredicto arbitrario*), pero el modo en como los jueces de apelación neoyorkinos resolvieron dichas audiencias públicas estaba íntegramente contenido en su cita. Estaba presenciando un *control externo* en vivo y en directo. Una cita feliz que describe con admirable precisión el funcionamiento de las cortes revisoras del *common law* que operan de manera pública sobre veredictos generales de jueces ciudadanos, no sólo técnicos. Su discípulo Alberto Binder supo resumirlo todo en una frase: **lo que verdaderamente importa es el control, no la motivación ni el recurso.**<sup>353</sup>

### **1. La base objetiva y el test del jurado razonable en Canadá.**

El *test del jurado razonable* también es llamado el **test de Yebes/Biniaris**, en homenaje a dos precedentes muy importantes de la Corte canadiense que prácticamente agotaron la cuestión y que gozan de gran prestigio en la órbita cultural del *common law*. Para decidir si un veredicto es arbitrario o no, los jueces del recurso se preguntan a sí

---

<sup>352</sup> MAIER, Julio B. J.: “Fundamentos...”, op. cit., p. 483.

<sup>353</sup> Dos décadas después, Maier ha perfeccionado esta idea de “*si al control, no más al recurso*” y, consecuentemente con su expresa opción por el juicio por jurados, nos dice que hay que acabar con el sistema de recursos, menos con el del condenado. El único que, a su criterio, debe sobrevivir: “*A mi juicio, la supresión del sistema de recursos y su reemplazo por una decisión política que nos coloque, en cada decisión judicial, frente a la clase y el número de jueces que representen la aproximación al ideal de justicia lograda, la mejor garantía de acierto y ecuanimidad en el juicio, constituye el mecanismo superador del sistema.*” cfr MAIER, Julio B. J.: “Discurso de Clausura”, publicado en el libro del II Congreso Internacional de Juicio por Jurados, Facultad de Derecho, UBA, Editorial JUSBAIRES, octubre 2014, p. 117.

mismos: “Ante la cuestión planteada, con la información disponible por el tribunal y con la que han aportado las partes, ¿qué hubiera hecho en el caso concreto un jurado razonable de doce miembros, actuando conforme a derecho y debidamente instruido? ¿Habría rendido el mismo veredicto?”

Las respuestas serán revocar la condena **si el veredicto fuera distinto al que un jurado debidamente instruido, y actuando conforme a derecho, podría razonablemente haber rendido**. De no ser así, si el veredicto hubiera sido el mismo que hubieran rendido tanto el jurado real como el jurado razonable hipotético, confirmarán la condena.

Vuelven por sus fueros con esta clase de tests algunos grandes conocidos de nuestro derecho penal y civil: la teoría de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non*, ampliamente utilizada en nuestro derecho penal para dirimir problemas de relación de causalidad entre acción y resultado, de exclusiones probatorias y de autoría y participación. El método es el mismo: suprimido mentalmente en forma hipotética el jurado real, ¿otro jurado razonable hubiera producido igual el mismo veredicto?

El derecho civil, y sobre todo el de familia, ante determinadas situaciones difíciles de resolver recurre al derecho romano y al concepto del *pater familiae*. Lo hace como modo de exigir un comportamiento concreto verificable en el caso real: ¿qué hubiera hecho una persona razonable (un *pater familiae*) en la misma situación?

También en el derecho penal, más específicamente en el ámbito de los delitos culposos, los jueces deciden la conducta exigible al caso concreto interrogándose a sí mismos: ¿qué hubiera hecho en el caso concreto un conductor razonable o diligente, con las mismas capacidades del autor?

Como vemos, nuestro derecho, al igual que los jueces del *common law*, utiliza esta clase de razonamientos para tomar decisiones.

Textualmente, el **fallo Yebes** de la SCJ de Canadá de 1987 (veinte años antes que el **fallo Casal**), confirmó el veredicto de culpabilidad del jurado y rechazó las alternativas de absolución que proponía la defensa con estos argumentos:

**“Lafuncióndeunacortedeapelaciones,según el artículo 613 (1)(a)(i) del Código, vamás allá demeramente establecer que hay pruebas como para fundar una condena. El tribunal debe determinar, sobre la totalidad de las pruebas, “si el veredicto es aquel que un jurado, debidamente instruido y actuando conforme a derecho, podría razonablemente haber rendido”. Mientras que la corte de apelaciones no debe limitarse a sustituir su juicio por el del jurado, a fin de aplicar dicho test el tribunal debe examinar y hasta cierto punto volver a pesarlo y así**



***derarelefectodela prueba. Este procedimiento es el mismo, sea que el caso esté basado en pruebas circunstanciales o en pruebas directas. En la Corte de Apelaciones, la mayoría en contrario que habíaprovebassuficientes como para justificar el veredicto y rechazar todas las inferencias racionales que ofrecían otra alternativa a la conclusión de culpabilidad. Por tanto, es claro que la ley fue correctamente entendida y aplicada***".<sup>354</sup>

Algunos años más tarde, la propia Corte canadiense perfeccionó el test hasta su formulación actual y describió con aún mayor precisión los principios que deben aplicarse a la revisión de los veredictos contrarios a la prueba por hechos. Pero, por sobre todo, estableció **métodos de revisión distintos**, según lo que se reexamine sea el **juicio motivado de un juez profesional** o, en cambio, el **veredicto inmotivado de un jurado**. El voto líder en este fallo tan influyente fue, nuevamente, la jueza Louise Arbour, ex presidente de la Corte Penal Internacional. Fue ella quien estableció que, cuando el juicio sea por jurados y el acusado impugne la condena por ser contraria a la prueba, la corte revisora seguirá un **test de valoración objetivo-subjetiva bajo el método de la revisión integral de toda la prueba producida en el debate**, para luego extraer sus conclusiones e inferencias **propias** sobre si se superó o no el estándar de duda razonable. Los siete párrafos salientes de ese largo fallo, de imprescindible cita textual por lo claro y docente, son los que siguen:

1.-

***Una corte de apelaciones no debe limitarse a sustituir su juicio por el del jurado o, al aplicar el "test de Yebes", tiene derecho a revisar, analizar, con los límites lógicos de la desventaja de la instancia recursiva, sopesar la evidencia.***

2.-

***El test se aplica por igual a un jurado o a un juez unipersonal. En este último caso, la revisión puede ser más fácil debido a que la corte de apelaciones podrá examinar la razón dada por el juez, las cuales pueden revelar un error en la apreciación de las pruebas. Esta deficiencia en el análisis puede aparecer cuando el juez desconoció un principio legal aplicable o cuando rindió un veredicto inconsistente con las conclusiones fácticas alcanzadas.***

3.-

***La corte revisora deberá articular la base sobre la cual se considere que las conclusiones alcanzadas por un jurado fueron arbitrarias. Una duda persistente o alguna vaguedad conforme a la base en la revisión de la Corte no es justificación suficiente para la constatación de arbitrariedad, pero puede desencadenar un mayor escrutinio en apelación.***

4.-

***El test para determinar cuándo el veredicto del jurado o la sentencia del juez del juicio***

---

<sup>354</sup>R. v. Yebes, [1987] 2 SCR 168 Suprema Corte de Justicia de Canadá.

oson arbitrarios son manifiestamente contrarios a la evidencia ha sido inequívocamente expresado en **Yebes** de la manera siguiente: **“El reexamen de la Corte es llamado**  
**cadavez que el jurado vaya más allá del estándar razonable... El test es “si el veredicto es aquél que un jurado debidamente instruido y actuando conforme a derecho podría haber razonablemente rendido”.** (Yebes, *supra*, at p. 185....

La formulación de dicho test importa una **valoración objetiva**, hasta en cierto punto, **también subjetiva**. Requiere que la corte de apelaciones **determine** **qué veredicto debería haber arribado un jurado razonable, debidamente instruido y actuando conforme a derecho, al hacerlo, debe examinar, analizar, con los límites lógicos de las desventajas que implican la instancia de apelación, sopesar la prueba.** Este último proceso es usualmente entendido como un ejercicio subjetivo, **que requiere que la corte de apelaciones reexamine el peso de las pruebas, más que sumerainsuficiencia.** El test es, por lo tanto, **unmix**. Es por ello que resulta mucho más útil enfocarse en lo que acarrea la articulación de dicho test, que en ponerse a caracterizarlos sobre si es un test tanto objetivo como subjetivo.

5.-

**Un jurado no proporcionar razones de su veredicto.** Para justificar una conclusión de arbitrariedad con respecto al veredicto de un jurado debidamente instruido, la corte de apelaciones no podrá señalar o expresar deficiencias en el análisis. **Tiene que echar mano y articular inferencias extraídas de una revisión integral de la prueba para sustentar su conclusión de que el jurado, al arribar a su veredicto de culpabilidad, pudo no haber estado actuando conforme a derecho.**

6.-

Las instrucciones al jurado intentan transmitir la experiencia judicial acumulada al jurado. **Aún así, y en ciertos casos muy raros, la totalidad de las pruebas y las peculiaridades de las circunstancias conducirán a un jurista experimentado y conformación legal a concluir que el proceso de determinación de los hechos llevado a cabo en el juicio debió haber fallado a la luz de los resultados arbitrarios que produjo.**

7.-

Actuar conforme a derecho, en este contexto, **significa no sólo actuar de apasionadamente en la aplicación de la ley y fallar sobre la base de la ley y nada más.** Significa, además, **llegar a una conclusión que no entre en conflicto con la mayor parte de la experiencia judicial. La valoración de la corte revisora debe, en otras palabras, proceder a través de "las lentes de la experiencia judicial" para identificar y articular, con la mayor precisión posible, aquellas características del caso que sugieran que el veredicto fue arbitrario.** Puede ser que existan varias causas de preocupación, sin que ninguna de las cuales, de manera aislada, podrían haber requerido de una **visión especial al jurado.**

En estos siete puntos se halla contenido el programa completo de cómo se decide ordinariamente en casación el recurso contra una sentencia de condena por jurados.

No es ninguna novedad que un juez revisor, aquí o en cualquier otro país, efectúa siempre una valoración objetiva-subjetiva para decidir. Pero ella es distinta cuando el juicio es por jurados.

Lo más importante desde el punto de vista práctico para los jueces revisores argentinos será la frase contenida en el punto n° 3 **del fallo Biniaris**: “*La corte revisora deberá articular la base sobre la cual se considere que las conclusiones alcanzadas por un jurado fueron arbitrarias*”. **Allí radica el secreto de la primer parte objetiva del test del jurado razonable**: en articular **una base objetiva** con toda la información relevante para la decisión del recurso sobre un veredicto del jurado que es inmotivado.

Ello no es en absoluto tarea desconocida para un juez de recurso. Por el contrario, lo hace cotidianamente cada vez que tiene que resolver. El problema es que dicha base se articula **exclusivamente** de la sentencia escrita del juez profesional y de las actas expediente. Pero, cuando el juicio sea por jurados, dicha base deberá ser construida con la requisitoria fiscal, con los memoriales escritos de la defensa y la fiscalía, del fundamental litigio de las partes en la audiencia revisora (que en el *civil law* se evade y se suprime constantemente, como con todo atisbo de real oralidad), con las instrucciones del juez y con el registro íntegro del juicio. Excepcionalmente, si los jueces lo consideran imprescindible, también citarán al o a los testigos cuestionados.

No faltarán los críticos que digan que es imposible que el juez del recurso tenga que escuchar o ver todo el juicio otra vez. O, si está registrado taquigráficamente, leer todos los registros. La respuesta es natural: ¿acaso los jueces no leen actualmente -por sí o por sus relatores- todo el expediente con sus decenas de cuerpos y miles de fojas para tomar una decisión? **¿Cuál sería la diferencia entre leer un expediente escrito y las instrucciones o los registros fidedignos del juicio?** Absolutamente ninguna. Más aún, será cuestión de práctica, pero ya hemos visto que muy raramente las cortes del *common law* deciden sus recursos leyendo las transcripciones enteras o citando testigos. Los jueces neuquinos y bonaerenses ya proceden sin ninguna dificultad en este punto. Acuden al registro en audio o video sólo para aclarar puntos dudosos de los agravios.<sup>355</sup>

---

<sup>355</sup> Un abogado antijuradista de la Patagonia sacó un pintoresco artículo periodístico, criticando espantado el primer fallo revisor del Tribunal de Impugnación de Neuquén, que confirmó una condena unánime del jurado. La chicana que empleó fue, más o menos, “*los jueces de impugnación decidieron un recurso mirando televisión*”.

Por lo general, **el momento clave es la audiencia revisora y la contradictoriedad en la misma**. En ella se produce una gran depuración, sea en forma de acuerdos sobre puntos no controvertidos, sea en cómo ubicar con precisión y mucha más claridad los puntos centrales del litigio.

El punto nº 5 y nº 7 **del fallo Biniaris** es la otra gran clave para que los jueces revisores argentinos realicen apropiadamente el **ejercicio subjetivo de decisión**. Articulada ya la base objetiva con la información, decidirán, de acuerdo a su convicción, confrontando el veredicto cuestionado con toda la prueba disponible. Este ejercicio subjetivo de valoración respecto del veredicto del jurado es a lo que se refiere el punto nº 5 del fallo, cuando les sugiere a los jueces revisores *“articular inferencias extraídas de una revisión integral de la prueba para sustentar su conclusión”* y el punto nº 7, cuando les pide a los jueces que procedan *“a través de “las lentes de la experiencia judicial” para identificar y articular, con la mayor precisión posible, aquellas características del caso que sugieran que el veredicto fue arbitrario*. Es decir, si a la luz de las pruebas y de su experiencia judicial, la condena no se puede sostener. Veremos algunos ejemplos de esto en los tests revisores de otras jurisdicciones.

El *test del jurado razonable* es el que han empezado a utilizar para resolver los jueces revisores neuquinos y bonerenses cuando la defensa cuestiona por arbitrarios los hechos valorados por el jurado.<sup>356</sup>

---

<sup>356</sup> Tribunal de Impugnación Provincial de Neuquén. GONZÁLEZ, DANTE DECLER s/ABUSO SEXUAL AGRAVADO” Legajo 15.752/14. **Estándar probatorio de duda razonable. Revisión amplia:** *“... (la impugnación) no significa la realización de un nuevo juicio sino la revisión de determinadas circunstancias que permitan ratificar o descartar que el jurado ha realizado su trabajo bajo condiciones razonables, y ponderar si conforme lo requerido por el recurrente el veredicto dictado no puede ser sostenido por la evidencia rendida en juicio. En tal sentido, esta posibilidad recursiva constituye una derivación del principio constitucional de duda razonable al cual esta obligatoriamente sujeto el juicio por jurados y enfatiza la total vinculación del juicio por jurados con la revisión amplia de los hechos en supuestos de sentencia condenatoria...”*

*“...las Cortes de Apelaciones suelen recurrir al test de “jurado razonable” y que consiste en responder si con la información aportada por las partes y jurado razonable actuando conforme a derecho hubiera rendido el mismo veredicto. Y tal labor la he realizado bajo una modalidad de test objetivo-subjetivo que requiere revisar de modo integral toda la evidencia producida en debate, para luego de ello, concluir sobre si el veredicto superó o no el citado estándar de duda razonable”*. Voto del juez Federico Sommer.

Ver también Cámara de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala IV, Causa Nº 75197 (*“Castillo, Rodolfo Marcelo s/ recurso de casación”*), 11/08/16. Voto del juez Carlos Natiello: *“Con un veredicto que es inmotivado, las cortes de casación podrán seguir dos caminos: el test del “jurado razonable” o test de Yebes, o el test de la “valoración independiente”. La función primordial de una Corte de apelación –en nuestro caso del Tribunal de Casación– será, si se echara mano al test de Yebes, ir más allá de establecer si hay pruebas o no como para fundamentar una condena, y expedirse –teniendo en consideración la totalidad de las pruebas arrojadas– si el veredicto del jurado se asimila más a aquel que podría razonablemente haber rendido un jurado debidamente instruido actuando conforme a derecho (Conf. Test del “jurado razonable” o test de Yebes/Biniaris, in re “R. vs. Yebes (1987) 2 SCR 168, Suprema Corte de Justicia de Canadá.) A esos efectos, el Tribunal de Casación no deberá sustituir*

Frente a este panorama de tanta amplitud revisora, con distinta metodología por ser procesos diferentes, caen por su propio peso las críticas al veredicto del jurado clásico que le dirigen los motivacionistas por una “supuesta” incompatibilidad con la doctrina convencional de la CIDH. El fallo “*Mohammed*” (CIDH, 2012) sostuvo lo siguiente, ante una sentencia defectuosamente motivada de un tribunal profesional argentino:

*“100. Debe entenderse que, independientemente del régimen o sistema recursivo que adopten los Estados Partes y de la denominación que den al medio de impugnación de la sentencia condenatoria, para que éste sea eficaz debe constituir un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea. Ello requiere que pueda analizar cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho. Consecuentemente, las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados de la sentencia condenatoria”*

¿Cuál es la incompatibilidad de esta doctrina con lo resuelto por la Corte de Canadá en “*Biniaris*” ante el veredicto de un jurado? Absolutamente ninguna. La revisión que efectuó la Corte canadiense en *Yebes/Biniaris* y todos los fallos que veremos a continuación en las distintas jurisdicciones del *common law* demuestran que el veredicto general del jurado es una decisión cuya fundamentación racional en hechos, prueba y derecho puede ser ampliamente revisable en todos sus aspectos.

## **2. Variaciones del test revisor en cada jurisdicción**

El método de resolución de veredictos arbitrarios (o de sentencias del juez por los mismos motivos) varía ligeramente según los países del *common law*, pero difieren sólo en los detalles. Tienen en común que todos ellos hacen un serio y continuo esfuerzo por ampliar la teoría del *máximo rendimiento revisor sin la inmediación* que conocemos de nuestro fallo *Casal*, pero con un límite muy claro: tratan de interferir lo menos posible en los veredictos de los jurados.

## **3. Australia: el Test de la Valoración Independiente.**

La Corte Suprema de Justicia de Australia dictó un fallo muy importante en el año 2005. Se trató del precedente “*R. v Weiss*” que, en síntesis, se diferencia del

---

*sujuicio por el del jurado, sino que, con los límites lógicos de la desventajade transitar una instancia recursiva, deberá re-examinar, sopesar y considerar el efecto de la evidencia”.*

anterior test en que no apela a la figura de un hipotético *jurado razonable*.<sup>357</sup> Los jueces australianos entienden que dicho test tiene un margen especulativo alto y que hace evadir a los jueces revisores de su obligación específica: decidir ellos mismos y de manera directa la cuestión acerca de si un veredicto del jurado es manifiestamente contrario a la prueba o si no superó el estándar de duda razonable. Para esta postura, no es necesario “inventar” un jurado hipotético. **Ese jurado imaginario es, en realidad, el propio tribunal revisor.** Él es, en definitiva, quien debe reexaminar la prueba de manera integral y decidir la cuestión.

En todo lo demás, y resaltando el respeto que debe tenerse al veredicto rendido por el jurado, procede exactamente igual al *test de Yeves/Biniaris del jurado razonable*. He aquí los tres párrafos salientes de este fallo.

*35. La tarea fundamental encomendada a la Corte de Apelaciones, por la forma ordinaria de la ley de apelación penal, es decidir la apelación. En la medida en que es tarea que requiere considerar la cláusula, **ello no debe ser llevado a cabo intentando predecir lo que un jurado (sea el jurado del juicio o algún otro futuro jurado hipotético) haría o pudiera hacer.***

*39. No debe ser opaca cada tres proposiciones fundamentales. En primer lugar, la corte de apelaciones **debe decidir por sí misma** si ha habido realmente un error sustancial involuntario de la justicia. En segundo lugar, **la tarea de la corte revisora es su tarea objetiva** que no difiere de otras tareas de apelación. **Se debe realizar con la ventaja y desventaja de decidir un recurso de apelación en el registro taquígrafico del juicio; no es un ejercicio de especulación o de predicción.** En tercer lugar, la valoración de la prueba de la culpabilidad criminal está más allá de toda duda razonable.*

*41. Esta tarea debe ser realizada de la misma manera que una corte de apelación se decide si el veredicto del jurado debe ser dejado del todo o no es razonable, o no puede contar con el apoyo de la evidencia. **La corte de apelaciones debe hacer su propia valoración independiente de las pruebas y determinar si, con las naturales limitaciones existentes de proceder total o parcialmente sobre los registros taquígraficos, se probó que el acusado fue en contradicción culpable más allá de toda duda razonable.***<sup>358</sup>

Este test aplicado en el fallo “*Weiss*” recibió muy fuertes críticas por parte de la comunidad jurídica australiana, por algo que desarrollaremos muy específicamente al estudiar cuáles son los límites de la revisión. Un juez de la Corte renunció escandalizado tras el fallo por lo que consideró una ¡desmesura en la amplitud revisora! Según él, *Weiss* encierra el peligro de alentar a las Cortes de apelaciones a inmiscuirse

<sup>357</sup> “*R. v Weiss*” [2005] HCA 81, [41], Suprema Corte de Justicia de Australia.

<sup>358</sup> “*R. v Weiss*” [2005] HCA 81, [41], Suprema Corte de Justicia de Australia.

con más asiduidad en los veredictos de los jurados, algo que es casi un tabú en el *common law*, por el respeto y la autoridad que dimanan.<sup>359</sup>

#### 4. Inglaterra: el test de la *duda persistente*.

Inglaterra no utiliza ninguno de los dos métodos anteriores, no obstante lo cual la resolución es prácticamente similar. Los jueces revisores de Inglaterra y Gales siguen exactamente los pasos de todos los países del *common law*: reúnen toda la información posible por las vías que hemos estudiado (audiencia revisora, escritos de impugnación de las partes, instrucciones del juez, récord del debate, etc), conforman la base objetiva para decidir pero, en vez de recurrir a un jurado razonable hipotético o de reexaminar la prueba de manera independiente, se hacen la siguiente pregunta **subjetiva**: ¿permanece todavía en nosotros *alguna duda persistente* con la condena? Si responden que sí, revocarán. Si responden que no, confirmarán la condena. Veamos cómo funciona.

En 1969, Cooper fue condenado por un jurado por provocarle lesiones graves a una chica. Le pegó un puñetazo y le rompió tres dientes. La chica identificó a Cooper como el autor del golpe. Sin embargo, durante el juicio, otro de los integrantes de la pandilla sostuvo que Cooper no había sido quien golpeó a la chica, sino un tal Burke. La Corte Criminal de Apelaciones de Londres sostuvo lo siguiente:

*“Finalmente, las dudas que se plantean en este caso son en razón del hecho de que es incuestionable la similitud física entre el apelante y Burke. Se nos ha suministrado, al igual que al jurado, una foto de Burke; y es innecesario decir más que el parecido físico es sumamente asombroso.”*<sup>360</sup>

La Corte, luego de analizar otros indicios que indicarían que Cooper no estuvo en el lugar, sella la cuestión sentando una doctrina legal que nos hará comprender mejor que cualquier libro cómo es la cultura revisora del *common law* y su respeto absoluto por la distribución del poder político entre el jurado y los jueces profesionales (de juicio y revisores).

*“Lo importante sobre este caso es que todo el material probatorio al que me he referido fue presentado íntegramente ante el jurado. Nadie criticó el *summing-up* (resumen del juez del juicio en sus instrucciones finales al jurado). La defensa incluso sostuvo que todo lo que podría posiblemente haber sido dicho con el fin de alertar al jurado sobre las dificultades del caso, fue claramente dicho por el juez que presidió el juicio. Es, por lo tanto, un caso en el que cada cuestión controvertida fue presentada ante el*

---

<sup>359</sup>Ver las críticas en PRIEST, Phillips: “*The Problematic Proviso: The Vice of Weiss*”, Victorian Bar, Australia, 2007.

<sup>360</sup>*R. v. Cooper* (1969) 53 Cr.App.R. 82

*jurado y en el que el mismo estuvo debidamente instruido.*

***Por lo tanto, es un caso en el que esta Corte revisora será muy reacia a intervenir. Se ha dicho una y otra vez a lo largo de los años que esta Corte debe reconocer la ventaja que tiene el jurado de ver y oír a los testigos y que, si todo el material probatorio fue presentado ante el jurado y el summing-up en las instrucciones fue impecable, esta Corte no debería interferir a la ligera. De hecho, hasta la promulgación de la Criminal Appeal Act de 1966 – disposiciones que actualmente pueden ser encontradas en la sección 2ª de la Criminal Appeal Act 1968 – era casi inaudito para esta Corte interferir en un caso así.***

*Sin embargo, ahora nuestras potestades son algo distintas, y estamos, en efecto, facultados para autorizar una apelación contra la condena si pensamos que el veredicto del jurado debería ser anulado en razón de que, a la luz de todas las circunstancias del caso, tal veredicto es inseguro o insatisfactorio. Esto quiere decir que, en casos de este tipo, la Corte al final debe hacerse a sí misma una pregunta subjetiva: esto es, si estamos satisfechos con dejar el asunto tal como está, o si no hay alguna duda persistente (lurking doubt) en nuestras mentes que nos haga reflexionar sobre si se ha cometido una injusticia. Esta es una reacción que podría no estar basada estrictamente en la prueba como tal; es una reacción que podría producirse por la sensación general que la Corte experimenta ante el caso que tiene delante.*

*Hemos estado pensando muy profundamente acerca de si este es un caso en el cual deberíamos anular el veredicto del jurado, aún a pesar del hecho de que ellos tuvieron todas las ventajas de la inmediatez y, a decir verdad, algunas ventajas de las que nosotros no gozamos por nuestro carácter de corte revisora. Tras la debida consideración, **hemos decidido que este veredicto es inseguro y, en consecuencia, vamos a declarar procedente el recurso de apelación y a anular la condena. En lo que concierne a este asunto, el apelante Cooper es liberado. Condena anulada.***

Cuando Julio Maier nos dice, una y otra vez, que ni la Constitución ni los Pactos contienen una sola palabra que exijan que las sentencias de los jueces o los veredictos de los jurados deban estar motivados, sino que ellos exigen que los sistemas judiciales deben concederle al condenado la posibilidad de demostrar ante otros jueces que la decisión es “irracional” y/o que arrojó un *iudicium rescindens* (decisión injusta) nos está ilustrando exactamente del mismo modo en que procedieron aquí los jueces revisores londinenses.

¿Acaso el defensor se vio constreñido en alguna forma por la inmotivación del veredicto para lograr instalar en la mente y ánimo de los jueces revisores el estado de la *duda persistente*? ¿Acaso los jueces se sintieron restringidos por la falta de expresión escrita de las razones de los jurados para revocar la condena y absolver? En absoluto.



La metodología del sistema impugnativo del *common law* que estamos estudiando les proporcionó toda la información necesaria para decidir con justicia y con nivel jurídico. Los jueces ingleses absolvieron a Cooper no sólo desde la profunda inquietud que les produjo mantener esa condena y dejar preso a un inocente, sino a pesar de reconocer que el jurado está en mucha mejor posición que ellos para valorar la prueba. Es decir, los jueces revisores no hicieron el juicio de vuelta. Jamás lo harían, pues reconocen que esa tarea de única instancia es exclusiva del jurado. No fue entonces una doble instancia adjudicativa, típica del sistema mixto-inquisitorial. Fue un verdadero juicio de revisión, un *doble conforme de control* en pleno 1969 -45 años antes que *Casal-* y por cuestiones exclusivas de hecho y de prueba. ¿Qué tribunal de recurso del *civil law*, aún con sentencias escritas motivadas, hubiera abierto un recurso por estos motivos? Ninguno. No lo hicieron hasta que se los ordenó la CIDH con *Herrera Ulloa* en 2004. El planteo de los motivacionistas de que el veredicto general del jurado clásico sería “*inconstitucional*” queda poco menos que en ridículo ante sentencias como estas.

### 5. Nueva Zelanda: el test de “*Ramage*”.

En 2007, la Corte Suprema de Justicia de Nueva Zelanda dictó su *leading case* (in re *R v Owen*), a partir del fallo de la Corte de Apelaciones in re *R v Munro*<sup>361</sup> sobre la revisión de los veredictos arbitrarios o contrarios a la prueba del juicio. Lo hizo para actualizar y precisar el llamado *test de Ramage*, en homenaje a un fallo de 1985 que diseñó el método que deben seguir las cortes de apelación neocelandesas para decidir si mantienen o no el veredicto de culpabilidad del jurado.<sup>362</sup> El *test de Ramage* es prácticamente similar al de Canadá (*test del jurado razonable*), pero tiene una peculiaridad que lo distingue y es que ***sujeta expresamente la hipótesis al estándar probatorio de duda razonable***.

El test canadiense de *Yebe/Biniaris* dice: “El tribunal debe determinar, sobre la totalidad de las pruebas, si el veredicto es aquel que un jurado, debidamente instruido y actuando conforme a derecho, podría razonablemente haber rendido”.

El test de *Ramage*, en cambio, se aparta ligeramente y agrega: “un veredicto será arbitrario o que no estará sostenido por la prueba producida en el juicio “si la

---

<sup>361</sup>SC 25/2007 [2007] 102 NZSC, Kurt John Owen vs. La Reina; Sc [2007] Nzca 510, Munro Vs La Reina.

<sup>362</sup>[1985] 1 NZLR 392.

*Corte considera que un jurado, actuando razonablemente, **debió haber considerado una duda razonable acerca de la culpabilidad del [recurrente].**"*

Podrá decirse que se trata de una diferencia semántica, pero no es así. No podemos dar cuenta del largo desarrollo de esta cuestión aquí, pero se nota el esfuerzo de la Corte Suprema por exaltar la vinculación total del veredicto de condena (resultado) a su necesario antecedente constitucional (culpabilidad más allá de duda razonable).

Más allá de esto, la Corte Suprema de Nueva Zelanda, al igual que la de todos los fallos de las jurisdicciones que hemos visto, precisa con maestría y sencillez cuáles son y a qué obedecen los límites muy estrictos que las cortes se imponen en su ejercicio revisor:

*E) En nuestro sistema judicial, el órgano encargado de la determinación de los hechos es el jurado. Las Cortes de Apelación deben interferir lo menos posible en esta área.*

*“Si una corte de apelaciones fácilmente revocara los veredictos del jurado, disminuiría la confianza en el sistema de jurados y afectaría la división constitucional de roles que existe entre el jurado y el juez”.*

*“(F) El recurrente que invoque el artículo 385 (1) (a) debe reconocer que la Corte de Apelación **no está llevando a cabo un nuevo juicio** sobre la base del récord taquigráfico escrito del debate. El recurrente debe articular con claridad y precisión qué aspecto o aspectos del veredicto alega que son arbitrarios y por qué, después de efectuar un análisis adecuado de los puntos enumerados *ut supra*, el veredicto debe ser, sin embargo, revocado”.*<sup>363</sup>

En *Owen*, la Corte confirmó el veredicto de culpabilidad del jurado. En *Munro*, en cambio, la Corte de Apelaciones revocó y absolvió. Es decir, el jurado condenó y la corte de apelaciones abrió el recurso ordinario del acusado, ponderó los hechos y ¡absolvió!, por tratarse de la protección de la garantía constitucional de inocencia (estándar de más allá de duda razonable) y del respeto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Vaya esto en respuesta a otro de los clichés repetidos una y otra vez por los antijuradistas o los que no conciben un sistema judicial sin motivación: que el *common law*, para mantener los jurados populares en sus sistemas de administración de justicia, decidió pagar el precio de ceder en amplitud, verdad y calidad recursiva (al parecer, sólo garantizadas por sentencias motivadas y escritas por

---

<sup>363</sup> R v Owen, Nueva Zelandia ap 13.

jueces profesionales), razón por la cual sus países no han adherido los Pactos Internacionales. Tales son las mentiras que desde hace años nos esforzamos por derribar.<sup>364</sup>

*“El alcance del recurso por cuestiones de hecho, tal como la hemos definido, es consistente tanto con la exigencia doméstica del derecho nacional de Nueva Zelanda –que se encuentra en artículo 25 (h)- como con las obligaciones de Nueva Zelanda para con la comunidad internacional; es decir, con las obligaciones que posee Nueva Zelanda en virtud de haber adherido al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. No existe ninguna sugerencia en la jurisprudencia internacional que el derecho al recurso previsto en el artículo 25 (h) y las correspondientes disposiciones internacionales deberían, en el caso de las cuestiones de hecho, ser diferentes en carácter o amplitud que las previstas por el artículo 385 (1) (a).<sup>365</sup>*

## 6. Estados Unidos: el test de “la prueba insuficiente”.

En los Estados Unidos, el control de los veredictos arbitrarios se asoció desde siempre con la garantía constitucional del estándar de prueba más allá de duda razonable. Por ende, los condenados por un jurado o un juez pueden acudir a sus cortes de apelaciones para que ellas decidan si la prueba de los hechos era o no suficiente para abastecer dicho estándar probatorio de más allá de duda razonable. De allí su nombre de *test de la prueba insuficiente*.

Si bien la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos dictó dos fallos sobre la cuestión -in re *Jackson vs Virginia* (1979) y *Cavazos vs Smith* (2011), que confirmaron las condenas del jurado<sup>366</sup> - la práctica era antiquísima, como lo demuestra el citado fallo *Hatchett v. Commonwealth* (1882) de la Corte de Apelaciones de Virginia. Allí, la corte de apelaciones revocó el veredicto de culpabilidad del jurado y salvó de la horca a Hatchett por un homicidio con envenenamiento. Las razones aún hoy asombran, tratándose de un fallo de 1882:

*“Ahora, según lo alegado en la acusación, correspondía a la Fiscalía, para justificar al Commonwealth a obtener un veredicto de culpabilidad, a*

---

<sup>364</sup> Véase sino esta insólita afirmación de cierta parte de los motivacionistas argentinos, que sostienen que las democracias más sólidas del mundo no habrían adherido a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos -cuando ellas fueron sus creadoras y fundadoras- para evitar impugnaciones a sus sistemas judiciales con veredictos del jurado inmotivados. Luego de ver este fallo de Nueva Zelanda, que ha adherido a los Pactos en su totalidad y posee un sistema de jurado clásico, ¿cómo es posible afirmar con tanta ligereza lo que sigue?: “Consecuentes con esta concepción del proceso, dichas naciones son refractarias a suscribir algunas cláusulas que pueden interpelar sus sistemas”. HERBEL, Gustavo: “Casación amplia...”, op. cit., 2014, p. 207.

<sup>365</sup>R v Owen, Nueva Zelandia ap 18, citado en este libro.

<sup>366</sup>*Jackson v. Virginia*, 443 U.S. 307 (1979) y *Cavazos v. Smith*, 565 U.S. (2011).

*establecer claramente y sin lugar a dudas estas tres proposiciones fundamentales:*

- (1) Que el fallecido encontró su muerte por veneno;*
- (2) Que el veneno fue administrado por el prisionero y*
- (3) que se administró a sabiendas y maliciosamente.*

*Estas proposiciones, creemos, no están establecidas por la prueba en este caso....en resumen, **los hechos probados son totalmente insuficientes para justificar la condena** del demandante por el delito por el cual fue sentenciado a la horca y la sentencia del tribunal de circuito debe, por lo tanto, ser revocada, el veredicto del jurado debe ser dejado sin efecto y un nuevo juicio debe serle otorgado”.*

El fallo es imposible de reproducir en su totalidad, pero la corte de apelaciones analizó minuciosamente del registro taquigráfico los hechos ventilados en el juicio, los discutió en audiencia, los sometió a este test de suficiencia y concluyó como hemos visto.

Cien años después, la Corte Suprema dicta los fallos *Jackson* y *Cavazos* y establece con mayor precisión el rol de las cortes revisoras para revocar veredictos arbitrarios en vinculación con el estándar de duda razonable y cuáles son las exigencias para que proceda la anulación de las condenas por arbitrariedad.

*“La opinión de esta Corte deja bien en claro que es responsabilidad del jurado -no del juez- decidir qué conclusiones deberían ser extraídas de la prueba admitida en el juicio. **Una corte revisora puede revocar el veredicto del jurado con fundamento en la insuficiencia de las pruebas sólo si ningún determinador racional de los hechos podría haber estado de acuerdo con el jurado.***

*La prueba será suficiente como para sustentar una condena “si, luego de haber visto la prueba desde el punto de vista que más favorezca a la fiscalía, cualquier otro determinador de hechos racional podría haber probado los elementos esenciales del delito más allá de toda duda razonable”.*

La diferencia con el resto de los demás tests es que emplean un parámetro relativamente fijo para medir la arbitrariedad, que es *a la luz de la prueba más favorable a la fiscalía*. Los jueces revisores, para decidir si esa condena ha superado el estándar de la duda razonable, “observan” la prueba del juicio mirando primero la prueba que más favoreció a la fiscalía. Si esa prueba directamente no los convence, entonces el veredicto es arbitrario y la condena debe ser revocada. En cambio, si esa prueba los

convence, entonces viene el segundo paso: considerar todo el resto de la prueba. Una vez hecho, se preguntan si cualquier determinador racional de los hechos podría igualmente haber probado esos hechos y la culpabilidad más allá de duda razonable. En el fallo *Hatchett*, por ejemplo, consideraron que no fue así y por eso revocaron la condena y ordenaron un nuevo juicio.

#### H. Los límites de la revisión: ¿restringida o amplia?

Los fallos que hemos visto demuestran con contundencia que el *common law* discute en revisión desde hace siglos **todos** los aspectos de una condena: los errores de procedimiento, el derecho, los hechos, la prueba o cualquier otro motivo -no ligados a los anteriores- que pueda convertir a esa condena en injusta. No importa que la condena haya sido dictada por un juez o por un jurado. Lo único que varía, en ese caso, son los métodos para recolectar la información con la cual decidirán los jueces revisores. Cotejado con la misma práctica del *civil law* (que hasta hace muy poco sólo revisaba el derecho aplicable), las diferencias de amplitud revisora son muy grandes.

Sin embargo, son los propios autores del derecho procesal del *common law* los que consideran que la revisabilidad de los hechos que ellos efectúan en revisión **es limitada o restringida**. ¿Es esto un contrasentido? En absoluto. Los límites o la restricción no se refieren a la materia que puede ser discutida en sede revisora, **sino a que -por el límite lógico de la inmediación- es muy difícil que las cortes revisoras interfieran con los veredictos de culpabilidad del jurado y los sustituyan**. Ellas operan *limitadamente* desde los registros de audio/video y de la información obtenida en la audiencia. Desde el reconocimiento de esa desventaja en revisión es que se autolimitan para afirmar que lo harán sólo de manera excepcional y en ocasiones muy raras. Esa es la “*limitación*”, que también respetan los jueces revisores argentinos con jurados.<sup>367</sup> Pero lo hacen igualmente, como hemos visto, y con fallos provenientes hasta de sus Cortes Supremas cuando se cometa una injusticia manteniendo la condena. Las posibilidades son plenas e irrestrictas, pero la práctica

---

<sup>367</sup> Tribunal de Impugnación Provincial de Neuquén "MORALES; DAMIAN ISAAC S/Homicidio calificado", Legajo MPFNQ 10544/2014. **Verdicto contrario a prueba. Doble conforme. Abordaje de la Impugnación.**

“...la asistencia técnica no se encargó de explicar las razones por las cuales el veredicto de culpabilidad no podría haber sido consecuencia de pruebas diferentes de las señaladas -y cuestionadas-. Pretender el abordaje de la impugnación sobre pruebas puntuales, sin llevar a cabo un análisis global de todas las producidas en el juicio, **no es otra cosa que requerir al Tribunal peor informado, por no haber presenciado el debate -principio de inmediación-**, que limite su examen a un segmento de los acontecimientos que se tuvieran por acreditados para emitir el veredicto de culpabilidad...” (Voto del juez Fernando Zvilling).

indica que las cortes revisoras son renuentes a revocar los veredictos de los jurados y ahora veremos por qué.<sup>368</sup>

Lejos de ser un síntoma de enfermedad, es todo lo contrario: es un síntoma de la coherencia y de la salud de un sistema procesal que pone su eje principal y toda su energía **en la centralidad del juicio público, en un litigio verdaderamente adversarial de los hechos, en vez de ponerla en la definición del recurso y en las decisiones de las castas superiores de la organización judicial.** En el *civil law* es exactamente al revés: culturalmente, son más importantes las sentencias de “cámara” y el expediente de la instrucción que el propio juicio. El juicio es siempre provisorio y hasta sus abogados litigan en él pensando en la sentencia posterior de las cortes de casación. La sentencia escrita y motivada es nada más que una propuesta de solución: es un acto procesal meramente provisional. Es la lógica que critican despiadadamente Maier y Binder: la del recurso jerárquico.

*“El problema de la calidad en la construcción de la verdad de los hechos se debe mirar desde el litigio de instancia y no desde la eficacia y posibilidades del control de la sentencia por recursos”.*<sup>369</sup>

Cuando los procesalistas del *common law* afirman entonces que la revisibilidad por los hechos es “limitada”, lo hacen dentro del marco de otra lógica, completamente distinta, que es propia del sistema adversarial. Ese sistema debe asegurarle a las partes varias cosas:

1) que la prueba se rinda de manera oral y pública, ante la vista de todos, incluidos terceros, para control republicano, ante un juez y un jurado;

2) que los veredictos y sentencias sean finales, ya que los litigantes tienen derecho a una definición razonable en el tiempo; esto implica recurso sólo para el condenado y prohibición de recurso fiscal o de querellante privado.

3) que las cortes revisoras no se conviertan en una segunda instancia de mérito que valoran pruebas y hechos sin haber participado sus jueces en el juicio público;

4) que los roles de los tribunales de juicio y de revisión estén así bien diferenciados.

---

<sup>368</sup> Las cortes de casación argentinas también son muy renuentes a revocar las sentencias de los jueces profesionales. La inmensa mayoría de los fallos de casación en Argentina y el *civil law* son confirmatorios de las condenas, al igual que la cortes de apelación del *common law*. Pero hay un agravante en nuestro país: que los acusadores pueden recurrir las absoluciones y las cortes de casación, en varias oportunidades, les han hecho lugar.

<sup>369</sup>BINDER, Alberto: “Un juez.....”, op. cit., 2016, p. 131.

5) los jurados han sorteado numerosos controles previos y han llegado a una decisión condenatoria unánime. Es muy difícil interferir a la ligera con ella, pero en ciertas situaciones se hace de manera muy amplia.

Los jueces de las cortes revisoras del *common law* respetan profundamente los veredictos del jurado y rara vez los sustituyen, pero no por un acto de fe o porque sus posibilidades revisoras no sean materialmente amplias. Lo hacen por la autoridad que le confiere a los veredictos ser el producto de un litigio con la máxima cantidad de controles de parte posibles en un sistema humano de justicia, por una deliberación robusta, que les exige unanimidad, por su imponente número de doce jueces, por su carácter de soberano y porque ellos presenciaron toda la prueba. Esa es la razón por la cual continuamente repiten que sus decisiones buscarán interferir lo menos posible con ellos.

De manera tal que, a pesar que afirmen una competencia *limitada* de revisión de los hechos en apelación, es mucho más amplia en su práctica de lo que jamás hayamos conocido en la Argentina, a pesar de los esfuerzos de los motivacionistas en demostrar lo contrario.

Aún así, dicha “limitación” es exactamente igual a la que estableció el fallo *Casal* de nuestra Corte Suprema nacional con su noción del *máximo rendimiento posible*: jamás la corte revisora puede rejuzgar el caso en los méritos, hacer el juicio de vuelta y sustituir al jurado o al juez **sin intermediación**. *Doble conforme amplio* no significa *doble instancia*<sup>370</sup>, o que los jueces del recurso se asuman como jueces del juicio, determinadores de los hechos o como el **jurado n° 13**. No es esa su función. Para eso existe el juicio público bajo la garantía constitucional de única instancia. Única instancia y doble conforme son, entonces, dos garantías constitucionales armónicas y que no colisionan, como lo reafirma un notable precedente argentino con jurados.<sup>371</sup>

---

<sup>370</sup> BOVINO, Alberto: “*Zaffaroni y el jurado, una relación poco feliz: Una expresión más de la resistencia judicial a la participación ciudadana*”, en <http://nohuboderecho.blogspot.com.ar/2012/12/zaffaroni-y-el-jurado-una-relacion-poco.html>. “*Que no se pueden recurrir los veredictos condenatorios: esto es falso. En la tradición anglosajona, el recurso que se interpone contra la sentencia condenatoria (appeal, aunque no es un recurso de apelación) permite cuestionar los mismos temas que son objeto de impugnación en nuestro sistema legal. Por lo demás, ni la Convención Americana ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos exigen la "doble instancia", sino el derecho a recurrir la sentencia penal condenatoria*”

<sup>371</sup> Tribunal de Impugnación Provincial de Neuquén "MORALES; DAMIAN ISAAC S/Homicidio calificado", Legajo MPFNQ 10544/2014. **Abordaje de la Impugnación.** “...el análisis parcial que efectúa la Defensa llevaría al Tribunal de Impugnación –como se deslizó en la audiencia- a la necesidad de observar todas las video-filmaciones del debate. **Es claro que ello implicaría lisa y llanamente la**

Sin embargo, los antijuradistas no vacilaron -de manera espuria y con el único fin de atacar al jurado clásico para no perder el monopolio del poder para los jueces- en aferrarse a esta noción de “*limitada revisabilidad de los hechos*” que informa correctamente el derecho procesal del *common law*. Según esta particular visión, el *common law* tendría una *competencia revisora restringida* y la Argentina y el *civil law*, en cambio, tendrían una *competencia revisora amplia*. Nada más absurdo. Se trata de una chicana jurídica. Basta con leer los fallos que hemos citado para demostrar lo contrario.<sup>372</sup>

### I. Distintos grados entre los “hechos”.

Otro punto en común que debe destacarse de todos estos fallos fue ampliamente abordado por la Corte Suprema de Justicia de Nueva Zelandia en *R v Munro*. Como prácticamente no tenemos en el *civil law* gimnasia recursiva alguna en lo relativo a la revisión de los hechos, nadie sabe bien a ciencia cierta responderse a estas preguntas: ¿qué significa revisar un hecho en casación? ¿Hay categorías de hechos? ¿Son los hechos todos iguales?

---

*reproducción del juicio, para que el Tribunal revisor revalorice la prueba producida. Para ser más claro, que sobre la base de las constancias filmicas, efectúe una nueva valoración de la prueba, y dicte una segunda sentencia, que ni siquiera puede ser considerada revisora de la anterior. Para satisfacer el estándar del “doble conforme” o de la “revisión amplia de condena”, este no es el procedimiento. No es el sentido de la Impugnación ante un veredicto popular, ni tampoco lo es frente a una sentencia de condena de Jueces Profesionales. El Código pretende que la decisión que se tome en el caso concreto, esté basada en los principios de concentración e inmediación (art. 7 CPP), lo que se desvirtuaría absolutamente si, como pretende la defensa, este Tribunal reprodujera el juicio ya llevado a cabo, mediante la observación de todas y cada una de las filmaciones...El Tribunal revisor debe determinar, sobre la base de los “agravios” de las partes, si la condena es justa. Lo que se revisa es la condena o veredicto y la regularidad del juicio. En concreto, se trata de un “Juicio sobre el Juicio” y no de un segundo Juicio que en definitiva conduciría al dictado de una segunda sentencia mediada por los recursos técnicos –filmaciones-, y por ende, que requeriría necesariamente de una instancia de control ordinario, para satisfacer el “doble conforme”. Voto del juez Fernando Zvilling*

<sup>372</sup> Por ejemplo, HERBEL, Gustavo: “Casación amplia...”, op.cit., 2014, p. 208 sostiene que: “Actualmente, en nuestra Constitución Nacional, la institución del juicio por jurados **compite** con otras garantías incorporadas con igual jerarquía al debido proceso (art 75.22, CN), **como son la motivación del fallo** (arts. 8.1, CADH y 14.1, PIDCyP) y la **revisión integral de la condena** (arts. 8.2.h, CADH y 14.5, PIDCyP).”

Quien lea los arts. 8.1, CADH y 14.1, PIDCyP **no va a encontrar una sola línea que exija la motivación del fallo**. Quien lea nuestra Constitución Nacional, tampoco lo encontrará. Pero sí encontrará la triple exigencia del juicio por jurados, que juzgan con íntima convicción, como garantía y como derecho (CN, 24, 75 inc 12º y 118). El jurado es una garantía constitucional armónica con el resto de las garantías. De hecho, hasta jurídicamente la cita es confusa: **las garantías constitucionales jamás colisionan entre sí**. cfr SANCINETTI, Marcelo: “*El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público -art. 268, 2, C.P., un tipo penal violatorio del Estado de Derecho*”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, p. 15.

Estas afirmaciones -el autor dice que la frase textual *derecho a ser oído* hay que leerla como “*exigencia de motivación*”- dan pie a esta pregunta: **¿Por qué hacerles decir a los Pactos lo que expresamente no dicen para combatir al jurado, cuando los fallos actuales de la CIDH y las exigencias de motivación van dirigidos únicamente hacia las sentencias de jueces técnicos?**



Es central en esta investigación detenernos exactamente en la palabra “hechos”, pues ellos son la piedra de la discordia en esta intensa discusión política acerca de la motivación. La respuesta a esta pregunta es muy importante, ya que de ella dependerá la posibilidad de llevar a cabo el control revisor y el modo y la intensidad con que se lo hará. No cualquier cosa es un “*hecho*” y hay diferencias importantes entre ellos.

Un investigador que se asome al estudio del derecho procesal anglosajón se sorprenderá con la gran sistematización de este tópico en el *common law*, que aflora con plenitud en los fallos citados (¡a pesar de veredictos inmotivados! ¿Cómo será eso posible?).

Dicha sistemática en la revisión de los hechos -sin importar que el adjudicador sea lego o profesional- admite cierta gradación en cuanto a su dificultad. **Ejemplos:** la defensa de un condenado puede controvertir con más facilidad la existencia de ciertos aspectos de los hechos del caso; vgr, si hubo o no un homicidio, si hay prueba suficiente para la autoría, si el perito obedeció a la ciencia en su dictamen, si el reconocimiento de voz corresponde al acusado, si en la cámara de seguridad se advierte al acusado, si el arma del debate fue la empleada en el hecho o no, si hay suficiente prueba testimonial, si los dichos del acusado se condicen con otras pruebas, si un humano puede arrojar una piedra de dos kilos a siete metros de distancia, etc.

Pero el desafío más difícil que enfrenta una corte revisora es cuando la defensa **cuestiona la credibilidad de un testigo**. Es decir, sin las ventajas de la inmediación, sin haber visto y oído al testigo, sus posturas, sus silencios, sus caras, su actitud y sin una sentencia que desarrolle por escrito los motivos, es aún posible casar un veredicto de culpabilidad del jurado **con base en la no-credibilidad de los testimonios**.

El fallo *Munro* de la Corte de Apelaciones de Nueva Zelanda tiene la virtud de haber puesto en un solo fallo toda esta sistematización del *common law* y de haber resuelto el caso reevaluando en revisión la credibilidad de un perito.

Munro era un chofer de un camión que impactó contra el auto de una mujer, que murió como consecuencia de la colisión. Tras el debate, el jurado lo condenó por homicidio culposo. La defensa sostuvo que el veredicto había sido arbitrario y contrario a la prueba de los hechos, y la corte de apelaciones revocó y absolvió. La inmotivación del veredicto del jurado no impidió a la Corte revisora ordinaria de Nueva Zelanda “*descender*” al terreno de los hechos, reexaminarlos con la desventaja de carecer de la inmediación y fulminar la credibilidad del perito accidentólogo. Muy lejos del país

oceánico, en la Patagonia argentina y siete años después, un juez de la Corte Suprema local de Neuquén llegaba exactamente al mismo razonamiento.<sup>373</sup>

La corte en Munro, tras este análisis, concluyó que no se había despejado más allá de duda razonable que la víctima se hubiese quedado dormida y que esa fuera, en definitiva, la verdadera causa del accidente.

### **J. Hacia un cambio definitivo de visión. De la lógica de la ratificación a la lógica de la corroboración.**

No se trata entonces de “*amplitud recursiva*” la exigencia de los Pactos de DD.HH, sino de “*amplitud de control*”. No se trata sólo de la amplitud de revisión de la “*sentencia de condena*”, sino del control sobre todo el proceso para la toma de decisión. Y esto vale por igual para el jurado como para el juez profesional, sólo que el método de revisión es distinto.

Pero en el juicio por jurados, como pretende demostrar esta tesis, se asegura muchísimo más control a las partes durante todo su desarrollo que en el juicio profesional mixto- inquisitorial, sobre todo por la acentuada cultura de la oralidad y publicidad y la centralidad del litigio.

Afortunadamente, ya no estamos más hablando en el aire. Ya tenemos cientos de juicios por jurados en Argentina y pronunciamientos ejemplares de sus cortes revisoras. Ahora debemos hacer el esfuerzo cultural de ver a la revisión de los veredictos del jurado o de las sentencias de jueces como un sistema de control y de impugnación, y ya no más de recurso. En síntesis, que las decisiones de los tribunales de revisión salgan de la tradicional lógica de la ratificación<sup>374</sup> para entrar de lleno en lo que deben ser: juicios de corroboración de estándares de certeza probatorios objetivos y controlables.<sup>375</sup>

---

<sup>373</sup> Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, MORALES DAMIAN ISAAC S/HOMICIDIO Expte. Nro. 48, año 2015. **Valoración de la prueba. Veredicto contrario a prueba:** “...la estrategia de la Defensa se basó fundamentalmente **en cuestionar la credibilidad** de los tres testigos de cargo, omitiendo tener en cuenta que su especial fuerza probatoria fue extraída por el jurado popular no solo del contenido sino también del modo en que respondieron al interrogatorio y demás circunstancias, especialmente apreciables por los integrantes del jurado, sin demostrar la parte que hayan caído en absurdo o en infracción a las reglas de la experiencia o sentido común”. Voto del juez Evaldo Moya.

<sup>374</sup> Binder llama de este modo a la tradicional concepción recursiva de la organización judicial de la Inquisición. Una sentencia, para ser válida, debe superar la ratificación de las jerarquías. Durante siglos, ni siquiera se necesitó del recurso de alguna de las partes para enervar el poder de los tribunales superiores. Es el viejo **Recurso de Consulta**, que quedó sin vigencia en la Argentina hasta hace poco menos de quince años. Ver Código de Jofré, vigente en provincia de Buenos Aires hasta 1998; **RECURSO DE CONSULTA ARTÍCULO 309:** *Las sentencias en que se imponga la pena capital, presidio, penitenciaría o inhabilitación absoluta y perpetua, se elevarán inmediatamente de notificadas, al superior. Este dará a la causa la tramitación establecida para los casos en que la apelación procede libremente, y dictará el fallo que corresponda, aun cuando no se presentase por el defensor el escrito de expresión de agravios.* Demás está decir que la lógica de la ratificación continúa vigente con la insistencia de darle recursos bilaterales al acusador, privado o estatal.

Desde este punto de vista, no podemos menos que gratificarnos por los primeros y sorprendentes fallos de los jueces revisores de Neuquén (donde hasta intervino ya su Corte Suprema) y de la provincia de Buenos Aires. Se advierten en ellos con gran claridad todas las líneas teóricas esbozadas aquí. En Buenos Aires y Neuquén, las defensas han cuestionado absolutamente todo, y especialmente los hechos, sin que la inmotivación del veredicto de culpabilidad haya sido obstáculo de ninguna clase.<sup>376</sup>

#### **K. Conclusiones provisionales. Control amplio sin motivación.**

Los veredictos generales inmotivados del jurado aseguran el máximo control exigido por los Pactos a su único destinatario: el acusado. Puede verse ahora con más claridad la idea de correr el eje cuando el juicio es por jurados. Debe saltarse el problema de la motivación que, por el contrario, en esta tesis sostendremos que es imprescindible -como garantía- para la sentencia del juez profesional. Pero en el juicio por jurados la motivación no juega rol alguno, ni tuvo nunca lugar. El motivacionismo (antijuradista o no), en cambio, como se verá parcialmente en la parte II y a fondo en la parte III, para lograr deshacerse del jurado o para reducirlo a un escabinado, sobreexagera la Regla *Herrera Ulloa*, se olvida del resto del juicio o lo parcela de manera estanca y concentra toda su atención en la sentencia escrita motivada como elemento central del proceso y como único garante de la amplitud de control. Se trata de una falacia argumental y de una visión sesgada con fines espurios de orden político para

---

cfr BINDER, Alberto: *“Introducción al derecho procesal penal”*, 2ª edición, AD-HOC, Buenos Aires, 2005 y HARFUCH, Andrés: *“El recurso contra la prisión preventiva en los pactos internacionales de derechos humanos”*, Revista Nueva Doctrina Penal 1999/B, Buenos Aires, 1999.

<sup>375</sup> Idea que han comprendido inmediatamente los jueces revisores de Neuquén. Ante una presentación del defensor público Gustavo Vitale sobre que el veredicto inmotivado restringiría su derecho a cuestionar ampliamente las razones de hecho para la condena (como sí se lo permitiría la sentencia escrita de un juez técnico), la respuesta de los jueces es destacable:

Tribunal de Impugnación Provincial de Neuquén, CARVAJAL, Daniel Alberto y otros s/homicidio doblemente calificado. Legajo MPFNQ 10123/14: *“...pretender que existe un déficit en los veredictos sin motivación a los fines recursivos no es sino una equivocada concepción sobre el abordaje de la Impugnación de los veredictos contrarios a prueba. Por supuesto que la litigación en la etapa recursiva sobre cuestiones de índole lógica sobre la estructura de las sentencias escritas no está presente, pero no por ello desaparece la posibilidad de demostrar la existencia de dichos vicios en el proceso deliberativo del Jurado. Para ello, la Defensa debería haber valorado en forma “integral” la totalidad de la prueba producida en Juicio y el alegato de la acusación, para acreditar que el veredicto no satisface el estándar de la “duda razonable”. En este sentido, es claro que el enjuiciamiento por Jurados va al corazón del sistema probatorio, permitiendo un examen integral de la prueba, en la medida en que la Defensa aborde en forma adecuada el agravio...”*. Del voto de los jueces Florencia Martini y Fernando Zvilling.

<sup>376</sup> Tribunal de Impugnación Provincial de Neuquén, *“CAYULEF, VICENTE S/Homicidio”*, Legajo 550/2014: *“...la Defensa no aborda la impugnación contra la decisión del Jurado del modo en el que reiteradamente se ha señalado desde el Tribunal de Impugnación, en precedentes como “Morales” y “Béliz”. Debe advertirse que este proceso meramente conjetural no permite al Tribunal apreciar el cuadro probatorio en forma integral. La Defensa, al entender que existe un veredicto contrario a prueba, necesariamente debió llevar adelante un examen integral de las evidencias y/o pruebas producidas en el debate, para luego señalar las razones por las cuales un Jurado debidamente instruido no podría haber emitido un veredicto de culpabilidad...”*. voto del Dr Fernando Zvilling.

mantener el monopolio de poder en el juez técnico y en mantener un proceso bien lejos del sistema adversarial, como son los procesos penales europeo-continental actuales. **El control en el juicio por jurados es el mismo**, sólo que el método cambia. El método de control -de todo el proceso para la toma de decisión, que es lo verdaderamente “*amplio*”- es muy superior en un juicio por jurados que en un juicio profesional.

Sin embargo, para los motivacionistas esto nunca alcanza. La siguiente cita de Herbel exhibe sin tapujos la sobreexageración de la Regla *Herrera Ulloa* con todas las letras. Sostiene que el juicio por jurados podrá ser -sin dudas- de mucho mejor calidad que la decisión motivada de un juez técnico, pero

*“ello no alcanza con el nivel de garantía exigido”. **Nuestro** debido proceso, más allá de las cualidades cognitivas de cada sistema, exige que el acusado tenga oportunidad de conocer y criticar las razones de su condena (arts 8.1 y 8.2.h, CADH y 14.1 y 14.5, PIDCyP), y si pese a sus bondades intrínsecas un cierto tipo de enjuiciamiento no satisface el cuerpo de garantías desplegadas en el proceso penal, es obligación de los Estados parte formular los cambios para lograrlo”.*<sup>377</sup>

El argumento es circular y efectista. Vuelven -una y otra vez- los mismos interrogantes que el motivacionismo no responde y que se niega a asumir: ¿a qué llaman “*nuestro*” debido proceso? ¿Poseen acaso los sistemas del *common law* menos garantías que los de América Latina, cuando ellos han sido quienes acuñaron la expresión *due process of law* y son la cuna de las garantías constitucionales?<sup>378</sup> ¿Acaso puede afirmarse seriamente que los condenados en el *common law* no saben por qué los condenaron ni pueden criticar las razones de su condena?

En un Congreso sobre Juicio por Jurados celebrado en Oñati, España, en 2014, confrontaron los motivacionistas de Europa continental contra los juradistas del *common law* y se dio respuesta contundente a esta exagerada afirmación política de que el veredicto del jurado “*no alcanza el nivel de garantía exigido*”. Valerie Hans y Nancy Marder, dos de las más grandes académicas del jurado del mundo, relataron en primera persona el nivel y el fragor de la discusión en un importante artículo. Relataron que

---

<sup>377</sup> HERBEL, Gustavo: “*Casación amplia...*”, op. cit., p. 219.

<sup>378</sup> THAMAN, Stephen: “*Europe’s New Jury Systems: The Cases Of Spain And Russia*”, 62 Law and Contemporary Problems, Duke University School of Law, Estados Unidos, primavera 1999, p. 233: “*Las nociones modernas del debido proceso como fair trial en el procedimiento penal, que han obtenido un generalizado reconocimiento internacional tanto en las Constituciones nacionales como en los Pactos internacionales de derechos humanos, tienen sus orígenes en los siguientes conceptos anglo-estadounidenses, desarrollados en el contexto de un juicio por jurados adversarial: (1) la presunción de inocencia, (2) el privilegio contra la auto-incriminación, (3) la igualdad de armas, (4) el derecho a un juicio oral y público, (5) el principio acusatorio, y (6) la independencia del juez del Poder Ejecutivo o de la agencia de investigación.*”

varios de los asistentes, sobre todo los de Europa, se deshacían en ardorosos discursos que exaltaban las virtudes de poner a los jurados a motivar sus veredictos. Desde su perspectiva, dar razones es muy importante porque limita la arbitrariedad de las decisiones que no estén basadas en la prueba.

**La respuesta no le fue en zaga y anticipa la hipótesis de esta obra:** por más que el jurado no motive en el *common law*, no es esta **la única manera de evitar la arbitrariedad**. La motivación escrita no es la única manera de fundamentar una decisión. Existen múltiples restricciones institucionales sobre los jurados para asegurar una decisión justa. Por ejemplo, los potenciales jurados son extraídos aleatoriamente de una representación justa y equitativa de la comunidad, atraviesan un poderoso *voir dire*, son sujetos a las recusaciones con o sin causa, prestan juramento, se les lee la acusación escrita, se les imparten instrucciones, deliberan como un grupo numeroso y deben alcanzar un veredicto unánime.

Huelga decir que todos esos controles directamente no existen en un sistema profesional; pero el remate es antológico:

*“Efectivamente, los juristas estadounidenses en Oñati explicaron que el jurado penal no necesita dar razones porque las razones están claras. El jurado que condena en un caso penal está diciendo que, tras haber valorado cada uno de los elementos que el fiscal tuvo que probar para cada delito en particular, dictaminó que el acusador logró probarlos más allá de toda duda razonable. No se necesitan razones adicionales para comprender las bases de dicho veredicto”.*<sup>379</sup>

Todos los fallos que acabamos de ver -ocultados de la discusión- demuestran la amplitud total con que los acusados pueden conocer y criticar las razones de la condena, evitar cualquier arbitrariedad (veredicto contrario a prueba), sin que la sentencia escrita motivada sea el único vehículo o instrumento para lograrlo.<sup>380</sup> El jurado posee otros dispositivos para hacerlo, como veremos en la parte II. En la parte III, además, daremos cuenta que el *estilo escrito* de las sentencias de jueces técnicos no es la única manera que existe para fundamentar. El jurado, desde tiempos remotos, ha trasladado a la

---

<sup>379</sup>HANS, Valerie P. y MARDER, Nancy: “*Juries and lay participation...*” op. cit., 2015, p. 796.

<sup>380</sup> In re Taxquet vs Bélgica (CEDH, 2010), opinión concurrente del juez Jebens, ap. 4: “*A los tribunales superiores en Noruega les ha sido requerido por el Tribunal Supremo, en casos excepcionales, indicar qué evidencia fue decisiva para la condena o para dar las razones para la condena, explicaciones que deben darla solamente los jueces profesionales, sin la participación de los miembros del jurado. Teniendo en cuenta que en ambas de las situaciones mencionadas, el veredicto es alcanzado por el jurado y que los jueces no han tomado parte en las deliberaciones, es a mi juicio cuestionable si dichas medidas pueden ser verdaderamente consideradas como el reflejo de la opinión de los miembros del jurado y si pueden proporcionar al acusado mayor claridad que un veredicto inmotivado.*”

acusación -y a la prueba de todas sus hipótesis en el juicio y más allá de duda razonable- la fundamentación de su veredicto.

### **L.El veredicto del jurado ante los fallos *Herrera Ulloa y Casal*.**

Frente a este método de revisión tan simple, sencillo y de puro sentido común, no dejan de ser asombrosas ciertas afirmaciones. Zaffaroni -notorio opositor al jurado clásico- declaró en una nota periodística que:

*“el juicio por jurados creó que es inconstitucional -disparó el juez- porque pesa que la Constitución dice tres veces que tiene que haber juicio por jurado, es la misma Constitución la que incorpora la Convención Americana de Derechos Humanos que dice que tiene que haber **doble instancia**. Y **con el jurado no puede haber doble instancia**”.*<sup>381</sup>

Entramos en otra zona de alto voltaje en el intenso debate entre los juradistas y los opositores al jurado clásico, luego de que la Argentina haya incorporado a su legislación constitucional los Pactos Internacionales de Derechos Humanos. Afirmaciones como la anterior expresan la visión cultural que continúa bajo la lógica inquisitorial del recurso y la ratificación, **recurso fiscal contra la absolución incluido**. Esta forma de ver el mundo pretende hacernos creer que el veredicto del jurado sería incompatible con una revisión amplia de los hechos, aún cuando todas sus leyes, sus tratados de derecho y sus pronunciamientos jurisdiccionales -como todos los que acabamos de citar- demuestren exactamente lo contrario.

El Sistema Interamericano o Europeo de Derechos Humanos **no instituye una doble instancia**. Esa es una lectura groseramente equivocada de los Pactos. Lo que éstos han hecho es establecer un **doble conforme en cabeza exclusiva del condenado**, que es algo completamente diferente y que tiene su origen indiscutido en la cultura juradista del *common law*, alejada por completo de la noción o idea del “recurso” como método de revisión y, por el contrario, basada exclusivamente en la impugnación de la condena como un “derecho” conferido sólo al acusado. En el *common law*, el juicio es por jurados, de única instancia y su veredicto es final.

*“Pertenece a la historia cultural del juicio por jurados el hecho de que el Estado no posea un recurso contra la sentencia del tribunal de juicio...El acusado, en cambio, posee, contra una eventual condena -declaración de culpabilidad -un “derecho de apelación”...esto es, una facultad para demostrar la injusticia formal o material del fallo y así lograr un nuevo*

---

<sup>381</sup> Diario El Atlántico del día 12/11/12 en <http://www.diarioelatlantico.com/diario/2012/11/12/47676-si-admitimos-jurado-puro-habria-contradiccion-constitucional%E2%80%9D.html>

*juicio*”.<sup>382</sup>

Efectivamente, han sido históricamente Julio Maier y Alberto Binder los juristas argentinos que con más énfasis han señalado que la adopción del juicio por jurados por la Constitución argentina, a imagen y semejanza de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, impide el recurso fiscal contra la absolución y aleja a nuestro sistema judicial de la *lógica de los recursos*, tan cara a la Inquisición. Esta nota distintiva no es una invención del derecho norteamericano: es una de las características más importantes y duraderas del *common law* inglés, asociado a la firmeza de los veredictos del jurado y a que el juicio tiene lugar una sola vez.<sup>383</sup>

Los artículos 8º inc 2º “h”, CADH (Pacto de San José de Costa Rica) y 14º inc 5º del PIDCyP que establecen como “derecho” a la impugnación de la condena nada más que por el acusado, reconocen indiscutiblemente su origen en la cultura forjada tras seis siglos de juicio por jurados en el *common law*. Esas disposiciones son la antítesis del método recursivo del *civil law*. Es más, han tenido el propósito político de sentar las bases para su eliminación.

Después de este largo análisis de la impugnación de los veredictos arbitrarios de condena, no deben quedar dudas de la absoluta adecuación del sistema de juicio por jurados a los estándares recursivos que han establecido estos los fallos *Herrera Ulloa* de la CIDH y *Casal* de la CSJN.

En nuestra opinión, **es al revés**: esos fallos ordenaron adaptar la deficitaria práctica recursiva de la justicia profesional latinoamericana -reducida nada más que al derecho de fondo- a los altísimos estándares en materia de amplitud de revisión de las condenas del mundo anglosajón, sean por cuestiones de derecho, hechos o prueba. **La CIDH ha dicho que la simple motivación escrita de los hechos -en donde se vuelca la logicidad de las conclusiones internas del convencimiento del juez profesional- es insuficiente. No alcanza.**

¿Quiénes se negaron siempre a revisar los hechos y la prueba en el recurso?  
¿Los tribunales latinoamericanos con jueces profesionales y sentencias escritas, o las cortes de apelaciones del *common law* con veredicto del jurado? Los fallos y las leyes

---

<sup>382</sup> MAIER, Julio B. J.: “Fundamentos...”, op. cit., p. 715-716.

<sup>383</sup> Acerca de la imposibilidad histórica de la Corona de recurrir el veredicto absolutorio del jurado en Inglaterra, ver ROXIN, Claus: “Derecho procesal penal”; traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor; revisada por Julio B. J. Maier, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, capítulo 10º.

También, MITTERMAIER, Carl Joseph: “Das Englische, Schottische und Nordamerikanische Strafverfahren”, Erlangen, 1851, p. 223.

del *common law* con jurado clásico que hemos citado no dejan lugar a duda al respecto. No fueron los sistemas con jurado los destinatarios de los fallos *Herrera Ulloa y Casal*, sino los jueces profesionales latinoamericanos y su crónico déficit recursivo.

Por esa misma razón, siempre que se contemplen los distintos soportes de interposición, litigación y resolución que hemos analizado, las disposiciones de la doctrina legal de los *fallos Herrera Ulloa y Casal*, basadas en los arts 8°, inc 2°, CADH y art 14° inc 5°, PIDyCP, son perfectamente aplicables a ambas modalidades de enjuiciamiento: al jurado y al juez profesional.

*“Yno está mal recordar, porque es un elemento central para orientar la correcta discusión, que Estados Unidos, Canadá, Inglaterra y Gales, Escocia, Irlanda, Australia, Nueva Zelanda, Puerto Rico, Panamá, Guatemala y los países anglófonos del Caribe consisten en un sistema de jurado clásico inmotivados o no signatarios del PIDyCP, por lo tanto, está también alcanzada por la doctrina “Herrera Ulloa”, sin que ello haya repercutido negativamente en lo más mínimo en su actualidad recursiva”.*<sup>384</sup>

Quien ya hace años expuso la misma tesis de adecuación total del jurado a la doctrina *Herrera Ulloa* fue Binder, en la conferencia en el Congreso de Derecho Procesal de Mendoza en 2005. Al llegar al capítulo de revisión de los hechos en casación, dijo lo siguiente:

*La regla Herrera Ulloa nos llama diciendo: “están importante que tienen que hacerlo”, pero esto no implican ningún tipo de diferencia entre el fallo de un juez técnico y el fallo de jurados.*

*Al contrario, porque estamos acostumbrados a pensar bajo la lógica inquisitorial y la lectura de expediente, nos sólo nos parece que es una segunda instancia y de volverle el efecto devolutivo al tribunal. No. Es simplemente que las partes van a ir a litigar con las condiciones del litigio, con las restricciones del litigio y con los límites del litigio, que siempre hemos reconocido a los litigios de control.*

*Nada más que no estarán limitados en los medios que puedan utilizar para convencer que la decisión es errónea, y esto, esta amplitud, está siempre vinculada a que es un fallo de nulidad. Es un fallo que dirá “sí, me convencieron o me dejaron a mitad de duda de que este fallo puede ser erróneo: vayan y hagan lo nuevo”.*

*Vinculado estrecha e ineludiblemente al reenvío, como es como yo creo que hay que interpretar la regla Herrera Ulloa, esto no genera ningún tipo de problema si llamamos a la atención sobre las condenas. Novecuál es la dificultad de que es mismo es que se puede hacer respectos de los jurados. Al contrario, justamente, el peso que había antes en la fundamentación ahora cae, porque uno puede saltarse la fundamentación*

<sup>384</sup> HARFUCH, Andrés: “Inmotivación.....”, op. cit., p. 133.



*óneiramostrarquelavaloraciónquesehizoerróneao,porlomenos,iragenerar dudaseneltribunalquecontrola”.*<sup>385</sup>

### **1. Métodos de revisión distintos: jurados y jueces. Los fallos *Taxquet* (2010) y *Judge* (2011) de la CEDH**

Estos dos precedentes internacionales, que ratificaron la constitucionalidad de los veredictos inmotivados del jurado, han mandado otro mensaje muy claro al mundo jurídico: cuando una corte internacional deba revisar la condena dictada por un tribunal profesional, empleará un método específico y propio para ello. Lo más probable es que recurra a la motivación escrita de la sentencia, aunque no limitada exclusivamente a ella.

*91. En los procesos llevados a cabo ante jueces profesionales, el entendimiento del acusado respecto de su condena surge, **en principio**, de las razones dadas en las sentencias judiciales. En dichos casos, los tribunales nacionales deben indicar con suficiente claridad las bases sobre las cuales descansan sus decisiones.*<sup>386</sup>

Pero cuando revisen las condenas dictadas en los juicios por jurados, emplearán otro método distinto de revisión, **que se ajuste a las particularidades propias de la modalidad con jurados**. No necesitan de la motivación de los veredictos para efectuarlo.

*92. Ante las Cortes....con participación de un jurado popular, **es necesario acomodarse a las particularidades del procedimiento**, en el cual, con frecuencia, a los jurados no se les exige -o directamente no se les permite- expresar los motivos para su íntima convicción personal....El art. 6º exige investigar si el acusado ha podido beneficiarse de garantías suficientes aptas para descartar cualquier riesgo de arbitrariedad y permitirle comprender las razones de su condena. Tales garantías procesales pueden incluir, por ejemplo, instrucciones u orientaciones proporcionadas por el presidente del tribunal a los miembros del jurado sobre las cuestiones jurídicas que se planteen o las pruebas presentadas, y/o preguntas precisas e inequívocas formuladas por el juez al jurado, aptas para formar un marco que sirva de base al veredicto o que compense suficientemente el hecho de que no se expresan las razones para las respuestas del jurado.*<sup>387</sup>

La CEDH reconoce en estos dos fallos algo elemental: un juicio por jurados es muy diferente a un juicio profesional. En uno no se exige la motivación, en otro sí. En uno hay instrucciones, en el otro no. En uno hay recusaciones sin causa, en el otro no; y

---

<sup>385</sup> BINDER, Alberto: “Corriendo los ejes de la discusión...”, op. cit., en <http://www.juicioporjurados.org/2012/06/video-imperdible-conferencia-de-binder.html>

<sup>386</sup>In re *Taxquet vs Bélgica* (CEDH).

<sup>387</sup>In re *Taxquet vs Bélgica* (CEDH)

así sucesivamente. Por ende, los pronunciamientos de la CEDH y los de la CIDH deben emplear métodos distintos de revisión según las peculiares características de ambos sistemas. Lo que intentan los antijuradistas en Argentina es aplicar un único estándar - con motivación- para revisar ambas clases de enjuiciamiento. Es exactamente la trampa que sorteó la CEDH en *Taxquet y Judge*.<sup>388</sup> Así como el fallo *Herrera Ulloa* fue dictado por la CIDH en 2004 para mejorar los estándares de revisión de las sentencias escritas de jueces profesionales, el futuro avance del juicio por jurados en Argentina y la región Iberoamericana obligará en el futuro a la CIDH a dictar otro tipo de fallos que se ajusten a la modalidad específica del juicio por jurados.

En definitiva, nada nuevo a la destacada doctrina legal de la Corte Suprema de Justicia de Canadá en el citado fallo *Biniaris*.<sup>389</sup>

### Capítulo 3°

#### Objeto del Veredicto

#### § 1. El Poder del Jurado sobre la Ley Penal de Fondo

##### A. ¿Qué decide el jurado? ¿Qué decide el juez?

En estas dos preguntas están encerrados dos mil años de historia.<sup>390</sup> La discusión entre los hechos y el derecho -inexistente en la Antigüedad- comenzó con un suceso

---

<sup>388</sup> Es lo que insisten en no ver autores como GULLCO, Hernán: “*El juicio por jurados y el derecho al recurso*”, LADI (Latin American Journal of Criminal Law) n° 3, 14/12/15. Gullco es uno de los estudiosos argentinos del jurado que extraen conclusiones parciales y recortadas de los fallos *Casal* (CSJN, Fallos Fallos: 328:3339 -2005) y *Mohammed* (CIDH, caso nro. 11.618 de 2012). Gullco sostiene que el único jurado posible en Argentina y América Latina, según la doctrina de la CIDH, sería el escabinado. Esto no es así, ni en el orden teórico, ni en el orden práctico. Con sólo leer los fallos “*Biniaris*” (Canadá), “*Munro*” (Nueva Zelanda), “*Cooper*” (Inglaterra) y *Taxquet* (CEDH) se advertirá con mayor facilidad este gran equívoco, destinado nada más que servir al fin político de mantener el monopolio profesional sobre el veredicto.

Quienes ubicaron exactamente el problema en su justo punto – igual que como lo hacen los jueces de la CEDH- fueron los jueces de casación Natiello y Kohan en el fallo de la Cámara de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala IV, Causa N° 75197 (“*Castillo, Rodolfo Marcelo s/ recurso de casación*”), 11/08/16. No se trata de mayor o menor amplitud recursiva entre un juicio técnico y un juicio por jurados, sino que ambos modelos de enjuiciamiento son distintos, tienen sus propias particularidades, pero ambos gozan de adecuación constitucional y convencional.

<sup>389</sup> Ver una extensa reseña del tema en el artículo de JULIANO, Mario y ÁVILA, Fernando: “*Veredicto inmotivado y posibilidades de revisión*”, Revista de Derecho Procesal Penal “Juicio Por Jurados-II”, 2014-2, Rubinzal-Culzoni, Rosario, Argentina, p. 227.

<sup>390</sup>

Es imposible, siquierasumariamente, dar cuenta del inmensa bibliografía sobre esta cuestión. Entre nosotros, cfr MAIER, Julio: *Derecho Procesal Penal Fundamentos*” *opcit*, p789. Para una visión sobre el tema en el mundo anglosajón, cfr. WEINER, Stephen:

bien definido: la lenta aparición en escena del juez, a medida que los Reyes afirmaban su autoridad por sobre los señores feudales.<sup>391</sup> A partir de allí, comenzó la disputa política por el reparto del poder de juzgar con los antiguos cuerpos populares y comunitarios para la toma de decisión (los jurados en la Inglaterra medieval y los *compurgatores* en el continente europeo).

En el capítulo anterior abordamos ampliamente el tema y su evolución en el *common law*. A contrario de lo que sucedía en los siglos XVIII a XIX, donde el jurado era amo y señor sobre los hechos y la ley del juicio, el proceso penal y civil de los siglos XX y XXI muestra a los jurados y a los jueces conformando un equipo. Si bien siempre hay -y habrá- tensiones entre jueces y jurados, nadie ya discute hoy que el jurado posee competencia exclusiva sobre los hechos y también sobre el derecho aplicable. El jurado tiene poder, inclusive, para declarar culpable al acusado por un delito menor incluido en el delito principal imputado por la fiscalía y, según la ya citada jurisprudencia de la Corte estadounidense, para definir los atenuantes, agravantes y eximentes de un delito. Sólo que el jurado aplicará el derecho de fondo a partir de las instrucciones del juez (operación combinada entre juez y jurado). Finalmente, debido al poder irrevocable del veredicto de *no culpable* y a su carácter inmotivado (general), nadie discute tampoco que el jurado posee la última palabra sobre la ley en el caso concreto. Claro que todavía persiste la limitación de no informarle al jurado acerca de este poder en las instrucciones.

### **B. Historia y desarrollo en el *common law* y en el *civil law*.**

Dedónde surgió esta distinción, es otro de los misterios insondables en la lenta elaboración del *common law* y del *civil law*.

Fue Lord Coke (Sir Edward Coke, el más grande jurista de la corte de la Reina Isabel II de Inglaterra) quien pronunció en 1628 sumáxima en latín sobre la división del poder entre jurados y jueces:

*“Ad quaestionem facti non respondent iudices; ad quaestionem juris non*

---

*“The civil jury and the law/fact distinction”*, 54 Calif. L. Rev. (1966), PARKER, Wilson: *“Free expression and the function of the jury”*, 65 B. U. L. Rev. 483 (1985).

<sup>391</sup> Nota de advertencia al lector argentino o de cualquier país del *civil law*: la figura del juez jamás representó lo mismo en la Inglaterra medieval (e incluso actual en el *common law*) que la imagen que tenemos en el *civil law* de juez.

DAMAŠKA, Mirjan: *“Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado”*, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 72: *“Sir Thomas Smith, al intentar explicar en el siglo XVI el sistema procesal inglés a los franceses, era muy consciente de esta persistente divergencia de perspectivas en los responsables judiciales. “Judex es lo que nosotros llamamos al juez”, recordaba, “pero nuestro sistema es tan distinto que aquellos que condenan o absuelven a un hombre culpable o inocente no son llamados jueces, sino doce hombres”.*

*respondent jurors,"; "A las cuestiones de hecho no responden los jueces y a las cuestiones de derecho no responden los jurados".<sup>392</sup>*

Sin embargo, se atribuye al propio Coke haber dicho que tan sólo reconoció una práctica que ya estaba extendida en su Inglaterra desde por lo menos el siglo XI. Pero el sentido correcto de esa frase no era que los jueces aplicaban la ley luego del veredicto del jurado, sino sólo que ellos tenían el poder para explicarle la ley al jurado en las instrucciones **previas** al veredicto.

*A los jurados en Inglaterra se los reconocía largamente como los jueces no sólo de los hechos, sino también de la culpabilidad, debido a su poder para aplicar la ley instruida por el juez a esos hechos.<sup>393</sup>*

El problema para el derecho comparado es que el concepto de "ley" era muy diferente en ambas tradiciones jurídicas de Occidente, con lo cual la cuestión *hecho/derecho* corre el riesgo de ser malinterpretada si se la analiza fuera de dichos contextos. En el *common law*, la ley es predominantemente consuetudinaria y, si bien la crean los jueces con sus precedentes, sus componentes comunitarios gracias a la intervención de los jurados son decisivos. Es imposible compararlas con las leyes de Europa continental del Medioevo, que sacaron rápidamente de la escena a las normas consuetudinarias e impusieron la voluntad regia y papal. Ya no tenían nada en común con las del *common law*.

*"Nunca más la ley se limitó a regular delitos que resultaran en un daño concreto, delitos que podían ser acreditados a simple vista y probados por el testimonio de testigos legos o por víctimas de carne y hueso que pudieran perseguirlos privadamente. **El Estado y la Iglesia crearon delitos contra el Estado y la Religión** y los usaron como pretexto para inventar el sistema inquisitorial, en donde el Estado se asumía como víctima y acusaba oficialmente el caso".<sup>394</sup>*

De tal forma que, con la aparición de los jueces profesionales, la cuestión *hecho/derecho* tomó un significado muy diferente en ambas jurisdicciones. En el continente europeo medieval, los jueces aparecieron con fuerza, se apropiaron del procedimiento y monopolizaron la determinación de la ley estatutaria, algo que jamás sucedió en el *common law*. Los jueces representaban ahora el poder centralizado dual de la Corona y

---

<sup>392</sup>Portodos, THAYER: "The origin and scope..." op cit, nota 1, p. 185.

<sup>393</sup>THAMAN, Stephen: "Questions of Fact..." op. cit., p. 417.

<sup>394</sup> Nos dice THAMAN (idem) con cita a ESMEIN, Ademar: "A History Of Continental Criminal Procedure With Special Reference To France" (1913), at 10-11 (note 2) en donde reconoce que el procedimiento inquisitivo fue usado por primera vez en casos de herejía y brujería y luego extendido a delitos más comunes.

el Papa. Por eso es que Thaman habla de los jueces técnicos de la Inquisición como si fuesen “*sacerdotes*”. Efectivamente, su obsesión por la verdad absoluta tenía un trasfondo religioso, a pesar de ser jueces del Rey y no eclesiásticos: “*la ley era una ciencia de la verdad, imposible de ser aplicada por legos*”.<sup>395</sup>

Ese fue el panorama con que se enfrentó el *jury inglés* cuando cruzó el Canal de la Mancha en 1789. En el acto puso en tensión el monopolio judicial sobre la ley; la cuestión *hecho/derecho* estalló de inmediato entre los todopoderosos jueces y el nuevo jurado. ¿Qué iba a decidir el jurado? ¿Sólo los hechos? ¿O también se iba a pronunciar sobre el derecho aplicable? ¿O sólo el juez iría a ser quien pronunciara el derecho en soledad, luego del veredicto del jurado?

*Esta controversia doctrinaria era tan solo una máscara tras la cual se ocultaba una disputa política real. ¿Mantendrían las burocracias judiciales centralizadas (indirectamente, la Monarquía) su control sobre la administración de justicia o ejercería ese poder la naciente burguesía a través de sus jurados (desde que prácticamente todos los primeros jurados tenían que ser propietarios, educados, etc y con derecho a voto)?*<sup>396</sup>

Lo cierto es que, tal cual vimos al estudiar el veredicto estructurado europeo (una clase de veredicto especial), ningún país de Europa continental pudo digerir ni admitir tanto poder en manos de los jurados. El jurado inglés, para la época que Hobbes escribió el *Leviatán* (1651), decidía si el acusado era culpable de robo simple o de robo agravado, de tentativa o consumación, de autor o cómplice, de homicidio culposo o preterintencional. Informado, como es lógico, por el juez.<sup>397</sup> Las castas jurisdiccionales del Ancien Régime, tras siglos de “*ciencia de la ley*”, no iban a aceptar jamás semejante desapoderamiento en manos de despreciables legos o *judices idiotae*.<sup>398</sup>

---

<sup>395</sup> THAMAN, Stephen: “*Questions...*”, op. cit., p. 416: Thaman sostiene, con acierto, que algo parecido pasó con los jueces del *common law* en épocas de reyes tiránicos. En los juicios a los disidentes políticos y religiosos, como William Penn, los 7 Obispos de Londres y John Zenger, los jueces pretendieron reservarse la decisión de derecho acerca de si los libelos eran sediciosos o no y que el jurado rindiera simplemente un veredicto especial con los hechos. Sin embargo, hay que reconocer que esos intentos fracasaron estrepitosamente y fue tan vigorosa la reacción que dio origen al *jury nullification*.

<sup>396</sup> THAMAN, Stephen: “*Questions...*” op. cit., p. 419.

<sup>397</sup> HOBBS, Thomas: “*Leviatán*” (1651), Fondo de Cultura Económica, México, 1940, p. 231: “*Del mismo modo en los juicios ordinarios de derecho, doce hombres del pueblo llano son los jueces, y dan sentencia no sólo respecto del hecho sino del derecho, y se pronuncian simplemente por el demandante o el demandado; es decir, son jueces no solamente del hecho sino del derecho y, en materia de delito, no sólo determinan si existió o no, sino que establezcan si fue asesinato, homicidio, homicidio preterintencional, agresión con lesiones u otra cosa, conforme a las calificaciones de la ley; pero como no se supone que conocen la ley por sí mismos, existe alguien que tiene la autoridad para informarles de ello en el caso particular que han de juzgar. Ahora bien, aunque no juzguen de acuerdo con lo que se les dice, no están sujetos por ello a penalidad alguna, a menos que aparezca que lo hicieron contra su conciencia, o que fueron corrompidos por vía de cohecho*”.

<sup>398</sup> Así los llamaban despectivamente en la Europa continental del medioevo. Ver DAMAŠKA, Mirjan:

Desde esos tiempos nos llegan los ecos de esta discusión de *hecho-derecho y de la motivación*. Un nuevo compromiso político: los jueces europeos, resignados a tener que aceptar a regañadientes el jurado, se reservaron el poder político de aplicar la ley **luego** de que los jurados respondieran a largos y farragosos cuestionarios que nunca se sabía muy bien si eran preguntas de hecho o de derecho. Con sólo ver las preguntas en el fallo *Taxquet vs Bélgica* de 2010, nos daremos cuenta de semejante confusión. Era un denso problema político, llevado al plano del procedimiento. Procesalmente jamás hubo problema alguno, ni ayer ni hoy, en que el jurado defina los hechos y el juez los instruya sobre el derecho aplicable.<sup>399</sup> Sobre todo hoy gracias a la estandarización de los Manuales de Instrucciones al Jurado, confeccionados por consenso entre abogados, fiscales, jueces, lingüistas, etc.<sup>400</sup>

Thaman resume muy bien el problema con una cita a Anselm von Feuerbach, quien veía en su Alemania natal lo disfuncional que resultaba aplicar el juicio por jurados al estilo francés y su desesperado intento por conciliar lo inconciliable. La dificultad -en todos los tiempos y en todas las latitudes- en separar las cuestiones de hecho con las de derecho, y así delimitar bien el ámbito de competencias del jurado y del juez, es el signo distintivo del accidentado paso del jurado por toda Europa continental desde el siglo XVIII hasta hoy.

*“Es al mismo tiempo tan claro y tan plausible que el componente histórico de la **cuestión fáctica** relativa a la culpabilidad o inocencia **no puede ser separada de la cuestión legal, sin convertir al jurado en una broma**. Sólo que es diferente de otras bromas porque se trata de algo muy serio como para reírse. Porque si sólo se les pregunta a los jurados sobre si ciertos hechos presentados ante ellos son o no verdaderos, entonces los jueces, nombrados por el Gobernante Supremo, son ellos solos los dueños y señores de la culpabilidad o de la inocencia del acusado, porque la calificación del hecho siempre depende de su juicio”.*<sup>401</sup>

---

<sup>399</sup> “Las Caras.....”, op. cit., p. 56.

<sup>399</sup> DAMAŠKA, Mirjan: “Las Caras....”, op. cit., p. 72: “El análisis moderno suscribe la opinión de que los jurados son más que meros buscadores de pruebas, por lo menos en un caso típico, cuando dan un veredicto general. Para rendir ese veredicto, los hechos y el derecho deben estar relacionados, esto es, deben hacerse operaciones mentales que a la vez no sean mecánicas, y sean esencialmente adjudicativas”.

<sup>400</sup> En Argentina, ver HARFUCH, Andrés (dir): “El jurado clásico. Manual Modelo de Instrucciones al Jurado. Ley Modelo de Juicio por Jurados”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014. También, Colegio de Magistrados y Funcionarios De La Provincia De Buenos Aires: “Manual de instrucciones al jurado. Ley 14.543”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2014. Son los primeros dos intentos por sistematizar las instrucciones legales del juez a los jurados argentinos y sudamericanos.

<sup>401</sup> Von FEUERBACH, Anselm: “Betrachtungen Über Das Geschworenen-Gericht” (1813), at 170, traducido por THAMAN, Stephen: “Questions.....” op. cit., p. 421.

Varios años después de la Revolución Francesa, no fue ningún teórico del *common law* el que insistió en lo inútil de esta diferenciación. En pleno siglo XIX el jurista alemán Mittermaier, indiscutida autoridad doctrinaria mundial, fustigó a los antijuradistas del continente europeo y resaltó lo estéril del debate desde el punto de vista práctico: las más de las veces, el hecho “*es*” la ley misma; y nada impide que estas cuestiones de *hecho/derecho* sean decididas por el jurado. La expresión “*culpable/no culpable*” indica que el jurado define las dos cosas: el hecho y la ley aplicable.

*“Estapretendidaseparacióndelos puntos de hecho y de derecho, esta división de jurados y Jueces, estaba setan enalzada de sus mutuas relaciones, en opinión de los adversarios del Jurado, es muchas veces ilusoria; por que la mayor parte de las llamadas cuestiones de hecho, sometidas al Jurado, no contienen otra cosa que puntos de derecho. Así el veredicto que declara al acusado culpable de falsedad, de robo o de tentativa de robo con escalamiento, encierra al mismo tiempo una sentencia sobre el derecho; por que sólo la ley puede determinar los caracteres materiales de la falsedad jurídica, del robo con escalamiento y de la tentativa punible.*”

*En materias de imprenta es absolutamente imposible separar el hecho del derecho, por que la decisión del Jurado recae a la vez sobre la existencia del delito y sobre los caracteres jurídicos del hecho. Alcitar la fórmula general usada en Francia y en Inglaterra (non coupable, not guilty), sede javer perfectamente, que su veredicto compréndela criminalidad del hecho y su materialidad”.*<sup>402</sup>

Pocos años después, el precedente de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos “*Sparf et al. v. U.S. 156 U.S. 51 (1895)*”, considerado el *leading case* sobre los límites a los derechos y los poderes del jurado en el *jury nullification*, estableció exactamente lo mismo que, años antes, había escrito Mittermaier desde un país del *civil law*:

*“Es nuestra más profunda y establecida convicción, confirmada por el reexamen de los precedentes, que el jurado, más allá de la cuestión general de la culpabilidad o de la inocuidad, tiene el derecho y también el poder para decidir, de acuerdo con su propio juicio y conciencia, todas las cuestiones, sean de hecho o de derecho, que estén implicadas en aquella cuestión general”.*

## C. Estado actual de la discusión

### 1. La cuestión *hecho-derecho* en sede penal: una discusión estéril.

En materia penal, el consenso es total en cuanto a que el jurado define ambas cuestiones. Como lo resume Chiesa Aponte,

*De acuerdo con lo establecido en la regla III, en caso de juicios por jurado, las cuestiones de hecho habrán de ser juzgadas por el jurado. La forma más simple de decirlo es que el jurado adjudica los hechos, el juez le*

<sup>402</sup> MITTERMAIER, Carl J.: “Tratado de la prueba...”, op. cit., p. 90.

*instruye sobre el derecho aplicable y el jurado emite su veredicto aplicando el derecho a los hechos según los ha determinado el cuerpo (jurado).*<sup>403</sup>

La única cuestión problemática que surgiría aquí es en lo relativo a qué podría o no llegar a decir el juez en sus instrucciones. La Argentina ha seguido la sana tradición estadounidense y portorriqueña de prohibir cualquier tipo de referencia a los hechos en las instrucciones del juez al jurado. No podrá hacer comentarios sobre la prueba, sobre su valoración de los hechos, ni sobre la credibilidad de los testigos, ni plantearle interrogatorios al jurado, aún cuando sólo diga que lo haga a título ilustrativo. El jurado no necesita ilustración alguna: ya escuchó un litigio adversarial en serio en donde los hechos controvertidos están claros. Un proceder del juez de esa clase es inconstitucional. Las instrucciones del juez consisten en la explicación al jurado del derecho (probatorio, constitucional, procesal y de fondo).

El problema radica en que, como nos enseñaba Mittermaier, la línea divisoria entre los hechos y el derecho jamás pudo ser trazada ni podrá serlo nunca a lo largo de la historia del juicio humano. Y no lo podrá ser por la sencilla razón que existen múltiples cantidades de situaciones fácticas que sólo pueden ser explicadas con referencia a una ley.

Por ejemplo, en el ámbito del dogma penal, se habla de los elementos normativos del tipo. Esto es, determinados supuestos de hecho que sólo pueden ser explicados con referencia a una norma, como el caso del requisito “*documento*”, contenido en el tipo objetivo de la falsificación de documentos, en materia civil, cuando un jurado debe decidir sobre la validez de una cláusula contractual. De hecho, el documento es un pedazo de cartón. Sólo mediante una referencia a la ley comercial, determinados de esos rectángulos de papel pueden ser considerados “*documentos*”. La misma problemática entorno a la separación entre hechos y derecho abarca las causas de justificación, como la legítima defensa y el estado de necesidad. Todas ellas son un ejemplo de situaciones de hecho y consideraciones jurídicas, como es el caso de la “*ilegitimidad*” de la agresión en la legítima defensa.

En estos casos en que haya controversia acerca de si se trata de un hecho (prohibido de ser instruido) o un derecho (obligación de ser instruido) es donde podrían presentarse problemas en las instrucciones. Afortunadamente, las leyes argentinas - siguiendo la tradición del *common law* - previeron que las instrucciones sean el producto de un robusto litigio (sin el jurado), en donde todas estas cuestiones puedan ser

---

<sup>403</sup> CHIESA PONTE, Ernesto: “*Derecho procesal penal....*”, op. cit., VOL III, p. 289.



discutidas y controladas ampliamente. El método de control de partes está allí presente para aventar cualquier posibilidad de error, con objeciones y protestas incluidas para la eventual impugnación.

Estas situaciones se resuelven así y, en el ejemplo citado, el juez deberá explicarle al jurado en sus instrucciones cuándo la ley considera legítima o ilegítima una agresión para que los ciudadanos lo decidan, con lo cual el debate en materia penal entre hecho y derecho es ya, a todas luces, estéril.

Así lo vio la primera sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Neuquén cuando tuvo que intervenir en una impugnación extraordinaria de juicio por jurados.<sup>404</sup>

## 2. La cuestión *hecho-derecho* en sede civil: una cuestión problemática.

Sin embargo, llevado al plano de la relación juez-jurado, siempre cambiantes y en permanente tensión, en la distinción entre el hecho y la ley se juega una importante porción del poder de juzgar un caso civil, en donde se dirimen indemnizaciones multimillonarias. Distinguirentonces entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho en materia civil es una de las más difíciles tareas que afronta un corte, ya que sus implicancias son muy grandes: si un juez civil decide que una cuestión de derecho, se la puede sacar de las manos al jurado y decidirla él, previo veredicto especial con interrogatorios al jurado civil. Y esto sigue trayendo grandes controversias de naturaleza constitucional, ya que el juez civil estaría invadiendo la esfera exclusiva de decisión popular.

---

<sup>404</sup>Tribunal Superior de Justicia de Neuquén “MENDEZ HECTOR DAVID S/HOMICIDIO ‘IMPUGNACION EXTRAORDINARIA’”. Expte. Nro. 129-año 2014. “Cuestiones de hecho” y “Cuestiones de derecho” como límite a la competencia del Jurado y del Juez Técnico: “Lo que tiene que hacer el Jurado es determinar...si las proposiciones fácticas...se prueban... Esas proposiciones fácticas son cuestiones que, en conjunto, determinan que el hecho juzgado se califique de tal o cual manera”. “...es imprescindible dejar sentado que el Jurado, si bien no determina en forma concreta la calificación legal del caso, debe decidir sobre conductas tipificadas en la ley, ya que (tienen) la función de pronunciar su veredicto sobre todas las cuestiones introducidas en las ‘instrucciones’ que le entrega el Juez profesional para la deliberación, el debate y la decisión. Y en esas instrucciones deben estar contenidos todos los elementos que, tanto objetiva como subjetivamente, integran la figura penal en trato. Es decir, la subsunción de los hechos (a través de proposiciones fácticas) en el derecho (calificación legal)...”. “...aparece correcta la afirmación que efectúa la sentencia y que la querrela critica en cuanto a que el Jurado es el ‘Juez de los hechos’, en tanto que el Juez técnico que dirige el debate es el ‘Juez del derecho’; ya que como Juez del derecho debe interpretar correctamente el tipo penal, para impartir adecuadamente las instrucciones luego de la propuesta de las partes...”. (Del voto del Dr. Evaldo Moya).

Stephen Weiner, por ejemplo, sostiene que la distinción entre *hecho/derecho* es, en realidad, una eufemismos para una decisión política acerca de qué cuestiones deben decidirse por un juez y qué cuestiones deben decidirse por un jurado.<sup>405</sup>

La historia del jurado, sobre todo en los Estados Unidos, demuestra que entre 1804 y 1810 comenzaron lentamente los recortes al poder del jurado civil para decidir la ley. Básicamente, por las presiones de los comerciantes e industriales en favor de una aplicación uniforme de la ley comercial, en contraposición con las interpretaciones más localistas y comunitarias por parte de los jurados. Como si fuera hoy, los dueños del dinero del ayer exigían “*seguridad jurídica*” y “*certeza*”.<sup>406</sup>

Ellen Sward, una feroz crítica de este avance del poder del juez sobre el jurado civil, ha estudiado a fondo el problema de la distinción entre hechos y derecho. No tanto por su interés en este tópico en sí mismo, cuanto en su esfuerzo por afirmar la autoridad del jurado civil frente al creciente poder del juez que se advierte en el sistema norteamericano.<sup>407</sup>

En el esquema analítico de Sward se estructuran todos los controles a los que antes fue sometido el jurado y los que hoy quedan en pie: el *writ of attain*, las multas, el nuevo juicio, la distinción entre hechos y derecho y las reglas de evidencia.<sup>408</sup>

Ya hemos visto los dos primeros con amplitud y comprendido que eran métodos muy duros e impopulares por su brutalidad. Todo ello conspiró para que sobrevivieran pero, sin discusión, fueron los primeros artilugios empleados para recortar el poder del jurado. Los siguientes métodos, más modernos, son los que deben explorarse: la delimitación entre *hecho/derecho* que está de las manos del jurado civil y la decisión sobre ciertas cuestiones muy importantes.

En el ámbito del derecho civil, la diferencia entre hechos y derecho es un fenómeno claro, preciso o definido. Más bien, hay gradaciones entre lo que son *puramente cuestiones de hecho* y *puramente cuestiones legales*. Puramente cuestiones de hecho serían cuestiones dirigidas solamente a determinar qué fue lo que sucedió con un acontecimiento histórico. Puramente cuestiones de derecho serían, en cambio, cuestiones que van a la existencia o significado de

<sup>405</sup> WEINER, Stephen: “*The civil jury...*”, op. cit., nota 2.

<sup>406</sup> HANS, Valerie P. & VIDMAR, Neil: “*American...*” op. cit., p. 54.

<sup>407</sup> SWARD, Ellen: “*The decline...*” op. cit., p. 272

<sup>408</sup> SWARD, Ellen: “*The decline...*” op. cit., p. 84.

una regla legal, un contrato o, en el derecho

civil

anglosajón, los precedentes que conforman el *common law*.<sup>409</sup>

Hasta aquí no hay mayores problemas para lo que debe resolver un jurado civil. Pero la realidad difícil parece en las cuestiones que caen en la mitad de estos extremos. Por lo general, son frecuentes dos categorías intermedias de cuestiones que oscilan entre ser consideradas cuestiones fácticas o jurídicas. A esas categorías se las llama “*hechos relevantes*” o “*cuestiones mixtas de hecho y derecho*”.

Sward pone este ilustrativo ejemplo para un jurado civil: el mensajero que lleva en moto los recados de una empresa, ¿es un empleado o un contratista independiente? Este es un “*hecho relevante*”, que surge de un montón de otras circunstancias de hecho. Sin embargo, si, por ejemplo, el juez advierte que el contrato cubre a algunos contratistas independientes pero no a todos, la cosa cambia y se convierte en una “*cuestión mixta de hechos y derecho*”.<sup>410</sup>

Mientras la regla legal que asigna el poder de determinación de los hechos entre el juez y un jurado esté formulada tajantemente en términos de blanco-negro (los hechos para el jurado y la ley para el juez), las categorías de *hechos relevantes* y *cuestiones mixtas* seguirán siendo manipulables. O se las considerarán hechos o derecho, ya que no hay otra opción. Entonces, ¿quién las decide? No hay ninguna duda que se visualiza un sostenido apoderamiento del juez civil, aún en el marco de un contradictorio pleno.<sup>411</sup> Por ende, el juez retiene un gran poder para controlar al jurado civil, al reservarse la facultad de mantener enteramente fuera de su alcance cuestiones muy importantes.

Cuando se discutió la reforma de la Regla Federal n° 49 del Procedimiento Civil, que autoriza los veredictos especiales al jurado, fue evidente la cerrada negativa de los jueces de la Corte Suprema, J. Black y J. Douglas.<sup>412</sup>

<sup>409</sup> WEINER, Stephen: “*The civil jury....*” opcit nota 2, p. 1869 a 1871.

<sup>410</sup> SWARD, Ellen: “*The decline...*”, opcit. p. 273.

<sup>411</sup> MONAGHAN, Henry P: “*Constitutional Fact Review*”, 85 *Columbia Law Review* note 3, at 234, USA; 1985.

<sup>412</sup> Posición de los jueces de la Corte Suprema Black y Douglas sobre la propuesta de cambios a la Regla Federal n° 49 de Procedimiento Civil, 31 F.R.D. 617, 618-619 (1963): “*Estos artilugios se utilizan para inhabilitar o quitarle totalmente al jurado el poder para emitir un veredicto general. Una de las antiguas -y fundamentales- razones para tener veredictos generales del jurado fue para preservar el derecho al juicio por jurados como una parte indispensable de cualquier país libre. Muchas de las más famosas controversias constitucionales en Inglaterra giraron en torno a la insistencia de los litigantes, en particular en casos de libelos sediciosos, de que un jurado tenía derecho a emitir un veredicto general sin ser obligado a rendir una serie de constataciones subsidiarias para apoyar su veredicto general. Algunos jurados ingleses tuvieron que ir a la cárcel porque insistieron en su derecho de rendir veredictos generales por sobre las repetidas órdenes de jueces tiránicos para que no se atrevieran a hacerlo. La Regla 49 no es más que otro medio utilizado por las cortes para debilitar el poder constitucional de los*

#### **D. El poder del jurado sobre delitos menores incluidos. *Iura novit curia***

El poder del jurado sobre el derecho se ejerce además con su potestad indiscutible para apartarse del delito principal imputado por la fiscalía y, eventualmente, declarar culpable al acusado por un delito menor incluido en dicha calificación legal. Lo puede hacer exactamente igual a como lo hace el juez técnico en un juicio profesional, sólo que cambia la metodología. Ya hemos abordado ampliamente este punto al estudiar los veredictos alternativos o por delitos menores incluidos.

**El *iura novit curia* no está confinado exclusivamente en el juez profesional. Los jurados también son jueces y lo ejercen para llevar justicia al caso concreto con su veredicto. Esto hace a la esencia del juicio por jurados: los jurados, que son tan jueces como el juez profesional, pueden aplicar calificaciones menores a los hechos imputados por la acusación.**

Así como el juez profesional de ordinario le aplica a veces a los hechos imputados por el acusador una calificación legal menor distinta, **el jurado también lo puede hacer.**

Sólo que deberá ser informado obligatoriamente por el juez en las instrucciones sobre la ley potencialmente aplicable, que es lo que se llaman los delitos menores incluidos. Esto, y no otra cosa es el *iura novit curia* (“*el tribunal conoce el derecho*”).

Los jueces profesionales conservan y ejercen asiduamente el *iuris novit curia*. Es decir, la facultad judicial de apartarse en la sentencia de la calificación jurídica propuesta por la acusación y de condenar por un delito menor incluido en la figura principal, siempre, claro está, que se trate del mismo hecho histórico imputado. Los jueces no necesitan pedido alguno de partes para ejercer tal poder.

Sin embargo, la mecánica para ejercer el *iura novit curia* cuando el juicio sea por jurados supone un procedimiento distinto. Un juez profesional está plenamente consciente de las facultades que le otorga el *iura novit curia*, dado que él es abogado y conoce el derecho a la perfección. De hecho, el juez estatal hace de la aplicación de la ley su profesión. Es su único trabajo y lo conoce muy bien. Realiza juicios y dicta sentencias cotidianamente. A ese juez permanente no hay necesidad de explicarle nada acerca del derecho aplicable.

---

*jurados y para investir a los jueces con más poder para decidir los casos de acuerdo a sus propios juicios”.*

Pero cuando el juicio es por jurados, la cuestión cambia por propia lógica. El jurado popular, que es un juez accidental, también goza de las mismas atribuciones del *iura novit curia* del juez profesional y **puede rendir un veredicto de culpabilidad por un delito menor incluido en el delito principal imputado por la acusación o a propuesta de la defensa**. Por algo es que todas las leyes de jurado del mundo le imponen al juez que imparta instrucciones al jurado sobre “*el derecho aplicable al caso*”. Como el jurado es un juez lego y accidental, necesita entonces que el juez le explique no sólo el delito principal por el que acusa la fiscalía, sino también los delitos menores incluidos en ella como si fuera él mismo quien los pudiera aplicar de juzgar por sí solo.

La historia del jurado clásico ha demostrado que a los jurados, cuando se los confrontó con un escenario esquemático e inflexible de “*todo o nada*” (prisión perpetua o absolución), decretaban la absolución; pero no porque creyeran que el imputado era inocente, sino porque la postura de máxima del fiscal les parecía una enormidad (lo mismo que la pena establecida por el Legislativo) y, antes que penar a un culpable a una pena exorbitante, preferían absolverlo. Si le hubieran propuesto un escenario intermedio -no sólo válido desde el punto de vista jurídico-legal, sino obligatorio por imperio del art 118 y 24 de la Constitución Nacional- las decisiones hubieran sido muy distintas.

En ese mismo caso, un juez profesional no absolvería quizás al acusado, pero lo condenaría por un delito menor incluido a una pena mucho más leve. Pero si al jurado popular no se le informa debidamente que cuenta con la misma facultad que un juez profesional y no se le explican las herramientas procesales del veredicto para materializarlo, muchos litigantes perderán sus casos y, lo que es peor, caerán injustamente las críticas contra el jurado por defectos que son atribuibles exclusivamente al esquematismo y a la falta de practicidad de los litigantes y los jueces permanentes.

**No sólo eso: ahora veremos con amplitud cómo, según toda la doctrina legal de las Cortes Supremas del *common law*, hay quiebra de garantías constitucionales cuando se priva al jurado de tales alternativas.**

El jurado conserva intacto el *iura novit curia*, que es su facultad soberana de apartarse del delito principal o de los alternativos imputados por el acusador fiscal o privado y, en cambio, declarar culpable al acusado por un delito más leve, siempre que

éste se halle incluido en el cargo principal o alternativo y no suponga apartarse del hecho histórico imputado.<sup>413</sup>

Desde este punto de vista, el *iura novit curia* en cabeza del jurado es considerado como el instrumento mediante el cual el jurado puede llevar a cabo por completo la tarea que le impone la Constitución: dar un veredicto, luego de un juicio, en el que determine los hechos y le aplique a los mismos el derecho que el juez le explicó en sus instrucciones.

Las propuestas de veredicto por delitos menores incluidos (llamados ***veredictos alternativos*** en Inglaterra) tuvieron un gran desarrollo en todo el mundo con la Revolución Francesa y la implantación del jurado en Europa continental, a partir de absoluciones escandalosas que tuvieron lugar en los primeros años de la Revolución Francesa. Como ya dijimos, no eran culpa de los jurados, cuanto de la extrema dureza del derecho penal de fondo y de la falta de alternativas que se le planteaban. En Inglaterra pasaba algo parecido con el *Bloody Code (Código Sangriento)*: las penas eran durísimas -casi siempre de muerte- y, ante eso, los jurados no condenaban.<sup>414</sup>

El punto intermedio llegó con la posibilidad de plantearle al jurado lo mismo que el juez profesional del *civil law* práctica desde antaño con el *iura novit curia*: ***propuestas alternativas de veredicto por delitos menores incluidos***. El propio Mittermaier las alentó efusivamente para el ejercicio del juicio por jurados en Europa continental. Mittermaier propuso que, junto al veredicto de *culpable o no culpable* por el cargo principal imputado por la fiscalía, el jurado pudiera tener la posibilidad de rendir el veredicto general vinculante de culpabilidad para el juez profesional **con *alternativas***. Dicho veredicto perfectamente podía cumplir con la doble función de, por un lado, evitar forzar al jurado a decretar absoluciones escandalosas o condenas desmedidas y, por otro, a darle al jurado el margen imprescindible para llevar su sentido moderador de justicia al caso. El mismo que tiene el juez. Por ejemplo, Mittermaier se imaginó como posibles las siguientes formas alternativas del veredicto general, sin ningún otro aditamento adicional que los que siguen:

---

<sup>413</sup> Ver el siguiente link de video “¿Qué son las instrucciones al jurado?” en la pág web de la AAJJ. El video dura dos minutos y es muy práctico e ilustrativo. <http://www.juicioporjurados.org/2011/12/video-que-son-las-instrucciones.html>

<sup>414</sup> MITTERMAIER, Carl: “Tratado de la prueba....”, op cit, p.100. “Todas esas absoluciones escandalosas, pronunciadas por el Jurado en Inglaterra y en Francia, reconocen por única causa los rigores de la ley penal”.

- *El jurado encuentra al acusado culpable por razón de imprudencia.*
- *El jurado encuentra al acusado culpable con premeditación.*
- *El jurado encuentra al acusado culpable del delito con atenuantes.*
- *El jurado encuentra al acusado no culpable por razón de no discernimiento.*

De hecho, el jurado norteamericano siempre reconoció tres formas del veredicto general: culpable, no culpable o no culpable por razones de insanía. Mediante este último, el jurado se garantizaba la correcta absolución y la discusión posterior de una medida de seguridad, que debía ser impuesta (o no) por el juez.

Quizás sin saberlo, el maestro alemán se anticipó al profuso desarrollo que, en el siglo XX, evidenció el sistema del *common law* con los veredictos alternativos o por delitos menores incluidos, en los que no hace falta alterar en absoluto la fórmula clásica del “*guilty or not guilty*” para solucionar tan delicado problema.<sup>415</sup>

### 1. El estatus constitucional del *iura novit curia* del jurado.

Desde el punto de vista constitucional, para toda la doctrina legal del *common law*, el único cuerpo autorizado constitucionalmente para determinar los hechos ***con arreglo al derecho*** que les explicó el juez en las instrucciones es el jurado popular en su veredicto. Cuando, por cualquier motivo, se priva al jurado de propuestas alternativas por delitos menores incluidos **que la prueba del caso justifique** para una correcta determinación de los hechos según las pruebas y su sentido de justicia, ello constituye una usurpación de sus funciones constitucionales en favor del Estado (juez permanente). Altera la división del poder de juzgar y el reparto constitucional de competencias entre el jurado y el juez.<sup>416</sup>

### 2. *Iura Novit Curia* e instrucciones de oficio del juez

Así como el juez no necesita pedido de parte para poder apartarse *in bonam partem* de la calificación legal principal propugnada por la acusación, lo mismo sucederá con el jurado popular. Si el juez, en la audiencia privada de litigio de las instrucciones sobre la ley, no recibe pedido alguno de las partes de instrucción por un delito menor y el delito por el cual la acusación pretende la condena admite e incluye delitos menores (vgr, robo con armas, robo simple) y éstos están al menos mínimamente justificados por la prueba presentada en el debate, **el juez deberá instruir de oficio al jurado sobre esas alternativas. Si no lo hace, según toda la jurisprudencia del**

<sup>415</sup> MITTERMAIER, Carl: “*Tratado...*”, op. cit., p. 101.

<sup>416</sup> *Pueblo v. Bonilla Ortiz* 89 J.T.S. 30 Puerto Rico

*common law*, está violando la Constitución y la garantía del juicio por jurados y del debido proceso legal. El esclarecedor caso *Pueblo vs Colón* del Tribunal Supremo de Puerto Rico lo dice con todas las letras:

*2 - REGLAS DE PROCEDIMIENTO CRIMINAL -JUICIO -JUICIO- INSTRUCCIONES- EN GENERAL. Si la prueba en un caso lo justifica, las instrucciones al jurado **deben cubrir, no sólo los elementos inferiores al delito imputado o comprendido dentro de éste, sino también los elementos esenciales de las defensas levantadas por el acusado, así como los puntos de derecho que bajo cualquier teoría razonable pueden estar presentes en las deliberaciones del jurado, aunque la prueba de defensa sea débil, inconsistente o de dudosa credibilidad.***<sup>417</sup>

La vigencia del *iura novit curia* y la jurisprudencia de todo el *common law* es uniforme al señalar que los jueces no sólo tienen amplias facultades para hacerlo, **sino que están obligados por ley** a instruir como corresponde al jurado por delitos menores incluidos en la calificación principal.

Por ejemplo, el trascendente fallo *Bonilla Ortiz* del Tribunal Supremo de Justicia de Puerto Rico (símil a los de todo el *common law*), sostuvo que:

*“El Jurado actúa como el juzgador de los hechos. Ello significa que es el Jurado el que determina sólo si el imputado es culpable o inocente, **sinotambién el delito o grado del mismo por el cual éste debe responder.***

*Para que un Jurado pueda desempeñar y llevar a cabo tan delicada función, los miembros del mismo -que de ordinario son completamente legos en la materia- **deben ser instruidos adecuadamente sobre el derecho aplicable por el magistrado que preside el proceso**”.*<sup>418</sup>

No puede dejar de pensarse, por un lado, que la actuación oficiosa en el marco de un juicio adversarial puede llegar a herir de muerte las estrategias de las partes (muchas veces muy sutiles y no evidentes). Allí estarán las protestas de la defensa para la eventual decisión de la corte revisora acerca de lo acertado o no de la actividad oficiosa del juez.

Sin embargo, el núcleo de la obligación de instrucción del juez sobre este punto no debe ser visto como una quiebra del principio acusatorio, sino como la actividad del juez de velar por la preservación del derecho constitucional al juicio por jurados y de brindar al jurado las mismas alternativas que él mismo tendría a su disposición si el juicio fuera profesional. De otro modo, recortaríamos de modo inconstitucional la jurisdicción del jurado sobre el derecho del caso. Las cortes del *common law* advierten

<sup>417</sup> “*Pueblo v González Colón*”, TSJ Puerto Rico, 1981, 110 D.P.R. 812.

<sup>418</sup> *Pueblo v. Bonilla Ortiz* 89 J.T.S. 30 Puerto Rico



una y otra vez a sus jueces sobre este punto: no debe haber dispendio jurisdiccional que provoque anulaciones de juicios por este motivo. El juez debe actuar así para que sea el jurado el que determine correctamente los hechos del caso con la máxima información posible sobre el delito principal y los delitos menores incluidos.<sup>419</sup>

### 1.3. *Iura Novit Curia a instancia de partes.*

La práctica del jurado en la Argentina indica que un altísimo porcentaje de los delitos menores incluidos instruidos al jurado proviene de pedidos expresos de las partes, en mayor medida de la defensa. No hay problema alguno en ello y es lógico y propio de un sistema adversarial.

Los fallos y doctrina del *common law* son contestes en que, por más débil que sea la prueba en apoyo de una instrucción por delito menor incluido, **el juez la debe conceder**. Porque es función constitucional del jurado -y no del juez profesional- determinar los hechos con arreglo al derecho instruido. Lo que para el juez pueda resultar improcedente, para el jurado no.

Veamos el siguiente ejemplo que desencadenó el precedente *Bonilla Ortiz* del máximo tribunal de Puerto Rico.

*“Cuandola prueba, desercrida porel jurado, es compatible con undelito menor incluido en el principal, el juez no puede denegar la instrucción sobre el delito menor, sin violarelderechoajuicioporjurados”*

Bonilla Ortiz fue llevado a juicio y la fiscalía lo acusó por tentativa de homicidio simple. El hecho fue que le pegó un batazo de béisbol en la cabeza a la víctima, que la dejó en coma y con cinco días de internación en el hospital. El abogado defensor de Bonilla Ortiz le solicitó al juez que instruyera al jurado sobre el delito de lesiones graves (*agresión agravada*, según la denominación portorriqueña y obviamente incluida como delito menor en el homicidio tentado). El argumento de la defensa fue, textual, **“...le dio porque temió ser atacado por el perjudicado. Que cuando lo vio en el piso, él se retiró del perjudicado...”**

Es decir, Bonilla Ortiz reconoció haberle pegado con el bate por temor a un ataque por un altercado previo, pero de ninguna manera tuvo la intención de matar a la víctima y por eso no le siguió pegando cuando ya estaba en el suelo, sino que se fue.

---

<sup>419</sup>*Pueblo v. Bonilla Ortiz* 89 J.T.S. 30 Puerto Rico: *Un magistrado que rehúsa impartir al Jurado las instrucciones que la prueba presentada justifica brindar, no sólo usurpa la función de dicho juzgador de hechos, sino que causa una innecesaria erogación de fondos públicos y dilata la solución de los casos, ya que su actuación de ordinario acarrea que se anulen los procedimientos habidos y la consiguiente celebración de un nuevo juicio.*

Es un perfecto ejemplo de cómo puede ejercerse la defensa de un caso así ante un jurado popular con una teoría del caso principal (legítima defensa) y **una propuesta alternativa por un delito menor incluido en la tentativa de homicidio simple** (lesiones graves). El abogado de Bonilla Ortiz -tras los alegatos finales- se encerró con el fiscal y el juez para definir las instrucciones y allí le pidió que instruyera al jurado sobre la no culpabilidad por legítima defensa y, también, sobre la alternativa de veredicto por lesiones graves, por la falta de intención y voluntad (dolo) de matar de su defendido.

**Sin embargo, el juez se negó a impartir la instrucción sobre las lesiones graves** y sólo instruyó al jurado por el cargo de la fiscalía (culpable por tentativa de homicidio) y por la legítima defensa alegada por la defensa (no culpable). El jurado lo condenó por el cargo de la fiscalía (tentativa de homicidio), la defensa recurrió por agravio irreparable de instrucción denegada y la Corte Suprema revocó la condena y ordenó un nuevo juicio al sostener que:

*“habida cuenta que la prueba era compatible con que el acusado agredió a la víctima sin intención de matarla (y también compatible con que la agresión fue con intención de matar), el tribunal no podía negarse a la instrucción **sin usar para la función de jurado de aquilatar la prueba. El Tribunal Supremo advierte que que la actuación del tribunal de instancia equivale a una violación del derecho al juicio por jurado, pues el jurado, y no el juez, es el juzgador de los hechos.***

*Esto implica que*

*“**es el jurado el que determina si el imputado es culpable o inocente, sino también el delito o grado del delito por el cual debe responder**”.*

*Para que el jurado pueda desempeñar y llevar a cabo esta función, los miembros del mismo -que de ordinario son completamente legos en la materia- **deben ser instruidos sobre el derecho aplicable por el magistrado que preside el proceso. Si la prueba no lo justifica, no hay error al denegar la instrucción**”.*

La claridad de este fallo es para destacar. El jurado debió haber recibido la instrucción del juez por el cargo principal, por el cargo menor incluido (porque claramente había pruebas en apoyo de esa alternativa propuesta por la defensa) y por la absolución. Un jurado debidamente instruido en el caso *Bonilla Ortiz* debió haberse llevado al recinto una boleta de votación con tres veredictos posibles:

- 1) culpable por el delito de tentativa de homicidio imputado por la fiscalía
- 2) culpable por el delito menor incluido de lesiones graves
- 3) No culpable

La existencia o no de intención de matar con el bate de béisbol de Bonilla Ortiz era una cuestión de prueba de los hechos muy concreta que es propiedad exclusiva del jurado **por mandato constitucional**, por más que aparezca con los ropajes de una discusión jurídica. En el fondo, es inesencial seguir discutiendo si es una cuestión fáctica o jurídica. Ambas son cuestiones que debe decidir un jurado sobre la prueba y con la explicación del derecho que les da el juez.

#### 4. Límite judicial a los pedidos de parte por delitos menores.

El problema es cuando alguna de las partes presenta un pedido absurdo y fuera de lugar, entendiéndose por esto un pedido de instrucción por un delito menor no incluido o por una defensa que no sólo no se discutió jamás en el debate, sino que tampoco existe un mínimo de prueba producida que lo apoye. **Ejemplo clásico:** un defensor cuya teoría del caso durante todo el juicio es la legítima defensa pero que, en la audiencia de instrucciones, le exige al juez que instruya al jurado que su defendido es inimputable por ebriedad, sin que haya prueba alguna que soporte algo así.

O un fiscal cuya teoría del caso fue siempre el robo y, al llegar las instrucciones y ante el temor de quedarse con las manos vacías, solicita al juez que instruya al jurado sobre el encubrimiento. Podemos discutir ampliamente esta cuestión, pero el encubrimiento constituye **otro hecho histórico diferente**. El robo no incluye al encubrimiento. Si el fiscal quería esa instrucción, debería haber efectuado durante el juicio una acusación alternativa por encubrimiento, que la mayoría de los códigos procesales reconocen.

En esos casos, el juez debe denegar la instrucción, ya que una de sus funciones principales como garante de un juicio imparcial es evitar que el jurado caiga en la confusión. El juez conoce el derecho, el jurado no. La relación juez-jurado, cuando funciona armoniosamente, es una relación de colaboración. **El juez cuida al jurado**, vela por él, tal como si fuera una prolongación de su jurisdicción. El juez no puede permitir que la aplicación de la ley se frustre por chicanas jurídicas o maniobras o artilugios de las partes destinados a obtener un veredicto favorable, merced a la desorientación que cunde en el jurado. No nos cansaremos de repetirlo: el juicio por jurados exige nuevas competencias del juez en materia de conducción profesionalizada del juicio, algo inexistente en el *civil law* y que sólo se obtiene de la práctica continuada de la litigación adversarial. Conducir profesionalmente un juicio supone una tarea de, a veces, enfrentarse a abogados que no tienen la más mínima idea de cómo funciona un juicio por jurados o, a veces, que traspasan los límites. No hay *fair trial posible* sin

jueces súper-profesionalizados en el manejo de la oralidad. El *common law* es reconocido por el gran profesionalismo y practicidad que exhiben sus magistraturas. En gran parte, lo han obtenido de estos especiales cuidados al jurado en un entorno sumamente adversarial.

## § 2. El Poder del Jurado sobre el Juicio de Individualización de la Pena

### A. El jurado y la pena: poder del jurado para adjudicar las agravantes genéricas y específicas.

Está en la historia misma del juicio por jurados que, cuando el jurado rinde el veredicto de culpabilidad, es el juez quien luego impone la pena. Sobre todo, es quien decide el monto de la misma. Esta es también la regla hoy en la Argentina, aunque es difícil que se sostenga en el futuro luego de las últimas sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, in re *Apprendi v. New Jersey*, 530 U.S. 466 (2000); *Blakely v. Washington*, 542 U.S. 296 (2004) y *Alleyne v. United States*, 133 S. Ct. 2151 (2013). Ellas constituyen un hito en la historia del juicio por jurados, pues han fortalecido su poder. La Corte expandió el poder del jurado **también** hacia las circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la pena. La Corte sostuvo que, por tratarse de circunstancias de hecho y prueba, los factores que agravan o atenúan la pena deben ser probadas en un juicio por ante un jurado más allá de duda razonable. **Por ende, quedan fuera de la discreción del juez y deben ser adjudicadas por el jurado más allá de toda duda razonable.** Esto significa que, a la hora de imponer la pena en la cesura, el juez no podrá aumentarla dentro de la escala penal admitida por el delito ante la concurrencia de agravantes (como por ejemplo, la extrema crueldad, la nocturnidad, la excesiva violencia desplegada en el acto, el carácter de tutor o curador, etc) **que no hayan sido previamente determinadas y adjudicadas por el jurado.**<sup>420</sup>

Por este camino se abrirá una nueva discusión legal en Argentina acerca de la participación del jurado para definir las agravantes genéricas y específicas.

### B. Las determinaciones especiales.

No hay que confundir las preguntas o interrogatorios especiales que constituyen un veredicto especial -prohibido absolutamente en materia penal- con lo que en el

---

<sup>420</sup> GRANILLO FERNÁNDEZ, Héctor: “*Juicio Por Jurados*”, Rubinzal-Culzoni Editores, Rosario, Argentina, 2013, p. 105 y ss.

*common law* se conocen como **determinaciones especiales** (en inglés, *special findings*). Las determinaciones especiales no son muy empleadas. Pero cuando lo son, forman parte del veredicto general y, como veremos, el modo en que son votadas y anotadas en el formulario de veredicto **no altera en absoluto la regla de inmotivación del veredicto general**.

Desde que la corte norteamericana amplió el poder del jurado para decidir las agravantes, atenuantes y eximentes de la pena<sup>421</sup>, comenzaron a emplearse con mayor frecuencia, ya que es el método ideal para facilitar el orden de las deliberaciones del jurado y el llenado del formulario de veredicto. Enseguida veremos cómo se confeccionan, se votan y se anotan en el formulario de veredicto general. Las determinaciones especiales son un complemento al veredicto general.

Cuando vimos el fallo del Dr. Spock (1969) de la época de Vietnam para ilustrar acerca de la prohibición total de plantearle al jurado interrogatorios de hecho o veredictos especiales, la Corte Federal de Apelaciones del 1º Circuito utilizó su pronunciamiento para diferenciar claramente los conceptos de *veredicto especial* con los de *determinaciones especiales*. Son cosas completamente distintas. Lo tuvo que hacer porque el fiscal, en su esfuerzo argumentativo por defender las preguntas prohibidas que el juez le hizo al jurado en ese caso, intentó hacerlas pasar no como un veredicto especial (que sabía muy bien que estaba prohibido), sino como “*determinaciones especiales*”. La Corte le rechazó de plano toda esta línea argumental y explicó en qué consisten y para qué sirven.

*“Sólo hay dos clases de casos en los que se han utilizado dichas determinaciones. En primer lugar, en algunos casos, la determinación de un hecho particular será crucial para individualizar la pena de los acusados. Por ejemplo, con cuál de los varios objetivos de una conspiración -algunos delitos graves, algunos delitos menores- es que el acusado acordó, o la duración de la participación en una conspiración del acusado”.*<sup>422</sup>

Para ampliar más la definición y ponerla en este contexto de cómo el jurado decide las cuestiones de hecho/derecho, las determinaciones especiales son empleadas cuando el jurado tiene que decidir, por orden del juez en las instrucciones, ciertos elementos específicos del tipo objetivo o subjetivo del delito en trato o, más clásicamente, las agravantes del hecho previstas en los recientes ordenamientos penales.

---

<sup>421</sup>In re *Apprendi v. New Jersey*, 530 U.S. 466 (2000); *Blakely v. Washington*, 542 U.S. 296 (2004) y *Alleyne v. United States*, 133 S. Ct. 2151 (2013).

<sup>422</sup> Corte Federal de Apelaciones de los Estados Unidos, Primer circuito 416 F. 2d 165 - *United States v. Spock*, 1969

En Argentina, por ejemplo, las contenidas en los arts 41 bis, quáter, quinquies del Código Penal.<sup>423</sup>

Por ejemplo, si un delito se ve agravado por la participación de un menor en él, o si se empleó un arma de fuego, o si se cometió por odio racial o religioso, para que la condena sea válida es necesario que el jurado (o el juez, si el juicio es técnico) prueben todos y cada uno de los elementos típicos y, en esos casos, la condición de menor, el empleo de un arma de fuego y la existencia de odio racial o religioso. La mejor manera de hacerlo es a través de las *determinaciones especiales*.

Lo mismo sucede con las agravantes específicas de cada delito. Por ejemplo, cuando se agrava por ser tutor, guardador, menor de edad, víctima mujer, condición policial, funcionario público, ser juez, etc. En dichos casos, el juez les explica en qué consisten esos elementos típicos (parte del derecho aplicable al caso) y **le da al jurado un formulario aparte de veredicto para que vote las determinaciones especiales**. Esa es la manera en que se prueban -y se controlan- cada uno de los elementos que conforman el delito.

#### **Ejemplo de un formulario tipo:**

*“Determinación especial para el hecho n° 1”:* “Nosotros, el jurado, encontramos que la víctima **era** menor de edad”; “Nosotros, el jurado, encontramos que la víctima **no era** menor de edad”.

Otros ejemplos:

*“Nosotros, el jurado, encontramos que en el hecho **se empleó** un arma de fuego”;* “Nosotros, el jurado, encontramos que en el hecho **no se empleó** un arma de fuego”.

*“Nosotros, el jurado, encontramos que **el acusado revestía** la condición policial al momento del hecho”;* “Nosotros, el jurado, encontramos que **el acusado no revestía** la condición policial al momento del hecho”.

---

<sup>423</sup> Hay una discusión muy intensa en la Argentina acerca de si los artículos 41 bis, ter, quáter y quinquies del Código penal son agravantes genéricas o específicas. Es decir, si forman parte del tipo penal, agravándolo, (fines de prevención general); o si se circunscriben nada más que a la individualización de la pena (fines de prevención especial).

GARIBALDI, Gustavo: “Algo más sobre participación y dolo eventual. La desconcertante agravante genérica del artículo 41 bis del Código Penal”, La Ley, Buenos Aires, 30/07/02, pág. 33.

ZIFFER, Patricia: “Lineamientos de la determinación de la pena”, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1996.

BAIGÚN, David: “Naturaleza de las circunstancias agravantes”, Ed. Pannedille, Buenos Aires, 1971.

ERBETTA, Daniel y LURATI, Carina: “Atenuantes específicas en la Parte General del Código Penal”, y LURATI, Carina: “La intervención de un menor y el uso de armas como agravantes en la Parte General”, ambos artículos en el libro “Reformas Penales”, Tomo I, Editorial Rubinzal Culzoni, Rosario, 2004.

SOBERANO, Marina: “El art. 41 bis del Código penal o la venganza del principio de legalidad”, Revista Nueva Doctrina Penal (NDP), 2002 A, Editores del Puerto, Buenos Aires, ps. 223/266.

*“Nosotros, el jurado, encontramos que la acusada **era** la guardadora al momento del hecho”; “Nosotros, el jurado, encontramos que la acusada **no era** la guardadora al momento del hecho”*

En todos los casos, el jurado deberá marcar con una cruz la opción votada por unanimidad. No se trata en absoluto de un veredicto especial ni de una pregunta de hecho que exija razones. Es simplemente un complemento necesario para el veredicto de culpabilidad del jurado, a fin de completar los agravantes o atenuantes del delito por el cual debe responder el acusado.<sup>424</sup>

### **C. Conclusión**

El profesor James Gobert resumió en una frase el estado actual del poder -y los límites- del jurado sobre el la ley y el derecho aplicables:

*“Las líneas de autoridad están hoy perfectamente trazadas y aceptadas: el Congreso es el responsable de dictar la ley, el juez de transmitirla al jurado y el jurado de aplicarla”.*<sup>425</sup>

## **Capítulo 4º**

### **Rendición, comprobación y firmeza del veredicto.**

#### **§ 1. Las formas del veredicto como garantía y control**

El veredicto general del jurado debe ser rendido en corte abierta y anunciado por el portavoz del jurado ante el público y todos los intervinientes. Es el momento fundamental del juicio por jurados. Es el instante en que el tiempo y el espacio parecen suspenderse, a la espera de la exteriorización de la decisión final e irrevocable del Pueblo. Es un momento solemne, pero sujeto a formas de garantía que es imprescindible cumplir. Los jurados del medioevo inglés lucharon muchísimo por ellas y son la expresión de su independencia frente al Estado, representado en el juicio por el juez técnico.

#### **A. Formulario del veredicto**

Las leyes argentinas de jurado son el producto de siglos de evolución. Como tales, reflejan muchos de los cambios que experimentó el juicio por jurados para reforzar su diseño y adecuarlo a las necesidades modernas, sin alterar su delicado equilibrio de poder.

---

<sup>424</sup> Ver el tema con mayor amplitud en HARFUCH, Andrés (dir): *“El jurado clásico. Manual Modelo de Instrucciones al Jurado.....”*, op.c it., 2014, p. 77 y ss. Para apreciar en video instrucciones de un juez sobre cómo votar las determinaciones especiales, ver VIDEO n° 23 del siguiente link: <http://www.juicioporjurados.org/2011/12/videos-instrucciones-al-jurado-caso.html>

<sup>425</sup>GOBERT, James: *“Justice....”* op. cit., p. 111.

El veredicto del jurado es siempre un acto público y transmitido de manera oral, por más que conste en un formulario escrito. Como tal, siempre fue -y sigue siéndolo- simple, sencillo y limitado a pronunciar en voz alta y en corte abierta la decisión del jurado declarando al acusado: *no culpable (sin ningún tipo de aditamento)* o *culpable por el delito de.....* (delito principal acusado por la fiscalía o uno menor incluido en él). Eso es todo. Allí finaliza la intervención de los jurados.

Aquel que quiera ver un acto desformalizado en este modo de rendir un veredicto está muy equivocado: de igual forma en que un casamiento es nulo de nulidad absoluta si no se ha pronunciado en voz alta la palabra “**Si**”, **en público y ante el juez**, del mismo modo el veredicto del jurado es inválido: **a)** si no se lo pronuncia en corte abierta por su portavoz, **b)** inmediatamente después de terminada la deliberación y **c)** si se le pretenden adherir otros aditamentos a la fórmula clásica de *no culpable* o *culpable por el delito de.....* Ejemplos en la Historia: “no culpable, *pero tiene que devolver las vacas*”; *culpable de hablar en la calle Grace*; “no culpable, *por razón de duda razonable*”. Ese tipo de aditamentos o peores, que tantas veces sucedieron en la Historia, es lo que convierte a un veredicto general en uno especial y son inadmisibles. La propia expresión *culpable o no culpable*, por más escueta que sea, es en sí misma una formalidad *ad solemnitatem*. Las formas del veredicto general son la garantía misma del juicio por jurados, diría Binder.

Siguiendo ese estricto patrón, las leyes modernas de jurado en el mundo, para facilitar la tarea del jurado en sus deliberaciones y sobre todo en aquellos juicios en donde hay varios acusados y/o varios hechos imputados, decidieron prever un formulario de veredicto por cada acusado y por cada hecho, cada uno de los cuales contendrá las distintas opciones litigadas.

Ejemplo de esto es la ley de jurados 7661 del Chaco:

*Artículo 82º FORMA DEL VEREDICTO. UNANIMIDAD.*

*El veredicto declarará al acusado "no culpable", "no culpable por razón de inimputabilidad" o "culpable" sin ningún tipo de aclaración o aditamento, salvo el veredicto de culpabilidad, que deberá indicar el delito o grado del mismo por el cual deberá responder el acusado. Si el veredicto de culpabilidad se refiere a un delito con otros delitos inferior necesariamente incluidos en el delito mayor, el veredicto rendido especificará el grado o el delito menor por el cual se hubiere encontrado culpable al acusado. Habrá un formulario de veredicto por cada hecho y por cada acusado para un mejor orden de las deliberaciones y las votaciones.*

## 1. Confección



Las leyes no prevén ninguna formalidad en particular, salvo que sean litigados por las partes en la audiencia privada de elaboración de las instrucciones. Es allí donde el juez, luego de la definición de este litigio y en presencia de las partes, confecciona los formularios de veredicto que se entregarán al jurado y que contemplen las opciones por delitos menores incluidos que soporte el delito principal imputado por la acusación. La opción *no culpable* debe estar siempre presente, aun cuando la teoría del caso de la defensa no consista en pedir la absolución del acusado, sino una condena por un delito menor. Inclusive, nada impide que la opción por *no culpable* encabece el orden de las opciones y no esté, como casi siempre, en el último lugar. El gran control aquí no surge del reglamentarismo, tan caro al *civil law*, sino del propio litigio de partes, el único, verdadero y superior control en un sistema judicial adversarial.

Los jurados tendrán que marcar una cruz al lado de la opción que han elegido por unanimidad. Ciertamente es que en el *common law* hay jueces que le exigen al jurado que se pronuncien sobre todas las demás opciones. A las que descartan, dirán *no culpable*. No es muy feliz ese proceder y ha traído numerosas complicaciones. Lo mejor es que el jurado señale con una cruz una, y sólo una, de las opciones que figuran en el formulario. El portavoz del jurado será el que deba controlar en las deliberaciones que la opción elegida sea el veredicto de cada uno de los jurados. Luego de eso, lo firmará y lo datará. Todo queda listo entonces para su inmediato anuncio en corte abierta.

### **B. Anuncio del veredicto. Otra formalidad esencial.**

Cuando el jurado anuncia al oficial de custodia que han arribado a un veredicto, el juez convoca al público y a todas las partes a la sala de debates. El jurado en pleno hace su ingreso y el juez le pregunta al portavoz del jurado, que lleva en su mano el formulario con el resultado final, si han arribado a un veredicto. Ante la respuesta afirmativa, le pedirá al presidente del jurado que lo lea en voz alta.

Este ha sido, sin dudas, uno de los momentos más tensionantes de la historia del juicio por jurados. El proceder hoy parece sencillo, pero fue objeto en el pasado de todo tipo de manipulaciones, maniobras y artilugios y de allí su gran importancia.

### **1. Historia de la manipulación**

Un juradista civil argentino, Sergio Le Pera, ha descrito así este delicado momento:

*“Un grotesco flagelo Latin American style (pero que antes lo fue en otros lugares) es el caso del juez a quien no le gusta el veredicto y maniobra hasta conseguir el veredicto que quiere. Es vox populi que es o ocurre en algunos países hispano hablantes de América Central que tienen juicio por jurados.*

*Por otra parte, hay que proteger al sistema de las sospechas del público y de los acusados.*

*¿Qué pensarán si ven al juez llegar con el veredicto en la mano? Lo que corresponde es que el juez lea el veredicto (los pares del acusado) y el juez en alta voz les pregunte:*

*¿Hallegado el jurado a un veredicto?*

*El Presidente del jurado digale en alta voz: Sí*

*El juez le ordena entonces que lo lea en voz alta en corte abierta.*

*¿Qué duda le cabrá al acusado que ha sido condenado o liberado por sus pares, sus vecinos, sus amigos, y no por una conspiración?<sup>426</sup>*

Ya

hemos dado cuenta de lo que sucedía en la Inglaterra medieval cuando a los jueces no les agradaba el veredicto del jurado. La mejor manera de reducir el escándalo público era obligando al jurado a entregarle primero a él el resultado del veredicto. De esta forma, podía conminar los en corte cerrada a que volvieran con otro veredicto. Esta manipulación hace hoy pasible al juez de juicio político, por afectar la transparencia del juicio público y debe ser sancionado además con la nulidad absoluta.

## **2. Salvaguardas actuales. Distintas modalidades.**

Las modalidades en los países anglosajones acerca de cómo se anuncia el veredicto son variadas, dependiendo de las jurisdicciones. La más clásica de todas es la que hemos descrito. Pero también puede suceder que, reunidas todas las partes en la sala de audiencias y habiendo visto el acusado cómo ingresaba el jurado a la misma, el juez le pida al presidente que le entregue la boleta con el veredicto. Luego de leerla, se la devuelve y le ordena que la lea en alta voz. Pero todo ante la vista del acusado, el público y las demás partes.

En

síntesis: el común denominador, más allá de las modalidades, es que la boleta donde consta el veredicto debe en todo momento estar en manos del portavoz del jurado y serle leído en la sala de audiencias y cuando todas las partes están reunidas.

Este es otro gran ejemplo de cómo las formalidades que hay que observar obligatoriamente durante un proceso no son meros caprichos burocráticos o arabescos

---

426

LEPERA, Sergio: "Reglas de prueba para el uso de simulacro de juicio por jurados", Revista Lexis Nexis n° 0003/001164, Buenos Aires, agosto de 2004 y los aportes del mismo autor en las reuniones de expertos convocadas por el Ministerio de Justicia de la Nación Argentina para la discusión del Anteproyecto de Ley Nacional de Juicio por Jurados (abril-agosto 2004).

retóricos, sino que buscan preservar al juicio público con jurados de la manipulación del Estado. Estas *formas ad solemnitatem* fueron, sin dudas, de las más grandes contribuciones que el derecho romano legó a la historia del proceso y la forma en que se anuncia un veredicto en corte abierta son un claro ejemplo de ellas.<sup>427</sup>

### 3. El caso argentino

Argentina ha decidido a curarse en salud de estas maniobras y es por eso que afortunadamente reguló, bajo pena de nulidad, que la única manera válida de anunciar el veredicto es la siguiente:

*Artículo 81° PRONUNCIAMIENTO DEL VEREDICTO.*

*Para pronunciar el veredicto, se observará el siguiente procedimiento bajo pena de nulidad. Una vez presentes en la sala de audiencias todas las partes y la totalidad del jurado, el juez le preguntará en voz alta al vocero del jurado si han llegado a un veredicto. En caso afirmativo, le ordenará que lo lea en voz alta.*<sup>428</sup>

#### C. Comprobación del veredicto (*Polling of the jury*)

##### 1. Concepto

Es la práctica mediante la cual los jurados, una vez anunciado el veredicto en corte abierta, son preguntados individualmente por el juez sobre si ese es el veredicto que han rendido y si todavía concuerdan con él. **La comprobación se efectúa en corte abierta y delante de todos los presentes.** En los casos criminales, la comprobación suele ser a pedido de parte, pero cada vez más los jueces comprueban de oficio el veredicto. Consiste en llamar por su orden a cada jurado y pedirle que diga simplemente si ese es su veredicto, antes de que sea registrado por el juez. La comprobación debe ser hecha instantes después del veredicto.

##### 2. Consecuencias

Si la comprobación ratifica el veredicto, el juez lo aceptará y lo registrará. Si en cambio algún o algunos jurados disienten con el veredicto rendido, el juez podrá o disolver el jurado u ordenarles a que continúen con la deliberación.

##### 3. Formalidades. Ejemplos.

---

<sup>427</sup>Por todos, BINDER, Alberto: *“El incumplimiento de las formas procesales”*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2001.

<sup>428</sup>Ley 7661 del Chaco, pero seguida también por todas las demás leyes de jurado de la Argentina (Río Negro, Neuquén y Buenos Aires).

Ver este ejemplo del cine, en la película *“El Manantial”* (1949) con Gary Cooper. Video n° 52 <http://aajjlitigacion.blogspot.com.ar/search/label/veredicto>.

Cuando el presidente del jurado está leyendo el veredicto, el juez debe estar mirando muy atentamente al jurado. Si ve que alguno de ellos parece no estar de acuerdo con el mismo, el juez debe preguntarle qué le sucede u ordenar directamente la comprobación del veredicto.<sup>429</sup>

Por supuesto, está absolutamente prohibido interrogar a cada jurado acerca de cómo votó. **Esto debe permanecer en absoluto secreto.** Muchísimo menos las razones de su voto. También es improcedente encuestar al jurado en su conjunto. Cada jurado es preguntado y responde en forma individual y de manera muy escueta.

Simplemente, el juez les hace este tipo de preguntas: “¿Está usted seguro?” “¿Está usted seguro de que esta persona es culpable?” “Señora Jurado, ¿es el veredicto anunciado por el presidente del jurado su propio veredicto?”.<sup>430</sup>

Veamos un caso real ocurrido en los Estados Unidos en 2011 y que citaremos ampliamente en esta tesis. Se trató del juicio a la joven Casey Anthony, acusada de haber matado a su pequeña hija de dos años de edad, Caylee Marie Anthony. El fiscal le había pedido la pena de muerte y el 94% del país estaba convencido de que era la asesina de su hija. Sin embargo, el jurado la absolvió de todos los cargos de homicidio y sólo la condenó por el delito menor de haberle dado pistas falsas a la policía. Este fue el *polling* efectuado por el juez ante millones de espectadores que seguían el debate por TV.

*Juez:* Señorita secretaria, proceda usted a comprobar el veredicto del jurado.

*Secretaria:* Jurado n° 1, ¿fueron estos sus correctos y verdaderos veredictos?

*Jurado n° 1:* Sí

Y así sucesivamente con los otros once jurados. La pregunta no puede ser más que esa y **efectuada una sola vez.**

#### **4. Problemas con el *polling*.**

Aquí hay que extremar los cuidados respecto a esta norma, ya que no son pocas las ocasiones en que se pretendió usar el *polling* para saber cómo votó cada jurado y así obtener información -aunque irregular- para impugnar el veredicto. Por ejemplo, ChiesaAponte cita un caso en que el Tribunal Supremo de Puerto Rico no hizo lugar a la

---

<sup>429</sup> *Commonwealth v. Floyd P.*, 415 Mass. 826, 829 n.5, 615 N.E.2d 938, 941 n.5 (1993), USA.

<sup>430</sup>

Instrucciones Suplementarias para el juicio con jurados del Estado de Massachusetts, EE.U.U., Instrucción 2500, pág. 1, 2009.

pretensión del acusado durante el *polling* para saber cómo había votado cada jurado. El acusado no estaba conforme con la pregunta del juez a cada jurado, que era la siguiente; “¿Representa el veredicto rendido el sentir del jurado? El TSJ portorriqueño falló explicando la regla del siguiente modo:

*“El propósito de esta Regla es garantizarle al acusado que el veredicto anunciado es el verdadero acuerdo del jurado y que ninguno de los jurados ha sido coaccionado. Es la oportunidad que tienen los jurados de protestar en corte abierta si el veredicto anunciado no corresponde a lo acordado”*.<sup>431</sup>

Y aquí se abre un verdadero problema, tal como sucedió en el caso *People v Kevin Durant* de la Corte de Apelaciones de Illinois, EE.UU, en el año 2008. Se trataba de un caso de homicidio en el cual Durant fue hallado culpable. Exigió la comprobación del veredicto y, para sorpresa de todos los presentes, una de las jurados declaró no estar de acuerdo con declararlo culpable. El juez, sin darle traslado a la defensa, ordenó al jurado que volvieran al recinto de deliberación hasta obtener un nuevo veredicto. Al día siguiente, retornaron con un veredicto unánime de culpabilidad.

Más allá del error del juez de no dejar expresarse al defensor frente a esta nueva situación (lo que originó que la Corte de Apelaciones revocara el fallo y ordenara un nuevo juicio), la pregunta es: ¿no debió el juez declarar nulo el juicio y hacerlo de nuevo con otro jurado? La ley lo habilitaba para ello, como también le permite reenviarlos a deliberar. Pero este segundo escenario es, en ocasiones, sumamente cuestionable.

Karl Moltzen usó este caso para afirmar que la comprobación del veredicto debería ser obligatoria en todos los casos criminales y que, ante un rechazo **firme y sin ambigüedades** de alguno de los jurados con el veredicto expresado abiertamente en el *polling*, la solución es una sola: el juicio es nulo y se debe hacer de vuelta ante otro jurado.<sup>432</sup>

Distinta sería la solución si uno de los jurados no rechaza el veredicto, sino que manifiesta que todavía le quedan dudas. Pero si clara y firmemente expresa que no está de acuerdo con declarar culpable al acusado, bajo ningún punto de vista puede enviarse

<sup>431</sup>

CHIESAAPONTE, Ernesto: “Derecho procesal...”, *opcit*, vol II p.244y245 citando el fallo *Pueblo v Ruiz Torres* de 1971 TS Puerto Rico.

<sup>432</sup>

MOLTZEN, Karl: “*The Jury poll and the dissenting juror: when a juror in a criminal trial disavows their verdict in open court*”, *The John Marshall Law Review*, USA, 2001, 35j, 45.

a ese jurado de vuelta al recinto con los otros once y la defensa **debe reaccionar en el acto pidiendo un nuevo juicio.**

La solución de enviar al jurado de nuevo a deliberar en el caso *Durant* le abrió a este autor los siguientes interrogantes: once jurados lo consideraron culpable. La mujer disidente, una vez libre de las presiones y el confinamiento de la sala de deliberación, expresó abiertamente ante el juez sus dudas y sus segundos pensamientos en torno a la inocencia del acusado. Pero el juez la mandó a ella y a los otros once jurados a deliberar otra vez. La presión sobre ella habrá sido enorme. ¿Cómo podría haber sostenido su posición, cuando ya había acordado con el veredicto y no había denunciado al juez ninguna presión interna de los otros jurados, tal cual expresamente se la había instruido que podía hacer? ¿Cómo la habrán mirado de nuevo en la sala? Es obvio suponer la incomodidad del nuevo escenario y su influencia en el nuevo veredicto.

Por lo demás, cuando el juez opta por reanudar la deliberación en estas condiciones, estaría insinuando que el jurado disidente está equivocado y eso puede no ser así.

### **5. Errores del juez que acarrearán revocación.**

Otro escenario muy delicado en el *polling* es cuando el juez se extralimita con sus preguntas, de manera tal de coercionar al jurado para que defina o cambie su voto. Esto es inadmisibles y es una de las causas más frecuentes de revocación. Un juez jamás puede obligar a un jurado a cambiar su voto, tal como quiso hacer el Juez Howel en el caso seguido a William Pennen 1670. Una de las formas de manipular el *polling* para obtener un resultado distinto es interrogar repetidamente, una y otra vez, a un jurado determinado para que exprese su desacuerdo con el veredicto. Esto está visto como un claro intento del juez profesional de cambiar el resultado de la votación. Otros supuestos usuales de revocación se presentan, por ejemplo, cuando el juez continúa con la comprobación al resto de los jurados cuando al menos uno ya expresó su desacuerdo con el veredicto. O, también, cuando el juez le deniega a las partes un tiempo prudencial para llevar a cabo este procedimiento.

### **6. Función de salvaguarda del *polling*.**

Este momento es muy importante, ya que es la última vez que los jurados tienen para denunciar presiones o irregularidades. **Luego de rendido y comprobado el veredicto, ya no podrán hacerlo**, como veremos ampliamente al estudiar la Regla del

Secreto de las deliberaciones. De este modo, el *polling* es una salvaguarda más del intenso control de partes que existe sobre la decisión del jurado.

### **7. Aceptación del veredicto por el juez. Registro. Efectos**

Tras la aceptación y registro del veredicto, si el veredicto es de *no culpable*, el juez dictará allí mismo y de manera oral y pública la sentencia absolutoria. Si el veredicto es de culpabilidad, fijará allí mismo la audiencia para la cesura del debate.

¿Por qué hablamos aquí de *aceptación* del veredicto? Ello se debe a que, en el *common law*, el juez tiene el poder para absolver al acusado, aún en contra del veredicto de culpabilidad del jurado. Hemos tratado ampliamente este poder del juez, llamado veredicto direccionado, en el capítulo 2° de este libro.

### **8. La comprobación del veredicto en las leyes de jurado argentinas.**

La provincia del Chaco es la primera que ha legislado de manera expresa este último gran control de parte o judicial sobre el veredicto del jurado.

#### *Artículo 86° COMPROBACION DEL VEREDICTO.*

*Cuando el jurado hubiere rendido un veredicto, a requerimiento de cualquier parte o a instancias del propio juez, tal veredicto podrá ser comprobado en cuanto a cada miembro del jurado de manera individual. Si la comprobación reflejare la voluntad unánime del jurado, el juez aceptará el veredicto y lo registrará. Si como resultado de esta comprobación se determinare que el veredicto no fue rendido de manera unánime, se le ordenará al mismo retirarse a continuar sus deliberaciones.*

### **D. Disolución del jurado**

Una vez que el veredicto ha sido registrado por la corte, usualmente se registra esta última instrucción del juez al jurado. Existen en el mundo anglosajón múltiples manuales de actuación para guía de los jueces que ilustran este momento con notable maestría, sencillez y sentido común.

Lo que sigue a continuación es la transcripción del manual de instrucciones del Estado de Massachusetts, en Estados Unidos<sup>433</sup>. Lejos de ser una simple indicación administrativa acerca de cómo queda disuelto el jurado, las palabras del juez resumen por completo la importancia política y judicial del jurado y de su veredicto para el funcionamiento de una democracia.

#### **1. Palabras del juez.**

**Juez:** *Miembros del jurado, durante este juicio le he dicho en mis instrucciones q*

---

<sup>433</sup>Instrucciones Suplementarias para el juicio con jurados del Estado de Massachusetts, E.E.U.U., Instrucción 2500, pág 1, 2009.

*ueel veredicto es vuestras y exclusiva responsabilidad. Por esa razón, jamás oprimos sobre el veredicto que ustedes han alcanzado. Lo que sí es diré es que es claro que han tomado vuestras responsabilidades con seriedad y que han decidido cuidadosamente.*

*Vuestro servicio como jurados ha ahora finalizado. En nombre del Pueblo, y también en nombre de las partes involucradas en este juicio, les agradezco este servicio público que han prestado.*

*El hecho de ser jurado no sólo es una carga pública de los ciudadanos; **estambién unodesus privilegios**. Tal cuallo observó un destacado visitante hace casi 175 años, en los Estados Unidos **el servicio de jurado “inviste al Pueblo con la dirección de la sociedad”**.<sup>434</sup>*

*Espero que vuestro tiempo aquí hayaincrementado vuestra comprensión de cuán importante es el servicio de jurado para el funcionamiento de la democracia. También espero que hayan aprendido cómo funcionan nuestras cortes y cuánto ellas necesitan de su apoyo y su interés como ciudadanos.*

*El oficial de sala los escoltará de nuevo hasta la oficina de jurados, donde quedarán dispensados. Muchas gracias nuevamente.*

## **2. Instrucción última. Mantener el secreto.**

Sin embargo, todavía quedará tiempo para una instrucción más; una que ha desatado una fuerte controversia constitucional y jurisprudencial en torno a la regla del secreto de las deliberaciones del jurado y que tiene a Estados Unidos como la única excepción del mundo del *common law*, y aún del *civil law*, con jurado clásico.

El juez le recordará al jurado en su instrucción final que deberán mantener por siempre el más estricto secreto de lo sucedido dentro del *jury room*, bajo pena de ser acusados por violación de secretos u obstrucción o desacato a la corte. Este tema será ampliamente tratado en la parte II.

Sin embargo, y a modo de anticipo del problema, diremos que Estados Unidos es el único país del mundo en el que, una vez rendido el veredicto, los jurados tienen plena libertad para hablar del caso con quien quieran. Con la prensa, con su familia, con sus amigos, con los abogados, etc. Pero nadie jamás los puede obligar o forzar a hacerlo.

### **§ 2. Veredicto del Jurado y Cosa Juzgada**

#### **A. La firmeza del veredicto.**

---

<sup>434</sup> Seré fiere a ALEXIS DE TOCQUEVILLE su obra de 1835 “*La democracia en América*”, op. cit.: “*La institución del jurado eleva al Pueblo, al menos, a una clase de ciudadanos, alestrado de la autoridad judicial y los inviste, de tal modo, con la dirección de la sociedad*”. Estacitahasido, además, tomadacomoprecedente por la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos en el fallo *Powers v. Ohio*, 499 U.S. 400, 407, 111 S.Ct. 1364, 1368 (1991).



### 1. Concepto y diferencias entre el *common law* y el *civil law*.

Quien se asome al estudio del derecho procesal penal anglosajón se encontrará, una y otra vez, con la expresión “*the finality of the verdict of the jury*” (la firmeza del veredicto del jurado). También leerá frases tales como “*para proteger la firmeza de los veredictos del jurado*” o “*una vez rendido, el veredicto del jurado es final*”.

Efectivamente, una vez que el jurado ha anunciado su veredicto tras un juicio público, el pleito se terminó allí. De manera definitiva. El veredicto del jurado es final e irrecurrible.

Si el veredicto es de no culpabilidad, no hay recurso alguno para el acusador, sea este público o privado. El juez debe dictar allí mismo la sentencia absolutoria, que adquiere en el acto fuerza de cosa juzgada material. La garantía constitucional de *double jeopardy* o *ne bis in idem* clausura cualquier tipo de persecución penal posterior por el mismo hecho contra esa misma persona y desautoriza cualquier intento de revocación posterior.<sup>435</sup>

Conforme la lenta evolución que hemos visto (que se produjo en el *common law* y no al revés, como lo intentan hacer ver ciertos juristas europeos), el veredicto de culpabilidad del jurado pasó a ser impugnabile de manera cada vez más amplia. Eso sí, bajo **la inquebrantable regla de que exclusivamente el condenado puede impugnar el veredicto desfavorable**. Al hacerlo, el acusado renuncia a la doble exposición y por eso puede ser sometido eventualmente a otro juicio por ese hecho. Es el único sentido convencional posible del *doble conforme*.

Por el contrario, las sentencias de los jueces profesionales del *civil law* portan decorativamente el cartel de “definitivas” pues, en realidad, **ostentan desde siempre naturaleza provisional**. Representan históricamente -por su sujeción y pertenencia a una organización judicial vertical y autoritaria, propia de la Inquisición- tan solo una propuesta de solución del caso para que los “*jueces superiores*” sean los que definan la suerte final del mismo. La sentencia absolutoria luego de un juicio en el *civil law* carece de firmeza, ya que puede ser recurrida sin límites por el acusador. Hasta

---

<sup>435</sup> MAIER, Julio B. J.: “*Fundamentos...*”, op. cit., p. 602: “*Con arreglo a esta idea no se conoce en el Derecho anglo-sajón la posibilidad del recurso fiscal contra un veredicto que le es desfavorable, pues se entiende que significa un “intento repetido” para condenar a un individuo.*”

no hace muy poco, ni siquiera necesitaban recurso de partes: el tribunal superior podía avocarse de oficio a revisar el caso.<sup>436</sup>

Cuando el juicio es por jurados, el veredicto marca el final del pleito; cuando el juicio es con jueces profesionales, la decisión final es la de la Corte Suprema de Justicia.

Las preguntas caen solas, por pura obviedad:

¿Por qué los veredictos del jurado son finales y, en cambio, las sentencias de los jueces profesionales son un mero consejo al “Superior” y necesitan ratificación del resto de la cadena jerárquica de jueces revisores? ¿Por qué los veredictos del jurado ponen fin al juicio—no obstante que las condenas sean igualmente revisables como lo son aquí— y las sentencias de los jueces no? ¿Por qué el derecho a un amplio doble conforme -solo para el declarado culpable- no le quita a los veredictos del jurado su carácter de definitivos, finales y firmes?

## **2. Alcance conceptual de la firmeza de los veredictos en el *common law*. La experiencia argentina.**

Si uno repasa las decisiones de las Cortes revisoras del *common law*, todas ellas son naturalmente reacias a interferir con los veredictos del jurado. Es muy difícil que reviertan una condena, aunque, como hemos visto, en los casos que lo ameritan lo hacen sin dudar. Revocan y absuelven o, en la mayoría de los casos, ordenan un nuevo debate ante otro jurado. La revisión no tiene límites, y alcanza tanto a los hechos, como la prueba y el derecho.

Es posible que haya una cuestión ideológica o, si se quiere, de tradición en el *common law* para semejante deferencia con los veredictos del jurado (o del mismo juez, cuando el juicio es técnico). **Pero el mismo fenómeno se advierte en las cortes revisoras de Neuquén y Buenos Aires.** En ellas no hay tradición alguna en el ejercicio del juicio por jurados y, sin embargo, el fenómeno se repite.<sup>437</sup> Ello indica algo muy claro, explicado por la propia práctica del jurado: la percepción, ya no teórica sino

---

<sup>436</sup> MAIER, Julio B. J.: “Fundamentos...”, op. cit., p. 706: “...se admitiera el **reexamen de oficio** del caso, sin recurso alguno, control obligatorio de la decisión para el tribunal inferior. El sistema pasó a las colonias hispanoamericanas a través del Derecho de España, introducido por la conquista y la colonización, y pergeñó en estas latitudes no sólo un sistema alambicado de recursos contra la decisión, sino, también, la obligación de someter de oficio el reexamen del caso ante un tribunal superior, por parte de los tribunales inferiores, la llamada **consulta**, que aún perdura en varias de las organizaciones judiciales hispanoamericanas.”

<sup>437</sup> Todas las absoluciones, por supuesto, son irrevisables y quedaron firmes apenas pronunciadas. Las condenas fueron confirmadas en su mayoría. Por ejemplo, en Neuquén, de 16 condenas del jurado, sólo una fue revocada.

práctica, por parte de los jueces revisores, de que ese veredicto no es una decisión cualquiera ni antojadiza. Es una decisión que ha surgido luego de un proceso con extremos controles de partes, con toda la prueba rendida de manera pública delante de los jurados, con jueces accidentales dirigidos por un juez no comprometido con la decisión, y luego una deliberación poderosa que les exige un veredicto unánime o por altísimas mayorías. Es hasta casi natural concederles una gran autoridad a esos veredictos. Aún así, y a pesar de ocurrir en raras ocasiones que doce personas se equivoquen de manera unánime, siempre hay margen para el error y la injusticia. Y es allí donde interviene una corte revisora. Por eso la doctrina del *common law* insiste, una vez más, en que la razón por la cual las cortes revisoras interfieren sólo de manera excepcional con los veredictos del jurado -básicamente, cuando se comete una injusticia- es explicada de manera muy clara por David Hamer:

*“Si se revocaran asiduamente los pronunciamientos del jurado se vería minada su autoridad y se comprometería el esquema constitucional juez-jurado. La ley tiene una fuerte preferencia por tratar a los veredictos del juicio como finales. Si las condenas fueran sujetas a una ilimitada revaloración, el rol constitucional del jurado sería socavado, el sistema criminal perdería eficacia y a las víctimas y a la sociedad les sería denegada la clausura de desgraciados eventos. Las apelaciones están destinadas a corregir los **ocasionales** errores cometidos en juicio.”*<sup>438</sup>

El alcance conceptual un poco más extenso de por qué semejante respeto a los veredictos rendidos por un jurado -cuya regularidad en sus deliberaciones y en su veredicto es presumida *iuris tantum* por las cortes revisoras- es el siguiente. Hay varias razones para la renuencia de las cortes revisoras del *common law* a revocar las determinaciones de los hechos efectuadas por el jurado o por un juez de juicio cuando el debate sea ante jueces técnicos.

**Primero**, el jurado o juez del juicio pueden ser vistos como epistemológicamente superiores a las cortes revisoras. Los jurados o jueces del debate vieron y escucharon a los testigos, mientras que las cortes revisoras sólo tienen acceso al registro en audio, video o taquigráfico de la prueba. En la mayoría de los casos, los juicios son frente a doce jueces legos. El jurado es un cuerpo más grande que el panel de jueces revisores, y es muy probable que tengan un rango más amplio de experiencias, lo que les brinda otra ventaja epistémica adicional.<sup>439</sup>

---

<sup>438</sup>HAMER; David: “*Wrongful Convictions, Appeals, and the Finality Principle: The Need for a Criminal Cases Review Commission*”, UNSW Law Journal, Volumen 37(1), Australia, 2014, p. 280.

<sup>439</sup> Además, se pregunta Paul Roberts (y con él todos los procesalistas del *common law*), si el veredicto

La **segunda razón** para tanta renuencia de las cortes revisoras a interferir con los veredictos del jurado **es constitucional**. El jurado es “*el pequeño Parlamento*”, es el “*juez constitucional de los hechos*”. Es una institución que permite a la comunidad en general a participar de manera directa en una muy importante función del Gobierno por orden de la propia Carta Magna. Los jueces revisores del *common law* no dejan de remarcar en sus fallos la crucial importancia que reviste la existencia de un jurado para una sociedad y su sistema de justicia.

*“El juicio por jurados es un componente vital de nuestro sistema de justicia criminal. Nuestras cortes han remarcado adecuadamente la importancia de los veredictos del jurado y el respeto que se le deben tener a esas decisiones. Hoy, como en el pasado, se deposita una enorme confianza en dichas decisiones. Creo que eso fluye de la conciencia colectiva que doce miembros de la comunidad han trabajado mancomunadamente para llegar a un veredicto unánime”.*<sup>440</sup>

La **tercera razón** es de índole práctica, y tiene que ver con la distribución eficiente del trabajo hacia dentro de la organización judicial: a los jurados les corresponde la **adjudicación de los hechos** y a las cortes de impugnación la **revisión de los hechos**. Son tareas distintas y muy bien diferenciadas. Las cortes revisoras no pueden ejercer tareas de determinación de los hechos. Al jurado se le brindan todos los medios para que operen como el sujeto primario para la toma de decisión. La corte revisora, en cambio, no está equipada como para revisar **rutinariamente** las determinaciones de los jurados del juicio y terminar siendo ellas quienes hagan la adjudicación. **Si los veredictos de los jurados del juicio se convirtieran en meramente provisionales**, y lo harían si estuvieran **sujetos a la automática revisión** por una corte de apelaciones, **el sistema judicial se vendría abajo**. Este pasaje de un juez inglés resume toda la base ideológica del principio de firmeza y de única instancia (aunque sea indigerible para un procesalista del *civil law*):

*“Cualquier determinación de un hecho controvertido puede, tal cual lo reconoce la propia ley, ser imperfecta: la ley tiene entre sus más altas metas el proveer al sistema judicial con la mejor solución posible y la más compatible con la falibilidad humana. Habiendo alcanzado dicha solución, el libro se cierra. La ley sabe, y todos nosotros también lo sabemos, de que,*

---

original del jurado al final del juicio quedara siempre abierto a la duda, ¿no serían igualmente dudosas las decisiones de las cortes de apelación y los veredictos tras un nuevo juicio? Nos enfrentamos a un escenario de “infinita regresión”. Si dos juicios están bien, ¿por qué no tres, o cuatro, o.....?”. ROBERTS, Paul: “*Double Jeopardy Law Reform: A Criminal Justice Commentary*”, (2002) 65 *Modern Law Review* 393, 400, 421.

<sup>440</sup> Fallo de la Corte Suprema de Canadá in re *Sherrat*, R v G, [1996] 3 S.C.R 362, par 13 voto del Juez Cory, Canadá.

*en algunas ocasiones, nuevo material puede ser hallado y que él podría conducir a un resultado diferente. Pero en el interés de la paz, la certeza y la seguridad, la ley previene contra posteriores indagaciones”.*<sup>441</sup>

La **cuarta razón** es la aspiración de cualquier sistema judicial de que **los juicios** que se celebren **signifiquen un final, la decisión definitiva y más importante del caso**. Que ellos permitan clausurar las heridas a las víctimas y darle al acusado la certeza de una definición al litigio. Si los veredictos fueran continua y rutinariamente revocados, la capacidad del acusado, de la sociedad y de las víctimas para dejar atrás los hechos en disputa se vería demorada y el mensaje normativo proyectado por el veredicto del juicio quedaría diluido.<sup>442</sup>

La **quinta razón**, que veremos más ampliamente en la parte II a partir de la investigación empírica de Kalven & Zeisel, obedece a un dato duro e irrefutable: en el 78% de los casos, los jueces técnicos coinciden con los veredictos de los jurados. Esto tiene muchas lecturas. La principal aquí es que los jurados llegan a resultados que, en su abrumadora mayoría, son los mismos a los que hubieran llegado los jueces profesionales. Lo interesante es que en el 22% restante, los jurados absolvieron cuando los jueces hubieran condenado.<sup>443</sup> Este dato empírico tan fuerte está también presente en la percepción de gran respeto que tienen las cortes revisoras por los veredictos de los jurados, a los que miran como básicamente justos y los mismos que ellos hubieran rendido.

Entonces, la deferencia hacia los veredictos del jurado y hacia su firmeza, una vez emitidos tras un *fair trial*, son preocupaciones centrales para cualquier corte del *common law* que opera como revisora de los veredictos de los jurados. Para resumir los argumentos de todas ellas, la Corte Suprema de Australia comentó recientemente que

*“el dogma central y predominante del sistema judicial es que las controversias, una vez resueltas, no pueden ser reabiertas, excepto en unas pocas y estrechamente definidas circunstancias. El sistema de impugnación es la principal habilitación contra este principio general. Pero, aún en esa sede revisora, la importancia de la firmeza permea a la ley.”*<sup>444</sup>

---

<sup>441</sup> Precedente inglés de la Cámara de los Lores en 1977 de una niña que se presentó con su tutor *ad litem*. Se lo llamó “*The Amphill Peereage Case*” y fue decidido con el voto líder del juez Lord Wilberforce. House of Lords *in re “a child appearing by her guardian ad litem”* 1977 AC 547, 568 G-H, Inglaterra.

<sup>442</sup> HAMER; David: “*Wrongful...*”, op.cit., 2014, p. 281, con citas a múltiples fallos de la Corte Suprema de Justicia de Australia.

<sup>443</sup> KALVEN, Larry & ZEISEL, Hans: “*The American Jury*”, Little Brown, Estados Unidos, 1966.

<sup>444</sup> Fallo *D’Orta-Ekenaike v Victoria Legal Aid* (2005) 223 CLR 1, 17 [34] Australia.

### 3. Diferencias y similitudes con la tradición revisora del *civil law*

Muchos de los antijuradistas de Argentina o del *civil law*, o aquellos que simplemente ven todavía al jurado con cierta desconfianza cultural, suelen utilizar como latiguillo las explicaciones anteriores para afirmar que en el *common law* la revisión de las condenas por hechos es “*restringida*”. Ya demostramos que esto es una falacia. Las cortes revisoras del *civil law* sólo empezaron a abrir sus recursos a los hechos recién en 2005, cuando el *common law* lo practicaba desde por lo menos 200 años antes y **revocaba condenas injustas por prueba insuficiente de los hechos**.

Por otra parte, las cortes revisoras argentinas, latinoamericanas y de Europa continental operan exactamente igual a lo que critican: **la inmensa mayoría de las sentencias de la Cámara de Casación Federal o locales en el *civil law* son confirmatorias de las condenas**. También ellas son reacias a interferir con las condenas dictadas por jueces profesionales, con lo cual, ¿cuál es la crítica a esa supuesta “*restricción*” revisora? El argumento es puramente circular, efectista y **encubre la más grande diferencia entre ambas tradiciones jurídicas** sobre el punto: las cortes revisoras del *civil law* se destacan por revocar cotidianamente absoluciones dictadas por los jueces profesionales a partir de recursos de los acusadores (en nombre de la *justicia*), algo que jamás ha sucedido en la historia del *common law*. En el *common law*, el recurso siempre fue una garantía del acusado; en el *civil law*, jamás lo fue, ni lo es. Por más que los Pactos Internacionales de Derechos Humanos se lo impongan con toda claridad, ningún país de la órbita del *civil law* parece querer desprenderse de la rémora autoritaria de concederle recurso a los acusadores.

### 4. Origen de la firmeza del veredicto. La Regla del Secreto y el derecho humano a un final para el litigio.

¿De dónde y cómo surgió la firmeza de los veredictos del jurado?

En el derecho procesal del *common law*, el punto de entrada para el estudio de la cuestión de la firmeza del veredicto del jurado es siempre la Regla del Secreto del Jurado. Es una regla que lleva siglos de vigencia y que está diseñada para preservar la garantía misma del juicio por jurados.

La Regla establece que el jurado no exterioriza los motivos de su decisión. Es decir, no se los puede obligar bajo ningún modo a testimoniar acerca de qué sucedió en el *jury room*, ni pueden hacerse públicas sus deliberaciones, ni se les puede exigir que den las razones para su veredicto. De hecho, cualquier revelación es

castigada como si fuera un delito. La doctrina se refiere a este secreto en sus dos versiones: hay un secreto interno de la deliberación en sí misma (qué se discutió, cómo votaron, cuáles fueron los argumentos) y hay un secreto externo a ella que es no expresar los motivos del veredicto. Se la llama, correctamente, la *Anti-impeachment rule* o regla anti-impugnación.

La principal función de la Regla del Secreto es que los jurados necesitan del secreto para poder pensar en voz alta dentro del *jury room* y para poder decir **todo** lo que piensan con total libertad, sin que nadie los controle y, además, sin que nadie después se entere qué anduvo diciendo cada uno. ¿Por qué? Porque estos intentos desgraciadamente ya sucedieron en la Historia, como vimos ampliamente. Miles de jurados ingleses del Medioevo pagaron un altísimo costo en términos de privación de su libertad, de su honra y de sus propiedades por la afirmación de esta hoy elemental garantía a la libertad de decisión que es propia de la modalidad de enjuiciamiento con jurados: se les debe asegurar la privacidad de las deliberaciones y la no revelación externa de los motivos de su veredicto. Sin su veredicto general, por la fórmula “*culpable o no culpable*”, el jurado no puede funcionar con propiedad ni libertad.

Efectivamente, en la época de los Estuardo, los reyes emplearon a jueces oficiales corruptos, tiránicos y por completo sumisos a los deseos de la Corona. Los jurados fueron severa y repetidamente castigados cuando rendían veredictos contrarios a ese poder. **Contra eso se estableció en su origen la Regla del Secreto –que le dio vida concreta a la garantía de la independencia judicial– y que permanece incólume hasta hoy con otras funciones adicionales, no menos importantes.** Luego veremos el análisis completo de toda la sistemática de la Regla del Secreto. Adelantamos que sirve para impedir el acoso posterior a los jurados tras su veredicto, eventuales represalias y venganzas, la burla a los jurados, etc. Por consiguiente, como los jurados tienen la garantía de que nada de lo que se diga en el *jury room* va a hacerse público y como tampoco tendrán que exteriorizar los motivos de su decisión, pues ellos entonces pueden decir lo que verdaderamente piensan sin ninguna atadura ni complejo. El sistema de justicia quiere exactamente eso, para asegurar la mejor calidad de esa otra gran garantía constitucional, como es la deliberación. El secreto, desde este aspecto, es la verdadera garantía constitucional del juicio por jurados, del mismo modo en que lo es para ejercitar el sufragio universal en una República libre y democrática.

**¿Cómo se fue construyendo de manera cultural la autoridad de cosa juzgada que detenta el veredicto?** Es difícil precisar un origen para el mismo, ya que los veredictos del jurado fueron siempre respetados en el lento derrotero de casi seis siglos que les llevó a los ingleses moldear la forma actual que tiene el jurado clásico. Pero la batalla libertaria del jurado por la defensa de la firmeza de sus decisiones (en realidad, de su independencia judicial y de su privacidad) comenzó en la época de los Reyes de la Casa Tudor (Estuardo), cerca del siglo XIV.

Hay una gran película inglesa, protagonizada por Orson Wells, que ganó seis premios Oscar en 1966, llamada “*Un hombre, Dos reinos*” -en inglés, *A man for all seasons*. La película muestra el juicio por jurados a Tomás Moro en 1535, que se oponía a la nulidad del matrimonio del Rey Enrique VIII con Catalina de Aragón para poder casarse con la protestante Ana Bolena. El film muestra mejor que ninguna explicación académica la naturaleza tiránica de la justicia de esa época: el fiscal y el juez alevosamente a favor del Rey, manipulando el juicio en contra del acusado y, cuando el jurado se estaba por retirar a deliberar, el fiscal se los impidió y les exigió que dictaran el veredicto allí mismo, en corte abierta y a la vista de todos. Ya sabemos qué les deparaba a esos jurados si rendían otro veredicto que no fuera el de culpabilidad. Terminarían presos, o arrastrados por carros por la ciudad para su deshonor, perderían todas sus propiedades, etc. Esas eran las clases de presiones a las que eran sometidos los acusados y los jurados de la época.

**Fue precisamente contra esa justicia despótica y venal que se afirmó la firmeza de los veredictos, junto con la Regla del Secreto,** circa 1670 y 1688, tras los juicios a William Penn y a los 7 Obispos de Londres. Los Tudor usaron a los jueces para sus fines personales y sus propias apetencias políticas y no para los propósitos de servir justicia. El juicio por jurados que ya se había desarrollado allí no hubiera servido de nada sin la afirmación posterior de estas garantías. **El principio del *double jeopardy* o doble riesgo se concretizó en esos años como un auxiliar natural y necesario del sistema de juicio por jurados y tuvo como objetivo político derrotar a estas administraciones corruptas.** ¿Por qué? Porque ellas usaban a las cortes de jueces profesionales para este aprovechamiento personal. El sistema de juicio por jurados allí no hubiera servido en lo más mínimo para derrotar ese tipo de agresión del Estado o de la Corona hacia sus súbditos si el veredicto unánime de esos doce hombres hubiera podido ser siempre sometido a la revisión de Cortes superiores totalmente corrompidas por el poder de la Corona.



Con lo cual, entonces, el *common law inglés* tuvo que determinar con precisión un punto del proceso para que el litigio contra el acusado tuviera un fin: lo ubicaron al final del juicio rápido, oral, público, con intermediación, continuo y con el veredicto general unánime de doce jurados del lugar del hecho. El veredicto del jurado produce una doble consecuencia de la máxima importancia para un sistema judicial respetuoso de los derechos humanos: 1) el pleito y el riesgo para el acusado se terminan; 2) para la víctima y la sociedad, ese veredicto representa también el final para los desgraciados eventos que les tocaron vivir, más allá del doble conforme que toda sociedad democrática le brinda al condenado.

Con el veredicto de *no culpable* del jurado, el acusado se retira libre para siempre de la sala del juicio. Con el veredicto de *culpable* del jurado, queda derrotada la presunción de inocencia y, si el acusado está con prisión provisional se termina su condición de preso preventivo y, si está libre, es arrestado en el acto si es que el delito es muy grave.<sup>445</sup> Así funciona desde hace siglos. Era la única manera de limitar la autoridad tiránica de esa época y de reafirmar el principio de Soberanía popular.

Hoy ya no tenemos reyes despóticos, no tenemos tiranos y, sin embargo, tal concepción ha permanecido porque después –y tras de cientos de miles de decisiones de jueces que sostuvieron que “los veredictos del jurado son finales”– se cristalizaron como garantías constitucionales en las Constituciones que llegaron a Europa y América con la Revolución Francesa. Allí quedó esta opción política de que el juicio termina con el veredicto del jurado al fin del juicio público, porque el acusado ya ha sido puesto una sola vez en riesgo y había que garantizar su seguridad individual.

---

<sup>445</sup> No está sucediendo lo mismo en Neuquén y provincia de Buenos Aires, al menos por el momento. Se trata de una cuestión, aquí sí, profundamente cultural y de larga tradición y el tiempo dirá el aspecto que toma la cultura del jurado en la Argentina. Toda la doctrina y jurisprudencia del *common law* sostienen que el acusado que impugna el veredicto de culpabilidad del jurado no se presenta ante el tribunal revisor como inocente, ya que dicha presunción fue destruida más allá de duda razonable por el *trier of facts* (sea jurado, sea juez) ,durante y luego de un *fair trial*. Por ende, le corresponde a él demostrarle al tribunal de revisión que su condena es injusta (cfr CHIESA APONTE, Ernesto: “*Derecho procesal penal...*”, op. cit., Vol. II, p. 66: “*La presunción de inocencia acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal hasta el fallo o veredicto de culpabilidad.....en procedimientos post-sentencia para revisar una determinación de culpabilidad, como en una moción de nuevo juicio, apelación o revisión colateral, ya la presunción de inocencia ha desaparecido, al ser refutada más allá de duda razonable a juicio del juzgador. De ahí que en esos procedimientos el acusado-convicto tiene la obligación de persuadir al tribunal de que debe dejarse sin efecto la condena o sentencia impuesta. La presunción de inocencia no cobija al acusado en la etapa apelativa.*”

Esto, que es chocante culturalmente para los juristas del *civil law*, debe ser puesto en contexto: la mayoría de los procesados en el *common law* llegan libres a un juicio rápido, bajo fianza. En la Argentina y los países con sistemas mixtos, nos incomodan -con razón- estas concepciones de la presunción de inocencia, pero debemos admitir que los juicios tardan años en realizarse y el 80% de los acusados está en prisión preventiva.

Pero otro de los motivos menos explícitos –que nos costará culturalmente dimensionar en su magnitud– es que **la Regla del Secreto del Jurado cumple la función crucial de asegurar la firmeza de los veredictos**. Cualquier manual o fallo del *common law* afirma que uno de los objetivos centrales del veredicto del jurado en un sistema de justicia es ponerle fin al litigio de manera definitiva. En otras palabras, el veredicto del jurado es final; el pleito se termina allí. Los sistemas de justicia con jurado clásico del *common law* –y también en aquellos países del *civil law* con la misma forma de enjuiciamiento– reconocen que **tanto el acusado como los acusadores y la sociedad misma tienen el derecho a que el litigio tenga un final, una definición en un plazo racional y previsible conocido por todos**. Le otorgan un valor supremo a esta cualidad del veredicto; que lo decidido por un jurado posea firmeza. Si no, ¿de qué sirve?; ¿cuál sería el sentido de movilizar a tantas personas y sacarlas de sus ocupaciones habituales?

Situaron dicho plazo racional para tornar concreto el derecho humano constitucional a una definición firme en un momento muy particular: al final del juicio público con el veredicto de un jurado. Sea que el caso fuere de naturaleza penal, civil, comercial, laboral o contravencional. En todos los casos, el veredicto del jurado “es” el final del litigio.<sup>446</sup>

**¿Cómo puede proteger el secreto la firmeza de los veredictos?** Muy sencillo: sin él, los litigantes podrían escarbar una y otra vez en las entrañas de sus deliberaciones o en los motivos para su decisión en busca de cualquier irregularidad que les sirviese para impugnar el veredicto. Los más importantes fallos de las Cortes Supremas de Justicia del *common law* desde hace más de tres siglos lo repiten una y otra vez: la regla del secreto, en sus aspectos externo e interno, protegen el valor último y crucial para los sistemas judiciales, que es que el litigio entre las partes tenga un final. Desde este punto de vista, la regla del secreto protege la firmeza del veredicto, el cual, una vez que es rendido, tiene la fuerza de un pronunciamiento definitivo con autoridad de cosa juzgada material.

Esta concepción es desconcertante para un jurista europeo continental o latinoamericano. Asignarle a la primera decisión -entre tantas posibles, según la cadena

---

<sup>446</sup>PASTOR, Daniel: “*El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*”, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2002. El más grande esfuerzo hecho en la Argentina para determinar el plazo razonable del proceso penal. Los anglosajones siempre tuvieron en sus Constituciones especial preferencia y respeto por el “*juicio rápido y ante un jurado imparcial de doce vecinos del lugar*”. Pero, por demás superior y destacable es el esfuerzo inmenso por construir un sistema judicial que le asigna a los veredictos del jurado un carácter final, firme y definitivo.

jerárquica de tribunales- el irreversible carácter de definitiva es sinónimo de “*injusticia*”.<sup>447</sup> Por eso, ¿por qué tanto énfasis e insistencia en la otra gran tradición occidental de justicia en el valor de la finalidad de esa primera decisión?

### **5. La afirmación del *double jeopardy* y la firmeza de los veredictos del jurado en el *common law*. Poderes de los acusadores.**

El veredicto del jurado es una decisión judicial y política emanada directamente del Soberano. Por provenir de manera directa de una representación del Pueblo -único titular del poder político en una democracia-, el veredicto del jurado goza de un estatus muy particular, reconocido constitucionalmente. Esta es una de las razones por la cual, en prácticamente todas las latitudes, el veredicto del jurado es irrecurrible.

Sólo en los casos en que el veredicto haya sido de culpabilidad o de no culpabilidad por razones de inimputabilidad, se permite que el acusado o su defensor puedan impugnar la sentencia posterior que establece las consecuencias de dicho veredicto. Como hemos visto, la amplitud de ese verdadero *double conforme* es total. Se trata de un momento culminante para la vida y la seguridad del individuo frente al poder penal del Estado. Cuando el jurado dice *no culpable*, la persona es definitivamente libre.

Fue la obra clásica del Juez Blackstone (1766), que tanta influencia ejerció en los constituyentes norteamericanos de 1776 y 1787, la que estableció para la posteridad el carácter de derecho humano básico, contenida en esta norma a quedar libre para siempre tras la absolución de un juez o un jurado.

“*El principio está asentado en la máxima universal del common law de Inglaterra, de que la vida de ningún hombre será expuesta más de una vez por la misma ofensa. Por el lo se permite como consecuencia que, una vez que un hombre es imparcialmente declarado no culpable de una acusación u otra per secución ante toda corte con competencia y jurisdicción por esa ofensa, puede alegar tal absolución ante cualquier acusación posterior por el mismo crimen*”.<sup>448</sup>

Durante siglos se mantuvo incólume en Inglaterra, Gales, Escocia e Irlanda este principio cardinal del Derecho de que, tras el veredicto absolutorio del jurado, el acusador carece de todo recurso contra él. Pero fue en los Estados Unidos en donde

---

<sup>447</sup> SAGÜÉS, Néstor. “*Derecho procesal constitucional*”, 2ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988. Para esta línea del constitucionalismo argentino, furibundamente antijuradista, impedirle al acusador recurrir la absolución de un jurado es vulnerar *las garantías del fiscal* (¿?). Maier trata a este auténtico y verdadero disparate como de “*tesis absurda y sin desperdicio*”. MAIER, Julio B. J.: “*Fundamentos...*” op. cit., p. 711.

<sup>448</sup> BLACKSTONE, William: op cit., Vol. IV, p. 335.

alcanzó dimensiones teóricas, técnicas y políticas definitivas. Por ejemplo, Peter Westen destaca el altísimo estatus que se le reconoce a los veredictos del jurado en la Constitución norteamericana, que es el modelo ideológico y político que adoptaron nuestros constituyentes:

*“El jurado tiene el mandato constitucional de representar la conciencia de la comunidad al aplicar la ley; y esto le confiere el poder de suavizar su rigor de inclusive anular la pena para evitar un castigo injusto. **Al tener el jurado la legítima autoridad para absolver a un acusado sin prueba, sería inconsistente permitirle al acusador desafiar semejante conclusión.**”<sup>449</sup>*

La Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, en uno de sus más importantes fallos sobre el *double jeopardy*, amplió aún más el concepto de inhumanidad y de zozobra moral que, para un individuo ya absuelto, supone la continuidad de su persecución, sea por nuevos juicios, por cualquier tipo de maniobras o manipulaciones del juez o los fiscales, o por un recurso del acusador tras una absolución.

*“La prohibición constitucional contra el *double jeopardy* fue diseñada para proteger a un individuo de ser expuesto a los peligros del juicio y posible condena más de una vez por una presunta ofensa. El *common law* no sólo prohíbe un segundo **castigo** por la misma ofensa, sino que fue más allá y prohíbe un segundo **juicio** por la misma ofensa, haya el acusado sufrido o no pena o no, o haya sido absuelto o condenado en el juicio anterior”.*

*La idea subyacente, que está profundamente arraigada en el menos el sistema angloamericano de la jurisprudencia, es que al Estado, con todos sus recursos y poder, no debe permitírsele hacer repetidos intentos para condenar a un individuo por una presunta ofensa, **sometiéndolo de este modo a la vergüenza, agastos, aun vía crucis y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad**, así como a aumentar la posibilidad de que, aunque inocente, se le encuentre culpable.*

*De acuerdo con esta filosofía, desde hace tiempo se estableció bajo la <sup>5ª</sup> Enmienda que **un veredicto absolutorio es definitivo**, poniendo final riesgo del acusado y, aún cuando no esté “seguido de sentencia alguna, es un impedimento para un posterior persecución por la misma ofensa” (*United States v. Ball*, 163 EE.UU. 66 2163 EE.UU. 671). **Por lo tanto, uno de los principios elementales de nuestra ley criminal es que el Gobierno no puede asegurarse un nuevo juicio por medio de un recurso de apelación, aunque una absolución pueda parecer errónea.***

*Es más, ni siquiera es esencial que un veredicto de culpabilidad o de inocencia se arribe a un juicio para que un acusado - que ya ha sido una vez puesto en riesgo - pueda impedir un segundo juicio por el mismo cargo. Esta Corte, al igual que mucha*

---

<sup>449</sup>WESTEN, Peter: “The Three Faces of Double Jeopardy: Reflections on Government Appeals of Criminal Sentences”, Michigan Law Review, 78(7), 1001-1065, EE.UU, 1980.

*sotras, hatomadolaposicióndequeelacusadoyaestáexpuestounavezqueessom etidoajuicioanteunjurado, demodoque, sieljuradoesdisueltosinsuconsentimiento, nopuedeser juzgadodenuevo... Estoimpidequeunfiscalounjuezexponganal acusadoaunasegundapersecuciónmediantelainterrupcióndeljuicio, cuando se aevidentequeeljuradonopodriacondenarlo”.*<sup>450</sup>

Los acusadores en el *common law* sólo pueden recurrir en las siguientes circunstancias: a) pueden recurrir el monto o clase de la pena impuesta tras una condena y b) pueden recurrir, como ya vimos, la absolución perentoria dictada por un juez tras un veredicto direccionado. No podrán nunca recurrir la absolución dictada por un juez tras un jurado estancado.

### 6. La firmeza del veredicto y el *ne bis in idem* o *double jeopardy*

Las sentencias de los jueces profesionales en el *civil law* no son firmes, ni definitivas, ni finales porque, entre otras muchas razones, las absoluciones pueden ser impugnadas sin límites por el acusador (estatal o privado).

Lo cual nos lleva a otro interrogante de mucho interés: ¿por qué entonces jamás los acusadores (el Gobierno) en el *common law* tuvieron la posibilidad de impugnar o recurrir los veredictos de “*no culpabilidad*” del jurado? Esta regla -que se hunde en el fondo de los tiempos- no proviene de la nada, ni es una decisión arbitraria o antojadiza de la ley. Es el producto de una cultura de ejercitar la ley y de concebir al poder que ya lleva siglos. Tampoco viene exclusivamente de la Historia; hay una parte que sí, pero esto está íntimamente relacionado con este otro instituto que renace con fuerza al implementar el jurado que es el *double jeopardy* (doble riesgo de condena, doble exposición) o *ne bis in idem*, para los países del sistema mixto.

Tanto el *civil law* como el *common law* reconocen sin dudas la regla que impide la múltiple persecución penal desde la época de la Antigua Roma. Si ambos ordenamientos se rigen por la misma garantía, ¿cuáles son entonces las diferencias entre cómo se concibe y cómo se ejecuta la regla contra el doble riesgo de condena en ambos sistemas?

**Exactamente este es el quid de la cuestión.** La diferencia radica no en su concepto, sino en su aplicación práctica y concreta. Esto tiene una implicancia enorme hacia el exterior e interior de todo el sistema judicial.

La diferencia crucial es que la garantía del *ne bis in idem* gira en el *common law* en torno del juicio por jurados y de la centralidad del juicio público. El juicio por

---

<sup>450</sup>Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos in re *Green v United States*, 355 EE.UU. 184 (1957).

jurados es el sistema de enjuiciamiento por excelencia en su cultura y en sus Constituciones. En el *common law* no se concibe esta garantía contra la doble exposición si no es en referencia al juicio por jurados, que es el eje histórico e indiscutido de todo su sistema judicial, aun cuando también realice quizás muchos más juicios con jueces técnicos. Pero su base ideológica gira en torno del juicio por jurados. Fue el jurado el que logró materializar en épocas aciagas la garantía de impedir una múltiple persecución a la Corona después de rendido su veredicto.

En cambio, en Argentina y en todo el *civil law*, el riesgo jamás se agotó con la sentencia del juez profesional al final del ¿juicio?, sino con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Eso sí: solo luego de recorrer durante años el interminable espinel de recursos por todo el resto de la cadena jerárquica de los “tribunales superiores”, cada vez mayores en número (cámaras de apelación, cámaras de casación federales y nacionales, cortes supremas locales, etc).

El eje del sistema judicial del *civil law* jamás fue el jurado ni el juicio público, sino que el núcleo central de su poder giró siempre en torno a dos fenómenos culturales: 1) el expediente escrito de la instrucción a cargo de un juez plenipotenciario y 2) una burocracia administrativa compuesta por jueces profesionales y cuya cúspide es la Corte Suprema de Justicia (ayer, el Rey).

Julio Maier fue quien sintetizó mejor que nadie cuáles fueron los hijos dilectos de la Inquisición: la escritura, el juez profesional, la delegación de los trámites en subalternos, la ley estatutaria, un proceso secreto con tortura basado en la confesión, la motivación de las sentencias para control posterior del Rey y el otro gran invento inquisitorial: el recurso jerárquico para llegar hasta el Monarca, aún en cabeza del acusador o de oficio.

En el *common law*, el riesgo para el acusado termina con el veredicto del jurado. Pero, en cambio, en nuestro sistema mixto inquisitorial, termina con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia. En el *civil law* tenemos primero la decisión de un tribunal con tres jueces profesionales; decisión que nunca asumirá carácter definitivo, ya que luego sobrevendrán por lo menos cuatro decisiones más. No importa si son absoluciones o condenas. Todo sube hacia arriba de la pirámide en busca de la definición última.

Llegará quizás el día en que nuestra Corte Suprema Federal se pronuncie alguna vez que, contra una decisión absolutoria al término de un *fair trial* (con o sin jurado), ni el fiscal ni el querellante tienen recurso alguno, conforme claramente lo estipulan los

Pactos Internacionales de Derechos Humanos desde 1994.<sup>451</sup> Sus pares de las democracias constitucionales del *common law* ya llevan siglos afirmando que la absolución es siempre final y que no existe recurso posible para los acusadores.

Sin embargo, la tradición inquisitorial repugnó siempre la idea de que el juicio público fuera la única instancia y, por consecuencia, que la decisión al final de él fuera definitiva. Los acusadores siempre pudieron impugnar las absoluciones sin límite alguno, porque el monopolio del Poder lo detentó siempre el Rey. Nunca el Pueblo. El Monarca ya es cosa del pasado, pero ha sido reemplazado por las castas superiores judiciales que él ayudó a crear.

Por eso en Argentina, Alemania, Italia, España o cualquiera de los países del *civil law* va a haber que esperar a la resolución de la Cámara de Casación, va a haber que esperar a la decisión de la Corte Suprema de la Provincia y también va a haber que esperar a la decisión de la Corte Suprema Federal. Solo una vez que se exprese la Corte Suprema Federal finaliza el riesgo. Recién allí. No hay garantía individual para el acusado a la única instancia, la cual deviene natural de la centralidad del juicio público que provoca la existencia de un jurado.

Lo que se registra en nuestro margen cultural es un derecho ilimitado concedido al acusador; un proceso de “*múltiple instancia*”. El acusador (privado o estatal) tiene amplios poderes para recurrir a toda la cadena jerárquica de la organización judicial, enterrando así la garantía de única instancia y juicio por jurados.

La pregunta es obvia: ¿cómo no van a durar nuestros procesos hasta veinte años, inclusive con gente en prisión? ¿Cómo es posible que sigamos tolerando desde hace seis siglos que los procesos no tengan un fin definido en el tiempo? ¿Que tengamos juicios que no se sepa a ciencia cierta cuándo terminan? y ¿por qué, en cambio, el veredicto de doce hombres o mujeres por unanimidad tiene una fuerza tan grande que pone fin a un procedimiento?

---

<sup>451</sup> Lo máximo que llegó nuestra Corte Suprema, en el fallo in re *Arce* (Fallos 320:2145), es a admitir que el recurso es una garantía constitucional exclusivamente a favor del condenado: “...la garantía del derecho a recurrir ha sido consagrada sólo en beneficio del inculpado. Cabe concluir, entonces, que en tanto el Ministerio Público es un órgano del Estado y no es el sujeto destinatario del beneficio, no se encuentra amparado por la norma con rango constitucional, **sin que ello obste a que el legislador, si lo considera necesario, le conceda igual derecho**”. Esta última frase es una incongruencia. Lo que debería hacer la Corte es lo mismo que hizo la Corte norteamericana en *Green*: imponer todas las consecuencias de su propia doctrina legal. Estos es, declarar que el recurso del acusador contra la absolución es inconstitucional. O, al revés, confirmar que son constitucionales (y no meramente opciones del legislador, que se pueden cambiar una y otra vez), las normas de las leyes de jurado que impiden por completo al acusador público o privado impugnar la absolución.

Esta marcada diferencia de comprensión y de aplicación del *ne bis in idem/double jeopardy* en las dos grandes tradiciones jurídicas de Occidente se explica porque el centro del sistema judicial en el *common law* gira en torno al juicio por jurados (fuente soberana del poder del Pueblo).<sup>452</sup> En cambio, en los países del *civil law* eso no es así; todo el sistema judicial está estructurado en torno a la concentración del poder, ayer en el Rey Sol (fuente divina de todo el poder) y hoy en lo que quedó del monarca, que es una Corte Suprema situada en la pirámide de una jerarquía autoritaria de jueces de distinto rango. El riesgo termina recién cuando la Corte Suprema de Justicia de cada país se pronuncia. Ha sucedido que, merced a la bilateralidad del recurso concedida sin límites a los acusadores públicos (y parcialmente a los privados), esa misma Corte Suprema de Justicia ha ordenado condenar a imputados absueltos o les ha aumentado la pena.

Entonces, ¿cuál es la seguridad de esas personas que son llevadas a juicio una vez, pero que tienen que atravesar el insoportable trance de sucesivas etapas durante décadas y que, inclusive, no tienen la certeza de que finalmente vayan a terminar condenados, como ha sucedido?

La Corte norteamericana, como ya vimos en *Green vs. United States* de 1957 describió a este derrotero inhumano como lo que verdaderamente es: un *via crucis* kafkiano.

Inclusive, a principios del siglo XX, más precisamente en 1905, la Corte Suprema norteamericana se pronunció sobre las diferencias del *ne bis in idem* entre las dos tradiciones de justicia de Occidente en un fallo un tanto extraño llamado “*Trono vs. United States*”, 1905. 199 U.S. 521, que era un caso de Filipinas –que venía del sistema español y había sido anexado fugazmente a Estados Unidos– y toda esta cuestión se discutió ampliamente.

**Pero lo que importa saber es por qué entonces la sentencia del juez profesional hoy en la Argentina es simplemente provisoria.** Los jueces cuando dictan sentencia al término de un juicio público, muchas veces están pensando más en “*qué va a decir la Cámara o el Gobierno de mi fallo*”, cosa que los jurados jamás se preguntan.

Entonces, la sentencia de los tribunales profesionales siempre ha sido un consejo o una propuesta de solución de un caso con la mirada puesta en la cúspide de la

---

<sup>452</sup> CARRIÓ, Alejandro D.: “*El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*”, EUDEBA, Buenos Aires, 1990, capítulo 3°.



pirámide organizacional. Siempre ha debido esperar la ratificación definitiva de las Cortes superiores.

El mensaje es: *hay que esperar*. Esa es la naturaleza del sistema inquisitorial en su parte más sutil. **En la demora está la fuente del poder**. Dejar un caso abierto *sine die* es el ejercicio concreto del poder autoritario y la verdadera intención que tuvo la maquinaria inquisitorial. El poder no está en la definición (con el veredicto del jurado en el *common law*); el poder está en el trámite (como en el prolongado recorrido jerárquico del *civil law*).<sup>453</sup>

Además, se le concede al Gobierno la posibilidad de recurrir las absoluciones todas las veces que desee hasta obtener la condena. Este es uno de los signos distintivos de nuestra cultura jurídica, y es algo impensable con el sistema de juicio por jurados.<sup>454</sup>

Con lo cual podemos afirmar algo que en el *common law* está muy claro: un juicio es un juicio ante un jurado y, una vez que el jurado da su veredicto, el pleito finaliza allí.

En cambio, en nuestros países del *civil law*, un juicio es concebido como “*todas las instancias necesarias hasta llegar a la Suprema Corte de Justicia*”, con lo cual el juicio es un proceso continuo, farragoso y eterno, provocado por cualquiera de las dos partes y que solo termina cuando la Corte Suprema de Justicia se pronuncia.

Se puede percibir entonces cómo, a pesar de reconocer el mismo principio del *double jeopardy* o *ne bis in idem*, cambia centralmente su aplicación porque el *common law* está concebido y gira en torno exclusivamente al juicio por jurados y a su veredicto firme, final y definitivo, y el *civil law* orbita en torno al agotamiento de las relaciones de poder de la cadena jerárquica.

---

<sup>453</sup> BINDER, Alberto: “*Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal*”, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.

<sup>454</sup> La única excepción es Canadá, aunque dicho país tiene mayoría de territorios que pertenecen al *common law* y otros, como Québec, que pertenecen al *civil law* neorromanista. Del mismo modo, hay también en Estados Unidos presencia de tradiciones y elementos del *civil law*, en Estados tales como Louisiana. En Canadá se permite un recurso fiscal contra la absolución, limitado solamente a la existencia de un error de derecho, cuando se demuestre que él influyó fehacientemente en el veredicto de *no culpable*. Algo así sólo es posible por la redacción ultra-restrictiva que tiene el *double jeopardy* en el artículo 11 inciso “h” de su Constitución. El mismo **no sitúa el fin del riesgo al término del juicio público, sino cuando nadie más haya recurrido**: “*Todo acusado de un delito tiene el derecho a...h) si ha sido finalmente absuelto por el hecho, a no volver a ser juzgado por él y, si ha sido finalmente hallado culpable por el hecho, a no ser de nuevo juzgado o penado por él*”. Muchos consideran que la redacción de esta norma constitucional obedece a una concesión política a la parte francesa del Canadá. Pero como Canadá ha suscrito el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que concede recurso sólo al condenado, el artículo 11 h de su Constitución es, paradójicamente, inconstitucional o, al menos, tiene serios reparos de constitucionalidad. Igualmente, el número de recursos fiscales es muy bajo por las grandes limitaciones procedimentales que tiene.

Además, el juicio por jurados no se concibe sin poner en primer plano a la centralidad del juicio público. En el sistema mixto argentino y europeo-continental, el juicio público no es lo más importante. En muchos países, sigue siendo la instrucción preparatoria y el recurso las etapas decisivas para los abogados. La concepción del *ne bis in idem*, tal como la aplicamos en el *civil law*, está indisolublemente conectada con un sistema que Maier ha llamado “*feudal*”. Ese sistema reserva la decisión final a la Corte Suprema y mantiene un diseño con la idea de la centralidad, ya no en el juicio público, sino en el trámite de un expediente escrito que debe pasar por varias manos “*superiores*” antes de finalizar de una buena vez.

El ¿juicio público? que nosotros practicamos acá en la Argentina y que se hace en Europa Continental no reviste el carácter definitivo que le da su concepción ficta como garantía de única instancia, sino que es una fase meramente provisoria a la espera de que llegue la decisión verdaderamente importante, que no es la que se toma allí. El juicio en el *civil law* siempre estuvo subvalorado. En la otra parte del mundo occidental –de sólida tradición democrática por siglos– el juicio es central y su decisión es definitiva y siempre reconoció el derecho del acusado al doble conforme amplio –por hechos, prueba y derecho–contra la condena. En la otra parte del Occidente europeo-continental –de tradición totalitaria (nazismo, fascismo, franquismo, estalinismo) y que solo conoció la democracia plena después de 1945– es provisional y nunca permitió al acusado revisar los hechos. Hay que esperar años allí.

Pero todo el procedimiento anglosajón con jurados, de cualquier fuero o rama del derecho, gira en torno al juicio por jurados, al punto tal que un gran jurista inglés en 1904 dijo que un procedimiento en el *common law* sin el juicio por jurados es como ir a ver una representación de Hamlet sin Hamlet. Es decir, es inconcebible. ¿Cómo va a explicar un teórico del *common law* el *double jeopardy* si es en referencia al jurado? En el *common law*, y también entre los que redactaron las constituciones revolucionarias latinoamericanas de la Patria Grande del siglo XIX, el objetivo primordial fue que la única autoridad sea el jurado. Que fuera la autoridad suprema dentro el Poder Judicial. En el *common law* esto no hay ni que explicarlo; es natural que la administración de justicia le corresponda al Pueblo soberano. Jamás le dejarían semejante poder al Gobierno, porque se tuvieron que defender durante siglos de las maquinaciones de reyes despóticos y tiránicos como la historia jamás conoció.

Pero ahora que no hay reyes despóticos ni tiranos de los que debemos protegernos, podemos preguntarnos ¿para qué otros fines sirve actualmente la función

de firmeza del veredicto del jurado? La respuesta es propia de una República libre y democrática, que conserva como uno de sus máximos valores la presunción de inocencia, la limitación del poder punitivo y la noción de un juicio justo (*fair trial* o *debido proceso legal [due process of law]*, como lo llaman los anglosajones). Es decir, si ha habido un juicio plenamente público en paridad de condiciones para el acusador y el defensor, un juicio legal en donde hubo un solo riesgo para el acusado de que el fiscal lo condenara, pues bien, allí termina ese riesgo porque, si no, no se podría vivir en una sociedad democrática que proteja la vida y la seguridad de sus habitantes.

### **7. La firmeza del veredicto en la Argentina: centralidad del juicio.**

Las leyes del jurado en la Argentina le asignan un valor crucial a la firmeza de los veredictos. Buenos Aires es la más avanzada de todas, prohibiendo cualquier tipo de recurso fiscal o del acusador privado contra la absolución del jurado. Neuquén, Río Negro y Chaco han seguido los lineamientos del Código Procesal Penal Modelo de Iberoamérica de 1988, que permite un recurso contra la absolución del jurado sólo si el fiscal comprueba efectivamente que el veredicto fue producto del soborno. Es un escenario que no se dio jamás en diez años de jurado en Córdoba y los que ya llevan el resto de las provincias. El recurso fiscal por estos motivos es inexistente en la Argentina. Se trata de una norma inútil, que sólo puede encontrar algún sentido en que haya sido dictada para calmar las ansiedades y conciencias políticas de un cambio cultural tan drástico. Como veremos en la parte II, el soborno a los jurados es perfectamente resuelto **antes del veredicto** sin necesidad alguna de darle recurso al fiscal **luego de él**.

Sólo gracias al jurado se ha podido cumplir en la Argentina con el mandato constitucional de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de que la decisión absolutoria al terminar el juicio público representa el final del caso contra el acusado. El veredicto absolutorio del jurado es cosa juzgada material y, hasta el momento, nadie ha cuestionado esta norma. Estas normas poseen un contenido revolucionario para un país del *civil law* como es Argentina. Están destinadas a quebrar para siempre (¡por fin!) con el método ratificatorio recursivo, propio de la organización judicial jerárquica, que fuera copiado exactamente del modelo mixto napoleónico y que aun hoy informa por completo a nuestra cultura judicial, salvo por el jurado.

Las leyes del jurado argentinas han iniciado el auspicioso camino de devolverle al juicio público la centralidad que jamás tuvo en el sistema mixto inquisitorial. Allí, la tensión política y la definición se desplazan, en cambio, *hacia arriba*, hacia la sentencia

de la Casación y de la Corte: allí están los jueces “superiores”, *los que saben* (Maier dixit)<sup>455</sup>, los que tienen la última palabra. En el camino quedaron un juicio y una sentencia degradados, de carácter secundario y provisional.

Lo que sucede en la Argentina es doblemente auspicioso dada la realidad de los sistemas judiciales de Europa continental. En ellos, la cultura del recurso y la lógica ratificatoria de la *consulta* todavía gozan de excelente salud y rechazan epitelialmente al órgano por antonomasia que termina con ella: el jurado y su veredicto final, firme. Sin embargo, el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, en dos de los primeros fallos revisores respecto del sistema de jurados, se pronunció declarando improcedente el recurso de un fiscal que se agravió de la constitucionalidad de la norma que establece que el veredicto de *no culpabilidad* del jurado es irrecurrible. Ambos fallos tuvieron una amplia repercusión en el país, pues los jueces de casación enviaron un mensaje directo de seguridad jurídica a las partes en un proceso: el juicio se hace una sola vez y, si el jurado absuelve, no hay recurso alguno. Es el final.<sup>456</sup>

---

<sup>455</sup> MAIER, Julio B. J.: “*Discurso de Clausura*”, op cit., 2014.

<sup>456</sup> Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala VI, Causa N° 71.912 (“*López, Mauro Gabriel s/ recurso de Queja interpuesto por Agente Fiscal*”), 04/02/16. Los párrafos más salientes del fallo aquí: “...Es lógico que el propio Estado no pueda invocar garantía alguna en su beneficio, precisamente porque éstas constituyen límites al poder estatal...”; *De esta forma, vale lo dicho por la Corte Federal: “...la garantía del derecho a recurrir ha sido consagrada sólo en beneficio del inculpado. Cabe concluir, entonces, que en tanto el Ministerio Público es un órgano del Estado y no es el sujeto destinatario del beneficio...”*; “*Con la instauración del juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires, el legislador local ha decidido obturar la posibilidad de recurrir el veredicto absolutorio (arts. 20, inc. 3, 371 quáter, inc. 7 in fine, 450 y 452 in fine, CPP)*”; “*Se trata de una decisión legislativa que se apoya en la naturaleza que ostenta el enjuiciamiento por jurados populares. El jurado, políticamente, no es otra cosa que la exigencia –a efectos de tornar posible la coerción estatal (la pena)– de lograr la aquiescencia de un número de ciudadanos mínimo, que simboliza, de la mejor manera posible en nuestra sociedad de masas, política y no estadísticamente, la opinión popular (cfr. MAIER, DPP cit., t. I, 2004, p. 787); motivo por el cual, la absolución del jurado impide la utilización de la herramienta recursiva, cualquiera que sea la valoración del veredicto: justo o injusto frente a la ley*”; “*En otros términos: el jurado es expresión de la soberanía del pueblo, cuya voluntad no puede ser cercenada por alguno de los poderes del Estado; luego, sería lo mismo que exista algún mecanismo legislativo que busque torcer el resultado de una elección de autoridades, lo cual es inadmisibles*”; “*La circunstancia que se haya posibilitado el supuesto inverso, que el imputado recurra el veredicto condenatorio, persigue conciliar la garantía del acusado a ser juzgado por sus conciudadanos (arts. 24, 75, inc. 12, y 118, CN) con la de recurrir el fallo condenatorio (arts. 14.5, PIDCP; 8.2.h, CADH). En otras palabras: el reconocimiento de una garantía no puede anular, al mismo tiempo, otra*”; “*En resumen, el Ministerio Público Fiscal es un órgano del Estado que, por tal, no es titular de la garantía que invoca; su posibilidad de recurrir se halla supeditada al diseño procesal que el legislador local instituya. Más sencillamente: el recurso es para el Estado una potestad legal que, en este tipo de casos, no ha sido concedida (arts. 20, inc. 3, 371 quáter, inc. 7 in fine, 450 y 452 in fine, CPP)*”.

El fallo fue elogiosamente comentado por el propio Julio Maier, en una nota digital que tituló “*Transformer*” y en la que, además, no se privó de criticar abiertamente la incongruencia del fallo “*Arce*” de la CSJN. Ver en <http://www.juicioporjurados.org/2016/02/julio-maier-destaca-sentencia-de.html>

Un precedente inglés de 1966 estableció que, una vez que los jurados han dado su veredicto, que éste ha sido aceptado por el juez y que el jurado ha sido disuelto, **no están en libertad de decir que en realidad quisieron decidir otra cosa.**

*“Hay un doble razonamiento: primero, para asegurar la firmeza de las decisiones alcanzadas por el jurado; segundo, para proteger al propio jurado y prevenir que queden en puestos apresiones o a ser inducidos a dar explicaciones o a alterar sus puntos de vista. Si esto se permitiera, ¿dónde está el final? Una vez que el jurado ha solemnemente declarado a un hombre “culpable” y éste ha sido sentenciado, ¿están en libertad de volver al día siguiente para decir que, en realidad, lo encontraron “no culpable”? Esto no puede ser”.*<sup>457</sup>

## PARTE II

### El veredicto del jurado y sus dispositivos de control de partes

#### § 1. Breve introducción y descripción

---

<sup>457</sup> “*Boston v W S Bagshaw & Sons*” (Note) [1966] 1 WLR 1135, 1136, voto del juez Lord Denning MR, UK.

Comienza aquí el estudio a fondo de los múltiples dispositivos que, históricamente y en la actualidad, justifican la afirmación de que el veredicto de los jurados es la decisión judicial más fundamentada de los sistemas judiciales, sin necesidad de expresión escrita u oral externa a ellos.

El veredicto del jurado obtiene este estatus de decisión superiormente fundada mediante la aplicación estricta de la lógica del método acusatorio: es decir, de la epistemología del litigio y del control total de partes.

En el acusador recae la carga de probar la verdad de los hechos que alega en un juicio público, repleto de intensos dispositivos particulares de control, ante un jurado imparcial y más allá de toda duda razonable. El acusador debe formular una acusación, llevar prueba al debate, atravesar el filtro de admisibilidad de la prueba ante un juez imparcial, someterla al test de la contraparte y justificar sus conclusiones racionales para la condena en los alegatos de clausura antes de que el jurado emita su veredicto.

Hemos elegido los seis principales mecanismos de control de partes que hacen del veredicto del jurado una decisión única e incomparable. Varios de ellos son inexistentes en el juicio profesional del *civil law* y, por ende, debilitan su posición cualitativa y epistemológica como decisión judicial. Esa es la principal razón por la cual es imprescindible la motivación -escrita u oral- de las sentencias de los jueces técnicos.

Ellos son, en este orden:

- 1) el control popular de la investigación y la acusación (Gran Jurado);
- 2) la audiencia de *voir dire* (selección del jurado);
- 3) el litigio adversarial;
- 4) el rol imparcial del juez técnico en el juicio por jurados;
- 5) las instrucciones del juez al jurado y
- 6) la deliberación.

A su vez, por una cuestión de extensión, hemos decidido descomponer en capítulos separados el estudio a fondo del último de los mecanismos de control del veredicto, como es la deliberación. Por tal motivo, el estudio de las cinco salvaguardas que distinguen a las deliberaciones de los jurados de cualquier otra forma de deliberación judicial será analizado en cuatro capítulos adicionales:

- 1) el número de doce jurados;
- 2) el veredicto unánime;
- 3) La regla del secreto del jurado y

4) la composición aleatoria y plural del jurado y la accidentalidad de los jueces ciudadanos.

## Capítulo 5°

### Control popular de la investigación y la acusación.

#### Primer dispositivo de control directo sobre el veredicto.

##### § 1. El jurado como garantía de la máxima división de poderes dentro del proceso.

La historia demuestra que el jurado clásico jugó un rol absolutamente clave en la estabilidad del poder judicial inglés y del resto de las instituciones políticas. Lo que los franceses conquistaron con un baño de sangre entre 1789 y 1799, Inglaterra ya lo había consolidado en forma pacífica en años antes con la Gloriosa Revolución de 1688, que instauró definitivamente la monarquía parlamentaria moderna.

La máxima de Montesquieu «*no hay libertad más que cuando no se abusa del poder, pero es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de él y que sólo se detendrá cuando encuentre límites*». «*Para que no se pueda abusar del poder, es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder*»<sup>458</sup> nunca estuvo ceñida **solamente** a la clásica separación del poder entre la función ejecutiva, legislativa y judicial.

Dentro de la función judicial inglesa, el poder también estaba dividido muy claramente: *el sistema adversary* fue, desde épocas remotas, la comprobación histórica irrefutable que una concepción democrática del proceso sólo es posible si, internamente, el poder de acusar, de defender y de decidir se separa en funciones y actores distintos.

Más aún, el jurado clásico y la forma de su veredicto general representaron la más alta expresión de protección de las garantías y libertades individuales del Pueblo. Su sola existencia dentro del procedimiento señalaba que no sólo bastaba con que el poder en el proceso estuviera dividido en etapas y repartido en tres partes diferentes, **sino que la propia función de decidir también estuviera escindida entre el jurado popular y el juez**. A este jurado de doce miembros llamaron los anglosajones el “*Petit Jury*”.

Pero si a ello le sumamos que el sistema acusatorio del *common law* también separó la función de investigar y de

---

<sup>458</sup>MONTESQUIEU: “*El espíritu de las leyes*”, Libro Décimo primero, Capítulo VI, Ed. Porrúa, México, 1982.

acusarentreelGranJurado(*GrandJury*)yelfiscal, detalsuertequesinelpermisodeunjuradode  
23

vecinoselfiscalnopodíallevaranadieajuicio, puesentoncesestamosantelamáximaexpresión  
conocidaenelmundodeladivisióndepoderesdentrodeunsistemajudicial.

*“Y ello estableció una salvaguarda; esa doble barrera protectora de las libertades inglesas, tal como dice Blackstone, el Grand Jury y el Petit Jury”.*<sup>459</sup>

Si bien el *Grand Jury* fue abolido en Inglaterra en 1948 y no está todavía previsto en Argentina, se mantiene plenamente vigente en los Estados Unidos, donde tiene rango constitucional en su 5ª Enmienda y es una garantía fundamental del individuo para protegerse de un fiscal incompetente o malicioso y/o contra una acusación sin pruebas.<sup>460</sup>

Pero pocos conocen que el *common law* retiene todavía la figura del jurado para ciertas etapas iniciales de la investigación, sobre todo para determinar las muertes sospechosas, súbitas e inexplicables en centros de detención. En Inglaterra y Gales, se llama a este procedimiento “*Inquest*” y al jurado que actúa en él se lo conoce como “*coroner’s jury*”.

En Estados Unidos, el Gran Jurado de acusación no se limita sólo a valorar la prueba del fiscal para decidir si hay *causa probable (probable cause)* como para enviar a juicio a una persona. También tiene amplias facultades para investigar y/o controlar la investigación de la fiscalía. Va mucho más allá del mero control de la acusación. El *Grand Jury* lleva a cabo, en ocasiones, investigaciones completas al lado del fiscal. El fiscal consigue testigos y demás pruebas para el eventual debate y las presenta en audiencia ante el Gran Jurado o, a veces, es el propio *Grand Jury* el que las produce. En California y Florida, inclusive, dichos cuerpos toman la forma de *Civil Grand Juries* que, además de las funciones mencionadas, se reúnen anualmente para chequear la manera en que los funcionarios municipales gastan el dinero público y, también, para investigar y detectar potenciales conductas de corrupción de los mismos.

---

<sup>459</sup>ESMEIN, A: “*A History of Continental...*” op cit, p. 457.

<sup>460</sup>EDWARDS, George John: “*The grand jury: considered from an historical, political and legal standpoint, and the law and practice relating thereto*”, Ed. Richard H. Ward, University of Michigan, 1906.



Es la democracia en su máxima expansión. Ningún sistema judicial del *civil law* puede siquiera exhibir semejantes niveles de desconcentración del poder, de control del Gobierno y de oralidad plena en esta fase. A la arrogante afirmación de Taruffo -que veremos en la parte III- acerca de la “*falta de democracia*” en los sistemas judiciales del *common law* -porque no motivan como los europeos- hay que contrastarla con este formidable ejercicio democrático que desencadena la presencia del jurado. Cualquiera sea la etapa -investigación, acusación o juicio- el jurado está allí para controlar de manera efectiva al Poder.

## § 2. El “*Coroner’s jury*” y la “*Inquest*”. *El jurado de denuncia.*

Desde tiempos inmemoriales, las jurisdicciones del *common law* condujeron investigaciones judiciales -llamadas *Inquest*- donde un *jurado de denuncia* (*coroner’s jury*) investigaba y determinaba las causas de la muerte de una persona en una audiencia con las pruebas a la vista. La expresión viene del latín *Quaestio*, ya que, efectivamente, la práctica existía en la época de la República en Roma.

El profesor Eduardo García, de la Universidad de La Plata, nos enseñaba, allá por 1938, que el *jurado de denuncia* aparece en Inglaterra tras la Assize de Clarendon (1166), dictada por el rey Enrique II. Recordemos siempre que los actuales jurados eran, en aquellas épocas, testigos de los hechos y no jueces:

*“El jurado reunido por el “coroner” tenía principalmente por misión informarse de las circunstancias que habían acarreado o acompañado toda muerte violenta o que no parecía natural. Buscaba al culpable y señalaba a aquel que le parecía sospechoso. Estaba compuesto por doce personas al menos, pertenecientes a localidades vecinas del paraje donde el hecho había ocurrido. Su acusación debía reposar al menos sobre la unanimidad de doce personas; lo cual era comunicado al “justicier” al momento de su paso”.*

*Para el año 1340, bajo el reinado de Eduardo III, este jurado de condado tomó el nombre de “grande enquete”.*

*Insensiblemente, el jurado de denuncia perdió su carácter para convertirse en un jurado de acusación”.*<sup>461</sup>

De tal modo, las funciones del *coroner’s jury* fueron absorbidas por el Gran Jurado. Sin embargo, cada vez que sucedía una muerte violenta o que no parecía natural, los ingleses continuaron recurriendo al “*coroner’s jury*” para determinar si un sospechoso por una muerte podía ser llevado a juicio en conexión con ella. Hasta el día

---

<sup>461</sup> GARCÍA, Eduardo Augusto: “*Juicio Oral Tomo III...*”, op. cit., 1938, p. 30 a 32.

de hoy lo hacen, bajo el nombre de *Inquest*. De modo similar al Grand Jury, este *coroner's jury* simplemente investiga y presenta cargos, no condena.

Desde 1988, la *Inquest* y el *Coroner's Jury* se continúan utilizando en Inglaterra y Gales, pero sólo para los casos en que la muerte haya ocurrido en la prisión, bajo custodia policial, cuando la haya causado un oficial de policía durante un procedimiento, en cualquier circunstancia que pueda afectar la seguridad y/o salud pública, **o cuando el juez así lo decida.**

Durante las audiencias, que son orales y públicas bajo la conducción de un juez de control de la investigación (*coroner*), el jurado escucha atentamente el desfile de testigos y peritos sujetos al examen directo y contraexamen. El o los sospechosos no pueden intervenir en su defensa en esta etapa. Al final de la *Inquest*, el jurado rinde su veredicto, por lo general vinculante, que puede ser: “*muerte natural*”, “*muerte accidental*”, “*caso fortuito*”, “*suicidio*”, u “**homicidio**”, **sin ningún tipo de aditamentos.** Si el veredicto es *homicidio* o *accidente culpable*, es casi inevitable el procesamiento y posterior juicio, donde el ahora acusado sí posee amplias posibilidades defensivas. Sólo en 2004, hubo en Inglaterra y Gales nada menos que 570 veredictos del *coroner's jury*. Muchos de ellos fueron seguidos de una muy alta exposición mediática y social.<sup>462</sup>

Como siempre, el cine nos ofrece posibilidades expresivas muy superiores a cualquier libro. La serie policial inglesa de TV *Prime Suspect*, protagonizada por la inolvidable actriz Helen Mirren, nos muestra una *Inquest* de punta a punta decidida por el veredicto de un *coroner's jury*. Se trata de un joven muchacho afroamericano que apareció colgado en su celda de la comisaría. La *Inquest* fue precedida de grandes manifestaciones de minorías raciales en Inglaterra. **El veredicto de esta clase de jurados es prácticamente el único reaseguro para una decisión verdaderamente independiente.** Un progresivo avance del juicio por jurados en la Argentina debería incorporar sin dudar este tipo de prácticas, ejercidas desde hace mil años, por el gran efecto preventivo que tendrían sobre las fuerzas de seguridad.

Comparemos esta práctica -oral y pública- de entregar al veredicto de los ciudadanos la *averiguación de causales sospechosas de muerte* con los sumarios escritos, secretos y completamente manipulados que son realizados en Argentina por las

---

<sup>462</sup>Lord Mackay of Clashfern (ed.) (2006) Halsbury's Laws of England, 4th ed. reissue, vol. 9(2), "Coroners".

propias agencias de seguridad sospechadas de la muerte y entenderemos mejor la naturaleza democrática de utilizar jurados no sólo para el juicio oral.<sup>463</sup>

### § 3. El Gran Jurado de Acusación.

El *Grand Jury* es el cuerpo legal de ciudadanos, facultado para investigar y acusar por cualquier potencial delito grave y para determinar si hay *causa probable* para dicha acusación, habilitando así el juicio público. Su función histórica -que, como vimos, databa desde la Carta Magna- es acusar a las personas que, prima facie, pudieran ser culpables de un delito. Pero el Gran Jurado es, a la vez, una institución que sirve como escudo y espada protectora (*Shield and Sword*) de los individuos contra acusaciones infundadas u opresivas.

Un Gran Jurado puede obligar a producir documentos y a hacer comparecer a testigos, inclusive por la fuerza pública. De tal forma, cumple funciones de acusación, pero también de investigación. Usualmente son 23 miembros y se requieren 12 votos para provocar un juicio. Sus actuaciones son secretas y conducidas por el fiscal, sin intervención ni del juez ni del acusado. Si bien todo es registrado taquigráficamente, el récord es secreto. La Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos desarrolló los fundamentos para mantener el secreto de estas actuaciones en varios fallos fundamentales.<sup>464</sup>

El veredicto general del Gran Jurado, rendido ante todos los demás jurados por su vocero, asume las siguientes dos formas: **a) “true bill” (hay acusación); b) “ignoramus” o “not true bill” (no hay acusación).**<sup>465</sup> **También, sin ninguna clase de aditamentos.** El primer veredicto indica que el Gran Jurado admitió que hay causa probable para la acusación del fiscal, por lo que dicha causa va a juicio público. El segundo significa el rechazo de la acusación por infundada.<sup>466</sup>

---

<sup>463</sup> “Prime Suspect”, capítulo 2 *Operation Nadine* (1992). Hacer click aquí Vdeo n° 64: <http://aajlitigacion.blogspot.com.ar/search/label/Prime%20Suspect>

<sup>464</sup> *Douglas Oil Co. of Cal. v. Petrol Stops Northwest*, 441 US 211 (1979). Los argumentos fueron: “si los procedimientos previos a la acusación fueran hechos públicos, muchos testigos potenciales dudarían en presentarse de manera voluntaria”; “los testigos que comparezcan ante un Gran Jurado probablemente no den testimonio de manera franca y completa”; y “está el riesgo de que aquellos a ser acusados huyan o traten de influenciar a otros miembros individuales del Gran Jurado”. Por último, “los sospechosos que son exonerados por el Gran Jurado no deberían ser expuestos al ridículo público”.

<sup>465</sup> GARCÍA, Eduardo Augusto: “Juicio oral Tomo III...”, op. cit., p. 33: “El gran jurado o jurado de acusación examinaba si los cargos llevados contra el acusado parecían o no fundados. En caso negativo, escribía en el reverso del bill: “**ignoramus, nosotros no sabemos nada**”. Si él creía fundada la acusación, escribía en el reverso: “**billa vera**”.

<sup>466</sup> El cine también muestra el funcionamiento del Gran Jurado. En este caso, en la serie de TV *La Ley y el*

La exigencia de que la acusación deba ser aprobada por un órgano judicial independiente, como lo es el Gran Jurado, provoca además que la fiscalía y la policía sean sumamente cuidadosas a la hora de presentar prueba. Ni qué decir de la funesta práctica de fraguar pruebas o de armar causas contra personas inocentes.<sup>467</sup>

### A. El *Civil Grand Jury* de California y Florida.

El *Civil Grand Jury* de California y Florida es el mismo Gran Jurado de acusación en materia penal, pero al que se le agregan dos funciones muy específicas:

**a) Controladuría de las responsabilidades de los funcionarios públicos.** Los jurados seleccionados prestan muchas horas de servicio para esto. El *Civil Grand Jury* puede examinar todos los aspectos del gobierno de la ciudad o del condado para asegurar que se cumpla el mejor interés de los ciudadanos. El *Civil Grand Jury* revisa y evalúa procedimientos, métodos y sistemas utilizados por el gobierno de la ciudad o del condado para determinar si pueden emplearse programas más económicos y eficientes. Para ello, el *Civil Grand Jury* está autorizado a: inspeccionar y auditar libros contables, registros y gastos financieros para asegurar que los fondos públicos estén correctamente adjudicados y legalmente gastados; inspeccionar registros financieros de todos los distritos; investigar las condiciones de detención en cárceles y demás centros de arresto; investigar a funcionarios y empleados públicos por conducta maliciosa de su función. Sus conclusiones son volcadas en Reportes que describen los problemas encontrados y las soluciones que se recomiendan. El gobierno comunal o de la ciudad debe opinar de manera pública sobre las sugerencias del *Civil Grand Jury*.

### b) Quejas ciudadanas

Como parte de su función, el *Civil Grand Jury* recibe cartas -que permanecen confidenciales- de los ciudadanos que alegan maltrato de funcionarios, sospechas de conducta o corrupción e ineficiencias gubernamentales. Las mismas son recibidas e

---

*Orden*, temporada 3° episodio 15 “*Mother of Love*”. Click aquí Video n° 63: <http://aajjlitigacion.blogspot.com.ar/2016/08/video-65-law-order-mother-of-love.html>

<sup>467</sup> Dos policías y el fiscal discuten en la víspera de una audiencia ante un Gran Jurado, convocado frente a un caso de criminalidad organizada contra la mafia de la construcción en Nueva York. Los policías consideran suficiente a la prueba para lograr una acusación. Pero el fiscal no ve las cosas del mismo modo y teme un fracaso ante el Gran Jurado. Se advierte el especial celo del fiscal en llevar prueba sólida para garantizar un veredicto de acusación.

Esto demuestra el efecto preventivo-especial que tiene la presencia del jurado en la práctica cotidiana de policías y fiscales. Sin prueba sólida y creíble, será muy difícil que consigan una acusación. Ver este capítulo “*Confession*” de *La Ley y el Orden*, temporada 2° episodio 1° Video n° 66. Click aquí: <http://aajjlitigacion.blogspot.com.ar/2016/08/video-64-law-order-confession.html>

investigadas. El cuerpo tiene el poder, si la situación lo amerita, de tomar acciones correctivas.

### **B. *Special Grand Jury*. Gran Jurado Especial.**

Es uno de los aspectos que más impresionan del sistema de Gran Jurado y aquel que Edmundo Hendler sostiene desde siempre que es el que debe adoptarse en Argentina. Cada vez que deba investigarse a la delincuencia organizada, a la corrupción gubernamental o a actividades de narcotráfico o criminalidad económica a gran escala, el que investigará será un Gran Jurado Especial convocado al efecto. Por supuesto, junto a un fiscal. Es prácticamente la única garantía para lograr que se hagan efectivas investigaciones de esta clase, en donde los fiscales deben enfrentarse a enormes aparatos de poder. ¿Qué mayor independencia para el fiscal que apoyarse en el veredicto de un Gran Jurado? No será él quien decida el mérito de la acusación, sino el Gran Jurado Especial. El Pueblo. El más recordado de estos cuerpos fue el Gran Jurado Especial que investigó y acusó al propio presidente de los Estados Unidos en pleno ejercicio de su mandato, Bill Clinton. En 1998, el Gran Jurado Especial le tomó testimonio al presidente para determinar si había cometido perjurio y obstruido a la justicia en el sonado *affaire Lewinsky*. Encontró que había suficiente prueba y envió el caso al Senado para el juicio político. Finalmente, el Senado no alcanzó los dos tercios para removerlo, por lo que fue absuelto. ¿Qué fiscal, en soledad, podría haber investigado y acusado al Presidente de un país como Estados Unidos?<sup>468</sup>

### **C. “*Runaway Grand Jury*”. Gran Jurado “descontrolado”.**

Se denomina así popularmente al Gran Jurado que se escapa del control del fiscal y que se pone a investigar por sí de manera implacable, yendo mucho más allá que el propio acusador. Se ha dado especialmente en aquellos delitos de corrupción gubernamental o de criminalidad económica organizada en que los jurados percibían que el fiscal no investigaba como debía hacerlo, ni seguía pistas hartamente evidentes. O, peor aún, sospechaban que estaba sobornado o que había sido influenciado de manera ilegal. Estos *Runaway Grand Juries* conducían ellos mismos la investigación, se apersonaban en el lugar de los hechos y obligaban a los testigos a comparecer. Al ejercitar así su independencia del fiscal en estos casos, el Gran Jurado estaba actuando de acuerdo a todas las prerrogativas que le concedía el *common law*. Es decir, como un cuerpo

---

<sup>468</sup> Para ver el funcionamiento del Gran Jurado Especial, ver la película “*Identidad Protegida*” (2008). Video n° 91 <http://aajjlitigacion.blogspot.com.ar/search/label/Identidad%20protegida>

independiente de todo Poder. Los *Runaway Grand Juries* fueron famosos durante el siglo XIX y en las peores épocas de la mafia, allí por los años '30, cuyos tentáculos cooptaban jueces y fiscales. Hoy son infrecuentes, pero fueron de extremada ayuda en los tiempos aciagos de la mafia, precisamente por la fuerza y la independencia que naturalmente les provee a los jurados su carácter accidental.<sup>469</sup>

#### **§ 4. Diferencias con el control judicial “profesional” de la acusación.**

Los sistemas judiciales del *civil law* poseen su etapa intermedia, a veces con un juez distinto al que actuó durante la investigación fiscal, a veces ante el mismo juez, para controlar la requisitoria de elevación a juicio y verificar si hay motivos para ir a un debate público. Por lo general, se trata de una etapa totalmente escrita. Las diferencias con el sistema norteamericano del Gran Jurado son abismales. El control judicial de la acusación es practicado ante 23 jueces ciudadanos que forman un cuerpo judicial completamente independiente del Estado.<sup>470</sup> El fiscal debe exponer **oralmente** la prueba que estime necesaria para alcanzar el estándar probatorio de *causa probable*.

Por ende, todo imputado de un delito que es llevado a juicio goza de la protección de este doble control adicional de sus pares frente al poder punitivo: el veredicto de un primer Gran Jurado de acusación y el veredicto de un segundo jurado en el juicio.

*“Para un veredicto válido de acusación del Gran Jurado se precisa al menos que doce de los veintitrés jurados estuviesen de acuerdo y como, por otra parte, los doce componentes del jurado de juicio deben también ser unánimes para admitir la culpabilidad, resulta que un hombre no puede ser declarado culpable más que por la declaración de veinticuatro jurados”.*<sup>471</sup>

No existe en el *civil law* un ejemplo democrático y de limitación al poder de esta naturaleza.

## **Capítulo 6°**

### **La audiencia de *voir dire*: la selección del jurado imparcial**

#### **Segundo dispositivo de control directo sobre el veredicto.**

---

<sup>469</sup>BRENNER, Susan & SHAW, Lori: *“What is a “runaway” grand jury?”* University of Dayton School of Law, 2003.

<sup>470</sup> Manual del Abogado Estadounidense: *“Establece que los fiscales deben reconocer que el Gran Jurado es un cuerpo independiente, cuyas funciones incluyen no sólo la investigación de los delitos y la iniciación de un proceso penal sino también la protección de la ciudadanía contra acusaciones penales infundadas”.* 9-11.010”, U.S. Attorney’s Manual.

<sup>471</sup> GARCÍA, Eduardo Augusto: *“Juicio Oral Tomo III....”* op. cit., p. 35 a 36.

## §1. ¿Qué es la imparcialidad?

### *Actitud mental y representación equitativa de la comunidad. Sujeción a la prueba y prejuicio positivo.*

La Suprema Corte de Estados Unidos definió en 1936 a la imparcialidad del juzgador con estas palabras:

*“La imparcialidad no es una concepción técnica. Es un estado mental. Para la determinación de esta actitud de apropiada indiferencia, la Constitución no prevé ningún test en particular y el procedimiento no está sujeto a ninguna fórmula antigua y artificial”.*<sup>472</sup>

Definir la imparcialidad es imposible. Se habla de ella, se la pregona, se aspira a ella, pero una definición exacta del término no está disponible en el reino humano. Todo lo que hay son aproximaciones más o menos felices y, por supuesto, cambiantes con los tiempos.<sup>473</sup> La doctrina legal de la corte norteamericana está muy cerca de la caracterización de “*neutralidad*” que, en la Argentina, han elaborado dos juradistas de fuste, como Alejandro Carrió y Julio Maier. Este último resaltó también la imposibilidad técnica de definir a la imparcialidad. Lo máximo que uno puede hacer en un sistema humano e imperfecto de justicia es aproximarse a ella como un *ideal*. Nada mejor que caracterizar al ideal de juzgador como *neutral*.<sup>474</sup>

Dado que la Corte estadounidense afirmó que no hay ningún test constitucional para decidir cuándo un juzgador es o no imparcial, la pregunta clave es ¿*apropiada indiferencia/neutralidad frente a qué?* Allí comenzó un progresivo esfuerzo por definir el concepto de *prejuicio*, el cual produjo la ampliación de la noción de imparcialidad

---

<sup>472</sup>In re *US vs. Wood*, 299 EE.UU. 123, 145-146 (1936). Un profundo análisis sobre este fallo y sobre la imparcialidad desde la perspectiva de la psicología puede verse en HANS, Valerie P.: “*The Conduct of Voir Dire: A Psychological Analysis*”, 11 Just. Sys. J. 40 1986. La Corte norteamericana siguió así a uno de los más grandes juristas ingleses de la historia del *common law*, como fue Lord Coke y su trascendente obra de 1832.

COKE, Sir Edward.: “*The First Part of the Institutes of the Law of England: Commentary upon Littleton*”, Volumen I, The Lawbook Exchange Ltd, Londres, sección 155(b), 9ª edición de 1999: Allí, equiparaba a la imparcialidad con “*indiferencia*”.

<sup>473</sup>GOBERT, James: “*Justice...*”, op. cit., p. 162: “¿*Qué quieren decir las cortes cuando describen a un jurado como imparcial? Abundan los clichés y los lugares comunes acerca del valor de la imparcialidad, pero darle contenido al concepto es más dificultoso y exigente. El problema es que todos los adultos poseen valores y creencias que hacen imposible que el concepto de imparcialidad entre en una tabula rasa uniforme y aplicable a todos por igual. El reto es definir la imparcialidad de un modo que tome en cuenta el bagaje moral, político y filosófico que los potenciales jurados traen consigo y que, al mismo tiempo, provea un criterio significativo para los propósitos de la selección del jurado*”.

<sup>474</sup>MAIER, Julio B. J.: “*Fundamentos...*”, op.cit., p. 740 y CARRIO, Alejandro D.: “*El enjuiciamiento...*”, op. cit., p. 22 y 129. FERRAJOLI, Luigi: “*Derecho y...*”, op.cit. p. 579. El autor italiano lo llama *terzietà*.

hasta sujetarlo en el único punto posible que permite el control y la verificación por las partes en un procedimiento judicial: **la prueba del juicio** y, en menor medida, **la ley del caso**. Valerie Hans resumió en una sola frase la quiebra de la imparcialidad: el prejuicio es la incapacidad del juzgador para decidir el caso **desde la prueba**.<sup>475</sup> Un juzgador, sea juez, sea jurado, es pasible de ser tachado de parcial cuando su decisión se base en factores extraños a la prueba producida y a la ley del caso. Allí radica el *prejuicio*: en el apartamiento de la prueba y de la ley para decidir.<sup>476</sup> Trataremos en extenso este tema en el capítulo de la deliberación plural y democrática.

Pero diremos, a modo de avance, que hoy, además de la exigencia de que cada jurado sea lo más neutral posible frente al caso, debe decirse que un veredicto imparcial no puede conseguirse sino se respeta la demanda constitucional de que el panel de jurados haya sido extraído de una base en la que esté representada, de manera justa y equitativa, **toda la comunidad de vecinos del lugar del hecho**. Es lo que el *common law* llama, acertadamente, *a fair cross-section of the community*. El ideal de juez imparcial ha mutado grandemente en el *common law*, desde las iniciales concepciones del liberalismo clásico -como el estado mental de apropiada indiferencia o de neutralidad- hasta las luchas civiles de los años '50 y '60 contra la discriminación racial, educativa o de género en la integración de los paneles de jurados. Ellas marcan el concepto actual -más amplio- de imparcialidad, **asociado a la neutralidad, a la exigencia de diversidad de miradas en la deliberación, a una justa y equitativa representación comunitaria en el jurado y a su sujeción estricta a la prueba**.<sup>477</sup> Todo ello facilita el más amplio control de partes sobre su consecución y sobre el veredicto final del jurado.

---

<sup>475</sup> HANS, Valerie P.: “*The Conduct of Voir Dire...*”, op. cit. 1986, p. 42: “*Ha habido un histórico cambio en nuestra jurisprudencia sobre la imparcialidad de los jurados. Donde en el pasado sólo se reconocían descarados u obvios prejuicios o intereses, en años recientes formas más sutiles de prejuicio han sido causa de remoción de potenciales jurados (Hans and Vidmar, 1982). Si nosotros definimos al prejuicio como la incapacidad de decidir “imparcialmente” un caso desde la prueba, ¿qué tan extendido está este problema?*”

<sup>476</sup> La sujeción abrumadora del veredicto de los jurados a la prueba del juicio (y en menor medida a la ley) ha sido comprobado empíricamente por la investigación inicial del *Chicago Jury Project* de los años '50. Estuvo a cargo de los científicos sociales Kalven & Zeisel y luego replicada a gran escala en el año 2000 por sus seguidores. Ver EISENBERG, T., HANNAFORD-AGOR, P. L., HANS, V. P., WATERS, N, MUNSTERMAN, G., SCHWAB, S., WELLS, M.: “*Judge-Jury Agreement in Criminal Cases: A Partial Replication of Kalven and Zeisel's The American Jury*” 2 *Journal of Empirical Legal Studies* 171 2005. En castellano, ver WATERS, Nicole & HANS, Valerie P.: “*Un jurado de uno: Formación de la Opinión, conformidad y disidencia en los jurados*”, en el libro de HANS, Valerie P. & GASTIL, John: “*El juicio por jurados: Investigaciones sobre la deliberación, el veredicto y la democracia*”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014.

<sup>477</sup> ABRAMSON, James: “*We, the Jury. The jury system and the ideal of democracy*”, New York Basic Books, 1994, p. 100 y ss.



Finalmente, cabe aclarar que, en materia penal, hay un **prejuicio positivo, o prejuicio institucional**, al cual el jurado (o juez) están obligados a respetar, aún contra su voluntad. Es un mandato constitucional ineludible: si un jurado *apropiadamente indiferente*, tras el juicio, las pruebas y los alegatos de las partes, aun permanece no persuadido por ninguna de las dos teorías del caso, debe fallar a favor del acusado y en contra de la fiscalía. “*El sistema legal exige que el jurado convierta su indiferencia en un veredicto favorable al acusado*”.<sup>478</sup>

## **§2. Concepto y origen del *voir dire*. La imparcialidad como producto del litigio.**

“*Voir dire*” es el juramento solemne que prestaban los antiguos jurados medievales de que se pronunciarían con verdad ante el asunto que se ponía frente de ellos. Nacida en la Francia del Medioevo, la expresión *voir dire* se mantuvo hasta nuestros días para designar a la audiencia en donde se seleccionará al jurado.

La posibilidad de las partes de seleccionar el jurado e influir en la constitución del tribunal de juicio es casi tan antigua como el jurado mismo. Los griegos y los romanos fueron particularmente meticulosos en cómo se seleccionaban los jueces ciudadanos. En Grecia, los jurados eran sorteados por miles para cada período, pero ninguno de ellos sabía en cuál juicio irían a intervenir.<sup>479</sup>

Roma conoció la facultad y la ejerció plenamente: la llamó ***Reiectio***.<sup>480</sup> Pero fueron los ingleses, como ya vimos, quienes la perfeccionaron hasta su modelo y su denominación actual.<sup>481</sup>

En la actualidad, el *voir dire* es considerado “*el juicio dentro del juicio*”, la más grande batalla legal diseñada por el sistema adversarial para cumplir con uno de los

---

<sup>478</sup>GOBERT, James: “*Justice...*”, op.cit., p. 163.

<sup>479</sup> Ver este tramo de la película *Sócrates* (1970) de Roberto Rosellini. Allí presenciamos un sorteo del jurado en plena Antigüedad. Click en Video n° 71: <http://aajjlitigacion.blogspot.com.ar/2016/08/video-71-socrates.html>

<sup>480</sup> MAIER, Julio B. J.: “*Fundamentos...*”, op. cit., p. 278: “*La **Editio**, combatida por parcial y después abandonada, se perfeccionaba de varias maneras: la más común era la elección por el acusador de un número de jurados igual al doble de los necesarios para integrar el tribunal, de los cuales el acusado podía eliminar la mitad (**reiectio**), pero existieron otras formas combinadas en las que tanto el acusador como el acusado presentaban sus propias listas, ejerciendo ambos el derecho de recusar a la mitad de los propuestos por el adversario. La **Sortitio** de la lista de **iudicis**(sorteo), método menos sospechado de parcialidad que terminó por imponerse, y sobre cuyo resultado ambas partes ejercían su derecho de recusar, fue la otra de las formas empleadas para constituir un tribunal.*”

<sup>481</sup> Para ver el origen del *voir dire*, ir a la Parte I, Capítulo 2°, § 2.1.1.4. *El jurado de Inglaterra*. Allí se describe el largo proceso de siglos en que los jurados dejaron de ser testigos con conocimiento de los hechos para pasar a ser jueces imparciales del mismo. Quienes manifestaban bajo juramento saber del caso, eran llamados como testigos y desplazados del panel de jurados.

fundamentos de la Constitución: la garantía de imparcialidad de quien va a tomar la decisión.<sup>482</sup>

Por el poder concedido a las partes para conformar el tribunal de jurados, el *voir dire* es el primero de los dispositivos de control de parte sobre el veredicto del jurado.

Es el procedimiento público destinado a seleccionar -mediante preguntas, impugnaciones, objeciones y recusaciones- a los doce jurados titulares y los suplentes que juzgarán el caso, y **representa el intento más poderoso de la historia de los sistemas judiciales por acercarse al ideal de imparcialidad del juzgador.**

Como nunca antes, el juicio por jurados nos permite apreciar que **la noción de máximo rendimiento del ideal de imparcialidad del juzgador sólo puede provenir de un litigio de partes.** De un intensa disputa, efectuada en corte abierta y delante del acusado y del juez. Se trata de un litigio de control poderoso sobre la conformación del tribunal de jurados y, por ende, sobre su veredicto. El litigio del *voir dire*, que ya empezó a afirmarse plenamente en la Argentina, es lo que ha permitido darle contenido concreto y visible -ya no más teórico o reducido a mero eslogan- a la máxima de que la imparcialidad es una garantía constitucional que ampara sólo al acusado frente al Estado.<sup>483</sup>

La selección se hará desde un *pool* de aproximadamente cuarenta o más jurados, que han sido previamente sorteados aleatoriamente de la lista anual de cada distrito judicial. Es una audiencia pública -llevada a cabo días **antes de que comience el juicio e íntegramente registrada en audio/video o taquigrafía**- en la que los potenciales jurados son interrogados rigurosamente por las partes delante del juez, previo juramento de decir verdad, acerca de un variado número de cuestiones.<sup>484</sup> Ellas pueden abarcar

---

<sup>482</sup> MOUNTFORD, Lisa & HANNIBAL, Martin: “*Criminal Litigation Handbook 2014-2015*”, Oxford University Press, Reino Unido, p. 234 y ss.

<sup>483</sup> Por todos en el *common law*, ver este fallo de la Corte Suprema de Justicia del Canadá in re *R vs Sherrat*, [1991] 1 S.C.R. 509: “*El jurado debe desempeñar sus funciones imparcialmente y representar a la comunidad en general, en la medida de lo posible y adecuándose a las circunstancias. El derecho fundamental a un juicio justo y debido se ve denegado cuando al acusado no se lo autoriza a recusar con causa a cualquier número de los miembros del jurado, cuando los motivos de la recusación están debidamente especificados*”.

<sup>484</sup> El rol del juez en la audiencia de *voir dire* es siempre muy importante, pero varía según las distintas jurisdicciones estatales en Estados Unidos. Hay lugares en donde el interrogatorio lo lleva a cabo íntegramente el juez, en otras lo hacen exclusivamente las partes y en otras se combinan ambos. HENDLER, Edmundo S.: “*Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 164.

Valerie Hans analiza en profundidad las ventajas/desventajas de que el *voir dire* sea conducido por el juez o por las partes. Ver HANS, Valerie P.: “*The Conduct of Voir Dire...*” op. cit. 1986, p. 47.

En la Argentina, afortunadamente, se impone el modelo más adversarial de *voir dire*: las partes interrogan de manera exclusiva al panel de potenciales jurados y el juez modera el debate y decide las recusaciones. De otro modo, ¿cómo va a resolver el juez *imparcialmente* una recusación con causa si la información la

desde sus historias de vida hasta sus opiniones y puntos de vista sobre aquellos temas que interesan a las partes según sus teorías del caso. Las preguntas pueden ser dirigidas a todo el panel o hechas de manera individual. Se les puede preguntar de todo, menos sobre el caso a juzgar. Las partes podrán objetar las preguntas que consideren inapropiadas, y el juez resolverá la objeción. Como han jurado decir la verdad, el objetivo de las partes es obtener la suficiente información de cada uno de ellos para detectar potenciales prejuicios que puedan afectar la imparcialidad de los jurados frente al caso. Una vez detectados, las partes podrán recusarlos con y sin causa. Gran parte de las decisiones del juez en esta audiencia -previa protesta- conforman gran parte del arsenal de impugnación de las futuras condenas, basadas en la quiebra de la imparcialidad. Los potenciales jurados recusados habrán finalizado así su servicio. Terminada esta audiencia, **inexistente en el juicio profesional**, quedará conformado el panel definitivo de jurados titulares y suplentes que rendirán el veredicto.

#### A. Diferencias con el concepto de imparcialidad en el *civil law*

La imparcialidad no puede reconocer otra fuente que no sea el litigio adversarial. Los sistemas inquisitoriales del *civil law*, en cambio, reniegan del principio de control de la imparcialidad del juzgador a través de un litigio público y han llevado a la extendida práctica de asimilar la imparcialidad del juez como un atributo inherente a su investidura. Por ende, a negarle en la práctica su noción como garantía del acusado. El *civil law* reconoce, *en teoría*, que la imparcialidad la detenta el imputado frente al juez y al Estado por su estatus de garantía constitucional.<sup>485</sup> Pero el ejercicio sistemático que se lleva a cabo en la realidad de sus sistemas judiciales repugna esta noción y está muy lejos, a años luz todavía, de afirmarlo en la práctica.

La cultura del *civil law* actúa como si “juez” e “imparcialidad” fueran sinónimos, siendo la segunda un atributo que portarían desde el instante mismo en que son nombrados. En el *common law* es exactamente al revés: **la imparcialidad es un atributo que el juez o el jurado obtienen luego de un litigio público adversarial en donde ella se discute ampliamente**. La concepción autoritaria que asimila *per sé* al juez con la imparcialidad hunde sus raíces en la base ideológica del sistema

---

obtuvo él mismo con sus preguntas?

<sup>485</sup>In re “Llerena” L. 486. XXXVI. RECURSO DE HECHO Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones - arts. 104 y 89 del Código Penal Causa N° 3221C. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Este fallo recoge prácticamente toda la doctrina ferrajoliana de imparcialidad, menos, por supuesto, sus resultados. Esto es, libre recusación sin causa, al menos limitadamente, de los jueces profesionales. FERRAJOLI, Luigi: “Derecho y Razón”, op. cit., p. 581: “El juez debe contar, sin embargo, con la confianza de los sujetos que juzga, de modo que éstos no sólo no tengan, sino ni siquiera alberguen, el temor de de llegar a tener un juez enemigo o de cualquier modo no imparcial”.

inquisitorial: si los jueces eran designados por el Monarca, a su vez autoridad infalible de procedencia divina, ¿quién podía entonces acusarlos de parciales? Los tiempos han cambiado y los jueces modernos del *civil law* son hoy designados democráticamente por el Poder Ejecutivo y Legislativo, previo examen de oposición y antecedentes. Pero siguen insertos en una estructura rígida y medieval que repudia la concepción de imparcialidad como garantía y obstaculiza la normalidad de su ejercicio.<sup>486</sup> En el *common law*, recusar a jurados por sesgo, prejuicio o parcialidad es una tarea elemental, cotidiana, normal, imprescindible y ejercida en el transcurso de una audiencia pública. Sin embargo, recusar a un juez por parcialidad es una tarea poco menos que imposible para cualquier litigante del *civil law*. Quienes lo intenten -sin éxito, por lo general- corren serios riesgos de represalias posteriores e, inclusive, de perder el caso. Recusar a un juez técnico por parcial es tomado prácticamente como una ofensa personal y un grave ataque a su investidura, además de ser extremadamente difícil de lograr. ¿Por qué? Pues porque tramita “*por expediente escrito separado por cuerda*”, el cual tiene el efecto de paralizar “*las actuaciones principales*”. El sistema mixto inquisitorial hace todo lo posible por desalentar el ejercicio de la garantía de imparcialidad y, con ello, de un control inestimable de partes sobre la sentencia del juez. En el *civil law*, las partes deben conformarse con el juez que les toca y pagan un alto costo si lo desafían. Se advierte allí con toda claridad la herencia cultural de la Inquisición: la que asimila al juez como a un sacerdote del Derecho en la Tierra.<sup>487</sup>

### **B. Otros conceptos no menos importantes de *voir dire***

La expresión *voir dire* también hace referencia al proceso -en audiencia pública- mediante el cual se analiza la admisibilidad de la prueba que las partes intentarán llevar al juicio. Muy especialmente, la competencia, cualificaciones y antecedentes de los peritos para dar opinión sobre cierto tema que se ventilará en el debate. Pero también la de ciertos testigos. Por lo general, tiene lugar antes del juicio, aunque también puede sobrevenir durante su transcurso.

Nuevamente, el juicio por jurados pone en el primer plano el extremo control de partes sobre la prueba que se pretende llevar al debate, **ya que a él no se podrá llevar**

---

<sup>486</sup> Sólo así puede entenderse el perverso fenómeno llamado en Argentina *forum shopping*, consistente en aprovechar los vericuetos y trampas de esta estructura feudal que es la organización judicial (con sus sistemas de *turnos, de ferias, de formaciones fijas y de organizaciones rígidas*) para “elegir” al juez deseado.

<sup>487</sup> MAIER, Julio: Entrevista en el programa “*Derecho Viejo*”, Radio Nacional AM 780, 1° junio 2014: “*Yo siempre he sido muy crítico de los jueces profesionales. Hay muchos de ellos que se creen algo así como los mediadores entre Dios y los ciudadanos comunes*”. Escuchar audio completo en <http://www.juicioporjurados.org/2014/06/imperdible-maier-hendler-binder-y.html>

**cualquier cosa.** El sistema adversarial opera bajo la lógica brutal de la desconfianza y el test mutuo de la contraparte sobre la admisibilidad de la prueba del contrario. En términos prácticos, si una parte quiere sentar a un perito a declarar, deberá atravesar **de manera ineludible** un control previo: la contraparte se dirigirá al juez en la audiencia de admisibilidad de prueba o en el propio juicio y le dirá: “*Su Señoría, ¿podemos efectuar el voir dire a este perito?*”<sup>488</sup> Y allí la contraparte comenzará con una serie de preguntas para determinar si ese experto realmente tiene las calificaciones y los antecedentes que justifiquen su presencia en el debate. Si del interrogatorio surge que ese experto no es tal, o que su ciencia nada tiene que ver con el objeto del juicio o que es simplemente un diletante, la contraparte tiene derecho a oponerse a que declare y decidirá el juez. El mismo procedimiento se utilizará con ciertos testigos. Cada pizca de prueba que se quiera introducir al debate es sometida mediante el **previo voir dire** a la lógica total del control público de las partes. Este tipo de controles sobre la prueba, que redundan en una decisión de indiscutible mayor calidad, como es el veredicto del jurado, son inexistentes o de práctica tosca y rudimentaria en el *civil law*.

### **§3. El control externo del voir dire. Sorteos.**

Los doce jurados que finalmente se sentarán como jueces ciudadanos, que presenciarán las pruebas en el juicio público, que recibirán instrucciones y que rendirán un veredicto **proviene de un doble sistema de control público:**

**a) Sorteo anual:** el sorteo público, anual y aleatorio del padrón electoral, de miles de ciudadanos que pasarán a integrar las listas de potenciales jurados de cada distrito judicial durante un año calendario.

**b) Sorteo para cada juicio:** Cada vez que se haya designado un juicio, se producirá otro sorteo; pero esta vez efectuado en los tribunales, delante de las partes y en audiencia pública para evitar cualquier tipo de manipulación. De la lista anual de jurados para cada circunscripción, se sortearán cerca de cincuenta potenciales jurados, que serán convocados a una audiencia pública de selección llamada *voir dire*.

**c) Sorteo del juez técnico:** En la misma audiencia se sorteará el nombre del juez designado para conducir el debate, aunque en algunas provincias argentinas se ha tomado la saludable decisión de hacerlo antes de que comience la etapa intermedia. De este modo, el mismo que juez que decidirá qué pruebas serán o no admisibles en el debate será el mismo juez que conduzca el juicio.

---

<sup>488</sup>La expresión en inglés es “*Your Honor, may I voir dire this expert witness?*”

#### **§4. El control interno del *voir dire*: las recusaciones con y sin causa.**

Una vez fijada la audiencia de *voir dire* para seleccionar el jurado, comenzará la verdadera disputa por obtener un jurado imparcial. Para ello, las partes disponen de un litigio para obtener información sobre cada jurado. También disponen de ilimitadas recusaciones con causa y de cierto número de recusaciones sin causa.

##### **A. La audiencia de *voir dire*: límites, reglas, uso de cuestionarios**

Estados Unidos es el país en donde el *voir dire* ha alcanzado su mayor sofisticación, con audiencias que han durado varias semanas en los casos muy mediáticos y en donde se han convocado a cientos de potenciales jurados en la búsqueda de un jurado imparcial. Tal es la importancia que tiene esta audiencia, en donde prácticamente se decide, según muchos, el resultado del posterior juicio. Sin embargo, esta audiencia se caracteriza por su agilidad y porque, dada la gran tradición de litigio de partes en el *common law*, permite obtener abundante información con sólo dos o tres preguntas por cada potencial jurado. Este es otro punto clave del desarrollo de esta audiencia y de la capacidad profesional del juez para conducirla. En un contexto del *civil law*, en donde los juicios son tediosos, interminables y con preguntas repetidas y superabundantes, el gran peligro que encerraban las primeras audiencias de *voir dire* en Argentina era tener a partes y jueces no experimentadas con el litigio ante jurados interrogando durante una hora o más a cada uno de los cincuenta potenciales jurados. Ningún juez en el *common law* permite semejante desatino. Afortunadamente, en la Argentina han empezado a cundir los cursos de capacitación intensa en técnicas de *voir dire*, que permiten no hacerle perder el tiempo a los jurados ni al sistema judicial y obtener toda la información necesaria para las partes. Como herramienta clave se han extendido también en la Argentina el empleo de cuestionarios previos que son llenados por los candidatos a jurado antes de comenzar el juicio.

Antes de la audiencia de *voir dire* para seleccionar a los jurados y junto con la citación a ella, en el *common law* es práctica común el envío de un formulario con un listado de preguntas que contienen información relevante para que las partes evalúen de antemano la parcialidad o imparcialidad de los potenciales jurados. **El contenido de esas preguntas se litiga en la audienciapreparatoria del debate ante el Juez.** La contraparte puede oponerse a preguntas que considere inadecuadas y el Juez resolverá la objeción de inmediato y de manera irrecurrible. Estos cuestionarios están ya muy estandarizados y **permiten ahorrar horas y días enteros de audiencia de *voir dire*.**

Tienen el formato de una declaración jurada, son confidenciales e integran el registro del juicio. Permiten que durante la audiencia las partes se concentren en dirigirles a los potenciales jurados sólo las preguntas pertinentes que deseen. En los Estados Unidos el *National Jury Project* (NJP) publica regularmente los modelos de cuestionarios para cada caso, para que los litigantes y el sistema judicial aprovechen sus beneficios.

### **B. Recusaciones con causa: influencia mediática y condenas anteriores**

Se las llama en el *common law* las “*recusaciones motivadas*” y no hay un número límite para ellas. Aquí comienzan los interrogatorios de las partes para detectar causales de parcialidad que, por las razones que fuere, no hayan sido exteriorizadas por los jurados para excusarse. A los efectos de esta audiencia, los jurados quedarán sometidos a los interrogatorios de las partes. El juez debe ser muy estricto al explicarle al jurado que, si mienten u ocultan información que afecte su imparcialidad, serán pasibles de consecuencias legales.<sup>489</sup> En esta audiencia están obligados a decir la verdad sobre todo lo que les pregunten, más allá que el juez pueda impedir cierta línea de interrogatorio inapropiada.

La norma que guía esta parte del interrogatorio son las causales normales previstas para la excusación en cualquier código de procedimientos moderno. Todas ellas están prolijamente enumeradas: parentesco, relación laboral, amistad o enemistad, si ya juzgó la misma causa por los mismos hechos, etc. Pero especial importancia debe dársele a la cláusula genérica que dice, más o menos textualmente: “**13.- Si mediaren circunstancias que, por su gravedad, afecten su independencia e imparcialidad**”.

Es aquí donde las partes, en los casos de gran repercusión mediática, intentarán determinar hasta qué punto está condicionada la imparcialidad de los jurados y qué nivel de conocimiento tienen del caso. Obvio resulta decir que dicha exposición mediática afecta tanto al juez profesional como a los jurados, sólo que este mecanismo de recusaciones dota al sistema de jurados de resguardos para las partes desconocidos en el juicio profesional. Aún cuando el juez considere que un jurado no puede ser excluido del panel por sus opiniones previas sobre el caso, las partes lo podrán luego recusar sin causa, si así lo desean. El margen de discrecionalidad del juez es amplio y él

---

<sup>489</sup>Por ejemplo, la Corte Federal de Apelaciones para el 2º Circuito de Estados Unidos sostuvo que el potencial jurado que durante el *voir dire* admite que intentará nulificar la ley (*jury nullification*) es válidamente pasible de ser recusado con causa. In re *United States v. Thomas*, 116 F.3d 606 (2d Cir. 1997).

es quien, finalmente, deberá decidir si hace lugar o no a la recusación, aunque luego veremos cómo en Canadá ni siquiera se permite que sea el juez técnico quien decida esta incidencia.

Otros casos problemáticos son los candidatos a jurados que se enteran por los medios, por conocimiento personal previo o porque se trata de una persona pública, que el acusado tiene condenas anteriores. Como sostendremos a lo largo de todo este libro, el *common law* es especialmente celoso en este punto e impide absolutamente que el jurado entre en contacto con los antecedentes del imputado. Castiga severamente a aquellos funcionarios que les hagan saber al jurado de condenas anteriores. En el juicio se juzgan hechos, no el pasado del autor (CN, 19).

ChiesaAponte lo dice sin rodeos:

*“Enestepuntoesnecesariorecordarelprincipiocardinaldequealacusadoselo juzgaporloshechosimputadosenlaacusación,ynoporsumalpasado.Deahilasreglasdederechoprobatorioqueimpidenqueserecibapruedasobrecarácterconductadelictivaanterioridelacusado...”*<sup>490</sup>

Por el contrario, para un jurado lego es fatal saber que el acusado ya estuvo preso. ¿En qué condiciones puede decidir una duda razonable a su favor? La presunción de inocencia se ve fatalmente afectada y, por esa razón, la doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, en el *fallo Leonard* del año 1964, estableció lo siguiente:

*“Procedelaexclusiónautomáticadeuncandidatoajuradoquetieneconocimientodeunacondenaanterioridelacusado,próximaaloshechosimputadosyalacelebracióndeljuicio”*.<sup>491</sup>

### **C. Recusaciones sin causa y control del veredicto**

Se denomina así al derecho que tienen las partes en esta audiencia de excluir a los potenciales jurados sin tener que expresar fundamento alguno. Es una de las más grandes conquistas del juicio por jurados en la Historia y una de las causantes principales de la confianza social en sus veredictos. En muchas ocasiones, es aquí donde se libra la madre de todas las batallas para intentar ganar un caso. Por eso se llama al *voir dire* “*el juicio dentro del juicio*”. Cada parte tiene el derecho de recusar sin causa

---

<sup>490</sup> CHIESA APONTE, Ernesto: “*Derecho procesal....*”, op cit, vol III, p. 284.

<sup>491</sup> *Leonard v United States*, 378 U.S. 544 (1964).



a un número limitado de potenciales jurados (cuatro en Argentina, hasta diez o más en los Estados Unidos y Puerto Rico y desde cuatro, doce o **¡veinte!** en Canadá). Se las llama “*recusaciones perentorias*” en el *common law*. La indiscutible superioridad del juicio por jurados en términos de garantía por sobre el juicio profesional radica en la **intensidad de los controles sobre la decisión final**. No hay para las partes en el juicio profesional tantas posibilidades de influir legítimamente en el resultado del juicio como las que existen en el juicio por jurados, visto aquí como su poder para conformar la integración del tribunal en igualdad de condiciones. Mittermaier se dio cuenta de ello inmediatamente en sus viajes a Inglaterra y Escocia y lo resumió -una y otra vez- de manera magistral en varios pasajes de su obra.

*“...aquellos que no han sido objeto de sus recusaciones, aparecen verdaderamente como Jueces, cuya decisión futura acepta libre y confiadamente. En cuanto al Pueblo, su fe en la equidad de los fallos se manifiesta plena y entera desde el punto en que el Tribunal le parece imparcial: pues bien, desde el momento que el mismo acusado elige en cierto modo sus Jueces, aparecen estos en el más alto punto dotados de esa imparcialidad tan anhelada, y no puede rehusarles la confianza”*.<sup>492</sup>

*1° Los Jueces ordinarios no pueden dar esas garantías políticas que conquistan al Jurado la confianza general: el derecho de recusarlos es mucho menos lato para el acusado....*

*“Más adelante demostraremos los inconvenientes de toda sentencia emanada de Jueces regulares, a quienes se confiera el derecho de decidir con arreglo a sus exclusivas opiniones; pero desde luego decimos que es un error muy grave considerar como una mejora el haber confiado la decisión del hecho a cinco Jueces. Estos jamás podrán ofrecer las garantías políticas que se encuentran en el jurado; son otros tantos pseudo-jurados, a quienes el acusado no tiene derecho de recusar”*.<sup>493</sup>

No otra cosa puede decirse de este momento crucial del juicio por jurados, inexistente en el juicio profesional. En efecto, a pesar que en el juicio civil las partes pueden recusar sin causa una sola vez al juez permanente que salió sorteado, en el juicio penal las partes tienen prohibida esta posibilidad. Con lo cual, la garantía de imparcialidad -que es el temor del imputado ante las posiciones y opiniones previas del juez profesional- queda fatalmente comprometida.

#### **D. El *voir dire* de Canadá: el control de las recusaciones en manos del Pueblo.**

<sup>492</sup>MITTERMAIER, Carl: “*Tratado...*”, op cit., p. 94.

<sup>493</sup>MITTERMAIER, Carl: “*Tratado...*”, op cit., p. 83.

La mayoría de las jurisdicciones del *common law*, y también las del *civil law* con jurado clásico como Argentina, ponen en cabeza del juez la decisión de recusar con causa a un jurado. No hace falta decir que esa decisión puede tener un peso decisivo para el futuro veredicto. Por esa razón, y siguiendo la tendencia del *common law* con jurados hacia la máxima desconcentración del poder estatal en materia penal, Canadá legisló que esa decisión quede en manos del mismo jurado. Si durante la audiencia de *voir dire* las partes proponen una o varias recusaciones con causa, ellas serán tratadas y definidas por un “*mini-jurado*”, compuesto por dos de los jurados o por dos potenciales jurados, si es que ninguno de ellos todavía juró como tal. Tal la disposición del art. 567 de su Código Penal, que recibió el respaldo de su Corte Suprema en el citado fallo *R vs Sherrat* de 1991. Es destacable la magnitud del control sobre esta área que se les reconoce a las partes y al Pueblo. El fallo *Sherrat* versaba sobre un único punto (que demuestra otra de las amplias avenidas de impugnación y control de los veredictos de culpabilidad): la conveniencia de la respuesta que el juez le dio al pedido del abogado defensor de que se le permitiera hacer once preguntas para cada potencial jurado a fin de ver si los recusaba con causa. El juez se negó a ese pedido, por considerar que el contenido de las mismas era insuficiente y la defensa llegó hasta la Corte bajo **la cuestión federal** de “*que el juez usurpó la función de los juzgadores de los hechos para tratar las recusaciones con causa*”.<sup>494</sup> Es decir, le impidió al propio Pueblo soberano, a través del *mini-jurado*, a determinar si esos potenciales jurados eran parciales o no. Hasta este punto se ha extendido en jurisdicción canadiense la decisión de aplicar el sentido común de justicia de los jurados legos para determinar, no sólo ya el veredicto y/o la pena, sino el sesgo, prejuicio o parcialidad de un potencial juez ciudadano.

#### **§5. La transformación del *voir dire*: del modelo *paternalista* al modelo de *deselección*. La importancia crucial de la teoría del caso.**

Estados Unidos asiste desde hace años a una radical transformación de cómo encarar un litigio de *voir dire*, tendencia que ha llegado a la Argentina. Es imposible tratar esto con profundidad aquí, por lo que sólo haremos una breve síntesis con indicación de bibliografía, con énfasis en la profundización del control de partes en la audiencia de selección del jurado.<sup>495</sup>

---

<sup>494</sup> in re *R vs Sherrat*, [1991] 1 S.C.R. 509.

<sup>495</sup> Martín Sabelli es un abogado estadounidense-argentino, que reside en San Francisco y defiende a acusados de minorías raciales que enfrentan la pena de muerte en juicios por jurados. Es un experto en *voir dire* y sus continuas visitas de capacitación en la Argentina lo han convertido en una figura crucial para la consolidación del jurado en nuestro país. Gracias a sus denodados esfuerzos se está imponiendo en

Durante muchísimos años, prevaleció lo que podemos llamar *el modelo “paternalista” de voir dire*. Se caracteriza por la creencia de los abogados de que es posible para ellos “elegir” en el *voir dire* a los potenciales jurados que desean para el panel definitivo de jurados. Parte de esa creencia proviene de cierta pedantería y superioridad profesional, típica de la profesión de abogado en cualquier parte del mundo. Por ejemplo, los abogados suelen enfrentar al *pool* de potenciales jurados con un discurso repleto de frases y sermones como las que siguen: “*les pido que presten mucha atención al caso*”; “*mantengan una mente abierta*”; “*estén al tanto de los detalles*”; “*dejen atrás sus prejuicios*”; “*juzguen este caso con imparcialidad*”, etc. Por supuesto que luego vienen las preguntas, pero esto es un ejercicio de litigación superficial, acompañado del exagerado ego de los abogados. Ellos piensan que son capaces de cambiar, con su sola oratoria, pensamientos y/o prejuicios muy arraigados en otros seres humanos.<sup>496</sup> Hay abogados convencidos de que, después de sus palabras, los jurados efectivamente prestarán atención, se abrirán a otras teorías del caso, captarán los detalles y dejarán atrás sus prejuicios u odios raciales o de género, si es que los tenían. Martín Sabelli sostiene, con razón, de que esta es una actitud infantil y que, en realidad, lo que hace el abogado es sencillamente lavarse las manos y esquivar la verdadera tarea para la cual un cliente lo contrató: usar el *voir dire* para identificar y **remover del jurado** a los jurados dispersos, a los que tienen prejuicios contra su cliente por su raza, su género, su procedencia de clase, a los que no reparan en los detalles, a los líderes tóxicos y a los que tienen posturas cerradas que no están dispuestos a cambiar. En definitiva, son los jurados que les harán perder el caso. A ellos deben hacer salir a la superficie e intentar remover.

*“El Voir Dire es el proceso por el cual los abogados seleccionan, o más apropiadamente, rechazan a ciertos jurados para que no escuchen un caso.”<sup>497</sup>*

---

la Argentina el método de *deselección* para la audiencia de *voir dire*, que exige mayores esfuerzos de litigación a las partes, pero que las recompensa con un mayor control sobre la integración del tribunal y, sobre todo, con el resultado del veredicto. Parte de este método, que es eminentemente práctico, puede verse en SABELLI, Martín: “*A Distant Mirror: The Constitutional Implications of Diminishing Voir Dire*”, conferencia brindada en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Francisco, Estados Unidos, 2000. También, CLIFFORD, Robert A.: “*Deselecting the jury in a civil case*”, 30 *Litigation* 8, Volumen 30 n° 2, 2003-2004 y, en la doctrina argentina, NICORA, Guillermo: “*Composición e integración del jurado*”, publicado en el libro del II Congreso Internacional de Juicio por Jurados, Facultad de Derecho, UBA, Editorial JUSBAIRES, octubre 2014, p. 169 y ss.

<sup>496</sup> Esta modalidad de *voir dire* puede ser apreciada en la película *El Sospechoso* (1987), protagonizada por Cher y Dennis Quaid. Ver <http://www.juicioporjurados.org/2011/12/videos-voir-dire-e-introduccion-de.html>

<sup>497</sup> CLEARY, Gordon P. & TARANTINO, John A.: “*Trial Evidence Foundations*”, James Publishing. Section 201, Santa Ana, California, 2007.

Entramos así en el llamado modelo de “*deselección*” de los potenciales jurados.<sup>498</sup> Uno no va a elegir a los jurados que desea, sino a sacar del *pool* de potenciales jurados a los que les harán perder el caso. Si un abogado identifica con sus preguntas a quien sea más proclive a acompañar su postura, la contraparte lo recusará con toda seguridad. Como en el judo, el contrario aprovecha la fuerza propia en su beneficio. Eso debe evitarse a toda costa y representa un error garrafal de litigación, como cuando en los juicios mixtos del *civil law* los defensores llevan testigos que luego hunden a su cliente por falta de chequeo previo.

Por ende, este modelo exige un esfuerzo adicional de litigación e impele a cambiar completamente el eje práctico-conceptual de la audiencia de *voir dire*. Las dos partes deben concurrir al *voir dire* para *deseleccionar*, mediante las recusaciones con o sin causa, a los potenciales jurados que jamás acompañarán **su teoría del caso**. Esto requiere, como es obvio, algo inexistente en el sistema mixto del *civil law*: que las partes diseñen y concurren al juicio con algo tan revolucionario, simple y sencillo, como es una teoría del caso bien preparada, que es el corazón del litigio adversarial. Por lógica deducción, la teoría del caso es un ejercicio profundamente estratégico, sumamente pensado y jamás librado al azar. **Es preparada cuidadosamente y, una vez empezado el juicio, un buen litigante no la abandona jamás**. Todo lo que haga en el juicio, **y muy especialmente en la audiencia de *voir dire***, todas las preguntas que efectúe, todas las pruebas que presente, todas las objeciones que haga estarán en línea con su teoría del caso. Lo contrario suele resultar fatal en términos de credibilidad en un juicio por jurados.<sup>499</sup>

Un buen ejemplo del modelo de *deselección* -de mayor control- puede ser el siguiente: supongamos un abogado que defiende a un narcotraficante. Su misión en el *voir dire* no es hacer surgir con sus preguntas a aquellos potenciales jurados que, por ejemplo, tengan a su mejor amigo preso por posesión de drogas. Apenas lo haga, el fiscal lo recusará con o sin causa, por su probable simpatía con la teoría del caso del defensor. Lo que debe hacer ese defensor en el *voir dire* es hacer surgir con sus

---

<sup>498</sup> BAKROKAR, Denise & CHIZIK, Natalí: “*Aproximaciones a la audiencia de voir dire*”, publicado en el librol del II Congreso Internacional de Juicio por Jurados, Facultad de Derecho, UBA, Editorial JUSBAIRES, octubre 2014, p. 126.

<sup>499</sup> BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio: “*Litigación penal: juicio oral y prueba*”, Fondo de Cultura Económica, México, 2005; GOLDBERG, Steven H.: “*Mi primer juicio oral: ¿dónde me siento y qué diré?*”, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1994; LORENZO, Leticia: “*Manual de litigación*”, Ed. Didot, Buenos Aires, 2012; MORENO HOLMAN, Leonardo: “*Teoría del Caso*”, Ed. Didot, Buenos Aires, 2012.

preguntas, por ejemplo, a aquellas personas que han sufrido una gran desgracia por culpa de las drogas y usar allí sus recusaciones. Por ejemplo, si una mujer le responde, bajo juramento, que su hijo adolescente murió como consecuencia de una sobredosis de droga, pues esa potencial jurado será deseleccionada con o sin causa (lo más probable con causa). Es muy difícil, prácticamente imposible, que esa señora acompañe su teoría del caso y juzge el caso con imparcialidad.

Esa es la misión de ambos litigantes -fiscal y defensor- en una audiencia de *voir dire* en situación de completa igualdad de armas. Deben obtener información de alta calidad para luego recusar a conciencia y sobre bases firmes.<sup>500</sup> De ese enfrentamiento de máxima adversarialidad saldrá el mejor jurado posible en términos de imparcialidad. Requiere de un mayor esfuerzo a los litigantes, pero brinda un mayor control sobre la imparcialidad del panel.

Para finalizar, Martín Sabelli siempre recuerda la inolvidable escena final del film *Doce Hombres en Pugna*: el actor Lee J. Cobb, el Jurado n° 3, cuando estaban 11 a 1 por la absolución de un muchachito acusado de homicidio, y ante la mirada implacable de los demás, comienza a gritar y rompe la foto de la billetera de él con su hijo. Exclama: ¡*"Hijos malnacidos, me maté la vida trabajando por ellos!"* Rompe en sollozos, se quiebra sobre la mesa y cambia su voto a *no culpable*, logrando así la unanimidad, tras batallar largamente en contra de la absolución. Era evidente el rencor que guardaba para con su hijo y *con alguien se tenía que vengar*. Martín Sabelli enseña en todos sus cursos que la presencia de ese jurado n° 3 en el panel es un defecto grave de litigación del abogado defensor durante la audiencia de *voir dire*. Un buen abogado jamás hubiera dejado sentarse en el jurado a semejante persona, ya que era su obligación profesional desenmascararlo en el *voir dire*, hacer emerger ese prejuicio y recusarlo. Luego, ya es muy tarde.

#### **§6. Empleo de cuestionarios y registro de la audiencia de *voir dire*. El fallo *Skilling* (quiebra de la multinacional Enron).**

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en su último fallo del año 2010 sobre el *voir dire*, se expresó confirmando la condena por parte de un jurado del último CEO de Enron, Jeffrey Skilling.

El caso sirve para ilustrar mejor que cualquier libro porqué el *voir dire* es considerado *el juicio dentro del juicio*. Además, para observar la flexibilidad con que

---

<sup>500</sup>BAKROKAR, Denise & CHIZIK, Natalí: op., cit., p. 134.

los jueces pueden conducir esta audiencia en un caso tan mediático y combinar máxima agilidad en ella y máximo control a las partes. En definitiva, en el fallo *Skilling* se advierten la intensidad de los controles que desata un litigio sumamente adversarial sobre la imparcialidad del juzgador.

Fundada en 1985, “*Enron Corporation*” creció desde su sede en Houston, Texas, hasta a ser la número siete en el ránking de empresas con más altos ingresos en Estados Unidos. Era un gigante de la energía a nivel mundial y empleaba a miles de personas en Houston, donde el juicio se celebró. Jeffrey Skilling, que era un antiguo ejecutivo de Enron, se convirtió en el CEO de la empresa desde febrero hasta agosto de 2001, cuando renunció. Menos de cuatro meses después, Enron entra en bancarrota y el valor de sus acciones se desplomó. Skilling, en compañía de un grupo de ejecutivos y con la complicidad de la empresa auditora Andersen, vació a la empresa en un lapso de tan sólo seis meses mediante una serie de audaces maniobras: lagunas y maquillajes contables, entidades fantasmas *off shore* e informes financieros falsos que fueron capaces de esconder miles de millones de dólares en deudas de ofertas y proyectos fallidos. El director de finanzas y otros ejecutivos no solo engañaron a la junta directiva y al comité auditor de Enron sobre las prácticas contables de alto riesgo, sino también presionaron al auditor Andersen para que, directamente, diera vuelta su cabeza y mirase para otro lado.

Los accionistas perdieron cerca de once mil millones de dólares cuando el precio de la acción de Enron, que había llegado a un máximo de u\$s 90 por acción a mediados del año 2000, se desplomó a menos de u\$s 1 a fines de noviembre de 2001. La *Securities and Exchange Commission* (SEC) comenzó una investigación y, el 2 de diciembre de 2001, Enron se declaró en bancarrota bajo el Capítulo 11 de la Ley de Quiebras de Estados Unidos. Activos que ascendían a u\$s 63,4 mil millones convirtieron a la quiebra de Enron en la mayor bancarrota corporativa en la historia de Estados Unidos. Para darnos una idea de la magnitud de la crisis, el default de Enron fue levemente inferior al default de la deuda argentina de 2001.

El caso conmovió al mundo, pero sobre todo a la ciudad de Houston. Prácticamente, hasta el día de hoy, no hay un solo habitante de esa ciudad que no haya sido directa o indirectamente afectado por la quiebra de Enron. Cerca de 21 mil houstonianos perdieron sus trabajos, sus retiros de pensión, sus coberturas de salud y cientos de miles más vieron quebrar sus negocios por vía indirecta.

Por esa misma razón, y por el gran impacto mediático del caso, los abogados defensores de Skilling pidieron el cambio de sede del juicio por jurados a otra ciudad (*change of venue*), en razón de que era imposible obtener en Houston un jurado imparcial. La petición les fue denegada y fue uno de los motivos por los cuales el caso llegó hasta la Corte.<sup>501</sup> Mas otro de los motivos por los cuales Skilling se agravió es que, durante la audiencia de *voir dire* (que duró sólo ¡**cinco horas!**)<sup>502</sup>, quedó claro para él que varios de los jurados eran parciales, tenían serios prejuicios en su contra y que el juez había errado al denegar las recusaciones con causa de varios de ellos. El jurado condenó, la Corte de Apelaciones del 5º Circuito confirmó y la Corte Suprema Federal también lo hizo.

El fallo tiene un gran valor por echar luz sobre varios aspectos que no hacen otra cosa que mostrar el control que tienen las partes sobre la imparcialidad del juzgador y el amplísimo método revisor -incluida la Corte Suprema- contra las condenas dictadas por un jurado.

**Como primera medida, la Corte revisó el comportamiento del juez antes y durante la audiencia de *voir dire*.** Dictaminó que había hecho todo lo posible -y más de lo previsto en la ley- por garantizarle a Skilling el más amplio *voir dire* de que se tuviera memoria. Efectivamente, el juez, en los meses previos al juicio, le solicitó a las partes las preguntas que podrían utilizar para filtrar a los potenciales jurados. El juez rechazó las preguntas de la fiscalía y aceptó todas las de Skilling, por ser preguntas más específicas y exploratorias. El juez convirtió ese material, litigado entre las partes y resuelto por él, en un cuestionario de 14 páginas con 77 preguntas que envió por correo a 400 potenciales jurados sorteados, muchísimos más que los 50 que preveía la ley. El

---

<sup>501</sup> La Corte confirmó que la decisión del juez de juicio de no mover la sede había sido acertada. “*El Tribunal de Distrito denegó la petición, concluyendo que la publicidad previa no justificaba la presunción de que Skilling no podría tener un juicio justo en Houston. A pesar de ciertos incidentes aislados por exaltados comentarios, observó el tribunal, la cobertura de los medios de comunicación había sido mayormente objetiva y no emocional y los hechos del caso no eran ni atroces ni sensacionalistas. Más aún, aseveró el tribunal, un efectivo voir dire detectaría a cualquier jurado parcial o tendencioso.* In re “*Skilling v. United States*”, 561 U.S. 358 (2010). La Corte sostuvo otra cuestión elemental: el juicio se hizo cinco años después de la bancarrota, cuando ya los ecos del desastre se habían moderado bastante. Demás está decir cuánto hubiera tardado un caso de criminalidad económica de esta magnitud en llegar a juicio -si es que alguna vez llegara- en la Argentina. El caso Enron insumió sólo cinco horas para la audiencia de *voir dire* y cuatro meses de debate.

<sup>502</sup> Los abogados de Skilling se agraviaron porque el *voir dire* fue insuficiente, dado que sólo duró **cinco horas**, cuando en otros casos de altísimo perfil duran varios días. La respuesta de la fiscalía en la audiencia recursiva ante la Corte fue muy firme, y aceptada por el máximo tribunal: el *voir dire* habrá durado cinco horas, pero el cuestionario de 14 hojas con 77 preguntas propuestas por la defensa y aceptadas por el juez, que fueron enviadas por correo y respondidas por 400 potenciales jurados fue sumamente efectivo para despejar cualquier prejuicio. Ver ZIMMERMAN, Mara: “*The News Media & The Law*”, Julio 2010, p. 25.

cuestionario interrogaba a los potenciales jurados acerca de, entre otras cosas, de cuáles fueron sus fuentes de noticias del caso, su exposición a la publicidad vinculada con el caso Enron, sus creencias relativas a Enron y a lo que causó su colapso, sus opiniones con respecto a los acusados y su posible culpabilidad o inocencia y sus relaciones con la empresa y con cualquier persona afectada por su caída.<sup>503</sup> El juez recibió respuestas decasitodos ellos, se las dio a las partes y las convocó a otra audiencia pública. En ella, el juez concedió exenciones al servicio de jurado por diversas dificultades a aproximadamente 90 personas y las partes, con la aprobación de la corte, recusaron además a otras 119 por diversas dificultades o discapacidades físicas. Las partes acordaron excluir, en particular, a todo potencial jurado que hubiera afirmado tener alguna opinión preexistente sobre Enron o sobre los acusados que les impidiera ser imparciales el día de la audiencia de *voir dire*. El juez accedió a la pretensión de Skilling de que los potenciales jurados que habían sorteado el filtro del cuestionario deberían ser examinados “**individualmente**” acerca de su exposición a la publicidad previa al juicio. Asimismo, **el juez les asignó a los acusados, conjuntamente, catorce (14) recusaciones sin causa.** Esto es, **dos recusaciones sin causa adicionales** a las previstas por la propia Regla Federal de Procedimiento Criminal. He aquí un excelente ejemplo de cómo combinar flexibilidad en la toma de decisiones y en la interpretación amplia de la norma a favor del acusado. Esto es lo que ha generado el *common law* con jurados en sus ocho siglos de vigencia: magistraturas profesionales insertas en organizaciones flexibles, horizontales y sumamente eficientes.<sup>504</sup> La conducción

---

<sup>503</sup>Las preguntas incluían lo siguiente: “¿Cuáles son sus opiniones acerca de las compensaciones que los ejecutivos de las grandes corporaciones reciben?”, “¿Alguna vez usted, cualquier miembro de su familia o amigos trabajó o se postuló para un trabajo”, “o ha hecho negocios con” o “poseído acciones en Enron o cualquiera de sus filiales?”, “¿Conoce a alguien que ... se haya visto negativamente afectado o perjudicado de alguna manera por lo que pasó en Enron?”, “¿Tiene una opinión sobre la causa del colapso de Enron? En caso afirmativo, ¿cuál es su opinión? ¿En qué se basa su opinión?”, “¿Ha oído hablar o leído alguno de los casos de Enron? En caso afirmativo, por favor indique el nombre de todas las fuentes de medios de la que ha oído o leído acerca de los casos de Enron.”, “¿Ha leído algún libro o visto alguna película sobre Enron? En caso afirmativo, por favor describa”; “¿Está enojado por lo que pasó con Enron? En caso afirmativo, por favor explique”, “¿Tiene usted alguna opinión sobre... Jeffrey Skilling?”... En caso afirmativo, ¿cuál es su opinión sobre él? “¿En qué se basa su opinión?”, “Sobre la base de todo lo que ha oído, leído o que le contaron ¿tiene usted alguna opinión sobre la culpabilidad o la inocencia de... Jeffrey Skilling?” En caso afirmativo..., por favor explique”, “¿Podría cualquier opinión que usted se pueda haber formado con respecto a Enron o de cualquiera de los acusados impedirle de considerar de manera imparcial la evidencia presentada durante el juicio a Jeffrey Skilling” ... Si responde afirmativamente o “NO ESTÁ SEGURO” ..., por favor explique”. “¿Hay algo más que considere importante que el tribunal sepa sobre usted?” **Grabación 13013-13026.** In re “Skilling v. United States”, 561 U.S. 358 (2010).

<sup>504</sup> “Ninguna norma rígida e inflexible puede regular ex ante la profundidad necesaria o la amplitud del *voir dire*. Véase *US v Wood*, 299 EE.UU. 123, 145-146 (1936) (“La imparcialidad no es una concepción técnica. Es un estado mental. Para la determinación de esta actitud de apropiada



ejemplar del juez profesional en la audiencia de *voir dire*, en un caso de criminalidad económica de tanta repercusión mediática, fue repetidamente impugnada por Skilling, pero validada por la Corte de Apelaciones del 5º Circuito y la Corte Suprema.<sup>505</sup>

**Como segunda medida**, la Corte Suprema de Justicia revisó minuciosamente el registro taquigráfico de la audiencia de *voir dire* (que en Argentina es en audio y video) para detectar si eran verdaderos los agravios de Skilling en relación al comportamiento del juez en ella. La Corte negó de plano todos los agravios, en otro ejemplo muy claro de revisión amplia de este sector del procedimiento. La Corte observó que el juez le permitió a cada lado plantear varias preguntas a los potenciales jurados. Luego se pronunció sobre las recusaciones con causa de las partes, favoreciendo largamente a Skilling en comparación con la fiscalía. Del pool restante que quedó, el juez sorteó a 38 potenciales jurados, un número suficiente para garantizar las recusaciones sin causa de cada parte y conformar el panel definitivo con doce jurados titulares y cuatro suplentes. La Corte sostuvo que nada había que objetar en cuanto a la conducción del juez en esta audiencia.

**Como tercera y última medida**, la Corte Suprema revisó cuidadosamente el récord de la audiencia de *voir dire* para determinar si eran plausibles los cuestionamientos de parcialidad que Skilling le dirigió a los jurados nº 13, 63, 78 y a otros más. Nuevamente, la Corte los rechazó bajo los siguientes argumentos:

*“El examen cuidadoso de las preguntas del cuestionario y las hechas en el voir dire a los jurados finalmente seleccionados nos satisface de que, no obstante los defectos que Skilling enumera, el proceso de selección aseguró exitosamente jurados en gran medida intocados por el colapso de Enron. **Once de los doce miembros definitivos del jurado y los suplentes no reportaron conexión alguna con Enron, mientras que el resto mostró conexiones ínfimas.**”*<sup>506</sup>

---

indiferencia, la Constitución no prevé ningún test en particular y el procedimiento no está sujeto a ninguna fórmula antigua y artificial”). **La selección del jurado**, hemos enfatizado en repetidas ocasiones, **“reside particularmente en la órbita del juez del juicio”**. In re “*Skilling v. United States*”, 561 U.S. 358 (2010).

<sup>505</sup> “Como antes señaláramos, el tribunal del distrito seleccionó a los miembros del pool de jurados a partir de la evaluación de las respuestas obtenidas a un exhaustivo cuestionario realizado **en gran parte por Skilling**. Esa encuesta ayudó a identificar a posibles jurados recusables por causa y sirvió como disparador para posteriores preguntas a efectuarse los futuros asistentes de la audiencia de selección. De este modo, consideró el 5º Circuito, **“el voir dire fue la culminación de un largo proceso”**... (“consideramos al cuestionario ... al evaluar la calidad de la selección del jurado en su conjunto”)... después de inspeccionar las respuestas a los cuestionarios de los miembros del pool, **completaron el proceso de selección de jurado en sólo un día.**” In re “*Skilling v. United States*”, 561 U.S. 358 (2010).

<sup>506</sup> In re “*Skilling v. United States*”, 561 U.S. 358 (2010).

El re-examen de la Corte sobre la imparcialidad del jurado demuestra el valor de referencia que tiene el récord taquigráfico para resolver conflictos en los que no tuvo intermediación:

*Véase también al Jurado n° 10 (“No he seguido en absoluto noticias relacionadas con Enron”); Id, en 856 bis (Jurado 11) (“no entré en los detalles del caso Enron y “medio que me desconecté”). id, a 873A (Jurado 20) (“Yo estaba fuera del Estado cuando Enron quebró y, posteriormente, cuestiones personales me han mantenido sin prestarle mucha atención”); id, en 892a (Jurado n° 38) (no recuerda nada en particular “sobre la cobertura de los medios de comunicación”),. id, en 913a (Jurado n° 50) (“Lo escuché en las noticias y lo dejé pasar”),. id, en 935a (Jurado n° 63) (“No le presté mucha atención”). id, 940a-941a en (Jurado n° 64) “no he realmente estado al tanto y no recuerdo ninguna noticia acerca de Enron; id, a 971A (Jurado n° 84) (no había leído “nada en absoluto acerca de Enron “porque no “quiero leer esas cosas”, id, a 983A (Jurado n° 90) (“rara vez”, leía el diario Houston Chronicle y no ve programas de noticias); id., a 995a-996a (Jurado n° 99) (no lee los periódicos ni ve las noticias , “no sé los detalles de lo que [este caso] es o de qué se trata”); id, en 1010a (Jurado n° 113) (“nunca le presté demasiada atención al caso”).; id., en el 1013A (Jurado n° 116) (“había leído una serie de artículos”, “pero como no lo había afectado personalmente,”no podría “recordar específicamente” alguno de ellos).<sup>507</sup>*

En síntesis, el caso Enron ilustra de la mejor manera posible la magnitud que tiene la batalla por la imparcialidad del juzgador en el juicio por jurados. En “*el juicio dentro del juicio*”, se advierten: a) el respeto a los más amplios poderes de partes en la constitución del panel definitivo de jurados; b) el empleo de cuestionarios para agilizar el litigio posterior en el *voir dire*; c) la importancia del registro en audio/video de la misma; d) la flexibilidad, creatividad y profesionalismo del juez en la conducción imparcial del *voir dire*; e) la amplitud revisora ordinaria y extraordinaria y f) el control indiscutible que este litigio tiene sobre el veredicto final del jurado.

Jamás el sistema mixto-profesional del *civil law*, por su prácticamente nulo control de parte en la conformación del tribunal, la dificultad en recusar con causa y la prohibición de recusar sin causa, pudo exhibir en su historia un respeto semejante a la garantía de imparcialidad ni un litigio de tanta intensidad. No son palabras mías, sino las de Maier, que resume y sella todo lo que aquí hemos presentado:

*“Tomemos por ejemplo el principio de imparcialidad de los jueces...con o sin jurados. Para quien lea directamente la jurisprudencia de los Estados Unidos, verá que sus autores, y no sólo ellos, sino también los tribunales de los Estados Unidos han puesto mucho énfasis en crear una doctrina sobre la*

---

<sup>507</sup>In re “*Skilling v. United States*” 561 U.S. 358 (2010).

*imparcialidad o neutralidad. Para nosotros, es decir para quienes el problema de la imparcialidad no es demasiado conocido, observamos una serie de reglas que, comparadas con los antecedentes que tenemos del derecho continental europeo, aparecen como ridículas. Sin embargo, si hacemos abstracción del derecho argentino por un momento y comparamos aquello que significa imparcialidad para un tribunal acostumbrado a trabajar con jueces profesionales, con una organización judicial que trabaja con jurados. Ustedes podrán apreciar que se trata de dos objetos absolutamente distintos”.*<sup>508</sup>

## Capítulo 7º

### El litigio plenamente adversarial

#### Tercer dispositivo de control directo de parte sobre el veredicto.

#### §1. Litigio adversarial y verdad. La construcción social, colectiva y objetiva de la verdad.

Promediando su conferencia sobre juicio por jurados en 2005 en Mendoza, Alberto Binder afirmó:

*“El modelo de juicio por jurados, por sus propias características, es un modelo mucho más controlado que el modelo de juez profesional. En primer lugar, esto que a veces es mostrado como una “debilidad”, **el jurado es totalmente dependiente del litigio de las partes.** ¡Bienvenido sea! **Eso da más control.** La imparcialidad se logra sólo cuando hay un buen litigio de las partes”.*<sup>509</sup>

Ser las dueñas del litigio les da a las partes mucho más que un inmenso control final sobre el veredicto. En la producción paritaria -no oficiosa- de las pruebas y en su controversia total mediante un apropiado litigio público realizado en corte abierta **radica el establecimiento total de la verdad de los hechos del caso.** El motivacionismo radical del *civil law*, en cambio, pretende situar la verdad en la sentencia escrita del juez, a pesar de provenir de un procedimiento lleno de papeles que difícilmente pueda ser denominado “litigio”. En el sistema acusatorio con jurados, la verdad se obtiene en una clase de litigio que recién hace diez años hemos empezado a descubrir, ejercitar y dimensionar en el *civil law*. Su intensidad de control es tan grande que ahora empezamos a comprender por qué la motivación de las decisiones judiciales

---

<sup>508</sup> MAIER, Julio B. J.: “La reforma procesal penal para implementar un sistema de juicios terminados por jurados”, en el libro “Juicio por jurados en el proceso penal”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 14.

<sup>509</sup> BINDER, Alberto: “Corriendo los ejes de la discusión: del problema de la fundamentación a la “teoría del control”.”, en el Congreso Nacional de Derecho Procesal de Mendoza, Argentina, septiembre de 2005. <http://www.juicioporjurados.org/2012/06/video-imperdible-conferencia-de-binder.html>

jamás jugó rol alguno. **Lafundamentación racional del veredicto del jurado estuvo siempre como carga probatoria impuesta al acusador: él debía probar en el litigio la verdad de su acusación más allá de toda duda razonable.** Agregamos: y de los veredictos, también inmotivados, del juez profesional del *common law* cuando el juicio es sin jurados. La lógica es exactamente la misma. La estabilización racional de la decisión es producida desde hace siglos por el litigio adversarial. Por eso nadie se espanta en el *common law* ante jueces profesionales que fallan inmotivadamente como los jurados. Salvo que, en su caso, las partes le pueden pedir que expresen sus motivos.

Llegamos aquí a otro de los puntos neurálgicos de nuestra tesis y en la discusión con los motivacionistas: ¿es posible fundamentar (controlar) una decisión por otros medios distintos a los de la justificación por escrito de sus conclusiones? Por supuesto; absolutamente. Es más, ni siquiera por la variante, menos usual, de que el juez explique “oralmente” su decisión, cosa que siempre han rechazado y mirado con desconfianza, por lo menos en el *civil law*.<sup>510</sup>

**No existe una sola epistemología**, nos dice una autoridad como Ferrajoli. El sistema acusatorio con jurados posee desde la Antigüedad su propio método epistemológico, su manera distintiva de llegar a la verdad de los hechos del caso, su modo de controlar externamente la verdad de las proposiciones fácticas de las teorías del caso y, más allá todavía, de impugnar por arbitrariedad dicho proceso de valoración probatoria. **Sólo que rara vez se lo teorizó considerando a su protagonista principal: el jurado.** El gran mérito que tiene esta intensa discusión con el motivacionismo en su lucha contra el jurado es habernos forzado a repensar sobre un método epistemológico de verificabilidad y de fundamentación de los veredictos del jurado que siempre estuvo allí, delante de nuestras narices, desde hace milenios y ante pueblos y civilizaciones disímiles.

Ese esfuerzo nos ha llevado a volver la mirada hacia la teoría y praxis que la litigación adversarial con jurados ha empleado, desde el fondo de los tiempos<sup>511</sup>, para

---

<sup>510</sup> Los intentos por hacer motivar oralmente a los jueces fueron repelidos en el *civil law*. Por el contrario, los jueces técnicos del *common law* lo hacen de manera usual e inmediatamente después del veredicto o en la misma audiencia de que se trate.

CORDERO, Franco: “*Procedimiento penal*”, Tomo II, op. cit., p. 295: “Además, si tiene que exponer los motivos durante la sesión, en sala de deliberación, saliendo con toda la decisión, sería el fin de la prosa adornada y rodeada de garipolas.”

<sup>511</sup> Aproximadamente veinte minutos le tomará al lector observar el modo en que se desarrolló el juicio público contra Sócrates, en la mirada del cineasta italiano Roberto Rosellini. Un juicio de estas características de tanta publicidad, continuidad y adversarialidad es impensado, por ejemplo, en la justicia civil argentina del siglo XXI.

Pregunta al lector: a pesar de que los jurados atenienses no motivaron su veredicto, ¿es posible seguir

derrotar la presunción de inocencia que distingue gallardamente a los juicios del *common law*. Una concepción del litigio que tensiona a las prácticas inveteradas del *civil law* y que desde hace años nos insume ingentes esfuerzos de capacitación para adoptarlo de manera definitiva en Argentina y los países hermanos de América.

Las preguntas son las siguientes:

a) ¿es el convencimiento del juzgador sobre los hechos una simple operación mental, algo que sucede nada más que en su interioridad y en la subjetividad de la psiquis del juez o de los jurados?

b) ¿en qué medida el litigio público sobre la prueba, realizado con una intensidad sin precedentes para nosotros, permiten rodear de controles extrínsecos objetivables a la convicción del juzgador sobre los hechos y, más aún, a la eventual impugnación de dicha valoración de la prueba por arbitrariedad?

c) ¿en qué medida el litigio público establece y consolida la verdad total de los hechos discutidos en juicio?

La respuesta a estas preguntas es, sin dudas, la respuesta a la hipótesis de esta tesis doctoral. El camino para empezar a desandar estos interrogantes comienza por poner en su justo lugar al litigio adversarial como el más intenso control sobre la producción de la prueba (y de la verdad de la acusación) y sobre las conclusiones del acusador ante el juez o jurado. El litigio **real** (no la parodia de litigio sobre actas escritas del *civil law*) es el gran estabilizador racional de la decisión judicial, provenga esta de un jurado o de un juez. Para nuestra tesis, además, de superior valor epistemológico a cualquier justificación posterior que pueda hacerse por escrito (motivación).

## **§2. La epistemología del litigio. El valor de la inmediación.**

Hasta hace nada más que unos *¡quince años!*, los cortes revisoras del *civil law* repetían como si fuera un mantra: “*por razones de inmediación, la apreciación de los hechos escapa al control de esta corte revisora*”. “*Esta corte no puede descender al terreno de la valoración de los hechos, ya que ella pertenece de manera exclusiva al juez del juicio*”. Más allá que las cortes revisoras del *common law* revisaban en apelación los hechos y la prueba desde hacía ya un siglo, la jurisprudencia del *civil law* afirmaba que, por tratarse el convencimiento sobre los hechos de un proceso interno psíquico del juez tras la inmediación con los órganos de prueba, no podía ser controlado

---

sosteniendo que Sócrates no supo por qué lo condenaron? Todo estaba a la vista ante el jurado imparcial: la acusación, las pruebas y los alegatos conclusivos sobre ellas de las partes. Ver en Video 79 <http://aajjlitigacion.blogspot.com.ar/search/label/S%C3%B3crates>.

ni impugnado en revisión. Jamás razonó ni funcionó así el concepto de inmediación en el *common law*. Binder, como siempre, lo condensa todo en un párrafo sin desperdicio:

*“La inmediación es una forma de litigio construida, precisamente, para aumentar el control sobre la producción de la prueba. Sin las reglas del litigio, sin su publicidad y sin su inmediación, no creo posible la construcción de reglas objetivas que serán reglas argumentativas, realizadas en el plano público del diálogo, del cual el litigio judicial es sólo una de sus formas. La inmediación, en tanto ambiente natural del litigio contradictorio, es una condición básica y necesaria para la racionalización de la decisión judicial sobre los hechos.”*<sup>512</sup>

La jurisprudencia de la CIDH en *Herrera Ulloa* barrió con este despropósito insostenible de la irrevisabilidad de los hechos. Que partía de una cultura de ejercitar el procedimiento sin juicio público por más de 500 años. El diálogo se establecía nada más que entre el inquisidor y el acusado/torturado. A este rasgo de la inmediación sin juicio, como solitaria comunicación entre el imputado como objeto de prueba y la psiquis del inquisidor, le dedicó Cordero algunas de sus invectivas más memorables.<sup>513</sup> Esta clase de *interioridad* no podía controlarse “desde afuera” en un contexto de esas características. Así siguió hasta hace apenas unos años en el *civil law*. Sin embargo, en un litigio adversarial, la inmediación proporciona un control externo de la prueba de los hechos a favor del acusado, del fiscal, del juez y del público en general. La inmediación es lo que permite, entonces, dotar de racionalidad a la determinación de los hechos que efectúa el jurado en su veredicto. No obstante su inmotivación, los hechos que fundaron la condena pueden ser sometidos también al control en revisión por cualquier motivo.

En el juicio por jurados, sea en el *common law* o el que consagran las leyes argentinas, la prueba de los hechos la traen las partes al litigio. Ya no más a los poderes oficiosos del juez, sus interrogatorios y sus medidas para mejor proveer, aun vigentes y con muy buena salud en materia civil en Europa y Latinoamérica, para algarabía de motivacionistas como Taruffo y otros.<sup>514</sup> El litigio lo ejercen plenamente las partes, de manera **realmente** pública, ante un determinador de los hechos que es accidental, que es lego y que, en la inmensa mayoría de las causas que les toca juzgar, desconoce por

---

<sup>512</sup>BINDER, Alberto: “Un juez para...”, op. cit., p. 131.

<sup>513</sup> CORDERO, Franco: “Procedimiento...”, Tomo I, op. cit., ps. 19 a 23: “Soberano de la partida, el inquisidor elabora hipótesis dentro de un marco paranoide”; “Introspección: de este modo es definible el asunto inquisitorio...”; “El inquisidor labora mientras quiere, trabajando en secreto sobre los animales que confiesan; concebida una hipótesis, sobre ella edifica cábalas inductivas; la falta de debate contradictorio abre un portillo lógico al pensamiento paranoide”; “El inquisidor viaja en el espacio psíquico...”.

<sup>514</sup> Esto se verá ampliamente en la Parte III.

completo de qué se trata el asunto. Los jurados son entonces enteramente dependientes del litigio que las partes entablen durante el juicio, de las pruebas que produzcan y ello representa un gran control sobre sus decisiones. En cambio, el juicio mixto del *civil law* es semi-público, con gran actividad oficiosa del juez y preeminencia de un expediente instructorio escrito y sin control de la defensa.

El jurado no sabe absolutamente nada del caso. Allí reside, paradójicamente, su imparcialidad y su riqueza como adjudicador. En el juicio profesional, en cambio, los jueces se conocen de memoria el expediente. Ya saben **todo** lo que los testigos y peritos van a decir. Inclusive, es un secreto a voces que hay jueces que concurren con un borrador de sentencia confeccionado antes de entrar al debate. El juicio es así un simple trámite más, una puesta en escena de algo que ya está prácticamente decidido. Pierde toda su razón de ser, casi no hay deliberación y los incentivos de los abogados para litigar en ese entorno son muy bajos. En el juicio por jurados, en cambio, los jurados se enteran de quién es el acusado y en qué consiste el caso cuando el fiscal y el defensor exponen sus teorías del caso en sus alegatos de apertura o, a veces, cuando las partes optan por exponérselas durante la audiencia de *voir dire*.

### **§3. Sujeción estricta del veredicto a la prueba del juicio.**

Las leyes argentinas de jurados (de Buenos Aires, Río Negro, Chaco, Neuquén, etc) han hecho varios milagros más, aparte de prohibirle recurso al acusador. Varias de ellas vinculan de manera directa y obligatoria al veredicto del jurado con la prueba del juicio y -por ende- al litigio.

#### **A. Juramento del Jurado. Aspectos constitucionales.**

##### **Consecuencias.**

La primera es la que regula el juramento del jurado al empezar el juicio, que cumple una doble función constitucional crucial:

- a) a partir de allí se inicia el riesgo del *ne bis in idem* o *double jeopardy*.
- b) los jurados juran o prometen **rendir su veredicto exclusivamente sobre la prueba.**

*Art. 342 bis ley 14.453 Buenos Aires: “¿Prometéis en vuestra calidad de jurados, en nombre del Pueblo, examinar y juzgar con **imparcialidad** y **máxima atención la causa, dando en su caso el veredicto según su leal saber y entender, de acuerdo con la prueba producida** y observando la Constitución de la Nación y de la Provincia y las leyes vigentes?”....*

El juramento del panel definitivo de jurados titulares y suplentes **es el inicio formal** del juicio público. En todos los manuales del *common law* figura que es muchísimo más que una mera formalidad: el juramento del jurado significa el momento exacto en que se activa la protección de la garantía contra la múltiple persecución penal (*ne bis in idem o double jeopardy*). A partir del juramento hay juicio, comienza a correr el único riesgo al que se verá sometido el acusado y, por ende, dicho juicio debe tener un final. Stephen Thaman nos ilustra sobre este aspecto crucial del juramento del jurado:

*“En los Estados Unidos, el concepto de double jeopardy claramente impide al acusador torpedear un debate ya iniciado para poder obtener una mejor y más sólida prueba de cargo contra el acusado, o para procurarse una segunda chance de presentar prueba ante un juez o jurado más favorables a su postura. Tan pronto como el panel de jurados presta su juramento para escuchar un caso, dicho caso debe ser concluido ante esos mismos jurados y de una sola vez. Si el acusador intenta buscar la anulación del juicio debido a sus dificultades para probar la culpabilidad por la débil prueba de su caso, el principio de double jeopardy le impedirá volver a juzgar al acusado por esos mismos cargos”*.<sup>515</sup>

Pero, además del *ne bis in idem*, el juramento del jurado nos vincula con la garantía de la prueba y la publicidad del juicio. La fórmula del juramento de estas leyes vincula a la imparcialidad del veredicto con la prueba rendida en el juicio oral. No habrá un veredicto imparcial sino está apoyado **únicamente en la prueba rendida exclusivamente en el juicio público**. Cualquier otra forma de alcanzar el veredicto lo convertirá en parcial, inconstitucional y violatorio de esta promesa. Por ejemplo, el veredicto alcanzado sobre la base de prejuicios, sesgo, soborno, presiones externas o internas, azar, **información del expediente u otras fuentes**, etc. Por primera vez en la historia del proceso penal argentino, la estructura total de un juicio es sujeta íntegramente a la prueba producida exclusivamente en el debate público.

## **B. Desarrollo del juicio. El nuevo paradigma de litigación adversarial.**

**Segundo**, todas las leyes de jurado de la Argentina regulan lo siguiente:

*ARTÍCULO 61, ley 7661 Chaco: ORALIDAD. EXCEPCIONES. La prueba deberá producirse en la audiencia de juicio. Sólo podrán ser incorporados al juicio por su lectura, exhibición o reproducción las pruebas recibidas*

---

<sup>515</sup>THAMAN, Stephen: “The Nullification of the Russian Jury: Lessons for Jury-Inspired Reform in Eurasia and Beyond”, 40 Cornell Int'l L.J. 355, 2007, p. 374. Thaman cita en apoyo dos fallos trascendentales de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos: in re “Downum v. United States”, 372 U.S. 734, 737-38 (1963) y el célebre in re “Green v. United States”, 355 U.S. 184, 187-88 (1957).



*conforme a las reglas del anticipo jurisdiccional de prueba, sin perjuicio de que las partes o el Tribunal exijan la reproducción cuando sea posible. Los anticipos jurisdiccionales de prueba serán grabados en video para que el jurado los aprecie. Toda otra prueba que se pretenda introducir al juicio por su lectura no tendrá ningún valor.*<sup>516</sup>

La importancia política de estas normas es mayúscula e implica un cambio sin precedentes en nuestros sistemas judiciales gracias a las leyes de jurados.

Veamos la primera de estas normas, que impide la incorporación por lectura de cualquier prueba. Si algo caracteriza a los procesos de baja calidad del sistema mixto es la incorporación masiva por lectura al juicio de las actas escritas en el expediente instructorio por los policías y los fiscales en la instrucción. Sean estas cuales fueran: declaraciones del imputado, de coimputados, testigos ausentes jamás buscados, actas de procedimiento, actas de secuestro, informes, etc. El catálogo de incorporaciones por lectura al juicio del proceso penal del *civil law* de la actualidad es alarmante. **Ellos son prueba y nunca están sujetas a la contradicción.**

Es otro de los puntos más importantes que un juez debe dejarle muy claro al jurado en sus instrucciones. No hay ninguna duda de que existe un derecho constitucional a la prueba que ampara al individuo frente al Estado (CN, 33), expresado éste en el sentido que cualquier consecuencia jurídica en su contra tiene que ser decidida

---

<sup>516</sup> Lo mismo en la Provincia de Buenos Aires.

“ARTÍCULO 342 bis, ley 14.453 Buenos Aires. *Debate ante el Tribunal de jurados.*

*El debate ante el Tribunal de jurados se regirá por las disposiciones de este capítulo, con las siguientes previsiones:*

*4. Los testigos, peritos o intérpretes prestarán juramento de decir verdad ante el Tribunal, bajo sanción de nulidad. Serán interrogados primeramente en examen directo por la parte que los propuso, quien no podrá efectuar preguntas sugestivas ni indicativas. Seguidamente quedarán sujetos al contraexamen de las otras partes intervinientes, quienes podrán efectuar preguntas sugestivas. En ningún caso se admitirán preguntas engañosas, repetitivas, ambiguas o destinadas a coaccionar ilegítimamente al testigo o perito.*

*Las partes podrán objetar las preguntas inadmisibles indicando el motivo. El juez hará lugar de inmediato al planteo si fuere manifiesto el exceso o decidir en el acto luego de permitir la réplica de la contraparte. El Tribunal procurará que no se utilicen las objeciones para alterar la continuidad de los interrogatorios.*

*Cuando sea necesario para demostrar o superar contradicciones o fuere indispensable para ayudar la memoria del testigo o perito, podrá ser confrontado con las declaraciones previas prestadas. Se considerará declaración previa cualquier manifestación dada con anterioridad al juicio, pero nunca podrán ser presentadas en el juicio como prueba material.*

*No se podrá autorizar un nuevo interrogatorio después del contraexamen, salvo cuando fuere indispensable para considerar información novedosa que no hubiera sido consultada en el examen directo.*

*Durante el desarrollo del debate, cualquiera de las partes podrá ofrecer, estipular o acordar un hecho o circunstancia en los términos del art. 338 inciso 6. De aceptarlo la contraparte, no se producirá prueba sobre los mismos.*

*Los jueces y los jurados no podrán por ningún concepto formular preguntas a quienes comparezcan a declarar al juicio. El incumplimiento de esta prohibición constituirá falta grave.*

mediante prueba rendida en un juicio público. Por lo tanto, cualquier habitante que preste servicio como jurado querrá que un juez le explique qué es prueba y qué cosas jamás deben ser consideradas como prueba.

Más aún, la promesa que formuló al iniciarse el juicio es que rendirá un veredicto *de acuerdo a la prueba producida* y a nada más. **Allí, precisamente, reside la garantía constitucional de la prueba.** Ya hemos visto la frecuencia con que la justicia profesional dicta cotidianamente sentencias sin apoyo en la prueba: por ejemplo, por datos sacados de un expediente sin control de parte. Por eso es que este punto es tan importante.

La prueba llega al jurado a través de toda la evidencia admisible que se produjo en el juicio oral y público, a saber: las declaraciones de los testigos, de los peritos, del acusado, las admisiones de las partes, las estipulaciones o acuerdos probatorios entre las partes, los anticipos jurisdiccionales de prueba o cualquier exhibición física de prueba material o documental ofrecida por las partes. Todo lo que exceda de esta enumeración **no es prueba.**

No constituyen prueba para formar una condena válida, ni para un jurado ni para un juez, la siguiente lista posible de cuestiones. Debe comprenderse que éstos ítems, además de no ser prueba y de ser inválidos para formar una convicción, **son en sí mismas irregularidades que deben ser denunciadas.**

**No son prueba:** los antecedentes del acusado<sup>517</sup>; las afirmaciones de los abogados, sobre todo en los alegatos de apertura y de clausura; la información contenida en el expediente de investigación; las notas o apuntes que el juez puede permitirle tomar al jurado durante el debate; los datos bajados de Internet o fuentes similares; mensajes provenientes de fuentes divinas o espíritus<sup>518</sup>; los experimentos de prueba realizados por el jurado fuera del juicio; y otros múltiples factores adicionales, como pueden ser los prejuicios de clase, raza, religión, género, orientación sexual, etc.

En Inglaterra, Francia, España y Estados Unidos, que son países con serios problemas de integración racial e inmigración, los jueces son muy explícitos al instruir sobre este punto al jurado. Su convicción debe formarse sólo desde las pruebas admitidas en el juicio público y jamás desde este tipo de prejuicios.

---

<sup>517</sup> Ha habido varios casos en Inglaterra y Estados Unidos en donde se revocaron fallos condenatorios porque se probó que el alguacil de custodia del jurado les hizo este comentario mientras entraban al recinto: “*No saben ustedes la cantidad de condenas anteriores que tiene este tipo*”. Un comentario así contamina definitivamente el tenor de la deliberación, justo en una etapa en la que sólo se deben debatir los hechos y la ley aplicable.

<sup>518</sup> Hubo en caso así en Inglaterra; *R vs Young* [1995] CA, que veremos al llegar a la Regla del Secreto.

La segunda norma citada es la que consagra el nuevo juicio 100% adversarial que distingue a todos los sistemas con jurado clásico del país. Han receptado legislativamente la llamativa fuerza cultural que han tenido los cursos de capacitación en litigación adversarial en América Latina desde el año 2004 hasta el presente. Hoy ya son materia de grado y posgrado en las Universidades, hay concursos nacionales e internacionales de litigación y han llegado, con el jurado, a ser ley. Se trata de una verdadera revolución procesal: es un cambio completo del paradigma de litigación en juicios orales en favor del que se utiliza en los sistemas con jurado verdaderamente adversariales. Es otro de los milagros que produjo el jurado: que hoy tengan rango legal la teoría del caso, el examen directo, el contraexamen, las objeciones, las estipulaciones, las declaraciones previas y, sobre todo, la prohibición total al juez/jurado de interrogar a los testigos en el debate.<sup>519</sup>

El método de litigación adversarial con jurados abre un futuro promisorio para la evolución de nuestros sistemas judiciales y son los máximos dispositivos que tienen las partes para controlar la prueba y el litigio.

*El contraexamen (o cross-examination) es, según los grandes autores del common law, “el engranaje legal más grande jamás inventado para buscar la verdad.”<sup>520</sup>*

Esta sujeción del veredicto del jurado a la prueba y a un litigio completamente adversarial, mediante el estándar probatorio de la culpabilidad más allá de toda duda razonable y su total registración, le permite a la defensa el más amplio control del veredicto (antes, durante y luego del juicio).

### **C. Las instrucciones del juez y la prueba.**

La tercera, dos normas fundamentales de las leyes argentinas de jurados que vinculan indefectiblemente al jurado con el litigio público, son las que regulan las instrucciones del juez al jurado y las que prohíben al jurado tomar contacto con el expediente escrito.

*Art. 202 CPP Río Negro: Luego les impartirá las instrucciones. Les explicará la presunción de inocencia y que para declarar culpable a una persona se debe probar la existencia del hecho y su autoría más allá de toda duda razonable. Les hará saber que la acusación es quien tiene la carga de demostrar la culpabilidad del acusado, les explicará el alcance*

---

<sup>519</sup> RUA, Gonzalo: “El contraexamen de testigos”, Editorial Didot, Buenos Aires, 2014. RUA, Gonzalo: “El examen directo de testigos”, Editorial Didot, Buenos Aires, 2015.

<sup>520</sup> WIGMORE, John Henry: “A treatise on the Anglo-American System of Evidence in trials at common law”, Vol 1, 3ª Ed revisada, Boston-Toronto, Little Brown and Company, 1983.

*constitucional de la negativa a declarar del acusado y que solamente podrán considerar la prueba producida en el juicio.*

**Artículo 62 ley 7661 Chaco: Condenas Anteriores y Expediente. Prohibición.** *Por ningún concepto, y bajo sanción de nulidad de debate, los integrantes del jurado podrán conocer los antecedentes y condenas anteriores del acusado y las constancias del legajo de investigación. Incurrir en falta grave quien ponga en conocimiento del jurado en cualquier forma los antecedentes y condenas anteriores del acusado y la información contenida en el expediente de instrucción preparatoria.*

Especial énfasis pone el juez en sus instrucciones finales cuando advierte al jurado que **sólo podrán formar su convicción con las pruebas rendidas en el juicio público** que tuvo lugar delante de sus ojos y oídos y **que fuera producida exclusivamente en el litigio de partes.**

Esto derriba innumerables cantidades de distorsiones que caracterizan al juicio de la cultura mixta inquisitorial. La más fuerte de todas ellas, como vimos, es la que considera “prueba” a todo lo que está contenido en el “expediente”. Nada de ello es obviamente reproducido en el juicio oral y público pero, sin embargo, los propios códigos mixtos autorizan su ingreso fluido al debate por su lectura para que sean valorados en la decisión final.<sup>521</sup>

El jurado clásico en los países anglosajones desde siempre estuvo protegido de esta verdadera rémora, más que nada gracias a que desconoció a la Inquisición y a que la etapa preparatoria al juicio siempre fue una etapa más bien marginal, fugaz y a cargo de las partes ante un juez de paz. No existió nunca en Inglaterra una encuesta oficial, como la que distingue a los países de Europa continental y de Latinoamérica en manos del Inquisidor y que luego, con el tiempo, fuera reemplazado por el actual juez de instrucción.

Afortunadamente, estas normas vienen a ponerle fin a esta distorsión -de siglos de ejercicio- y a colocar en su justo lugar la centralidad del juicio oral como el único lugar válido para la producción de la prueba y a sujetar el veredicto al litigio probatorio de las partes. Este es el intento más fuerte hasta ahora puesto en marcha en Argentina

---

<sup>521</sup> MAIER, Julio B. J.: “Juicio por jurados en el proceso penal”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 15. Al distinguir al juicio mixto inquisitorio del juicio por jurados, Maier dice lo siguiente: “El juicio mismo se rige por reglas distintas. Valga la pena mencionar, solamente, la introducción por escrito de las peritaciones o la posibilidad amplia que tienen nuestros códigos de suplantarse la comparencia personal de los órganos de información al debate, mediante la lectura de actas anteriores; influye, también, la intervención que en el debate tiene el tribunal, porque sobre él pesa la obligación de averiguar la verdad, de manera que, por ejemplo, puede ofrecer prueba al mismo tribunal, algo inconcebible para un tribunal de jurados.”

para terminar con el nefasto reinado del expediente escrito, erigido hoy en el símbolo máximo de la denegación de justicia. Se ha advertido, en países como Panamá, El Salvador y Nicaragua -y esto lo presencié personalmente- cómo los secretarios, por orden del juez, le leen el expediente entero al jurado, que terminan invariablemente durmiéndose, sumidos en el sopor. En Córdoba, se detectaron varios casos en que a los jurados les repartieron copias del expediente “*para que no estuvieran en inferioridad de condiciones*” en la deliberación conjunta con los jueces profesionales (que llegaron al juicio con todo leído).

El juicio de Europa continental y de América Latina (con jueces exclusivamente profesionales o con escabinos) es sinónimo de sentencias con escaso apoyo en la prueba **producida realmente en el juicio oral**. Por el contrario, rinden sus veredictos y sentencias con buena base en los escritos incorporados por lectura. **Es decir, en informaciones que no son prueba**.

En el juicio por jurados, en cambio, esta actividad está absolutamente prohibida. La única excepción la constituyen los anticipos jurisdiccionales de prueba. Fuera de esta excepción, ninguna prueba se podrá introducir por lectura. A partir de ahora, las partes tendrán que esforzarse por resguardar aquellas pruebas que, por una u otra razón, no estarán razonablemente disponibles el día del debate. La etapa instructoria, por ende, tendrá más audiencias orales **-más controles-** ante los jueces de garantías para anticipos jurisdiccionales de prueba. Es decir, una audiencia pública excepcional en donde estarán presentes todas las partes y registrada **íntegramente en video, bajo pena de nulidad**. Allí se reproducirán plenamente las condiciones del debate oral, con examen directo y contraexamen. Únicamente en esas condiciones se autorizará el ingreso al debate como prueba de dicha declaración en su formato de video para que el jurado la aprecie; **pero sólo en caso de que el declarante no esté disponible el día del juicio**. Si lo está, es inadmisibile el ingreso de dicho anticipo y el declarante deberá ir al juicio.

#### **D. Empleo limitado del récord de audio/video del juicio.**

Es tan grande la cultura de la oralidad y la publicidad en el juicio por jurados que los jueces ciudadanos si quisieran pueden consultar por sí los registros audiovisuales del juicio. De hecho, muchos jueces de Estados Unidos si quisieran dejan que el jurado tome notas o apuntes. Si lo hacen, invariablemente el juez los instruirá acerca de que esas notas no son prueba y que carecen de todo valor. Lo verdaderamente importante e insustituible es la memoria del jurado acerca de lo que tal testigo o perito declaró durante el juicio.

Los testigos deberán desfilan en la audiencia y, aún así, el jurado no podrá llevarse al recinto la transcripción taquigráfica de las declaraciones. Tampoco podrán pedirle al juez que un testigo o perito amplíe su declaración porque le quedaron dudas, salvo en el caso del *hung jury* o jurado estancado que luego veremos. Es decir, el jurado, al retirarse a deliberar se llevará consigo todo objeto material o escrito admitido como prueba, **excepto las deposiciones de los testigos.**

La razón por la cual el jurado no podrá acceder a las transcripciones de las declaraciones rendidas en el juicio es porque ello dejaría en inferioridad de condiciones al acusado. Repasar una y otra vez los testimonios por escrito equivale a una violación al *fair trial*. ChiesaAponte lo expone así:

*“¿Cuál es la razón de esta prohibición? Se sostiene que es injusto para el acusado que el jurado tenga ante sí un documento escrito que puede leer y releer cuanta veces le plazca en el cual el acusado admite la comisión del delito que se le imputa, mientras que, de la prueba desfilada en el juicio en su defensa, el jurado sólo tiene el recuerdo de lo que declararon los testigos. Y normalmente tiene más fuerza el documento escrito que se tiene ante la vista, que el recuerdo de un testimonio oral. Así se ha interpretado en la mayoría de las jurisdicciones donde existe un precepto similar al nuestro.”*<sup>522</sup>

En caso de dudas, el jurado hace saber su deseo al juez de repasar un testimonio. Por lo general, se lo denegará. Pero, si lo autoriza, dicho repaso del audio se realiza en la sala de audiencias delante de las partes y del imputado, tal el respeto que el sistema judicial anglosajón tiene por el contradictorio. La ley prefiere que, entre los doce jurados, prevalezca la impresión recibida al escuchar los testimonios, antes que en un repaso posterior unilateral que pueda alterar esa percepción inicial.

#### **E. Reconstrucciones prohibidas en el *jury room*: reforzando el litigio y el control de partes.**

Por la misma razón, el jurado no podrá efectuar reconstrucciones inapropiadas de los hechos dentro o fuera del *jury room*, ya que estarían produciendo prueba de oficio por fuera del debate público y, sobre todo, por fuera del control de las partes, muy especialmente la defensa. Nadie podría interponer objeciones ante algún error en dichas maquinaciones probatorias. Aunque suene raro, serían medidas para mejor proveer dispuestas por el jurado mismo. El juez debe ser muy explícito en este punto. Eso no

---

<sup>522</sup> CHIESA APONTE, Ernesto: “Derecho procesal penal...”, op cit, Vol II, p 242 y cita allí gran cantidad de fallos de los Estados Unidos, entre ellos, *WalkervState, 109S.E.2D748(Ga, 1959), StatevWilson, 360P.2d1092(Kansas, 1961), etc*

quita, por ejemplo, que el jurado pueda utilizar o manipular normalmente los objetos de prueba rendidos en el juicio, como ser armas de fuego, cuchillos, aparatos, documentos, etc. Pero lo que está prohibido es, por ejemplo, que un jurado se traiga de su casa durante el juicio artefactos o implementos para hacer reconstrucciones del hecho impropias y demostrarle al resto de los jurados, una vez dentro del recinto de deliberación, que el fiscal o el defensor no tienen la razón.<sup>523</sup>

Uncaso muy ilustrativo de Puerto Rico es contado por ChiesaAponte:cierta vez, un jurado buscó en su casa unos binoculares para determinar si era posible observar lo que había testificado ver un agente durante un motín en la prisión, y luego llevar el resultado de dicho “experimento” al resto de los miembros del jurado.<sup>524</sup>Está claro que este tipo de maquinaciones con la prueba están prohibidas al jurado, ya que la prueba la producen **exclusivamente** las partes en corte abierta. Este tipo de experimentos probatorios está sustraído del control de las partes y del tribunal y, por ello, es inadmisibles que el jurado lo practique en sus deliberaciones.

#### **F. Prohibición absoluta de hacerle saber al jurado los antecedentes del acusado**

Los antecedentes del acusado no son prueba para resolver el caso. Es un ejercicio contracultural que habrá de hacer el *civil law* para acostumbrarse a las peculiares exigencias de litigación que impone un jurado popular. El juicio por jurados es el juicio sobre los hechos. Se determina en él si el hecho histórico imputado existió y si el acusado lo cometió o no lo cometió. El jurado deberá afirmar o negar la inocencia o culpabilidad del acusado por ese acontecimiento histórico con base exclusiva en la prueba de los hechos producida por las partes en el juicio público.

Por ende, la existencia de condenas anteriores o procesos en trámite que registre el acusado no podrán siquiera ser mencionadas por las partes durante este juicio, ni podrán ser admitidos ningún tipo de certificados de antecedentes, bajo pena de nulidad absoluta y de sanciones procesales del juez del juicio a las partes que contravengan este límite.

Los antecedentes del imputado serán utilizados **exclusivamente** en el juicio de cesura posterior, en caso de veredicto de culpabilidad.

---

<sup>523</sup> Fallo de la Corte canadiense *R v Lowry, R [2004] CA*: “Era imposible especular sobre si había habido alguna reconstrucción impropia realizada por el jurado. Estaba claro que nada que no se haya producido en el curso de la evidencia ante el jurado era inadmisibles después. Además, donde se corría el riesgo de que el jurado pudiera reconstruir de manera divergente los hechos según la evidencia y debían ser advertidos de no hacerlo”.

<sup>524</sup> CHIESA APONTE, Ernesto: “Derecho procesal penal...”, op. cit., Vol III, p. 451.

Los riesgos de que el jurado conozca las condenas anteriores del acusado son enormes: destruyen la imparcialidad de su convicción, la objetividad en su ánimo y sellan de manera casi definitiva la suerte de la presunción de inocencia del imputado.<sup>525</sup> Por más que el juez los instruya una y otra vez acerca de que su convicción debe formarse sólo sobre la base de las pruebas y de que ante la duda razonable deben absolver, ¿cómo evitar que el jurado no se incline casi naturalmente por la culpabilidad ante un acusado que sabe que es reincidente?<sup>526</sup>

El primer problema es que el juicio continental europeo y latinoamericano no le da la más mínima importancia a este asunto, dado que el juez profesional es quien dicta el veredicto y la sentencia. Por ende, el juicio no se divide en dos y tanto el hecho como la pena se debaten y se definen en un único juicio. Es por eso que en el marco de ese único juicio se presentan, junto a la prueba, los antecedentes del acusado. El juez profesional, en teoría, no debería saber nada del expediente. Sin embargo, se lo conoce de memoria y sabe perfectamente las condenas anteriores del acusado. En esas condiciones, se desarrolla un juicio mucho menos imparcial que el realizado ante un jurado popular con cesura obligatoria.

El segundo problema es histórico y cultural: la prueba legal del antiguo sistema inquisitorial en los sistemas del *civil law* consideró siempre un indicio válido de culpabilidad en el hecho el pasado delictivo del acusado (*indicio de proclividad delictiva; indicio de culpabilidad, etc*). Era un indicio más (prueba imperfecta) que podía, junto con otras pruebas imperfectas adicionales o con pruebas directas, construir una prueba compuesta válida para condenar. Aún hoy, y a pesar de estar en sistemas mixtos reformados con libre convicción, la alegación de los antecedentes como prueba convictiva de los hechos sigue siendo moneda corriente. De nada valen los esfuerzos por recordar que los antecedentes del acusado no guardan relación alguna con la existencia del hecho histórico imputado, ni con la responsabilidad del acusado en él, salvo que derivemos en un derecho penal de autor prohibido por el art 19 de nuestra Constitución Nacional.

El derecho del *common law*, en cambio, fue desde siempre muy cuidadoso en el respeto a un derecho penal de acto y, consecuentemente con ello, prohibió de manera

---

<sup>525</sup> TEDESCO, Ignacio: ““Ficción e imagen cultural del acusado en el ritual judicial. Un estudio histórico comparado”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.

<sup>526</sup> MAYERS, Lewis: op cit., p. 109: “Pero es evidente que una vez admitidas las pruebas de los antecedentes penales del acusado, es más que probable que influirán sobre el juez, y más aún sobre el jurado, cuando tengan que resolver las dudas sobre la culpabilidad del reo”.



casi absoluta que los acusadores o el juez pongan en conocimiento del jurado los antecedentes del acusado.

En Inglaterra, la vieja ley de equidad impide toda consideración a los antecedentes penales. En Estados Unidos, la regla es casi absoluta pero, como el jurado es el que a veces debe definir la pena y la reincidencia (no el juez), habrá ciertos casos de excepción para que el jurado pueda decidir. En Argentina, la reincidencia y la pena la definen el juez en la cesura, por lo que es inadmisibles cualquier mención del acusador o el juez a los antecedentes del imputado durante el juicio con jurados.

*“El  
fiscal tampoco puede obtener admisiones inculpativas del acusado con anterioridad al juicio, por lo tanto, tiene que buscarse por sí mismo pruebas independientes de la culpabilidad del acusado.  
La  
saludable doctrina de las leyes norteamericanas es que la acusación, una vez que se ha presentado pruebas de que el acusado cometió realmente el delito que se le imputa, **no puede fortalecer su posición revelando que el acusado tiene antecedentes penales**”<sup>527</sup>.*

Las consecuencias de hacerle saber al jurado los antecedentes penales del imputado constituyen un motivo absoluto de casación del fallo y conllevan la anulación del juicio y un nuevo juicio ante otro jurado, pero sólo si el veredicto es de culpabilidad o de no culpabilidad por razones de inimputabilidad. El fundamento es evidente y se basa en que, una vez producido el vicio, **el veredicto de culpabilidad está fatalmente contaminado** por información de antecedentes penales **que no constituyen prueba de los hechos**, en abierta violación a las disposiciones del art 19 de la Constitución Nacional (principio de culpabilidad por el hecho). También acarrearán serias consecuencias disciplinarias y/o penales a los acusadores, jueces, funcionarios (oficiales de custodia, policías) o terceros implicados en la divulgación al jurado de los antecedentes penales del acusado.

### **G. Investigaciones empíricas: el veredicto y la prueba**

La relación entre el veredicto y la prueba continúa siendo objeto de intenso estudio. Muchos investigadores, desde hace décadas, se han empeñado en descifrar si el jurado hace algún tipo de consideraciones por fuera de la prueba para decidir un caso.

---

<sup>527</sup> MAYERS, Lewis: “El sistema legal...”, op cit., p. 108.

Como todos sabemos, la deliberación del jurado es secreta y, en principio, jamás podrán revelar con posterioridad lo sucedido en el recinto. Sin embargo, en Estados Unidos se les permitió a los investigadores científicos presenciar cierto número de juicios en los años '50 y en los años '80. De esos trabajos surgieron dos de los más formidables estudios empíricos sobre el jurado que ya hemos citado: “*El jurado americano*”, de Kalven & Zeisel y el *Arizona Jury Project*, del cual los investigadores Shari Diamond, Neil Vidmar y el Juez Michael Dann descollaron.

Estas clásicas investigaciones de campo, que analizaron el fenómeno de cómo un jurado delibera y de cómo forma su convicción, concluyeron en los mismos puntos: **la prueba rendida en el debate ejerce una influencia prácticamente total en el jurado**. Cuando Kalven & Zeisel compararon los desacuerdos entre el juez y el jurado sobre un universo de 3576 casos, **pusieron en primer lugar a los factores probatorios**. Dieron a entender, de este modo, la vinculación casi absoluta de la prueba en la formación de la convicción del jurado. En orden decreciente, figuran *los hechos solamente conocidos por el juez*, luego *las discrepancias entre los abogados*, luego *los sentimientos del jurado hacia el acusado individualmente*, finalmente, *los sentimientos del jurado hacia el derecho y la ley aplicable*. De todos ellos, la prueba es el ítem más fuerte que toma en cuenta el jurado al rendir el veredicto. Y, para ampliar las diferencias con los sistemas judiciales del continente, no hay ninguna duda acerca de lo que es prueba y de lo que jamás podrá considerarse como tal.

*“En ciertos momentos, puede que el jurado aprecie ciertos datos específicos probatorios de modo diferente; en otros, el jurado puede exigir simplemente que la prueba sea más fuerte. Según nuestras constancias, es frecuente que el desacuerdo con respecto de la prueba se refiera simplemente al hecho de haberse cerrado la investigación del caso, lo que permite al jurado no pronunciarse sobre factores que no constan como prueba.”<sup>528</sup>*

Dichos de otro modo, el veredicto del sistema de jurado clásico reposa íntegramente en la prueba; por ende, en el litigio adversarial de partes. Prueba es todo lo que se presentó y se desarrolló durante el juicio público. Es imposible que el jurado decida sobre aspectos externos a él, como puede ser un viejo testimonio ante la policía o contenido en un expediente, **sin que el testigo se presente al juicio**.

---

<sup>528</sup>KALVEN, Harry Jr. y ZEISEL, Hans: *The American Jury*, Ed. Little Brown, USA, 1966, p.55-65 y p.104-117. También puede ser consultado en castellano en AUBERT, Vilhelm: “*Sociología del Derecho*” Ed Tiempo Nuevo, Caracas, Venezuela, 1971, p.233.

En los países de nuestro margen, por el contrario, es normal la influencia en la sentencia de cuestiones que nunca fueron ventiladas en el juicio. Básicamente, las masivas incorporaciones por lectura de actos del expediente instructorio llevados a cabo por escrito y sin control real de las partes. Para decirlos ineufemismo y aplicando la cita poco feliz de Couture, pero al revés: sentencias de jueces togados sin la prueba y contra la prueba.<sup>529</sup>

Los juristas del sistema mixto inquisitorial frecuentemente cuestionan al jurado porque su veredicto inmotivado impediría el control racional del juicio de los hechos. Bien harían en reparar, antes de emitir un juicio tan errado, en el aspecto profundamente irracional en el control de que se supone que la inmensa mayoría de las sentencias de los jueces permanentes - eso sí, hechas por escrito, raramente fundadas en los hechos, pero obtenidas bajo el pomposo título de la libre convicción razonada - se sustentan en un altísimo margen de actos leídos de un expediente, adquiridos por fuerza del juicio y sin que la defensa los haya podido o originariamente confrontar.<sup>530</sup>

Muy lejos de las conclusiones que realizara el juez del distrito de Columbia en Nueva York, Ricardo M. Urbina:

*“Al mirar retrospectivamente mis años como juez me doy cuenta de que en más del 95% de los juicios que he presidido, el jurado ha pronunciado veredictos apoyados por las pruebas”.*<sup>531</sup>

#### **§ 4. Sujeción estricta del veredicto al hecho requerido en la acusación.**

En un sistema acusatorio, la acusación es el corazón del litigio adversarial. En torno a la requisitoria de elevación a juicio, o acusación, orbita absolutamente todo: ella provoca y abre el juicio público contra el imputado, ella permite la defensa plena, ella identifica los medios de prueba, la calificación legal del hecho, los criterios para individualizar la pena y ella fija los hechos históricos imputados, constitutivos de un

<sup>529</sup> COUTURE, E.J.: *“Las reglas de la sana crítica”*, Estudios de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, 1949, II, p. 221 donde, al referirse a la convicción libre la denota diciendo que es la convicción adquirida con la prueba de autos, sin la prueba de autos y contra la prueba de autos.

<sup>530</sup> En Francia, Bélgica, Córdoba, Panamá y El Salvador, por caso, las distorsiones inquisitoriales son tan grandes que a los jurados les lee el expediente directamente y se los dan para que lo lean en el recinto de la deliberación. El propio Fallo Taxquet (CEDH 2010, ap. 28) revela que el art 341 del CPP belga *“prevé que el presidente, después de haber planteado las cuestiones que el jurado debe responder, les entregará a los jurados a mismo tiempo que el escrito de acusación, las actas que constatan el crimen y las piezas del expediente distintas de las declaraciones escritas de los testigos”*.

<sup>531</sup> URBINA, Ricardo M.: *“Anatomía de un juicio por jurado”*, *“La función del juez”*, Journal USA, Departamento de Estado de los Estados Unidos, julio 2009, vol. 14, nº 7, p. 11 y s. También en <http://photos.state.gov/libraries/argentina/8513/electronicjournals/7-10-09-anatomy-of-a-jury-trialsp-final.pdf>

delito, que serán la materia -y el límite infranqueable- de la decisión del juzgador del caso. La acusación ha jugado siempre ese rol. Lo hizo en la Era Antigua, cuando predominaba el sistema acusatorio puro (privado, en los Germanos y popular en Grecia y Roma) y también lo hace en la actualidad, donde prima el acusatorio formal, muy especialmente en el *common law* con sus distintas variantes.<sup>532</sup>

Veredicto del jurado y sentencia del juez están obligatoriamente sujetos a los hechos descritos en la acusación. Pero inmediatamente advertiremos cómo la sujeción es total y absoluta en el jurado, pero parcial en el juicio profesional.

El jurado puede apartarse de la acusación en dos supuestos: para absolver irrevocablemente o, si el veredicto es de culpabilidad, para condenar por un delito menor incluido al principal imputado por el fiscal. **Pero jamás podrá condenar por uno más grave.** Este es un punto fundamental que muestra las grandes diferencias en términos de garantía que hay entre el *common law* y el *civil law*. El juez y el jurado ejercen ambos el *iura novit curia*. Sólo que el jurado puede hacerlo nada más que en beneficio del acusado. El juez, en cambio, lo puede hacer a favor o en contra de él.<sup>533</sup>

#### **A. Rol limitado de la requisitoria de elevación a juicio en la sentencia profesional. El imputado contra un doble acusador.**

En los sistemas mixtos de América Latina y Europa continental, que nunca han admitido plenamente el sistema adversarial, es común que los jueces violen de manera flagrante el principio de congruencia y se aparten de la acusación **en contra del imputado**. El acusado se enfrenta así a un doble acusador: el fiscal y el propio juez. Siempre bajo la declamación de que “*sin apartarnos de los hechos históricos planteados por el acusador...*”, los jueces *sorprenden* al acusado -y lesionan su garantía de defensa- con un variado menú de opciones que van desde:

- a) condenas por delitos más graves que el escogido por el acusador;
- b) imposición de penas superiores a las solicitadas por la fiscalía;
- c) circunstancias agravantes no valoradas por el acusador e introducidas de oficio.

---

<sup>532</sup> El adjetivo de “*formal*” viene del hecho de que la persecución penal es pública y de oficio. Está en manos de fiscales estatales en la inmensa mayoría de los casos. Maier afirma con razón de que Inglaterra es el país moderno que más se acerca al modelo acusatorio puro de la Antigüedad: el acusador es un abogado privado (salvo el incipiente CPS o *Crown Prosecution Service*, lo más parecido a un ministerio público oficial) y, si la víctima no comparece a testimoniar, prácticamente es imposible que se celebre el debate. Por supuesto, quien decide es el jurado.

<sup>533</sup>LEDESMA, Ángela: “Comentario al fallo *Bonilla Ortiz de Puerto Rico*”, en BINDER, Alberto y HARFUCH, Andrés (directores): “*Fallos y sentencias de las Cortes...*”, op. cit., 2016.

d) nulidad del pedido de absolución del fiscal para provocar un nuevo debate e impedir la obligatoria absolución.

e) Para disfrazar este verdadero apartamiento de la máxima acusatoria *ne est iudex ultra petita*, el *civil law* ha sido pródigo en crear institutos “*absurdos*”, según Maier, tales como el *hecho diverso* (CPP Nación, 401).<sup>534</sup>

f) o el CPP Tucumán, 389, en el cual, si el tribunal de juicio advierte un *hecho diverso*, **le ordena al fiscal ampliar allí mismo su acusación para poder sentenciar sobre él.**

g) El correlato alemán de este poder excedido de los límites de la acusación se llama la “*advertencia de oficio*”. Maier es más indulgente ante ella, pero la quiebra de la imparcialidad es evidente. El tribunal, para permitir la defensa y evitar la sorpresa del acusado, le advierte que está considerando seriamente una condena por delitos de mayor gravedad que los imputados por el fiscal (Ordenanza Procesal Penal alemana § 265). Lo hace para permitirle traer prueba en contra de la advertencia o para que alegue e intente convencer inútilmente de lo contrario a jueces que ya están convencidos, pues desde ellos partió la iniciativa.

En un sistema adversarial que se digne de tal, los jueces – al igual que el jurado – están **absolutamente** limitados por cada aspecto de la acusación en todas sus partes (hecho, autoría, calificación legal, agravantes y modo de ejecución y clase de pena a imponer). Salvo, claro está, que se aparten de oficio en beneficio del acusado (introducción de atenuantes, justificantes, delitos menores, menos pena, absolución, etc).

**Este apartamiento del principio adversarial es imposible en el veredicto del jurado**, lo cual explica su superioridad garantista en términos de procedimiento judicial y su coherencia con el principio acusatorio.

### **B. Rol de la acusación y de los alegatos de clausura en la fundamentación fáctica del veredicto.**

Cuando el juicio es por jurados, la acusación cumple otro rol muy importante. Diríamos fundamental. Ella es la que explica y permite comprender el resultado del juicio por jurados, **ya que su función principal es fijar los hechos del caso.** Siempre

---

<sup>534</sup> MAIER, Julio B. J.: “*Fundamentos...*”, op. cit., p. 570: “*los jueces...acuden a una solución absurda: si del debate emerge un hecho diverso al enunciado en la acusación, el tribunal de juicio remite el proceso al ministerio público o al juez nuevamente...con grave menosprecio de la imparcialidad del tribunal de juicio, que es quien indica al acusador la necesidad de una nueva acusación que lo coloque en situación de decidir...*”

hemos repetido que **motivación y fundamentación no son lo mismo**.<sup>535</sup> El veredicto del jurado es un acto decisor profundamente *fundamentado*, racional, controlado y controlable. Sólo que necesariamente debe ser rendida bajo esa forma para cumplir de manera acabada con su función judicial y política, y con su rol como garantía constitucional del individuo. El latiguillo predilecto de los antijuradistas y de los motivacionistas radicales es el siguiente: “*si me van a condenar, me tienen que decir porqué*”. De hecho, el belga Richard Taxquet y el escocés Thomas Judge llegaron hasta la Corte Europea de Derechos Humanos con ese mismo guión. Entre varios de sus agravios estaba la falta de razones del veredicto del jurado que los declaró, simplemente, *culpables*. Su argumento era que desconocían por qué los habían condenado, como consecuencia de tan lacónica respuesta: *culpables*.

Por supuesto, ambos agravios fueron rechazados. Tal como vimos ya, la CEDH ratificó la total adecuación convencional del modelo de jurado con veredicto general y destacó lo que es obvio: el jurado es un procedimiento distinto al llevado a cabo ante jueces profesionales. Son incomparables y sus mecanismos de control y su revisión corren por carriles distintos.

La CEDH usó a estos dos fallos para mostrar el funcionamiento y alcance de dos de los dispositivos fundamentales con que el acusado puede: **a)** comprender las razones de su condena; **b)** defenderse sin restricciones en el recurso o doble conforme y **c)** permitir al tribunal recursivo la más amplia revisión. Ellos son, básicamente, las instrucciones del juez al jurado y la requisitoria de elevación a juicio (acusación).

En el fallo *Taxquet vs Bélgica* (2010), la CEDH puso más énfasis en el rol que cumplen las **instrucciones del juez** para comprender el resultado del juicio y el veredicto del jurado. Pero en el fallo *Judge vs UK* (2011), la CEDH se ocupó de precisar con precisión y detalle el importantísimo rol que cumple la acusación fiscal en la fundamentación fáctica del veredicto del jurado y en su revisión posterior. Sobre todo, cuando describe la materialidad del hecho punible; o sea, el relato del acontecimiento histórico (hecho) constitutivo de un delito y de la prueba con que cuenta el fiscal de la autoría y participación del acusado en él. Tanto en el *common law* como en el *civil law*, la acusación, bajo pena de nulidad, debe estar escrita y fundamentada y puesta en conocimiento del acusado **previamente al juicio**. Su lectura íntegra o una síntesis de ella da inicio formal al juicio público (en inglés se lo llama *arraignment*, y es la más

---

<sup>535</sup> BICHARA, María Orfelina: “Juicio por jurados ¿vs? la garantía de doble conformidad judicial”, en Revista Pensamiento Penal sección Doctrina 42873, Argentina, febrero 2016.

popular de las audiencias públicas del *common law*, en donde el juez le pregunta al imputado cómo se declara respecto de dicha acusación, si culpable o no culpable).<sup>536</sup>

Al final del juicio público, el acusador concluye con sus alegatos de clausura ante el jurado en corte abierta, elabora deductivamente la prueba de los hechos y justifica las razones para la condena. Forma parte de la carga de la prueba del acusador brindar los fundamentos de la condena, a los cuales el jurado acompañará o no con su veredicto. Si frente a ello el jurado dice *culpable*, es que ha considerado probados en el juicio más allá de duda razonable los hechos fundamentados por la acusación en su totalidad y ha rechazado la versión de los hechos del acusado. Cuando dice *no culpable*, es al revés: considera que el fiscal no ha logrado probar los hechos más allá de duda razonable. El veredicto del jurado es simplemente la afirmación o negación de la acusación y de todas sus razones expuestas públicamente, sin necesidad alguna de tener que motivar. **Esta es la crucial diferencia entre el juicio técnico y el juicio por jurados.** El eje de esta tesis -vista con toda claridad por Mittermaier a mediados del siglo XIX- es que **al juez profesional sí hay que obligarlo a dar sus razones**, por su déficit de legitimación política y garantista frente al juicio por jurados.<sup>537</sup>

La respuesta de la CEDH a Thomas Judge a su objeción de que el veredicto inmotivado del jurado escocés le impidió saber las razones de por qué lo condenaron es impecable y demuestra lo absurdo del planteo. Constituye, en apenas seis líneas, el núcleo central de esta tesis y la sencilla respuesta al *latiguillo* de los motivacionistas.

*37. La característica esencial de una acusación es que cada cargo contenido en ella debe especificar la base fáctica de la conducta criminal alegada por la acusación: no hay indicación de que la acusación por la que el solicitante fue imputado omitiera hacerlo. Por consiguiente debe haber sido claro para el solicitante que, cuando fue condenado por el jurado, lo fue porque el jurado admitió las pruebas de los acusadores con relación a cada uno de los cargos de la acusación y, por implicancia, rechazó su versión de los hechos.*<sup>538</sup>

---

<sup>536</sup> En el *common law*, el *arraignment* es una audiencia especial, previa al juicio y muy famosa gracias al cine y la TV, en donde se procede a imponerle al acusado por lectura la acusación contra él y a que diga cómo se pronuncia frente a ella (en inglés “*How do you plea?*”). Si se declara *no culpable*, el juez fija allí mismo la fecha del juicio. Si se declara *culpable*, el juez fija una audiencia para establecer la pena (por lo general, el acusado ya ha negociado su pena con la fiscalía en el *plea bargaining*). También tiene una tercera opción, *nolo contendere* (*no lo disputaré*). La diferencia es que, si bien admite la culpabilidad, tal admisión no puede ser usada en sede civil para el futuro juicio por daños. Cfr MUÑOZ NEIRA, Orlando: “*Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*”, Editorial Legis, Bogotá, Colombia, 2008, p. 160.

<sup>537</sup> Porque es designado por el gobernante, por su pertenencia al Estado, porque no son recusables, por su bajo número, porque casi no deliberan, porque no está prevista la unanimidad, porque su absolución no es final, etc.

<sup>538</sup> CORTE EUROPEA DE DERECHO HUMANOS in re “*JUDGE VS ESCOCIA*” Solicitud n° 35863/10 de Thomas Judge contra el Reino Unido, 2011.

Como pueda advertirse, la CEDH revisó exhaustivamente los hechos descriptos en la acusación fiscal y la prueba de los acusadores en busca de algún error u omisión que le hubiera impedido a *Judge* comprender las razones de su condena. La CEDH entiende, correctamente, que las razones que el recurrente desea conocer hay que buscarlas principalmente allí, en la acusación y **en las pruebas de los acusadores**. Obvio que, como vimos en la Parte I con los veredictos arbitrarios, la *base objetiva* que arma el tribunal revisor para decidir si un veredicto de condena es arbitrario o manifiestamente contrario a la prueba está integrada por muchos otros dispositivos (instrucciones del juez, récord en audio/video del juicio, alegaciones de las partes en audiencia revisora, etc), pero la acusación es, quizás, el más importante de todos ellos en cuanto al control amplio de los hechos en revisión.

En síntesis, el planteo del antijuradismo es efectista: por supuesto que toda persona declarada culpable por un jurado sabe perfectamente por qué la condenaron. Afirmar lo contrario es caer poco menos que en el ridículo. Para eso hubo un juicio *en serio*: público, continuo, plenamente oral y en manos de las partes, donde todos los argumentos y las pruebas fueron ventilados y controlados en corte abierta y con varias opciones de veredicto a disposición del jurado. ¿Cómo no van a comprenderse las razones para una condena? El jurado lego no puede ser jamás convocado para escribir una sentencia, del modo en que insensatamente lo obligan en España.<sup>539</sup> El jurado está allí para decidir afirmativa o negativamente sobre una acusación escrita y fundamentada, que fue ventilada públicamente en un litigio de partes y contra la cual se presentó una teoría del caso contradictoria de la defensa. Los controles externos del litigio sobre la convicción del juzgador (jurado o juez) son evidentes. Todo está muy claro en cuanto los motivos de la decisión. Salvo, por supuesto, que se quiera caer en el bochorno de sostener que los condenados en toda la historia del juicio por jurados en el Reino Unido y Estados Unidos, o en Neuquén o Buenos Aires, nunca se enteraron de las razones ni los motivos de sus condenas. Sea para defenderse en el recurso posterior (que lo hicieron mucho antes que nosotros) o, simplemente, por el innegable derecho humano a saber por qué.<sup>540</sup>

---

<sup>539</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: “*El jurado español. Ley y práctica*”, Ponencia presentada en la conferencia organizada por el Instituto Superior Internacional de Ciencias Criminales, ciudad de Siracusa, Italia, 1999: “*la práctica ha comprobado que resulta demasiado complicado para el jurado responder correctamente y votar las preguntas que son objeto del veredicto*”.

<sup>540</sup> Demostraremos en la parte III que las sentencias escritas y motivadas de los jueces técnicos tienen



## § 6. La *semi-publicidad* del juicio mixto profesional. Menores controles de parte sobre la sentencia (motivada).

El juicio de los países de Europa continental y de Latinoamérica no es ni plenamente público ni adversarial. Por una sencilla razón: ello obligaría a cederle el poder total del litigio a las partes en detrimento del juez técnico. Las burocracias judiciales del *civil law* jamás pudieron aceptarlo. A pesar de ser democracias plenas, los sistemas de justicia de los países de Europa continental y de Latinoamérica mantienen aún esos fuertes resabios autoritarios.

La consecuencia de esta opción implica: **a)** Conceder al juez poderes de oficio, inclusive más allá de la acusación y en contra del acusado; **b)** rol limitado de la acusación en la sentencia; **c)** ingreso de las actas escritas de la investigación sin control de parte, lo que equivale a prueba delegada en la policía sin intermediación ni control de la defensa y **c)** darle al juez el liderazgo en el interrogatorio a los testigos, algo que es inimaginable en el *common law*.<sup>541</sup>

Todas las resistencias a instaurar el jurado clásico en América Latina y Europa pasan por estos cuatro exclusivos puntos.

### §7. Conclusión: el litigio de partes permite el control total sobre los hechos.

Volvamos al razonamiento de Binder que abrió este capítulo: a menores poderes de las partes sobre el litigio, menor imparcialidad del juez y menor control sobre la sentencia: este es el modelo del juicio mixto con juez profesional imperante en gran parte de Europa Continental y América Latina. La motivación escrita de la sentencia - como acto en sí mismo- no logra compensar la pérdida de control de partes sobre el litigio, la fijación de los hechos y la decisión.

Por el contrario, a mayores poderes de las partes, máximo rendimiento de la garantía de imparcialidad y control sobre la decisión, aún inmotivada: este es el modelo de juicio adversarial con jurados.

---

serios déficits de redacción, de razonamiento propio, idiomáticos, de lenguaje comprensible para una persona común y de expresión real de motivos (más que la remisión ordinaria a "...como dijo el testigo a fs 13..."). Los abogados tienen que interpretar casi siempre la sentencia para explicárselas a los acusados y/o víctimas. Ellos no entienden nada. En síntesis, parte de la sobrevaloración de la exigencia de motivación para con el jurado olvida, sospechosamente, esta realidad imposible de esconder de los sistemas profesionales.

<sup>541</sup> En la película de 1982 "*Verdicto*" (con Paul Newman y Charlotte Rampling), se observa a un juez manifiestamente parcial, fastidiado con el abogado de la actora civil por mala praxis y negligencia médica, efectuarle él mismo un contraexamen al perito médico que estaba, en ese momento, declarando en examen directo ante la parte que lo había propuesto. El final es memorable: pedido de nulidad y juicio político para el juez. Click aquí Video 12 <http://aajjlitigacion.blogspot.com.ar/search/label/Preguntas%20del%20juez%20a%20testigo>

La ecuación es tan sencilla que hasta parece increíble tener que explicarla. Entregarle por entero el litigio a las partes significa transferirle a ellas el **dominio absoluto sobre los hechos del caso y sobre el convencimiento del juzgador en su decisión**. El fiscal fija los hechos históricos disputados en su acusación y la defensa los controvierte o agrega otros. El juez no puede -en este contexto adversarial- introducir otros hechos distintos, como sí lo hace en el sistema mixto. Esto se traduce en una consecuencia indigerible para los juristas del *civil law*, aún cuando le reconozcan estatus (meramente teórico) constitucional: que ese litigio sea el único, el final, el definitivo, la única instancia en donde se decida la cuestión. La revisión posterior -**únicamente** por parte del condenado- de la determinación que el jurado efectuó sobre esos hechos está entonces absolutamente garantizada, conocida y delimitada por el litigio de partes. Toda la información para impugnar ampliamente un veredicto de culpabilidad está allí y en el resto de los dispositivos ya mencionados.<sup>542</sup>

En síntesis, el litigio adversarial ante un jurado le da a las partes el control total sobre los hechos y, por ende, sobre su necesaria consecuencia: el veredicto.

## Capítulo 8°

### El juez como juez de garantías del juicio con jurados.

#### Cuarto dispositivo directo de control de parte sobre el veredicto

#### § 1. La imparcialidad vinculada a las decisiones sobre la prueba de los hechos

Volvamos a la conferencia de Alberto Binder en Mendoza:

*“En segundo lugar, el juicio por jurados está más controlado porque tiene un juez de garantías. El juez que dirige el debate es un juez de garantías del desarrollo del juicio. Sin compromiso con la toma de decisión, cosa que no sucede en el modelo de juez profesional. Esto, desde el punto de vista del recurso, da mayor control”.*<sup>543</sup>

<sup>542</sup> HERBEL, Gustavo: “Casación amplia...”, op.cit., 2014, p. 225-226. Como hemos dicho antes, el autor, desde el más puro motivacionismo (aunque partidario del jurado y de la finalidad del veredicto absolutorio), reconoce que al jurado no se lo debe ni se le puede exigir motivar sus veredictos de culpabilidad, pero que la completitud de dicha tarea pertenece al tribunal de casación que revisa la condena: es la casación la que debería realizar una “*motivación originaria de las razones de la condena en el curso del doble conforme*”. No se conoce algo así en el derecho comparado (salvo el ya mencionado caso de Noruega, que critica ácidamente el juez Jebens en el fallo *Taxquet*) y, aunque debemos reconocer el esfuerzo teórico del autor por compatibilizar posturas, no puede dejar de criticarse que, por la obsesión para que los jurados motiven de alguna forma, los únicos “*salvadores*” a los que se llaman son los mismos de siempre: los jueces profesionales. El jurado popular jamás necesitó del tutelaje de los jueces técnicos para diseñar un sistema histórico de máximo control, muy superior al proceso mixto con motivación. La obsesión por la mixtura lleva a no admitir lo elemental: ambos sistemas, juicio por jurados y juicio con jueces técnicos, deben seguir conviviendo con sus propias particularidades.

<sup>543</sup> BINDER, Alberto: “*Corriendo los ejes de la discusión: del problema de la fundamentación a la*

**El juicio por jurados -al dividir la decisión entre el veredicto para el jurado y la sentencia para el juez- logra el efecto de que el juez profesional retome su auténtico rol de juez de garantías del juicio, especialmente en sus decisiones sobre la admisibilidad o rechazo de las pruebas.**

No hace falta recordar -porque lo vivimos a diario en los juicios exclusivamente profesionales- que la obligación del juez de determinar la inocencia o la culpabilidad lo ha llevado a ser el sujeto privilegiado en la búsqueda de la verdad en el proceso. Por más que todos los manuales insistan en mostrarnos otra realidad o pretendan convencernos de lo contrario, el juez técnico del *civil law* es actor privilegiado en la búsqueda de la verdad acerca de la hipótesis acusatoria. Sus decisiones en materia de admisión o rechazo de las pruebas propuestas están siempre teñidas por su interés en el resultado final del caso, ya que la decisión será luego exclusivamente suya. En términos de control, esto es catastrófico para las estrategias de las partes, para la imparcialidad y para el desarrollo mismo de un *fair trial*.

**El juicio adversarial necesita de un juez sin ningún tipo de compromiso con la decisión.** Reiteramos: sin “ningún” tipo de compromiso, incluyendo a la forma escabinada de participación ciudadana. Por eso es que, en la Antigüedad, quien dirigía el juicio (*pretor* o *quaesitor* en Roma o el *Graf* entre los pueblos Germanos) jamás intervenía y mucho menos dictaba el veredicto, que quedaba siempre en manos de los jurados populares. El juez se ve así liberado de un desmedido poder y puede concentrar todos sus esfuerzos en convertir al juicio en un escenario de máxima imparcialidad.

## **§ 2. El juez del juicio por jurados es un juez de garantías del juicio**

Las leyes argentinas de jurado clásico prevén una norma muy similar a esta:

*ARTÍCULO 357, ley 14.453 Buenos Aires. Desarrollo del debate. Resueltas las cuestiones incidentales y sintetizados los argumentos de la acusación y defensa en los términos del artículo 354, se producirá la prueba analizándose en primer lugar la propuesta por la acusación y actores civiles y particular damnificado, en el caso de que los hubiera. Terminada la recepción de la prueba de la acusación, se procederá a recibir la prueba de la defensa, de los responsables civiles y de la citada en garantía, en su caso.*

*Cuando el juicio se realice con jurados y durante su curso las partes planteen alguna incidencia de prueba relativa a su admisión o exclusión, el juez ordenará el retiro del jurado de la sala hasta tanto se resuelva la misma. Si la incidencia fuera de sencilla resolución, el juez ordenará que*

---

*"teoría del control".*”, en el Congreso Nacional de Derecho Procesal de Mendoza, Argentina, septiembre de 2005. <http://www.juicioporjurados.org/2012/06/video-imperdible-conferencia-de-binder.html>

*los abogados se acerquen al estrado a fin de que el jurado no escuche la discusión, pero permitiendo la grabación de la misma en ambos casos”.*

Esta es otra norma fundamental para garantizar la máxima imparcialidad frente al caso por parte del jurado. Ella explica cómo el sistema de jurados recupera el rol del juez técnico como verdadero garante de decisiones mucho más neutrales en materia de prueba y de conducción del debate.

Por definición, el juicio debe ser protegido de las pruebas viciadas o contaminadas que pueden llevar a una decisión injusta y contraria a las exigencias básicas de respeto a la dignidad humana que marca el constitucionalismo moderno.

Durante la Inquisición, la averiguación de la verdad era una meta **absoluta** del procedimiento. Eso llevó, en Europa continental y Latinoamérica, a escribir una de las páginas más siniestras de la Humanidad. En efecto, obsesionados por alcanzar la verdad a cualquier precio, los inquisidores no repararon en aplicar las más salvajes torturas, delaciones, amenazas y aceptación masiva de prueba irregular.

Tras la Revolución Francesa y, sobre todo, desde el siglo XX, la preservación de la dignidad humana y los derechos individuales se impusieron como límites infranqueables para alcanzar la verdad en el procedimiento. La averiguación de la verdad dejó de ser el **fin absoluto** del proceso y se volvió un **fin relativo**, sujeta a los estrictos límites de las garantías constitucionales y los derechos humanos.

**Ejemplos:** Por más que se sepa que el acusado tiene toda la información para esclarecer el caso, no se lo puede torturar para que confiese; por más que se sepa que en la casa del acusado se halla todo lo robado, no se puede entrar a ella sin orden judicial; por más que en la correspondencia del imputado con su novia esté la prueba del delito, no se las puede secuestrar ni valorar si no es por orden de un juez. Y así es que la verdad debe ceder frente a estos límites infranqueables que componen el programa constitucional y de respeto a los derechos humanos básicos. Todas las pruebas que pretendan hacerse valer en un procedimiento que hayan sido obtenidas en violación a estas garantías constitucionales o a las formalidades que prescriben las leyes deben ser declaradas inadmisibles (si es que todavía no ingresaron al juicio) o ser excluidas (si es que ya entraron al proceso).

Éstas son las dos clásicas sanciones procesales que permiten evitar el ingreso o extirpar la prueba viciada. El problema central de la aplicación de esta regla de exclusión probatoria puede sintetizarse en una sola pregunta. **¿De qué sirve admitir o**

**excluir una prueba viciada si el juez técnico, que es quien en definitiva debe decidir la culpabilidad o inocencia, igual toma contacto con ella y con su contenido?**

En el juicio profesional, donde el juez concentra la decisión sobre la culpabilidad y la decisión sobre la pena, **es él quien debe decidir y, a la vez, dirimir la regla de exclusión**. Por esta concentración de poder, el juez profesional se entera, por el debate entre las partes, que el imputado se declaró culpable y dio todos los detalles del hecho bajo tormentos policiales. La prueba será excluida y no podrá ser valorada en la sentencia. Sin embargo, está inevitablemente fijada en su mente y es casi imposible que no condicione su decisión final del caso. Lo mismo sucede cuando el juez declara nulas todas las pruebas **regulares** obtenidas de un acto irregular, por ejemplo, tras un allanamiento de morada sin orden judicial. La prueba podrá no entrar al juicio o ser extirpada de él, pero él ya sabe que en esa casa se encontró el arma del crimen o la agenda que incriminaba al imputado.

Por ende, la verdadera y real batalla por la aplicación correcta de la regla de exclusión pasa porque el juzgador no tenga el más mínimo contacto con la prueba viciada. **Es el juicio por jurados el procedimiento por excelencia para que esto no suceda.**<sup>544</sup> Es aquí en donde se advierten, con suma claridad, los beneficios indisputables de la división del poder de decidir, que es la esencia del juicio por jurados y de un poder penal republicano.

El jurado, que es quien emite el veredicto de culpabilidad o inocencia, no tiene ningún compromiso con la decisión sobre la admisibilidad o exclusión de pruebas viciadas. Es el juez profesional, desligado ya de impartir el veredicto, el que asume

---

<sup>544</sup> Ver el telefilm *Prosecuting Casey Anthony* (2013) con Rob Lowe y Elizabeth Mitchell, sobre un caso real. La fiscalía, ante la falta de prueba directa del crimen, ha preparado una reconstrucción en video para ilustrar cómo la niña Casey Anthony fue presuntamente asfixiada por su madre mediante la colocación de una cinta aisladora en su boca. La defensa se opone tajantemente a que el jurado vea semejante cosa. El juez ordena retirar al jurado de la sala y escucha los argumentos de las partes con el público presente. Toma su decisión allí mismo y no hace lugar al planteo de la defensa. El video se mostrará y hace entrar al jurado. Es la manera lógica de no contaminar la imparcialidad del jurado frente a pruebas eventualmente inadmisibles. Video n° 40 <http://aajjlitigacion.blogspot.com.ar/2014/09/video-40-acusando-casey-anthony-video.html>.

Del mismo modo, ver esta escena de la película *“Se presume inocente”* (1990), con Harrison Ford y Raúl Juliá. Tras el crimen de una bella fiscal, es acusado su compañero (Harrison Ford), también fiscal y con quien mantenía un romance a pesar de estar casado. La prueba clave de la fiscalía es un vaso de whisky con sus huellas dactilares, hallado en la escena del crimen. La fiscalía analizó el vaso y constató que eran sus huellas pero, días antes del juicio, increíblemente extravió dicho vaso. La defensa lo reclama para dárselo a sus peritos de parte, pero el vaso no está más. Al comenzar el juicio, la defensa impide que el perito dactiloscópico de la fiscalía declare sobre esas huellas. Para no contaminar al jurado, el juez llama a las partes que se acerquen al estrado. Al escuchar el planteo, ordena que vayan todos a su despacho para decidir la cuestión. Video n° 18 <http://aajjlitigacion.blogspot.com.ar/2016/08/video-73.html>

ahora sin ataduras ni riesgos la tarea de escuchar el debate sobre el vicio que afecta a la prueba y a decidir la exclusión solicitada por las partes. A esto se refiere Alberto Binder cuando resalta que el juicio por jurados logra el efecto depurador que el juez profesional retome su rol de juez de garantías del juicio.

### **§ 3. Prohibición del juez y de los jurados de interrogar**

Por primera vez en la historia de los procesos penales argentinos, se plasma en una norma la verdadera garantía para acentuar la imparcialidad del juez y para profundizar el carácter adversarial del proceso: que los jueces -sean profesionales o jurados- no puedan efectuar preguntas de ninguna clase en el juicio a los testigos, peritos o al acusado. Las normas, además, prevén sanciones muy duras contra el juez que las efectúe y acarreará la nulidad del juicio en caso de condena.

*Artículo 60° ley 7661 de Chaco. PROHIBICIÓN DE INTERROGAR. Los jueces y los jurados no podrán por ningún concepto formular preguntas a quienes comparezcan a declarar al juicio. El incumplimiento de esta prohibición constituirá falta grave.*

*La violación a lo establecido en este Título VII acarreará la nulidad del debate sólo en caso de veredicto de culpabilidad o de no culpabilidad por razones de inimputabilidad.*

Por ejemplo, la ley 11922 sancionada en 1998 en la provincia de Buenos Aires fue por esa misma avenida. Pero bastó una sola línea en el CPP, 364 -que autorizaba a los jueces profesionales a efectuar preguntas “*aclaratorias*”- para que rápidamente los vicios inquisitoriales volvieran a su lugar y los juicios se convirtieran en la parodia que hoy son, con partes casi mudas, sin teorías del caso y jueces que interrogan masivamente y sin límite alguno. La vieja Inquisición volvía por sus fueros, aún con códigos mixtos tendientes al acusatorio.

En un juicio por jurados, tal escenario es inadmisibles. ¿Cómo se objetaría la pregunta sugestiva o impertinente de un juez? ¿Cuál sería la teoría del caso del juez? En el sistema adversarial, la verdad de la hipótesis acusatoria es perseguida de manera exclusiva por la fiscalía. Los jueces y los jurados están completamente desligados de la obligación de averiguar la verdad. Los jueces profesionales no pueden interferir en lo más mínimo en las estrategias de las partes, por más que les resulten insatisfactorias.

Es cierto que esto provoca revulsión cultural en muchos jueces. Algunos de ellos, por ver reducido “*su poder*” al rol de un *umpire* de un partido de tenis o al de un inspector que ordena el tránsito. No invento esta frase. La he escuchado de boca de

ciertos jueces ofendidísimos, no ya con el juicio por jurados, sino con el modelo adversarial mismo.

Se trata, nuevamente, de argumentos puramente efectistas. El poder que conserva el juez en un juicio por jurados -admitir o excluir prueba, imponer la pena, impartir instrucciones, explicar la ley, secuestrar a un jurado, sancionar a las partes- es muy grande. Pero es verdad que el modelo adversarial con jurados de la Constitución supone el fin del poder concentrado de los jueces inquisidores sobre el veredicto y la restitución del litigio en forma total a las partes. Su protagonismo sobre la producción de la prueba del juicio es cosa del pasado. La democracia, en síntesis, es eso: división y reducción de cualquier forma de concentración de poder.

#### **§ 4. Conclusiones y consecuencias. La división del poder de juzgar.**

En un juicio por jurados existe una clara división de poderes. El juez técnico decide sobre la prueba; pero no decide el veredicto. Las consecuencias sobre la imparcialidad son por demás evidentes. El juez técnico se convierte -no por pura bondad, sino por la claridad de las reglas de juego- en el garante del juicio; de un *fair trial* y un *fair play*. Esa división de poderes garantiza la igualdad de armas y decisiones más equilibradas sobre la admisión o rechazo de pruebas.

El juez del sistema mixto, por el contrario, es un juez ligado a la averiguación y al establecimiento de la verdad. Él concentra el poder de juzgar: decide la prueba; decide el veredicto; decide la sentencia y decide la pena. Es un garante de sí mismo y de su propia decisión. La consecuencia es natural. Por más que sus decisiones estén motivadas, la influencia de las partes en ella disminuye de manera notable. De allí la “*esperanza cultural*” de las partes del *civil law* en el recurso. La solución favorable hay que ir a buscarla en otros jueces, los de los estamentos superiores de la organización judicial. Paradójicamente, por más que el veredicto del jurado permanezca inmotivado, el control de partes sobre esa decisión aumenta de manera notoria. En gran parte explicado por la recuperación de la imparcialidad del juez técnico, al desligarlo por completo de la decisión de la culpabilidad o inocencia.

## **Capítulo 9º**

### **Las instrucciones del juez al jurado**

#### **Quinto dispositivo directo de control de parte sobre el veredicto**

##### **§1. Las instrucciones: diálogo, comunicación y control judicial.**

La prueba ya ha terminado. El juicio se acerca a su fin. Las partes se dirigen al jurado con sus alegatos de clausura. Es el último contacto directo que litigantes y jurados tendrán cara a cara; es el intento final con que las partes intentarán convencer a los jurados acerca de la justicia de sus teorías del caso. Sin embargo, entre dichos alegatos finales y el retiro del jurado a la sala de deliberación tendrá lugar uno de los momentos estelares del juicio por jurados: las instrucciones del juez, instituto exclusivo y personalísimo del jurado clásico e inexistente en otras formas de enjuiciamiento (técnico o escabinado).

Las instrucciones son uno de los momentos fundamentales del debate con jurados, a punto tal que, sin ellas, no podría haber nunca un veredicto válido. Un juicio por jurados sin instrucciones del juez es el equivalente a una sentencia profesional sin fundamentos ni cita legal. En los países del *common law* tienen incluso histórica raigambre constitucional, como integrante de la garantía de juicio por jurados, de debido proceso y de inocencia (CN, 18, 24, 33 y 118). La Corte Europea de Derechos Humanos, en sus ya citados fallos *Taxquet vs Bélgica* (2010) y *Judge vs UK* (2011), ratificó dicho alcance constitucional e inclusive lo amplió, ya que les atribuyó a las instrucciones del juez al jurado estatus convencional internacional como garantía del debido proceso: gran parte de las razones para la condena se encuentran en las instrucciones del juez a los jurados.

Desde un punto de vista procesal, las instrucciones son el modo en que el juez le transmite al jurado el derecho penal, procesal, probatorio y constitucional que se aplican a los hechos ventilados en el juicio.

Desde la Teoría de los Sistemas, las instrucciones son el vínculo comunicacional por excelencia entre el juez y el jurado. Para esta teoría, el ejercicio mismo de la abogacía, sus estrategias, teorías y alegatos constituyen un formidable ejercicio comunicacional y dialógico, destinado a convencer a un tercero imparcial.<sup>545</sup> Las instrucciones son el momento en el que el Estado, a través del juez profesional que dirige el debate, reasume el rol central del juicio público que hasta ese momento estuvo en manos íntegras de las partes. Son el canal directo de comunicación entre el juez y el

---

<sup>545</sup> HENDLER, Edmundo S.: “*Jueces y Jurados: ¿una relación conflictiva?*”, en el libro “*Juicio por jurados en el proceso penal*”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000: Allí, el maestro argentino cita la obra del filósofo del derecho alemán, Niklas Luhmann, quien aplicó la Teoría de los Sistemas al Derecho y estableció que las normas y los actos procesales son, simplemente, “*comunicación*” entre sistemas y sub-sistemas jurídicos.

LUHMANN, Niklas: “*Sistemas sociales*”, Alianza Ed., México, 1991, pag. 376 y siguientes.



jurado en el instante previo a la deliberación. Son una guía imprescindible para que el jurado pueda decidir el caso y la herramienta esencial de los litigantes para los recursos.

Pero en lo que a esta tesis importa, las instrucciones son el más poderoso mecanismo existente de control judicial y de partes sobre las deliberaciones y el veredicto del jurado. Es imposible desarrollar aquí de manera íntegra el tema de las instrucciones, pero sí nos detendremos específicamente en sus aspectos de control sobre el veredicto, en el rol de fundamentación legal y jurídica del veredicto y en cómo se transmite mediante ellas la garantía de inocencia. Es decir, el estándar probatorio de más allá de duda razonable, que es la gran fuente de corroboración y verificación de toda la prueba de los hechos del juicio, especialmente para la defensa.

## §2. Definición de instrucciones. Origen.

Técnicamente, toda la doctrina del *common law* es uniforme al definir a las instrucciones del modo en que sigue:

*“Las instrucciones al jurado son el mecanismo procesal mediante el cual el jurado toma conocimiento del derecho aplicable al caso. El jurado es, esencialmente, el juzgador de los hechos. Una vez adjudicados los hechos, el jurado debe entonces rendir su veredicto aplicando las normas de derechos sustantivo a los hechos, tal como éstos han sido adjudicados por el jurado.*

*Pero aún en la adjudicación de los hechos, el jurado debe recibir instrucciones sobre los principios correspondientes de derecho probatorio criminal, algunos de los cuales tienen rango constitucional, como la presunción de inocencia y el “quántum” de prueba (más allá de duda razonable).*

*Por medio de las instrucciones al jurado, el juez le transmite al jurado en qué consiste su función, especialmente que tienen la obligación de juzgar al acusado sólo a base de la prueba que se admita en el juicio.<sup>546</sup>*

Las instrucciones al jurado, al igual que el jurado mismo, no son un invento de los anglosajones, sino que fueron desarrollados por los griegos y perfeccionados por los romanos. Es decir, tienen una raíz latina indiscutida.

*“Legalmente, una vez terminado el período contradictorio, se procedía a pedir «consejo» (consilium) acerca del fallo que debía recaer; en el juicio por jurados, la petición o provocación del consejo se llamaba «enviar a consejo» (in consilium mittere), y la celebración del mismo «ir a consejo» (in consilium iré).<sup>547</sup>*

---

<sup>546</sup> CHIESA APONTE, Ernesto L.: “Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos”, Vol II, Editorial FORUM, San José de Puerto Rico, 1995, p. 233.

<sup>547</sup> MOMMSEN, Theodor: “Derecho Penal Romano”, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1991, p. 282.

Como vemos, no hay nada nuevo bajo el sol. Las cruciales instrucciones ya estaban contempladas, aunque bajo otra denominación, como una derivación lógica del procedimiento civil y penal con jurados de Roma.

### **§3. Instrucciones sobre el derecho: prohibición de instruir sobre los hechos. La Instrucción Admonitoria.**

Las leyes de jurado clásico de Argentina se han inclinado por el actual modelo norteamericano de instrucciones y por el antiquísimo modelo romano de “*consejo*” al jurado. Los jueces tienen prohibido dar al jurado *su* visión de los hechos y su opinión sobre lo que declararon los testigos, los peritos, etc. En definitiva, tienen vedado opinar sobre el valor de la prueba rendida en el juicio.<sup>548</sup> Por el contrario, el modelo de las Islas Británicas (incluyendo a Irlanda, Canadá y los países de Oceanía), difiere en este punto y el juez, en sus instrucciones, hace un *summing-up*, o *resumen del caso* ante el jurado **que no es vinculante para él.**

Por eso es que los británicos, irlandeses, canadienses y los países oceánicos, a diferencia de Estados Unidos y de Argentina, utilizan el *árbol de decisión* (*decision tree* o *question trail*), que es un esquema de antecedentes y consecuencias con la cual el juez intenta ayudar al jurado a extraer conclusiones **fácticas** de los hechos controvertidos. Hay que aclarar que, si bien Carrara criticó fuertemente este indudable control del juez sobre el poder soberano del jurado para adjudicar los hechos<sup>549</sup>, el modo en que las magistraturas profesionales del *common law* ejercen este resumen en la práctica es de una objetividad e imparcialidad que llaman la atención. Un lector europeo continental o latinoamericano no podría comprender esto hasta que no lo presencie en persona. Las magistraturas actuales del *common law*, gracias a la prolongada tradición de litigio adversarial con jurados, representan una cultura completamente distinta de las magistraturas del *civil law*. Se formaron en un entorno cultural de adversarialidad e imparcialidad tan marcados que dieron origen, modernamente, a un modelo de juez muy distinto al que estamos acostumbrados en el *civil law*. Eso se nota claramente cuando imparten sus resúmenes del caso, con un grado de neutralidad -casi de asepsia- que

---

<sup>548</sup>Wayne R. LaFave, Jerold H. Israel Criminal Procedure, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1985

<sup>549</sup> CARRARA, Francisco: “Programa...”, parte general Volumen II, op. cit., 1972, p. 400: “*El resumen del juez presidente. Aquí también arde la discordia, porque algunos temen el naufragio de la justicia si los jurados que (nótese bien) deben haber formado ya su convicción sobre los resultados del proceso, emiten dicha convicción sin haber recibido antes la última impresión del discurso del presidente. A otros, en cambio les espantan el naufragio de la justicia y el posible sacrificio de la inocencia, en la eventualidad de que un presidente facundo, competente y sagaz, haya prevenido su ánimo con el deseo de la condena y juzgue como un deber el empleo de toda clase de artificios para guiar a los jurados hacia un veredicto condenatorio; por consiguiente, quieren que el resumen sea del todo proscrito.*”

impresiona al observador foráneo.<sup>550</sup> Las magistraturas continentales de Europa y de América Latina, en cambio, son mucho más intervencionistas y omnipresentes durante el proceso, con la consiguiente pérdida de imparcialidad.

Pero lo cierto es que esta facultad de instruir sobre los hechos fue siempre extraordinariamente debatida por la indiscutible influencia que semejante opinión tiene sobre el jurado y resaltan nuestro tema actual: la forma que asume el control de partes sobre el veredicto a través de las instrucciones del juez.

Como vimos, ya en época de la *Accusatio o Quaestio* de la República en Roma, se prohibían este tipo de instrucciones de hecho (*consejos*) cuando el juicio era por jurados. Estamos hablando nada menos que del año 451 a.C:

*“Pero no se admitía consejo en el juicio por jurados presidido por un magistrado; la denominación de consilium dada al mismo no era otra cosa que una reminiscencia del origen que había tenido la institución en el procedimiento privado, con su juez único y sus consejeros adjuntos (p. 145). El temor de que el injustificado influjo de uno solo pudiera mermar la independencia de la institución del jurado, fue causa de que semejantes consejos colectivos quedaran olvidados, acaso por disposición legal, pero desde luego sí de hecho...”*<sup>551</sup>

El modelo norteamericano se desembarazó de la modalidad británica y, por eso, los jueces tienen prohibido hacer ningún tipo de resumen del caso, ni a dar su opinión valorativa sobre las pruebas ni sobre cualquier punto que pertenezca a la esfera de competencia del jurado. Es más, toda instrucción de un juez en Estados Unidos o Puerto Rico debe incluir, casi hacia el final, lo que se denomina **Instrucción Admonitoria**. Esa instrucción está destinada a reforzar el papel del jurado como único determinador de los hechos y a despejar cualquier duda al respecto. La instrucción admonitoria dice así:

---

<sup>550</sup> Insistimos en este punto una y otra vez. Esta clase de magistratura “imparcial” fue posible en Inglaterra sólo cuando el jurado se afianzó como factor político decisivo de poder, circa 1735. Antes de ello, la mayoría de los jueces ingleses insistían en dominar a los jurados a como diera lugar. Recordada es esta cita de Hendler, sobre un artículo de John Langbein: “Langbein entiende haber descubierto una perspectiva distorsionada en las fuentes que presentan el caso “Bushell” como paradigma consagratorio de la autonomía del jurado frente al autoritarismo judicial. Advierte que, a través de sus instrucciones legales y comentarios sobre la prueba, los jueces ingleses influían decisivamente en las determinaciones de los jurados, aún mucho tiempo después del caso Bushell. Refiriéndose al período que va, aproximadamente, de 1635 a 1735, menciona distintas prácticas por las que se ejercitaba esa influencia. Una de ellas la de interrogar, cuando el jurado presentaba su veredicto, sobre las razones de la determinación adoptada, ya fuera de condena o de absolución”. Obviamente que los jueces no les exigían a los jurados que dieran sus razones como “garantía”, sino como una forma de manipulación y de control para obtener la decisión deseada por el Poder. HENDLER, Edmundo: “Jueces y jurados...” op. cit., p. 26 y LANGBEIN, John: “The Criminal Trial before the Lawyers”, Chicago Law Review, vol. 45, 2/1978, p. 285 y ss.

<sup>551</sup> MOMMSEN, Theodor: “Derecho....”, op. cit, p 282

*“Decidir el veredicto es tarea exclusiva de ustedes. Yo no puedo participar en modo alguno en esa decisión. Por favor, ignoren todo lo que pude haber dicho o hecho que los haga pensar que prefiero un veredicto por sobre otro”*.<sup>552</sup>

En definitiva, la legislación argentina de jurados ha seguido al pie de la letra el modelo estadounidense, de casi tres siglos de evolución. En este país, siempre tan reacio -y con cuánta razón- a concederle poderes adicionales al Estado, el juez tiene prohibido hacer valoración alguna sobre los hechos o sobre la credibilidad de algún testigo cuando se dirige en sus instrucciones al jurado. Los jurados son absolutamente soberanos para determinar **los hechos que les presentaron las partes de manera pública en el litigio**. Las instrucciones son una herramienta muy grande de control sobre el jurado, por la influencia que tiene el juez sobre ellos. De allí que se prohíba una opinión del juez sobre los hechos del caso. Las instrucciones del juez, por ende, son exclusivamente jurídicas y consisten en la transmisión del derecho aplicable.

Por eso, considero muy acertada la decisión argentina de seguir el modelo estadounidense, antes que el inglés, en materia de instrucciones. En la Argentina, al igual que en Estados Unidos, están prohibidas las instrucciones sobre los hechos, resúmenes del caso o el sometimiento al jurado de instrucciones particulares o preguntas sobre hechos.<sup>553</sup> Las ventajas de este modelo, además, es que simplifican las instrucciones y la tarea del juez y las partes. De hecho, las críticas contra lo engorroso que suele ser confeccionar y explicar el árbol de decisión siguen siendo implacables, además de cuestionarse su constitucionalidad por entrometerse en la jurisdicción exclusiva de los hechos que posee el jurado.<sup>554</sup>

***CPP, 202 Río Negro:** El juez no podrá efectuar en las instrucciones al jurado un resumen del caso, ni valoraciones o alegaciones sobre los hechos, las pruebas o la credibilidad de las declaraciones recibidas durante el juicio.*

---

<sup>552</sup> Instrucción admonitoria en el juicio de Casey Anthony (ver desde minuto 34:59 hasta 35:22) <http://www.juicioporjurados.org/2011/12/videos-instrucciones-al-jurado-caso.html>

<sup>553</sup> Ver la Parte I, capítulo 2º, §1.2.4. Prohibición del veredicto especial en Argentina y §1.3.4. Prohibición del veredicto con interrogatorios en Argentina y el common law. El juicio al Dr Spock y la Guerra de Vietnam en 1969.

<sup>554</sup> COMISKEY, Marie: *“A Tempest in a Teapot—Does the Decision Tree Violate the Right to a Jury Trial?”*, Oñati Socio-Legal Studies, 2015: *“El árbol de decisión barre con el poder del jurado para organizar sus propias deliberaciones e influenciar sutilmente al jurado para alcanzar un veredicto antes que otro. Dejar que los jurados decidan solos cómo enfocan la prueba del juicio y cómo organizan libremente sus deliberaciones puede llevar a que los jurados interpreten la prueba de un modo distinto al que les está sugiriendo el juez”*.

En estas discusiones acerca de si instruir sobre el derecho, o también sobre los hechos, se empieza a advertir con prístina claridad la naturaleza básica de control que las instrucciones poseen sobre el veredicto del jurado.

#### **A. Las mal llamadas “instrucciones particulares”. Un defecto a corregir.**

La implantación del jurado clásico, iniciada en Argentina en 2014 con los primeros juicios en Neuquén y en 2015 en Buenos Aires, fue más que exitosa en todos los aspectos. Por supuesto, hubo errores lógicos que fueron inmediatamente corregidos. Pero uno de ellos debe ser resaltado, porque supone eludir la prohibición legal y constitucional de plantearle cuestiones de hecho al jurado. En los primeros juicios neuquinos se advirtió la aparición impensada de un “*invento autóctono*”: las mal llamadas *instrucciones particulares*, como si tal cosa existiera en algún país. Se trataba, en realidad, de una espontánea e intuitiva creación, carente de cualquier apoyatura doctrinaria o legal. Luego de definidas las instrucciones al jurado en Neuquén, el juez discutía con las partes -a veces a pedido de ellas- qué cuestiones de hecho en particular las partes deseaban someter al jurado. A esto se las llamó *instrucciones particulares* cuando, en realidad, son un símil del veredicto estructurado europeo. Es decir, un veredicto general más una serie de preguntas fácticas **prohibidas en la Argentina y en todo el common law**.<sup>555</sup> Hubo inclusive algunos jueces que, sin comprender verdaderamente la nueva lógica adversarial instaurada en Neuquén, creyeron que cualquier pedido de parte debía ser atendido. Por ende, si las partes le solicitaban preguntas de hecho al jurado, ¿cuál era el agravio en hacerles lugar y plantearlas? Esto es no comprender no sólo la lógica del juicio por jurados, sino el funcionamiento de un sistema acusatorio, el cual está sometido, precisamente, a rigurosas reglas de juego. Los jueces deben rechazar por improcedentes tales pedidos.

Pues bien, esta práctica es insanablemente nula y debió ser inmediatamente corregida con un mayor esfuerzo de capacitación a jueces y abogados sobre el tema de las instrucciones. Más allá de este hecho puntual, la anécdota tiene la riqueza de mostrar en toda su plenitud los retos culturales que desafía la instauración de un modelo de jurado clásico en un entorno inquisitorial como la Argentina y la batalla por el control del veredicto que tiene lugar en el seno de la discusión sobre las instrucciones.

#### **§ 4. Confección de las instrucciones. Litigio de partes ante el juez.**

---

<sup>555</sup> Ver Parte I, capítulo 2º, §1.3. Veredicto estructurado europeo.

Más allá de las diferencias, si algo tienen en común los modelos de instrucciones del juez al jurado en todo el *common law* es que ellas provienen de un único lugar: el litigio previo de partes, **sin la presencia del jurado, pero registrado íntegramente en taquigrafía o audio y video**. Las instrucciones jamás son decididas en soledad por el juez; son litigadas. Cuando las partes han finalizado sus alegatos de clausura, el juez ordena el retiro del jurado de la sala y convoca a las partes a debatir las instrucciones finales. Ellas son discutidas intensamente, **pero es el juez quien decide allí el contenido final que ellas tendrán**. El procedimiento es sencillo y absolutamente informal: tras escuchar a las partes sobre sus pedidos de instrucciones, el juez les comunica a las partes su decisión final sobre los puntos controvertidos. Las partes deberán, en ese momento, efectuar las protestas y objeciones que correspondan para posteriormente impugnar la sentencia. El juez las confeccionará por escrito, volverán a la sala y se las leerá, bajo pena de nulidad, al jurado en corte abierta. Les dará una copia de ellas para apoyo del jurado en sus deliberaciones. Esta audiencia, en definitiva, es otro de los momentos decisivos de un juicio por jurados; prácticamente, la batalla final por influir sobre aquél -el juez- que tendrá la última palabra ante el jurado e, indirectamente, con la mirada ya puesta en el tribunal revisor ante un eventual veredicto condenatorio.

#### **§5. Instrucciones y recurso. El derecho de fondo y el resto del derecho aplicable.**

La audiencia previa de elaboración de las instrucciones entre el juez y las partes es el momento crucial para el posterior recurso. En los países con jurado clásico, los litigantes y las cortes de apelación revisan con lupa la transcripción de las instrucciones que el juez le transmitió al jurado, en búsqueda de cualquier error u omisión legal que pudiesen haber influido en la decisión final del jurado. En esa revisión minuciosa reside el éxito de la impugnación.

Nadie hizo más que Edmundo Hendler para difundir en el derecho argentino el inmenso aporte que las instrucciones suponen para la posterior revisión amplia del condenado. Lo hizo en tiempos en que el juicio por jurados era una quimera en la Argentina. Pero Hendler ya ayudaba a difundir el bagaje teórico procesal del juicio por jurados.

*“Desde la perspectiva política, Shapiro apunta que las instrucciones constituyen la intersección crucial entre el tribunal de primera instancia, que tiene que dirigirse en términos claros al jurado, y el tribunal de apelación, al que interesa dirigirse con expresiones mucho más*

*sofisticadas.... La comisión que se encarga al jurado está escrita para dos distintas audiencias: el tribunal de apelación que habrá de examinarla microscópicamente para controlar su posible tergiversación, y los jurados legos a quienes, si el proceso adquiere su auténtica significación, les incumbe entender que es lo que verdaderamente se espera de ellos.*<sup>556</sup>

Las instrucciones son confeccionadas por escrito, entregadas a cada uno de los jurados y transcriptas en la sentencia definitiva, de modo de permitir el más amplio control de los litigantes y para facilitar la deliberación de los jurados.

A medida que se afianza en la Argentina el juicio por jurados, se está reproduciendo el mismo fenómeno que se dio en los países juradistas en los últimos cuarenta años. Nos referimos a la elaboración permanente de manuales estandarizados de instrucciones al jurado para facilitar la tarea del juez del juicio, para evitar caer en errores frecuentes en las instrucciones y para darles a los litigantes la mayor previsibilidad posible en el sistema. Dichos manuales de instrucciones son el producto de la larguísima tradición en el ejercicio del jurado por parte de los más experimentados magistrados y abogados acerca de la correcta interpretación de la ley, de las presunciones constitucionales y de las reglas de prueba. Ya se han publicado en el país manuales de instrucciones y están disponibles en lengua castellana las instrucciones estándar elaboradas por la Corte Suprema de Justicia de Puerto Rico en 2006, que son una réplica de las existentes en todo el *common law*.<sup>557</sup>

El derecho penal de fondo que el juez le transmite al jurado consiste en cómo explicarle al jurado, **en el lenguaje más claro y sencillo posible**, todas las cuestiones de derecho penal parte especial (requisitos típicos de cualquier delito y cómo deben ser probados), las propuestas de veredicto por delitos menores incluidos en el cargo principal y cómo deben ser argumentados por las partes y probados, todas las cuestiones de la teoría del delito o la dogmática penal (causas de justificación, autoría y participación, tentativa y desistimiento, comisión u omisión, causales de inimputabilidad, excusas absolutorias, dolo e imprudencia y cómo deben ser probadas),

---

<sup>556</sup> HENDLER, Edmundo S.: “*Jueces y Jurados: ¿una relación conflictiva?*”, incluido en el libro “*Juicio por jurados en el proceso penal*”, Ed. Ad-Hoc, 2000, p. 18.

SHAPIRO, Martin: “*COURTS: A comparative and political analysis*”, The University of Chicago Press, 1981.

<sup>557</sup> La *Asociación Argentina de Juicio por Jurados* (AAJJ) posee en su sitio web un espacio íntegro dedicado a las instrucciones, con videos subtítulados y el manual de instrucciones de Puerto Rico de 2006 (ver <http://www.juicioporjurados.org/p/guia.html>).

Cfr HARFUCH, Andrés (dir): “*El jurado clásico*”, op. cit., 2014.

COLEGIO DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES: “*Manual de instrucciones al jurado. Ley 14.543*”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2014.

el modo de valorar los distintos medios de prueba (testimonial, pericial, documental, etc.), la explicación precisa de cuándo hay duda razonable y cuándo no, la explicación de las presunciones constitucionales a favor del acusado, las reglas de la deliberación, cómo se confecciona la planilla del veredicto, las defensas interpuestas por el acusado y muchas otras cuestiones adicionales.

Siguiendo este procedimiento observado en todos los países juradistas, las instrucciones finalmente impartidas por el juez ostentan una completitud igual, sino superior en su fundamentación legal, a cualquier sentencia escrita de un juez profesional.

Por eso es que todo el sistema recursivo gira mayormente en torno a estas instrucciones, y es precisamente por esto que es un grave error sostener que el veredicto general inmotivado del jurado clásico impide el normal desarrollo del derecho de defensa en el recurso.<sup>558</sup>

#### **§6. Instrucciones y su rol de fundamentación legal. Las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos.**

El artículo 106 de la ley de jurados 14.453 de la provincia de Buenos Aires, sancionada en el año 2013, dice textualmente:

*ARTICULO 106. Motivación. Las sentencias y los autos deberán ser motivados, bajo sanción de nulidad. Los decretos deberán serlo, bajo la misma sanción, cuando este Código o la Ley lo dispongan. En el caso del juicio por jurados las instrucciones del juez al jurado constituyen plena y suficiente motivación del veredicto.*

Este artículo, que como toda ley procesal es reglamentaria de una garantía constitucional, no hizo otra cosa que plasmar en su texto legal la doctrina legal del fallo *Taxquet v Bélgica* del año 2010, decidido por la Corte Europea de Derechos Humanos y que le da a las instrucciones al jurado estatus de garantía procesal constitucional y convencional. Este artículo también tiene el valor -reconocido por la CEDH- de mostrar algo que es obvio y que los antijuradistas del *civil law* se empeñan en no ver: el juicio con jueces técnicos y el juicio por jurados son procesos completamente diferentes con

---

<sup>558</sup> HENDLER, Edmundo: “Jueces y Jurados...”, op. cit., 2000, p. 20: “En definitiva, que los jurados no tengan que dar razones de su convicción no significa que sus veredictos sean puramente discrecionales o arbitrarios. La correlación entre las indicaciones impartidas y el veredicto se muestra como la de una premisa y su conclusión y tiene el claro sentido de expresión de fundamentos que adelanta una primera respuesta al interrogante que nos ocupa”.



mecanismos de control también distintos. Ambos deben coexistir con sus particularidades, sin imponerle al otro características que lo desnaturalizarían.<sup>559</sup>

Textualmente, la CEDH sostuvo la siguiente doctrina legal en dicho fallo:

*84. De acuerdo a ello, la institución del jurado popular no puede ser puesta en discusión en este contexto.*

*89. En la sentencia “Saric v. Dinamarca” (...), la Corte sostuvo que la ausencia de razones en una sentencia, debida al hecho de que la determinación de la culpabilidad del acusado había sido establecida por un jurado popular, no era en sí misma contraria a la Convención.*

*92. Ante las Cortes Criminales con participación de un jurado popular, es necesario acomodarse a las particularidades del procedimiento, en el cual, con frecuencia, a los jurados no se les exige -o directamente no se les permite- expresar los motivos para su íntima convicción personal. En ese caso igualmente, el art. 6° exige investigar si el acusado ha podido beneficiarse de garantías suficientes aptas para descartar cualquier riesgo de arbitrariedad y permitirle comprender las razones de su condena. Tales garantías procesales pueden incluir, por ejemplo, instrucciones o aclaraciones proporcionadas por el presidente del tribunal a los jurados sobre las cuestiones jurídicas que se planteen o las pruebas presentadas, y/o preguntas precisas e inequívocas formuladas por el juez al jurado, aptas para formar un marco que sirva de base al veredicto o a compensar suficientemente la ausencia de razones para las respuestas del jurado. Por último, deben tomarse en consideración la existencia de vías de apelación disponibles por los acusados.*

Este precedente tiene singular valor por provenir de Europa continental, que comparte con la Argentina la misma cultura judicial de carácter mixto-inquisitorial. En efecto, el juicio por jurado clásico no sólo es patrimonio exclusivo del mundo del *common law*, sino que también existe en países que padecieron, como nosotros, los cinco siglos de Inquisición. Ellos son Suiza, Austria, Noruega, Rusia, Georgia, Malta y, en América Latina, Puerto Rico, Panamá, Nicaragua y El Salvador.

Es prácticamente imposible encontrar en los fallos de las Cortes Supremas de los países del *common law* una referencia tan exhaustiva al rol de las instrucciones como “fuente de motivación del veredicto”. Lo cual es entendible, ya que en los países anglosajones (inclusive Puerto Rico, de tradición latina e hispánica) **el problema de la motivación es inexistente**. Encontraremos en dichos fallos innumerables referencias a las instrucciones desde todos los aspectos y puntos de vista, pero en ninguno hallaremos siquiera alguna referencia a su rol como motivación del veredicto del jurado. La razón

---

<sup>559</sup> Como por ejemplo, motivación al jurado o, al revés, inmotivación para la sentencia del juez técnico.

es cultural, pero también práctica: la forma del veredicto general del jurado clásico nunca supuso el más mínimo obstáculo para que el imputado conociera por qué lo condenaron o absolvieron<sup>560</sup> y para que él -y sólo él- pudiera cuestionar ampliamente los hechos y el derecho en su recurso contra la sentencia de condena. Los recientes recursos contra las condenas resueltos en Neuquén y en Buenos Aires así lo demuestran. Ningún defensor se vio allí constreñido o restringido en forma alguna para someter a la revisión todas las cuestiones de hecho que quiso, inclusive de credibilidad de testigos. En síntesis, la ausencia de motivación en los veredictos jamás fue problema alguno en el sistema de jurados para controlar e impugnar ampliamente todo su proceso y las condenas resultantes.

Uno de las escasas ocasiones en que un país del *common law* se refirió a las instrucciones como mecanismo para dotar de motivación al veredicto se produjo en el mismo fallo *Taxquet* de la CEDH (2010). Si bien el caso involucraba a Bélgica, se presentaron como terceros interesados Francia, Irlanda e Inglaterra y sostuvieron lo siguiente:

***77. El gobierno irlandés señala que en el derecho de Irlanda las instrucciones que el juez imparte al jurado brindan el marco necesario para su***

---

<sup>560</sup> Los juristas del *civil law* no conciben otros métodos más que la motivación para que el acusado sepa el porqué de la decisión y para poder recurrir. Es lógico que insistan con este punto, dada la ausencia de una verdadera cultura del juicio y del litigio adversarial en el sistema profesional del *civil law*.

PASTOR, Daniel: “*El deber judicial...*”, op. cit., p. 57: “*Por lo demás, la necesidad de fundamentación no responde en la actualidad a los fines del control jerárquico, sino a satisfacer el derecho del imputado a saber las razones por las cuales se le condena y a facilitar el ejercicio de su derecho a recurrir eficazmente la sentencia si lo desea*”.

Las dos cosas que preocuparon a Daniel Pastor en el año 2010 (fecha en que escribió este artículo y en donde no había ni ley ni práctica de jurado clásico en el país) están completamente satisfechas hoy por el sistema de jurado clásico en la Argentina: el acusado sabe perfectamente por qué lo condenan y no tiene limitación alguna para revisar su condena. La práctica del jurado en la Argentina desde 2014, después de tres años con varios fallos de revisión, así lo demuestra.

Por ejemplo: *Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala IV, Causa N° 75197 (“Castillo, Rodolfo Marcelo s/ recurso de casación”)*, 11/08/16. Los jueces de dicho fallo confirmaron la condena dictada por un jurado de Quilmes contra un hombre que mató a otro de una cuchillada en una pizzería. La defensa recurrió con base en que con la prueba del juicio era imposible condenar y señaló con claridad los déficits probatorios. Ninguno de los dos jueces revisores tuvo el más mínimo problema en tratar todas las cuestiones planteadas. Algunos de sus párrafos más salientes, destinados a aventar los temores de los motivacionistas con el veredicto del jurado, fueron los siguientes: 1) *La determinación de los hechos corresponde constitucionalmente al jurado en el juicio público*; 2) *La finalidad del tribunal de casación es hacer un “juicio del juicio”*; 3) *Los veredictos son finales, lo cual no quita que la defensa pueda cuestionar ante la Casación que el apartamiento del jurado de la prueba rendida en el debate ha sido manifiesta*; 4) *La tarea ordinaria de los jueces revisores no es sustituir la adjudicación de los hechos realizada por el jurado. “Doble conforme” no significa “doble instancia”*; 5) *No se trata de mayor o menor amplitud recursiva entre un juicio técnico y un juicio por jurados, sino que ambos modelos de enjuiciamiento son distintos, tienen sus propias particularidades, pero ambos gozan de adecuación constitucional y convencional*; 6) *El sistema de la íntima convicción permite al acusado conocer los motivos y razones de su condena, dado que tiene una dinámica y una estructura diferente a la de los juicios técnicos*; 7) *Los métodos para revisar si el veredicto del jurado se apartó manifiestamente de la prueba son, entre otros, el “test del jurado razonable” (Test de “Yebe-Biniaris” de Canadá)*.

*veredicto. El juez instruye al jurado sobre todas las cuestiones jurídicas planteada y se explica las reglas que deben seguir en sus deliberaciones a los fines de llegar a un veredicto. Al final del juicio, también resume las pruebas ante el jurado y llama su atención sobre las que son de importancia. Instruye al jurado sobre el hecho de que las pruebas deben demostrar suficientemente la culpabilidad del acusado, sobre el carácter circunstancial o directo de una prueba y sobre el alcance de las que se han producido. Se permite al abogado del acusado pedir al juez que precise las instrucciones que ha dado al jurado si, de una manera u otra, las juzga inadecuadas, insuficientes o confusas. Si el jurado necesita explicación suplementaria sobre precisión sobre un punto cualquiera, puede hacer llamar al juez, quien debe tomar las medidas necesarias.*

Esta es una muy buena definición de qué son las instrucciones, cómo se imparten y cuál es el rol que cumplen como complemento del veredicto. Esto le asegura al condenado todas las posibilidades recursivas que exigen los Pactos Internacionales de Derechos Humanos.

Hendler siempre enseñó y defendió esta misma relación entre las instrucciones y el veredicto en tiempos en que el jurado estaba muy lejos de su concreción en Argentina.

*“En definitiva, que los jurados no tengan que dar razones de su convicción no significa que sus veredictos sean puramente discrecionales o arbitrarios. La correlación entre las indicaciones impartidas y el veredicto se muestra como la de una premisa y su conclusión y tiene el claro sentido de expresión de fundamentos que adelanta una primera respuesta al interrogante que nos ocupa”.*<sup>561</sup>

Hendler habla de una “primera respuesta” y ello es correcto por la siguiente razón. Irlanda, Escocia e Inglaterra poseen, como hemos visto, instrucciones del juez al jurado que incluyen un resumen no vinculante de los **hechos** del caso y de las cuestiones de prueba que sean claves para resolver en ese juicio en particular. Bélgica, Rusia y Francia, por caso, incluyen además las tan criticadas preguntas de hecho a los jurados para ser **obligatoriamente** respondidas por sí o por no (veredicto estructurado europeo). Es lógico inferir que la CEDH haya dicho que las instrucciones al jurado de Bélgica y los países mencionados y/o sus resúmenes o pliegos de interrogatorios de hecho hacen que las instrucciones sean no sólo el fundamento **legal** del veredicto, sino también **fáctico**. Es decir, el acusado puede hallar perfectamente las razones de hecho y derecho de su condena en el contenido de esas instrucciones y en las respuestas del jurado a esas preguntas.

---

<sup>561</sup> HENDLER, Edmundo: “Jueces y jurados...”, op., cit., p. 28.

La pregunta es: ¿qué sucede en países como Estados Unidos, la República de Georgia o la Argentina, en donde las instrucciones al jurado tienen prohibido cualquier tipo de referencia a los hechos o interrogantes fácticos de ninguna clase? Es obvio que en este modelo de instrucciones no están descriptas las razones **de hecho** para una condena, sino sólo la fundamentación **legalen el derecho aplicable** del veredicto de culpabilidad.<sup>562</sup>

Pero es allí en donde, al año siguiente, la CEDH dicta el fallo *Judge vs UK* (2011), amplía su doctrina legal e incluye específicamente en su apartado n° 37 a la requisitoria de elevación a juicio (acusación) como el otro dispositivo fundamental para que el condenado conozca las razones **de hecho** por las cuales lo declararon culpable. Por ende, para que recurra con la mayor amplitud si lo que desea es cuestionar los hechos por los cuales fue condenado.

*37....“Tampoco sugirió que los varios cargos de la acusación no fueran suficientemente claros. Desde luego, la característica esencial de una acusación es que cada cargo contenido en ella debe especificar la base fáctica de la conducta criminal alegada por la acusación: no hay indicación de que la acusación por la que el solicitante fue imputado omitiera hacerlo. Por consiguiente debe haber sido claro para el solicitante que, cuando fue condenado por el jurado, lo fue porque el jurado admitió las pruebas de los acusadores con relación a cada uno de los cargos de la acusación y, por implicancia, rechazó su versión de los hechos.”*<sup>563</sup>

Las leyes posteriores de jurado de la Argentina, como la ley 7661 del Chaco, se hicieron cargo de estas observaciones e incluyeron un artículo fundamental, que desplaza -por fin- a un concepto como la motivación, que es extraño históricamente al sistema de jurados y que pertenece por historia y nacimiento al juicio profesional, poniendo el eje en los dispositivos propios del proceso con jurados para el control

---

<sup>562</sup> HERBEL, Gustavo: “*Casación amplia...*”, op. cit., p. 217. No obstante, el autor reconoce, correctamente, que en el modelo norteamericano y argentino de instrucciones al jurado abundan las afirmaciones fácticas del juez que deben ser probadas por el jurado más allá de duda razonable para tener por constituida la culpabilidad por cierto delito. Por ejemplo, los requisitos típicos, los elementos objetivos y subjetivos, la relación de causalidad y, por supuesto, las circunstancias fácticas que enarbola la defensa (causas de justificación, minorantes, etc).

<sup>563</sup> In re *Thomas Judge vs UK* (2011), ECHR, ap. 37.

La misma postura, ya no jurisprudencial, sino doctrinaria y unánime en todo el *common law* acerca del rol de la acusación para conocer las razones de la condena y eventualmente criticarlas, en HANS, Valerie P. y MARDER, Nancy: “*Juries and lay participation...*”, op. cit., 2015, p. 796: “*Efectivamente, los juristas estadounidenses en Oñati explicaron que el jurado penal no necesita dar razones porque las razones están claras. El jurado que condena en un caso penal está diciendo que, tras haber valorado cada uno de los elementos que el fiscal tuvo que probar para cada delito en particular, dictaminó que el acusador logró probarlos más allá de toda duda razonable. No se necesitan razones adicionales para comprender las bases de dicho veredicto*”.

amplio de la condena. Que es, en definitiva, lo único que importa.<sup>564</sup> Allí se mencionan los tres dispositivos más importantes para que el acusado conozca las razones de su condena y las pueda criticar ampliamente: la acusación, las instrucciones y el registro íntegro taquigráfico o en audio/video del juicio entero:

*ARTÍCULO 7º, ley 7661: VEREDICTO Y ROL DE LAS INSTRUCCIONES DEL JUEZ. El jurado rinde su veredicto según su leal saber y entender, de acuerdo con la prueba exclusivamente producida en el juicio y sin expresión de los motivos de su decisión. Las instrucciones del juez al jurado, el requerimiento de elevación a juicio y el registro íntegro y obligatorio del juicio en taquigrafía, audio y/o video constituyen plena y suficiente base para el control amplio de la decisión del jurado.*

### **§7. Manipulación controlada (jurado clásico) vs Manipulación irrestricta (escabinado)**

Las instrucciones del juez al jurado ejercen una profunda influencia en las deliberaciones y en el veredicto del jurado.<sup>565</sup> Por tal motivo, son una herramienta indiscutida de control de partes, por su origen en un vigoroso litigio ante el juez, por ser impartidas en corte abierta, de manera pública y por la gran ascendencia que tiene la

---

<sup>564</sup> PASTOR, Daniel: *“El deber judicial...”, op. cit., p. 60.* Daniel Pastor, que es otro de los motivacionistas argentinos, aunque también convencido juradista, se aparta de la doctrina de su maestro Julio Maier -que le desconoce correctamente a la motivación rango constitucional alguno- y toma partido por la tesis de Ferrajoli: la motivación no es una garantía en sí misma, sino que es una “*garantía de garantías*”. Es lo que nosotros denominamos *sobreexageración* de la motivación, cuando se la quiere implantar al jurado. Abordaremos ampliamente este tema en la Parte III, pero baste con decir aquí que Ferrajoli realiza este enunciado para un *SG* (Sistema Garantista Ideal) en el que **no hay lugar para ninguna forma de jurado popular, sino sólo para los jueces profesionales**. Ferrajoli construye estos enunciados pensando solamente en los jueces técnicos, jamás en el jurado popular. Ferrajoli reconoce, con toda coherencia, **que el jurado no puede ser nunca puesto a motivar** y critica fuertemente el sistema escabinado italiano, por la influencia inevitable que los jueces técnicos ejercen sobre los escabinos. Sin embargo, Pastor y otros autores insisten erróneamente en combinar jurado y motivación del modo en que sea -sistema español o el escabinado cordobés- para preservar a toda costa a esta última como “*garantía de garantías*”. La motivación, en nuestra tesis, es sin dudas una *garantía* para cuando el juicio es llevado a cabo ante jueces técnicos, como reacción y límite a los excesos históricos que la justicia letrada cometió por siglos. Pero en el juicio por jurados, **la garantía de garantías** -para emplear el mismo término- **es la forma no motivada de su veredicto general y el amplio control que ostenta**, no una motivación que le es ajena por historia, tradición y funcionamiento. El control de las condenas en el juicio por jurados se ejerce desde otros dispositivos **diferentes a la motivación** y, como estamos intentando demostrar aquí, mediante los cuales se llega a las mismas metas que preocupan a los motivacionistas, pero de manera mucho más amplia.

La Ley Orgánica del Poder Judicial de Neuquén resume este pensamiento:

**Artículo 18 Motivación.** *La obligación de los jueces profesionales de motivar las decisiones debe garantizar la regularidad y justicia de las mismas. Los fundamentos de las decisiones judiciales de los jueces profesionales no pueden reemplazarse con la simple relación de documentos, afirmaciones dogmáticas, ficciones legales, expresiones rituales o apelaciones morales.*

*Los jurados juzgan según su leal saber y entender, sin exponer las razones de su decisión. En el Juicio por Jurados, las instrucciones del juez profesional al jurado, el requerimiento de apertura a juicio y el registro íntegro del juicio en audio y/o video constituyen plena y suficiente base material para el ejercicio del derecho al recurso.*

<sup>565</sup> Véase, sino, lo que declararon los jurados del caso *Spock* durante la Guerra de Vietnam (1969). Parte I, capítulo 2º, § 1.3.4. Prohibición del veredicto con interrogatorios en Argentina y el common law. El juicio al Dr Spock y la Guerra de Vietnam en 1969.

palabra del juez para los jurados. Los científicos sociales norteamericanos investigan desde hace cincuenta años el efecto de las instrucciones en la toma de decisión del jurado. El cuerpo empírico existente es asombroso y gracias a ellas se empezaron a confeccionar los Manuales Estandarizados de Instrucciones, con un lenguaje cada vez más llano, sencillo y asequible. La abogacía comprendió que sola no podía en esta tarea y hoy forman parte de los equipos que revisan los manuales de instrucciones expertos en lingüística y licenciados en Letras. Gran parte de estas investigaciones, sobre todo las de los años '80, demostraron que el lenguaje curialesco del foro judicial conspiraba de gran manera contra la comprensión del jurado del derecho aplicable.<sup>566</sup> Pero, también, demostraron la influencia decisiva que poseen en las deliberaciones del jurado.<sup>567</sup>

La incuestionable superioridad del juicio por jurados -en términos de control sobre el juicio profesional y, sobre todo con el escabinado<sup>568</sup>, aparece en todo su esplendor aquí, con las instrucciones al jurado. Hendler nos lo demuestra así:

*“Hendler opone la **“manipulación controlada”** del jurado – que se materializa a través de las instrucciones relativas a las reglas probatorias (law of evidence) –, a la **“manipulación irrestricta”** que tiene lugar en los tribunales escabinados. La mayor transparencia que Hendler atribuye a la primera modalidad radica en que las instrucciones deben darse “[...] públicamente, con intervención de ambas partes y dentro del marco de normas preestablecidas que delimitan las eventuales objeciones y permiten el control por medio de recursos a otras instancias”.*

*Por otra parte, el secreto de la deliberación, en el marco de un tribunal mixto, impide a las partes conocer con antelación cómo va a manifestarse la influencia del juez sobre los escabinos, **para ejercer al respecto algún tipo de control**: no existen aquí las instrucciones, típicas del sistema anglosajón, cuya formulación por parte del juez se realiza luego de oír a las partes.<sup>569</sup>*

---

<sup>566</sup> Ver este increíble link [http://www.plainlanguage.gov/examples/before\\_after/jury.cfm](http://www.plainlanguage.gov/examples/before_after/jury.cfm), que provocó que el presidente Obama enviara un proyecto de ley en 2010 para simplificar aún más las instrucciones. En él hay un cuadro que muestra la evolución de los conceptos legales antes y después de su simplificación. El artículo comienza diciendo: “*Muchas instrucciones al jurado – un rosario de largas y extenuantes oraciones complejas, definiciones esotéricas, arcanos y distinciones Talmúdicas- son prácticamente impenetrables para personas legas. Tan mal hechas están ciertas instrucciones al jurado que la presentadora de TV (y ex fiscal) Nancy Grace recuerda haber visto a jurados mirarse los unos a los otros, mientras el juez les leía las instrucciones, y murmurar en voz baja: “¿Qué es lo que está diciendo?”.*”

<sup>567</sup> Por todos, DEVINE, Dennis: “*Jury decision making. The state of the science*”, New York University Press, 2012, p. 55 y ss.

<sup>568</sup> CARRARA, Francisco: “*Programa...*”, partegeneralVolumenII, op.cit.,p. 394: “*Glaser escribió contra los escabinos, afirmando que esta institución sirve tan sólo para realizar la omnipotencia de los jueces con el manto de una colegiatura aparente*”.

<sup>569</sup> COCCIONI, Pablo: “*La fundamentación de la sentencia en el juicio por jurados*”, en [http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/juicio\\_jurado.htm](http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/juicio_jurado.htm), 2006 citando a HENDLER, Edmundo: “*Jueces y jurados...*”, op. cit.

Las instrucciones son inexistentes en el sistema escabinado. Terminados los alegatos de cierre ante las partes, jueces y jurados se retiran directamente a deliberar. Cuando los escabinos cordobeses discuten con los dos jueces técnicos en sus deliberaciones, las partes no tienen forma alguna de controlar la influencia de los técnicos sobre los legos. La potencial manipulación de los jueces es irrestricta e incontrolable. Los hechos y el derecho quedan a merced del influjo de los jueces técnicos y ausentes del control de partes. Si bien nada garantiza que en el jurado clásico los jurados sigan al pie de la letra las instrucciones del juez, al menos **una copia escrita de las instrucciones (es decir, del control judicial y de partes) debe acompañar al jurado al jury room**. En el jurado clásico, la influencia del juez es notoria, pero es una manipulación sujeta a fuertes controles: las instrucciones son previamente litigadas por las partes, protestadas por ellas en caso de disconformidad e impartidas de manera pública y frente al acusado. Los reaseguros son evidentes y explican la superioridad política del sistema clásico de jurados por sobre el escabinado.<sup>570</sup> No obstante, las investigaciones empíricas han demostrado el respeto casi decisivo que los jurados asignan a estas instrucciones.

#### **§8. Instrucciones al jurado y estándar de *más allá de duda razonable***

Llegamos así a una de las grandes novedades de las leyes de jurado clásico de Argentina que es la adopción -por fin- de un estándar probatorio **objetivo y derango constitucional** al cual sujetar íntegramente el juicio y el veredicto inmotivado del jurado para su total control por las partes. Podemos decir, sin temor a equivocarnos, que sería imposible un juicio sin este tipo de estándar, conforme la base ideológica de nuestra Constitución Nacional, que es el sistema acusatorio proveniente del federalismo norteamericano del siglo XVIII. Efectivamente, las leyes de jurado argentino han traído con el estándar de duda razonable un profundo y saludable cambio epistemológico en nuestro proceso penal.<sup>571</sup>

---

<sup>570</sup> VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E.: *“Crisis de la justicia penal y tribunal de jurados*, Editorial Juris, Rosario, 1998, pág. 100: *“El sistema escabinado pareciera en definitiva desnaturalizar el sentido del instituto del jurado, convirtiendo la intervención popular en una presencia subordinada hacia los técnicos y, por ende, en una cuestión puramente retórica y formal”*

PORTERIE, Sidonie y ROMANO, Aldana: *“Jurado Popular vs Jurado Escabinado”*, en prensa. Paper presentado en la Conferencia Internacional de Law & Society, Nueva Orleans, Estados Unidos, junio 2016.

<sup>571</sup> SCHIAVO, Nicolás: *“Fundamentos conceptuales del veredicto inmotivado”*, La Plata, agosto de 2012, p. 2 en <http://es.scribd.com/doc/128926436/conferencia-schiavo-doc#fullscreen>: *“La inclusión del estándar de prueba “más allá de toda duda razonable”, en el art. 371ter C.P.P., debe ser calificado como un verdadero hito del derecho procesal, pues por primera vez se introduce, dentro de un sistema procesal adversarial, un estándar de prueba objetivo y controlable.”*

La duda razonable es el más alto estándar que existe sobre la carga de la prueba; tan alto que es condición *sine qua non* para la validez de una sentencia condenatoria en cualquier sistema adversarial.<sup>572</sup>

#### **A. Su rol como garantía constitucional (inocencia). Fallo *Winship***

¿Es el principio de duda razonable una garantía constitucional? Sí. Y por eso el juez la explica en la parte de las instrucciones reservada a las garantías constitucionales. Es un componente fundamental de la **garantía constitucional de inocencia y del debido proceso (CN, 18 y 33)**. La exigencia de prueba más allá de toda duda razonable para establecer la culpabilidad del acusado y **refutar así la presunción de inocencia** no está expresamente prevista ni en la Constitución Argentina, como tampoco lo está en la de Estados Unidos, Canadá o Puerto Rico. Sin embargo, su rango constitucional es indiscutido en todas las cortes del *common law* y, como ahora fue adoptado junto con el jurado por las leyes reglamentarias de Argentina, ya ha comenzado a abrirse su propio camino entre los tribunales superiores argentinos,

Así se pronunció la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos en el fallo *Winship* de 1970, vigente desde entonces y fuente directriz del debate sobre el principio en todo el mundo:

*“Por si aún quedase alguna duda de la talla constitucional del estándar de duda razonable, nosotros explícitamente sostenemos que la Garantía de Debido Proceso protege a todo acusado contra la condena, excepto que haya sido alcanzada mediante prueba más allá de toda duda razonable de cada hecho necesario para constituir el delito por el cual se lo acusa. El estándar de duda razonable provee sustancia concreta a la presunción de inocencia”.*<sup>573</sup>

#### **B. ¿Cómo se instruye este principio al jurado? El fallo *Lifchus* (Canadá).**

La aproximación al problema que han hecho los canadienses, a través de su prestigiosa Corte Suprema, es destacable. Todos sus fallos enfatizan la absoluta necesidad de que los jueces expliquen y clarifiquen al jurado la expresión “*más allá de duda razonable*”, debido a que ella es muy popular entre la gente común y, en un juicio real, los jurados deben entender muy bien el *sentido legal* del principio. La mejor manera de hacer esta tarea **-esencial para asegurar un juicio justo y asegurarle a las**

---

<sup>572</sup> Ver la concurrente opinión del Juez Harlan en el precedente de la CSJ Estados Unidos *in re Winship* 397 U.S. 358 (1970), donde declara que: “*Yo veo a la exigencia de prueba más allá de duda razonable en un caso criminal como imbricada en un valor fundamental de determinación de nuestra sociedad, como ser que es mucho peor condenar a un inocente que dejar libre a un culpable*”.

<sup>573</sup> *Winship* 397 U.S. 358 (1970), del voto del juez Brennan, ps. 363 a 365.



**partes el control amplio de la decisión con la prueba de los hechos-** fue expuesta por la Corte canadiense en el excepcional fallo *R v Lifchus* de 1997.<sup>574</sup>

La Corte no prescribió ningún lenguaje específico o definición que deba obligatoriamente ser empleado por el juez del juicio, **pero sí recomendó una lista de elementos fundamentales** que siempre deberán estar incluidos en la instrucción y otros que siempre deberán ser evitados.

**Los elementos que siempre deben estar presentes son:**

a) el estándar de prueba más allá de toda duda razonable está indisolublemente entrelazado con un principio fundamental de todo juicio criminal, como es la presunción de inocencia;

b) la carga de la prueba recae en el fiscal durante todo el juicio y nunca se desplaza hacia el acusado;

c) una duda razonable no es una duda basada en el prejuicio o en la piedad; más bien, se basa en la razón y en el sentido común.

**d) está lógicamente conectada con la prueba, con la contradictoriedad de la prueba o con la ausencia de prueba;**

e) no conlleva prueba de una certeza absoluta;

f) no es prueba más allá de **cualquier** duda, ni tampoco es una duda superficial o imaginaria;

g) se requiere más que la prueba de que el acusado es *probablemente* culpable.

h) un jurado que concluye que el acusado solamente es *probablemente* culpable **debe absolver.**

**Los elementos que siempre deben evitarse en la instrucción son:**

a) describir el término “*duda razonable*” como una expresión ordinaria que no tiene ningún significado especial en el contexto del derecho penal;

b) invitar a los jurados a aplicarle a la tarea que tienen enfrente el mismo estándar de prueba que ellos aplican a decisiones importantes, o aún más importantes, en sus propias vidas;

c) equiparar prueba “*más allá de duda razonable*” a prueba “*de una certeza moral*”;

d) calificar a la palabra “*duda*” con otros adjetivos que no sea “*razonable*”, tales como “*seria*”, “*sustancial*” o “*persistente*”, que pueden confundir al jurado;

---

<sup>574</sup>R. v. Lifchus, 3 S.C.R. 320 (S.C.C. 1997), Suprema Corte de Justicia de Canadá.

e) instruir al jurado que pueden condenar si están “seguros” que el acusado es culpable, antes de haberlos provisto con la definición apropiada del significado de las palabras “*más allá de toda duda razonable*”.<sup>575</sup>

### C. Duda razonable y *ne bis in idem*. El fallo *Burks* (EEUU)

En el fallo *Burks vs US* (437 U.S. 1,1978), la Corte norteamericana vinculó a la garantía de inocencia (*la duda razonable*) con la garantía de *ne bis in idem* o *double jeopardy*. Imaginemos este sencillo y cotidiano ejemplo de un sistema de jurados cualquiera en el common law o Argentina: a) un jurado declara al acusado culpable; b) el juez dicta la sentencia condenatoria; c) la defensa impugna por veredicto arbitrario, bajo el argumento de que el fiscal fracasó durante el juicio en probar su caso más allá de toda duda razonable pero que, igualmente, el jurado condenó; d) la Corte revisora le da la razón a la defensa y revoca la condena.

¿Qué debe hacer la Corte? ¿Absolver o reenviar a un nuevo debate ante otro jurado? Ningún lugar a dudas deja la doctrina legal de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos: la corte revisora debe absolver directamente y jamás ordenar un nuevo juicio, dado que ese segundo juicio violaría el *ne bis in idem*.

*“Cuando la condena se revoca por falta de prueba o por prueba insuficiente, entonces bajo estos casos sí existe o estaría presente la violación de la clausula constitucional de la doble exposición si se celebra un nuevo proceso, porque el fiscal tuvo la oportunidad de ofrecer toda la prueba que tenía a su disposición.”*<sup>576</sup>

Se trata de un fallo fundamental, que derriba el mito de que es imposible -sin motivación ni expresión de las razones para la condena- que la persona declarada culpable por un jurado pueda cuestionar de la manera más amplia la prueba y los hechos en revisión. El estándar de la prueba más allá de duda razonable, que es objetivo y que se cristaliza desde la prueba presentada por las partes, es la base primordial para el control de la justicia de la decisión. No sólo eso, sino que impide el reenvío a otro juicio y ordena casar y absolver por haberse agotado el riesgo constitucional.

### § 9. Duda razonable y su vínculo total con la razón y con la prueba.

---

<sup>575</sup> Para una información más completa acerca de cuál es el estándar probatorio de duda razonable, véase el punto 1.9 del Manual de Instrucciones al jurado elaborado por el Tribunal Supremo de Justicia de Puerto Rico en 2006. En página 13 a 15 click aquí <http://www.ramajudicial.pr/sistema/supremo/manual-instrucciones-al-jurado-mayo-2006.pdf>

<sup>576</sup> COLLAZO GONZÁLEZ, José: “*Análisis de las doctrinas de Doble Exposición*”, Puerto Rico, 2011 en <http://www.monografias.com/trabajos-pdf4/doctor-educacion/doctor-educacion.pdf>

Los jueces del *common law* y los jueces argentinos explican en sus instrucciones -previa discusión de partes- en qué consiste el principio de duda razonable, cuándo hay o no duda razonable y cómo ella **está obligatoriamente vinculada a la prueba, no a sentimientos, prejuicios o a intuiciones**. Por todos, el juez Paul Gessner, en el *caso Bradley Cooper*, se dirigió de esta forma al jurado en veinte segundos para explicar el principio de duda razonable:

*“Una duda razonable es una duda basada en la razón y en el sentido común, que surge de toda o parte de la evidencia presentada o de la falta o de la insuficiencia de pruebas, según sea el caso. Prueba más allá de toda duda razonable es prueba que satisface por completo o que los convence por entero de la culpabilidad del acusado”.*<sup>577</sup>

El acto humano de formar una convicción es siempre, inicialmente, de naturaleza subjetiva y estrictamente personal. Esa es la íntima convicción, la que se aprecia en el film *“Doce Hombres en Pugna”*. Cada uno de los jurados va expresando su convicción íntima individual acerca del resultado del debate según las pruebas. Pero la deliberación no termina allí. Como los jurados son doce y están obligados a alcanzar la unanimidad, tal acto, en principio subjetivo, es luego sometido a un test de confrontación con las otras once opiniones y **con toda la prueba producida en el juicio**. Es el corazón del film de Lumet. La vigorosa y, por momentos, álgida discusión entre los jurados. Es el momento en que las convicciones individuales transitan el pasaje desde la faz subjetiva personal hacia la etapa de su objetivación en una decisión colectiva unánime: un veredicto **con fundamento racional en la prueba**. El veredicto del jurado es eso: una toma de decisión colectiva racional, producto de una deliberación obligatoria sobre la prueba entre doce personas de todas las extracciones. Condenarán cuando, a su juicio, las pruebas del acusador despejaron la duda razonable del jurado sobre la hipótesis delictiva como un todo. Dicho cuántum probatorio (la existencia o la falta de pruebas, la contradictoriedad de la prueba o la suficiencia o insuficiencia de las pruebas, el peso de la prueba) es **luego perfectamente controlable por el condenado** para exigirle al tribunal revisor, conforme al estándar de duda razonable, si el mismo se alcanzó o no de acuerdo a la prueba que se produjo en su contra en el juicio.

¿Cuándo ha revocado un tribunal argentino una condena porque no había prueba suficiente para despejar la duda? Nunca. Jamás. Ni aún con las fanfarrias de la doctrina *Casal/Herrera Ulloa* es todavía posible encontrar un fallo nacional, no ya que

---

<sup>577</sup>Caso Brad Cooper, desde 3:17 hasta 3:38 [http://www.juicioporjurados.org/2011/12/videos-instrucciones-al-jurado-caso\\_24.html#more](http://www.juicioporjurados.org/2011/12/videos-instrucciones-al-jurado-caso_24.html#more)

revise ampliamente las cuestiones de hecho y prueba, sino que, por lo menos, se digne a declararlo procedente. Siempre se afirma lo mismo para no abrir el recurso: ayer se decía, “*éste es un tribunal revisor del derecho*”. Hoy, que ya no puede sostenerse la no revisabilidad amplia de los hechos, se argumentan “*problemas insalvables de inmediación*”. La pregunta obligada, entonces, es: **¿Cómo hacen las cortes ordinarias de apelaciones y las cortes supremas del *common law* para que su tarea habitual sea la de revisar si la condena superó el test de duda razonable? ¿Cómo hacen para, por ejemplo, revocar una condena de homicidio porque no había pruebas suficientes?**<sup>578</sup> **¿No tienen ellas también el problema de la inmediación al revisar los hechos? ¿Cómo hacen si, además, proceden con un veredicto inmotivado?**

Estos interrogantes los hemos respondido en gran parte al tratar a los veredictos arbitrarios. Los precedentes del *common law* sobre la vinculación entre *arbitrariedad* y *duda razonable* datan desde el siglo XIX y han revocado sentencias por falta de pruebas, por insuficiencia total de pruebas o por pruebas dudosas que comprometen el test del convencimiento (íntima convicción) más allá de toda duda razonable. La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en el fallo *Cage v Louisiana* de 1990 amplió la doctrina de *Winship* y exigió la fijación de un estándar de prueba (*standard of proof*) por debajo del cual no es constitucionalmente admisible ninguna condena. Es decir, si no hay prueba suficiente en el juicio que supere ese estándar objetivo, controlable y mensurable por los litigantes y las cortes, el veredicto de culpabilidad del jurado es nulo por ser arbitrario y la corte revisora debe absolver sin nuevo juicio.<sup>579</sup>

## Capítulo 10°

### La deliberación del jurado

#### Sexto dispositivo directo de control de parte sobre el veredicto

#### § 1. Deliberación y soberanía popular

---

<sup>578</sup> *Hatchett v. Commonwealth*, 75 Va. 925, 932 (1882), Corte de Apelaciones de Virginia en 1882. Reiteramos la fecha: ¡en 1882!, la Corte de Apelaciones revocó una condena de homicidio porque no había prueba suficiente, aún cuando el veredicto del jurado fuera inmotivado. **La pregunta es: ¿qué fue lo que le permitió a esa Corte determinar que no había prueba suficiente?** Un fallo así es todavía imposible de conseguir en la Argentina del siglo XXI, por más que tenga jueces profesionales que motiven sus sentencias. Esa es la gran falacia del último argumento antijuradista, que se niega al jurado bajo la supuesta y errónea bandera del *fallo Casal*.

<sup>579</sup> SCHIAVO, Nicolás: op cit, p. 3. Fallo *Cage v. Louisiana* 498 U.S. 39 (111 S.Ct. 328, 112 L.Ed.2d 339)

El juez ha terminado con las instrucciones legales. Es un momento de gran poder para él. Él es el único protagonista. Pero ahora llega el momento en que los jurados se retiran a deliberar. El poder del juez se ve reducido al mínimo. Desde hace centurias, se reconoce que la deliberación es provincia exclusiva del jurado. Dos de sus características revelan la gran autonomía del jurado sobre la deliberación. La primera es que la deliberación es conducida en el más estricto secreto y la segunda, derivada del secreto, es que los jurados son libres para estructurar las deliberaciones como ellos deseen.<sup>580</sup> Desde hace siglos todo el mundo quiso saber qué pasaba, verdaderamente, dentro del *jury room*.

## § 2. Las ciencias sociales investigando cómo deliberan y deciden los jurados. Breve historia de sus 50 años de estudios.<sup>581</sup>

En 1953, tres jóvenes investigadores de la Universidad de Chicago recibieron una beca para estudiar el fenómeno del juicio por jurados utilizando los métodos empíricos de las ciencias sociales. Ellos eran Hans Zeisel, estadístico y sociólogo, Larry Kalven, profesor de Derecho y Fred Strodbeck, psicólogo social. Nació así el más famoso de los estudios sobre el jurado de todos los tiempos. Se lo llamó el *Chicago Jury Project* y representó el inicio de innumerables investigaciones agrupadas hoy en una nueva rama de las ciencias sociales, conocida con el nombre de *Ciencia del Proceso para la Toma de Decisión del Jurado (Jury decision-making process science)*. Sintéticamente, esta rama de la ciencia se dedica al estudio de la deliberación y toma de decisión del jurado, tanto individual como colectiva. Las *investigaciones* son estudios formales conducidos por académicos profesionales que emplean el método de las ciencias sociales. Con los resultados obtenidos elaboran *teorías*, que explican, cada vez con más profundidad, cómo operan, cómo razonan, cómo deciden y cómo se comportan los jurados.<sup>582</sup>

Contra todo lo que puede suponerse para alguien que proviene de un entorno cultural inquisitorial como el nuestro, impresiona la bibliografía existente de los estudios empíricos realizados sobre las deliberaciones del jurado y el prestigio académico nacional del que gozan muchos de sus autores. Más adelante veremos que Estados Unidos es el único país con jurado clásico del mundo que autoriza a los jurados

---

<sup>580</sup> MARDER, Nancy: “*The jury process*”, op. cit., p. 147.

<sup>581</sup> DEVINE, Dennis: “*Jury decision making...*”, 2012, p. 14 y ss.

<sup>582</sup> Participan de estas investigaciones las siguientes ciencias, a título provisional: la psicología social, la sociología, las ciencias de la comunicación y de la educación, la informática, la matemática, la estadística, la neurociencia, la lingüística, la medicina, la ecología, la antropología, la ética, la neurobiología.

a hablar libremente con quien quieran tras haber rendido el veredicto. Esto les ha permitido a los investigadores de las más variadas ciencias presenciar los juicios y entrevistar y encuestar a los jurados tras el veredicto con más libertad y profundidad que sus colegas de otras partes del *common law*.<sup>583</sup> Es enorme la base de datos empíricos acumulados en los últimos 50 años en Estados Unidos y de manera creciente en Australia, Canadá e Inglaterra. Por no decir del gran trabajo realizado en Córdoba por el Centro de Investigación y Perfeccionamiento Ricardo Núñez.<sup>584</sup> Desde ellos se ha hecho ciencia. Se ha teorizado, se han formulado hipótesis, se han comprobado tesis y se han sacado buena cantidad de conclusiones acerca de cómo deliberan los jurados y de cómo arriban a sus veredictos. Todo eso continúa hoy con más fuerza aún y con mayor apertura de las cortes a adoptar sus conclusiones.

Pues bien, en los años '50 el *Chicago Jury Project* inauguró una serie de estudios empíricos que hoy son las herramientas corrientes para el estudio de los jurados, a saber: encuestas, entrevistas a jurados y profesionales del derecho tras del juicio y, luego, su testeo en jurados simulados. El *Chicago Jury Project* logró la proeza de realizar una masiva encuesta nacional respondida por **todos** (*sí, todos*) los jueces de juicio estatales norteamericanos. La encuesta les pedía, entre otros ítems, que indicaran su acuerdo con el veredicto que había rendido el jurado en sus debates. Lograron así una base de datos excepcional y única en su tipo en la que 555 jueces expresaron su *acuerdo/desacuerdo* con el veredicto en 3576 juicios penales y 4000 juicios civiles.<sup>585</sup> También lograron estimar, por primera vez en la historia, **el número efectivo de juicios por jurados**. En 1955 registraron 55.670 juicios terminados y 20.000 que estaban en curso. Investigaciones posteriores estimaron ese número en un

---

<sup>583</sup> Aún así, los investigadores deben pedir permiso a la corte y los jueces evalúan sus cuestionarios. Muchas preguntas fueron desautorizadas, sobre todo las que podían llegar a revelar los secretos de la deliberación.

<sup>584</sup> Efectuado por la investigadora argentina María Inés Bergoglio y su equipo, el Centro ha producido en 2010 hasta ahora el mejor estudio empírico sobre el jurado cordobés. Ver en <http://www.juicioporjurados.org/2011/11/cordoba-opinion-de-jurados-sobre-la.html#more>.

BERGOGLIO, María Inés (ed.) y otros: "*Subiendo al estrado. La experiencia cordobesa del juicio por jurados*", Ed. Advocatus, Córdoba, 2010..

<sup>585</sup> DWYER, William: "*In the Hands...*", 2012, op. cit., p. 134: "*Una generación después, las encuestas continúan mostrando una apabullante aprobación judicial al trabajo de los jurados. En el año 2000, el diario Dallas Morning News y la Universidad Sureña Metodista le mandaron un cuestionario a todos los jueces estatales de Texas y a todos los jueces federales de Estados Unidos. Las dos terceras partes de ellos les respondieron. Los resultados mostraron que un 90% de los jueces creen que los jurados son meticulosos, comprenden las cuestiones legales y arriban a veredictos justos y equitativos. Seis de diez dijeron que preferían que un eventual caso civil que los involucrara fuera decidido por un jurado, antes que por un juez o un arbitraje. Ocho de diez dijeron que optarían por un jurado si alguna vez fueran acusados de un delito*".

rango que iba de los 150.000 a 300.000 juicios anuales.<sup>586</sup> Hasta que en 2007 la encuesta nacional más importante de Estados Unidos realizada por el *National Centre for State Courts* (de ahora en adelante NCSC) -que analizó todos los juicios locales y federales del país- fijó la cifra en **154.000 juicios por jurados por año**. 47% son juicios criminales, 19% son juicios por delitos graves y correccionales, 31% son juicios civiles y 4% otros juicios (laborales, contravencionales, etc). Son convocados 32 millones de habitantes por año, de los cuales 1,5 millones quedan en el panel definitivo de jurados.<sup>587</sup>

Estos impresionantes números (sólo en los Estados Unidos), sumado a la creciente expansión del jurado clásico en países occidentales del *civil law* como Argentina, Rusia, Georgia, pero también de Oriente como Corea, Taiwán y Hong Kong debería llamar a respetuoso silencio a los antijuradistas que repiten una y otra vez la muletilla de que el jurado “*ya no se usa ni en los Estados Unidos*” o que estaría en declive porque “*sólo se aplica al 1% de sus juicios*”. Habrá cada vez más y más juicios por jurados en el mundo, pese a sus falsos augurios.

Pero volvamos a 1955. Kalven & Zeizel pasaron a la historia por otras razones. Con el permiso de un juez de Kansas y de los abogados, pero sin decirles nada a los jurados, grabaron subrepticamente en cinta de audio las deliberaciones completas de cinco juicios civiles; exclusivamente con fines científicos. La noticia llegó a los diarios, corrió como un reguero de pólvora y se desató un escándalo nacional de grandes proporciones. La santidad del *jury room* había sido violada. El Senado los forzó a comparecer a testificar en una audiencia pública y los conminó a no meter más sus narices en el *jury room*. Los años '50 no eran una época fácil para ser citado por el Senado: el maccartismo, el anticomunismo y la caza de brujas estaban en su apogeo. El Procurador General y el Colegio de Abogados censuraron la práctica y, como consecuencia, se sancionó a nivel federal y estadual la Ley 99, que tornó ilegal para cualquiera que no fuera miembro del jurado grabar, escuchar u observar los procedimientos de un jurado federal durante sus deliberaciones.<sup>588</sup> Hasta el día de hoy -

---

<sup>586</sup>ABRAMSON, James: “*We, the Jury...*”, op. cit., 1994; HASTIE R., PENROD, S.D. & PENNINGTON, N.: “*Inside the jury*”, Cambridge MA, Harvard University Press, 1983 y KASSIN, S.M. & WRIGHTSMAN, L.S.: “*The American jury on trial: Psychological perspectives*”, New York Taylor & Francis, 1988.

<sup>587</sup>MIZE, G.E., HANNAFORD-AGOR, P. & WATERS, N.L.: “*The state-of-the-state surveys of jury improvement efforts: a compendium report*”, Williamsburg VA, National Center for State Courts (2007). En [http://www.ncsonline.org/D\\_Research/cjs/pdf/SosCompendiumFinal.pdf](http://www.ncsonline.org/D_Research/cjs/pdf/SosCompendiumFinal.pdf).

<sup>588</sup>SUNWOLF: *Practical...* op.cit, p. 18.

con una sola excepción en el tiempo en Arizona- las puertas del recinto de deliberación del jurado continúan cerradas bajo siete llaves.

Sin embargo, el *Chicago Jury Project* se las arregló con el material obtenido con jurados reales y lo testeó con simulaciones de juicios por jurados, para producir la obra quintaesencial de la Ciencia de la Toma de Decisión del Jurado, que se tituló “*El Jurado americano*” (1966). Allí volcaron, entre muchas otras cosas, las primeras conclusiones de la historia del jurado: la imponente sujeción de sus veredictos a la prueba, el 78% de acuerdos entre jueces y jurados, la mayor tendencia de los jurados a absolver<sup>589</sup>, la mayor inclinación de los jueces a condenar y la preeminencia de las primeras votaciones en el *jury room* en el resultado final del veredicto.

Tras un paréntesis de diez años, en los años '70 las investigaciones recobraron un fuerte impulso. Esta vez, por polémicas decisiones de la Corte Suprema de Justicia en los casos *Williams vs Florida* (1970) y *Apodaca vs Oregon* (1972) en el que se autorizaron jurados integrados con seis personas y veredictos no unánimes. Florecieron las investigaciones empíricas sobre el impacto de la reducción del tamaño del jurado y del requisito de la unanimidad en las deliberaciones y el veredicto (¿se ahorra más dinero?, ¿deliberaban mejor?, ¿se veía perjudicada la representación de las minorías?, ¿se facilitaba la toma de decisión?, ¿se acortaba el tiempo de los procesos?, ¿se reducía el jurado estancado?, ¿se resentía la calidad de la deliberación?, etc.). Los años '70 marcaron el inicio de la investigación empírica del jurado en Inglaterra y la aparición en 1977 de la primera publicación nacional de investigaciones del jurado (*Law and Human Behaviour*).

En los años '80 las investigaciones brotaron como hongos. Continuaron los estudios sobre el tamaño del jurado y el proceso de toma de decisión, pero esta vez se les agregó el estudio sistemático del impacto en la deliberación de las instrucciones del juez a los jurados. También surgió -como consecuencia de la pena de muerte- el estudio sobre el prejuicio racial y la influencia de los distintos grupos sociales en el proceso deliberativo. Aparecen, además, tres libros claves que retomaron el camino de Kalven & Zeisel: “*Judging the Jury*” (Valerie Hans y Neil Vidmar, 1986), *Inside the Jury* (Hastie, Penrod y Pennington, 1983) y “*The American jury on trial*” (Kassin y

---

<sup>589</sup> KALVEN & ZEISEL: “*The American Jury*”, op cit, p. 189. Al hablar a la posibilidad que existe en Estados Unidos de renunciar al jurado y ser juzgado por un juez profesional, los investigadores advirtieron a los acusados: “*Al hacerlo, sin embargo, se enfrentan a la prueba matemática de que, como regla general, los jurados poseen una visión más estricta del estándar probatorio de más allá de duda razonable que la que tienen los jueces*”



Wrightsmann, 1988). Fundamental para un tipo de tesis como la presente, se publicaron los dos primeros meta-análisis estadísticos que reúnen todos los datos compilados hasta el momento sobre la toma de decisión del jurado (MacCoun & Kerr, 1988 y Tanford, Penrod & Collins, 1985).

En los años '90 todo se aceleró aún más. El estudio del jurado civil cobró gran auge y comenzaron a estudiarse en forma sistemática otras variables de influencia en las deliberaciones y los veredictos: características sociales de los jurados e imputados, la previa exposición mediática, las prácticas durante el juicio (instrucciones, toma de notas, opciones de veredicto, métodos científicos de selección en el voir dire, etc.). Aparecieron muchos más libros y meta-análisis de gran nivel que, por primera vez, se usaban fuera del círculo de los investigadores sociales. Para sorpresa de muchos, se publicaron dos influyentes libros jurídicos –“*We, the Jury*” (Abramson, 1994) y “*The Jury: trial and error in the American Courtroom*” (Adler, 1993)- que emplearon las conclusiones científicas de 30 años de investigaciones sobre la toma de decisión para fundamentar sus afirmaciones sobre la performance del jurado. Al revés, en las principales revistas jurídicas comenzaron a publicarse los trabajos de los científicos sociales.

En los años 2000, junto con el boom de Internet y el Email, el número de investigadores y de investigaciones creció de manera exponencial. Comenzaron a formarse los primeros equipos multidisciplinarios con trabajos a gran escala. Varios de ellos se vieron beneficiados por una decisión inusual: la Corte Suprema de Arizona, a cargo del visionario juez Michael Dann, permitió a un equipo de investigadores videogravar cincuenta juicios civiles de punta a punta (con la deliberación incluida), permitió conducir experimentos de campo sobre jurados seleccionados al azar y realizar las más exhaustivas encuestas post-juicio alguna vez autorizadas a jurados, jueces y litigantes en 172 juicios civiles (Hannaford, Hans & Munsterman, 2000 y Diamond y otros, 2003). Paralelamente, el *Capital Jury Project*, conducido por un consorcio de profesores y académicos del jurado de las principales universidades, produjo el más completo informe existente hasta hoy sobre la toma de decisión del jurado en los casos de pena de muerte (durante años, fueron entrevistados durante tres horas cada uno de los 1200 jurados de catorce Estados en 345 casos de pena capital). En 2002, otro equipo multidisciplinario del NCSC condujo un estudio de vasto alcance del proceso de toma de decisión del jurado en los casos de *hung jury* (jurado estancado) y *jury nullification* (Hannaford-Agor, Hans, Mott & Munsterman, 2002). Para ello observaron

382 juicios en cuatro áreas metropolitanas distintas, obtuvieron 366 respuestas de los jueces, 576 de los litigantes y 3947 de los jurados. La publicación de libros y revistas se triplicó, consolidando así definitivamente el conocimiento científico sobre la toma de decisión del jurado. Además, el Colegio de Abogados de EEUU, la Asociación Psicoanalítica de EEUU y la Sociedad Americana de Psicología Legal patrocinaron muchos libros con extensivos estudios empíricos sobre, entre otros tópicos, las técnicas científicas en el *voir dire*.

Hoy por hoy, las cortes parecen haberle perdido el miedo a las investigaciones científicas sociales. Ellas usan con frecuencia sus descubrimientos y por ello, es posible avizorar un futuro en que se permita, en algunos casos y sin afectar la regla del secreto, presenciar las deliberaciones del jurado -sólo con fines científicos- para obtener información de aún mayor calidad.<sup>590</sup> El desarrollo masivo de Internet y las redes sociales permiten un acceso mucho más ágil, rápido y barato a la información. Los jurados y jueces reciben sus encuestas en el correo electrónico y las responden por esa misma vía. Eso ha permitido aumentar el número de encuestados. Los nuevos tópicos que hoy en boga se relacionan con la influencia del pensamiento religioso en las deliberaciones<sup>591</sup> y también las refutaciones a varios de los descubrimientos iniciales.

Por poner un solo ejemplo, un trabajo colectivo de varios de los mejores exponentes actuales del *jury decision making* cotejaron la data de Kalven & Zeisel de 1955 con la data recogida por el NCJS en 2000 (usada para explicar el jurado estancado y el jury nullification). 45 años después, confirmaron la exactitud de la mayoría de las conclusiones de los pioneros sobre el desacuerdo entre jurados y jueces. Pero se apartaron ligeramente en una parte de un punto clave: a pesar de los 45 años transcurridos entre una medición y otra, **se confirmó la tendencia de los jurados a absolver más que los jueces**. Kalven & Zeisel habían tomado como variables la fuerza de la prueba, la complejidad de los hechos del caso y la complejidad jurídica del mismo. El nuevo estudio encontró poca evidencia de esas tres variables, pero logró probar una nueva muy fuerte: los jueces condenan más porque “*simplemente aparecen teniendo un mayor umbral de condena que los jurados*”.<sup>592</sup> Casualidad o no, los jueces rusos parecen

---

<sup>590</sup> De hecho, las grabaciones en video de las deliberaciones de Arizona sólo pudieron verlas el equipo científico que realizó el estudio y los investigadores que lo requirieron con esos fines, bajo permiso de la Corte. Absolutamente nadie más. Están bajo custodia de la Corte para preservar el secreto de las deliberaciones.

<sup>591</sup> SUNWOLF: “*God-Thinking: Every Juror's Moral Brain, Religious Beliefs, and Their Effects on a Trial Verdict*”, LexisNexis, EEUU, 2013.

<sup>592</sup> EISENBERG, T., HANNAFORD-AGOR, P. L., HANS, V. P., WATERS, N., MUNSTERMAN, G.,

emular a sus pares norteamericanos. Desde que en 1993 se reinstauró el juicio por jurados en Rusia, la tasa de absoluciones del jurado se sitúa entre el 15 y el 20%.....contra el 1% de los jueces profesionales.<sup>593</sup> Lo mismo sucedió en la vecina República de Georgia en el Cáucaso.<sup>594</sup>

Si bien hay mucho más por investigar, una cosa ha quedado en claro: hay muchísima más luz y pruebas científicas validadas que lo que se sospechaba sobre la deliberación y el veredicto de los jurados. Cualquier estudio serio sobre el proceso de toma de decisión del jurado en la Argentina necesariamente deberá hacerse cargo de este material. En esta tesis usaremos esta data para probar nuestra hipótesis de por qué la inmotivación de la decisión es la verdadera garantía para la existencia misma del jurado y para la protección del gran estabilizador racional de su veredicto: la deliberación.

### § 3. Concepto de la deliberación.

La palabra deliberación proviene del verbo en latín *deliberare*. Es un término compuesto entre “*de*” y “*librare*” (“sopesar”), *de libra* (“balanza”).

No es sencillo desarrollar un concepto de lo que es la deliberación de un jurado. Quienes lo han hecho no son precisamente los procesalistas, sino los expertos de la Teoría Deliberativa Democrática, mucho más interesados en el proceso deliberativo de los grupos sociales en general. Estos teóricos destacan al jurado como uno de los grupos deliberativos más distintivos de la sociedad y por ello lo han hecho objeto de gran cantidad de estudios. Su base teórica es que la deliberación -la discusión en pequeños grupos en general- es un poderoso medio democrático, educativo y de influencia social. Nunca debemos olvidar que el jurado, en definitiva, es un cuerpo político y que sus deliberaciones y veredictos han sido calificados como expresiones políticas.<sup>595</sup>

---

SCHWAB, S., WELLS, M.: “*Judge-Jury Agreement in Criminal Cases: A Partial Replication of Kalven and Zeisel's The American Jury*” 2 *Journal of Empirical Legal Studies* 171 2005, p. 204.

<sup>593</sup>ZIYADOV, Nazim: “*Can Trials by Juries Bring More Leniency to Inquisitorial Systems? Focused Comparison of the Russian and Azerbaijani Criminal Justice Systems*” trabajo extraído de la tesis doctoral del autor: “*Choosing for juries: Application and development of juries in old and new jury trial countries*”, Maklu Publishers, Bélgica, 2013.

También, ver el artículo de THAMAN, Stephen: “*The Nullification of the Russian Jury...*”, op. cit., 2007, p. 357 y 358.

<sup>594</sup> LOMZADSE, Giorgi: “*Georgia: Jury Trials Aim to Bolster Public Confidence in Courts*”, Tbilisi, Georgia, 2010: El autor destaca que el jurado clásico anglosajón de doce miembros, con veredicto unánime y absolución inapelable fue reintroducido -tras la experiencia del siglo XIX hasta la Revolución Rusa- para contrarrestar *¡el casi 100% de condenas!* Increíblemente, los jueces profesionales georgianos, hasta que entró en vigencia el jurado el 1º de octubre de 2010, condenaban a toda persona acusada. Prácticamente jamás absolvieron. Desde que hay jurado, las absoluciones treparon hasta el 20% de los casos. Ver en <http://www.eurasianet.org/node/62059>.

<sup>595</sup> AMAR, V. D.: “*Jury service as political participation akin to voting*”, *Cornell Law Review*, Ithaca,

Ya vimos en la Parte I que el juicio por jurados cumple una función judicial y una función política. Las cumple simultáneamente cada vez que se sienta en un juicio, presencia la prueba, delibera y rinde un veredicto. Parte de la función política del jurado es erigirse como una barrera entre el Estado y el individuo y protegerlo de cualquier exceso o abuso de poder. Pero ese carácter de filtro político previo es sólo una parte de su función, fundamental, por cierto, y quizás la más importante. Pero también vimos que la función política del jurado no se agota allí, sino que se extiende a múltiples otros aspectos. Alexis de Tocqueville enumeró algunos como, por ejemplo, los efectos que produce el servicio de jurado en cada ciudadano, en la comunidad a la que pertenece, el impacto que sus decisiones tienen sobre el valor de la ley, el peso que sus veredictos tienen en el público, legisladores, periodistas, gobernantes, su poder inclusivo, cómo refuerza la independencia del Poder Judicial. En fin, Tocqueville considera al jurado como el más efectivo y popular medio de educación cívica del que dispone una sociedad. Mediante el jurado, las personas incrementan sus responsabilidades cívicas y sus niveles de compromiso para con la cosa pública, todos ellos objetivos preciados en una democracia republicana constitucional.

Por caso, la Corte Suprema de Justicia de Canadá, en un fallo muy reciente *R vs Sherrat*, resumió en pocas líneas el inmenso valor político que tuvo, tiene y tendrá el juicio por jurados para una sociedad, para los individuos que la componen y para su sistema de justicia.

*“El juicio por jurados es un componente vital de nuestro sistema de justicia criminal. Nuestras cortes han remarcado adecuadamente la importancia de los veredictos del jurado y el respeto que se le deben tener a esas decisiones. Hoy, como en el pasado, se deposita una enorme confianza en dichas decisiones. Creemos que eso fluye de la conciencia colectiva que doce miembros de la comunidad han trabajado mancomunadamente para llegar a un veredicto unánime”.*

*“El jurado, a través de su toma de decisión colectiva, es un excelente determinador de los hechos; debido a su carácter representativo, actúa como la conciencia de la comunidad; el jurado puede actuar como el último baluarte contra las leyes opresoras y sus imposiciones; provee los medios mediante los cuales el Pueblo aumenta su conocimiento del sistema criminal de justicia e incrementa, por la participación pública, la confianza de la sociedad en el sistema como un todo”.*<sup>596</sup>

---

New York, 80, 203-259, 1995 y IONTCHEVA, J.: “*Jury sentencing as democratic practice*”. Virginia Law Review, 89, 311-383, 2003.

<sup>596</sup> *R v Sherrat*, [1991] 1 S.C.R 509 voto del Juez L’Heureux-Dubé p. 523, Canadá.

Las investigaciones empíricas a las que nos hemos referido han comprobado que **todo esto es cierto**. Que no se trata sólo de bellas palabras y declaraciones de principios carentes de contenido real. Estos estudios, sobre todos los provenientes de los teóricos de la Deliberación Democrática, han extraído sus conclusiones del análisis de las deliberaciones del jurado en cientos de casos, con entrevistas y encuestas posteriores a miles de jurados. Ellos nos advierten con razón que, antes de intentar definir a la deliberación, sepamos que *no es lo mismo alcanzar un veredicto que haber realmente deliberado*.

**Definición de la deliberación:** Puede decirse que un jurado ha deliberado cuando sus integrantes han examinado rigurosamente el caso, han valorado cuidadosamente la prueba, han evaluado un abanico de posibles soluciones, han seguido las instrucciones del juez y han arribado a una solución correctamente razonada tras un período de consideración abierta, respetuosa e inclusiva de sus distintos puntos de vista.<sup>597</sup>

Esta definición de la deliberación es consistente, además, con los modelos de instrucciones que el juez le imparte al jurado acerca de su *deber de deliberar* y cuáles son las reglas para deliberar, a saber:

*“Cada uno de ustedes debe decidir el caso por sí mismo, pero sólo deberían hacerlo tras haber considerado toda la prueba, discutirla a fondo con los demás jurados y escuchar los puntos de vista de los demás.  
No tengan miedo de cambiar de opinión si la discusión los persuade que deberían hacerlo. Pero no lleguen a una decisión simplemente porque los demás jurados consideren que es correcta”.*

#### **§ 4. La deliberación como garantía constitucional. *Nulla poena sine deliberare***

La deliberación tiene indiscutiblemente rango constitucional. Se trata de una de las garantías procesales fundamentales que protegen a un individuo frente al poder penal del Estado. Nuestra Constitución no la menciona en forma explícita, pero es un componente esencial de la garantía del de juicio previo, del debido proceso y de la garantía del juicio por jurados (CN, 18 y 24). La garantía se expresa del siguiente modo:

---

<sup>597</sup> BURKHALTER S., GASTIL J. & KELSHAW, T.: “*The self-reinforcing model of public deliberation*”, *Communication Theory*, 12, 2002, p. 398-442, EE.UU.

Puede haber otras definiciones la deliberación: por ejemplo, se la conceptualiza como un *evento discursivo*. Es decir, una práctica cultural con formas estructuradas de comunicación. Ver: HYMES, D.: “*Models of the interaction of language and social life*”. En J. J. Gumperz & D. Hymes (Eds.), *Directions in sociolinguistics: The ethnography of communication*(pp. 35–71). New York, NY: Holt, Rinehart, & Winston, 1972.

*“No puede haber pena sin previa deliberación secreta, continua, inmediata y obligatoria sobre la prueba producida en el juicio”*

De tal suerte que sin deliberación, o con una deliberación viciada, el juicio es nulo de nulidad absoluta -sólo en caso de condena o medida de seguridad- por afectación a dicha garantía.

Alberto Binder ha sido, entre nuestros penalistas, quien más ha enfatizado en cómo el jurado logró rescatar de su crisis actual a la deliberación.<sup>598</sup> No hay punto alguno de comparación entre la deliberación de un jurado y la de los jueces profesionales. Se mire desde el ángulo que sea.

Sin caer en las constataciones empíricas evidentes de cómo la justicia profesional ha vaciado de contenido a la garantía de deliberación, lo cierto es que ambos procedimientos son incomparables en términos de calidad y cantidad. El jurado está integrado por doce personas desconocidas entre sí que deben alcanzar un veredicto unánime o altísimas mayorías para rendir un veredicto. Automáticamente eso convierte a la deliberación del jurado en inevitable y, además, con una profundidad que no tiene punto alguno de comparación con la que puede ofrecer un juicio profesional, la mayor de las veces con tres integrantes que se conocen de memoria entre ellos -*deliberación ficta*- o a veces hasta con uno solo -*deliberación inexistente*-.

Con el jurado, la deliberación alcanza su máximo rendimiento como garantía constitucional. El jurado la eleva a los estándares más altos que se conozcan en términos de construcción de una decisión colectiva racional. Desde este punto de vista, la deliberación del jurado es uno de los más poderosos mecanismos de estabilidad y de control de partes sobre el veredicto.

### **§ 5. ¿Cómo es la deliberación de un jurado?**

Para ver hasta qué punto es eficaz el método de usar simulaciones con jurados para corroborar la data obtenida con jurados reales, se observó qué hicieron los jurados apenas transpusieron la puerta del *jury room* en las cincuenta filmaciones de los juicios civiles de Arizona. Luego se observó lo que hacían los jurados en las simulaciones de esos mismos casos. La coincidencia es increíble: hacen exactamente lo mismo. Se sientan en la mesa, intercambian miradas, carraspeos, hasta que alguien dice que hay

---

<sup>598</sup> BINDER, Alberto: “*El jurado obliga a rescatar una de las garantías procesales más olvidadas que es la deliberación. La deliberación es parte central en el proceso de control y estabilidad de una toma de decisión*”. Congreso de Derecho Procesal de Mendoza, Argentina, 2005 en <http://www.juicioporjurados.org/2012/06/video-imperdible-conferencia-de-binder.html> (15’18”)

que elegir un presidente. Después de cumplir con ese primer deber, los jurados se quedan sentados en la mesa escuchando hablar a uno solo, hasta que empiezan a desencadenarse conversaciones paralelas entre los que están al lado. Algunos se levantan y caminan, mientras la conversación continúa aún con algunos fuera de la mesa. Al principio, la discusión grupal es poco lineal, con algunos saltando de un tema a otro. Hasta que llega un momento en que todo parece encarrilarse y ordenarse. Allí, recién allí, parecería comenzar la verdadera deliberación sobre la prueba.<sup>599</sup>

## § 6. Estructura de la deliberación del jurado

El jurado es soberano para decidir cómo va a deliberar. Ciertamente es que el juez va a darles recomendaciones, los va a advertir de las cosas que deben, pueden y no pueden hacer en el *jury room*, pero, aparte de elegir un presidente, la propia ley les da un considerable margen de libertad para organizar sus deliberaciones del modo en que deseen. Además, la deliberación del jurado es secreta y sólo ellos, bajo pena de nulidad, pueden hallarse presentes en dicho recinto. ¿Podemos saber, entonces, cómo es la estructura de la deliberación de un jurado? Lo veremos enseguida.

### A. Medición de la calidad de la deliberación. Los 3 índices.

Después de haber repasado los cincuenta años de historia de la ciencia del proceso de la toma de decisión del jurado, la pregunta parece casi bizarra. Es abundante la cantidad de información comprobada empíricamente acerca de cómo los jurados estructuran sus deliberaciones.

Como dijimos, esta data es usada con múltiples propósitos. Por ejemplo, los teóricos de la deliberación democrática la usan para probar que el hecho de servir como jurado y de deliberar cara a cara con otros once jurados puede convertir a individuos más reservados y hasta descreídos en ciudadanos cívicos, mediante el refuerzo de su confianza en sus conciudadanos jurados y en las instituciones públicas.<sup>600</sup> Nosotros lo usaremos a los efectos de esta parte de la tesis, que es demostrar cómo la deliberación es un formidable mecanismo de control de partes y de estabilización del veredicto del jurado.

---

<sup>599</sup>DIAMOND, S.S., VIDMAR, N., ROSE M., ELLIS L. & MURPHY B.: “*Juror discussions during civil trials: Studying an Arizona innovation*”, *Arizona Law Review*, 45, 1-82, 2003. En este artículo, los autores dan a entender el fuerte componente político que representa un jurado. Tras observar los videos, los autores detectaron numerosas similitudes entre las deliberaciones del jurado y los mítines de un comité político.

<sup>600</sup>GASTIL, John, BLACK, Laura y otros: “*From group member to Democratic citizen: how deliberating with fellow jurors reshapes civic attitudes*”, *Human Communication Research* 34 (2008), p. 138, EE.UU.

Antes de ver los principales hallazgos sobre la deliberación, los investigadores destacan un punto importante: no sólo que se puede investigar cómo deliberan los jurados, sino que es posible, además, *medir la calidad del proceso deliberativo*.<sup>601</sup> Para ello se enfatizan -y se miden muy especialmente en las encuestas y entrevistas- tres puntos que surgen de la propia definición que hemos dado:

1) los *niveles de comunicación deliberativa*: discusión de la prueba, análisis riguroso del caso, consideración de alternativas, si todos pudieron hablar y expresarse, etc.;

2) *el respeto mutuo*: aún en el desacuerdo, el sentirse respetados realza la capacidad de escucha cuidadosa y de expresión. Esto es clave para una deliberación exitosa y para decisiones de mayor calidad. Un jurado que se sienta irrespetado podría no decir lo que piensa o discontinuar la atención a las perspectivas de los demás.

3) la *satisfacción con la deliberación*: La labor básica de un jurado es deliberar y para un investigador es central medir su índice de satisfacción con la deliberación.<sup>602</sup> Una satisfacción general con la deliberación y con el veredicto son fuertes indicadores de que el jurado no sólo alcanzó un veredicto, sino que realmente deliberó, que cada jurado participó activamente en la discusión y que esta fue respetuosa, igualitaria y profunda.

Estas tres variables, como veremos después, tienen alta incidencia en el veredicto final.

## **§7. ¿Cómo es el proceso para la toma de decisión? Desde la íntima convicción individual hasta la decisión grupal unánime.**

Tras cincuenta fecundos años de desarrollo de la Ciencia Social para la Toma de Decisión del Jurado, es hoy posible afirmar empíricamente cómo es con exactitud el proceso deliberativo de los jurados. Actualmente, no hay sistema judicial ni opinión legal de las Cortes sobre el jurado en el *common law* que no se apoye en estas investigaciones científicas que estudian a fondo una cuestión muy sencilla, pero misteriosa y atrapante a la vez: ¿cómo deciden los jurados cuando se encierran a deliberar?; ¿qué clases de reglas, pensamientos, estrategias y lógica despliegan? En

---

<sup>601</sup> GASTIL, J., BURKHALTER S. & BLACK, L: “Do Juries Deliberate? A Study of Deliberation, Individual Difference and Group Member Satisfaction at a Municipal Courthouse, Small Group Research Volume 38 n° 3, Junio 2007, Sage Publications, p. 340.

<sup>602</sup> Sobre todo cuando se analizan conductas grupales democráticas o autocráticas. LEWIN, K., LIPPITT, R., & WHITE, R. K.: “Autocracy and democracy”, New York: Harper & Row (1961).



definitiva, ¿cómo es el pasaje desde su convencimiento individual hacia la decisión grupal unánime?

La profesora Valerie Hans resumió este aporte científico de un modo bello e intrigante.

*“Al estudiar a los jurados estadounidenses, investigué y descubrí un sistema de determinación de los hechos y de toma de decisión que ha estado allí desde hace siglos”.*<sup>603</sup>

### **§8. El proceso de toma de decisión individual de cada jurado. El Modelo Narrativo, la Dialéctica Hegeliana y las Experiencias de Vida.**

Contra todo lo que puede suponerse, no hay muchas diferencias en cómo deciden individualmente los jurados de los jueces técnicos. En un juicio técnico, también hay un veredicto y luego una sentencia escrita. Pero ese documento escrito es **anterior** a una decisión ya tomada por el tribunal profesional (veredicto) acerca de la culpabilidad o inocencia del acusado. Como bien lo sostiene Horacio Rosatti, juez de la Corte Suprema de Justicia argentina y constitucionalista, es una decisión que se construye exactamente igual a como la forman los jurados: de las teorías del caso expresadas por las partes, de la prueba rendida en el debate y de la convicción individual que cada juez se formó sobre todos esos aspectos.<sup>604</sup>

Las diferencias, sin embargo, radican en la incuestionable superioridad de la deliberación de los jurados **para estructurar una decisión colectiva (ya no**

---

<sup>603</sup> Lo manifestó en Neuquén, al inaugurar la primera investigación empírica del jurado en su tipo en toda Sudamérica: “*Valerie Hans Launches Empirical Study Of South American Juries*”, sitio web de Cornell University Law School <http://www.lawschool.cornell.edu/spotlights/Valerie-Hans-Launches-Empirical-Study-of-South-American-Juries.cfm>. Se trata de un proyecto de investigación a través de encuestas de todos los jurados de Neuquén. Comenzó en abril de 2016 y es llevado adelante por el Superior Tribunal de Justicia local, por el INECIP y por la Prof. Valerie Hans y un Consejo Asesor integrado, nada menos, que por Shari Diamond, John Gastil y Paula Hannaford-Agor.

<sup>604</sup> ROSATTI, Horacio: “*Tratado...*”, op.cit.: “*aunque en la sentencia escrita la fundamentación precede formalmente a la decisión (y en tal sentido la explica lógicamente o permite comprenderla intelectualmente), lo cierto es que aquella se redacta una vez que el tribunal ha tomado su decisión. En tal sentido, puede decirse que la expresión escrita de los argumentos constituye no tanto el antecedente de la decisión sino su legitimación ex post facto, pues el tribunal -honestamente convencido de la culpabilidad o inocencia del acusado- buscará (dentro del cúmulo de razones invocadas por las partes y las que él mismo se ha formado) aquellas que permitan dar sustento a su decisión, desechando las que conduzcan a una decisión contraria. Dicho de otro modo: a partir del convencimiento viene la expresión formal de ese convencimiento por medio de argumentos, y no al revés. Luego, dado a la tarea de fundamentar, el tribunal pondrá el mayor celo posible para presentar la sentencia como una derivación lógica y coherente, evitando que pueda ser atacada alegando su inconsistencia.*”

**individual)**, por todas las características y salvaguardas que estudiamos en este capítulo.<sup>605</sup>

Muchos jurados se han quejado en las encuestas de los investigadores que ellos son lanzados al *jury room* sin tener realmente mucha idea de cómo se lleva a delante una deliberación. El argumento es fuerte y puede dar pie a ciertas reservas sobre la calidad del proceso deliberativo. Es más, el juez les dice siempre que ellos son absolutamente libres para estructurar sus deliberaciones del modo en que deseen. No obstante ello, las investigaciones empíricas demostraron “*la impresionante habilidad de los jurados para intuir estrategias críticas para una deliberación efectiva*”.<sup>606</sup>

Lo interesante es que la ciencia social de cómo deciden los jurados determinó que, en su inmensa mayoría, los jurados de distintas partes del orbe emplean el así llamado método narrativo o *story telling* para cumplir con su función constitucional, que es determinar los hechos del caso y aplicarles la ley **en una decisión grupal**. Existe abundante confirmación empírica que los jurados usualmente organizan la masa de testimonios que escuchan y los documentos, elementos materiales e informes periciales que se presentan en el marco de un relato o historia narrativa con “*protagonistas, motivos, argumentos y trama*”.<sup>607</sup> Toda la información que ingresa al debate en forma de prueba es asimilada dentro de esta estructura narrativa: la que no encaja es normalmente descartada, o es sujeta a justificación o es analizada como una excusa. Los buenos abogados litigantes ante un jurado son aquellos que tienen muy presente esta peculiar característica del jurado.

Las ciencias sociales también detectaron que, junto al modelo narrativo, los jurados valoran las pruebas y los hechos del caso a la luz **de sus propias experiencias de vida**. Ese verdadero tesoro social ingresa al *jury room* y constituye, en buena medida, el aporte más valioso que hace el juicio por jurados para establecer la verdad. Son doce miradas que ven a un mismo hecho de manera distinta y combinada, porque lo que les sucedió en la vida a cada uno de ellos les da una perspectiva inusual y única.

---

<sup>605</sup> FRANK, Jerome: “*Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*”, Princeton University Press, 1949, p. 120: “*Aún doce experimentados jueces, deliberando juntos, probablemente no funcionarían mejor bajo las condiciones que les imponemos a doce legos sin experiencia*”.

<sup>606</sup> GASTIL, John y otros: “*The jury and democracy...*”, op. cit., 2010, p. 167: “*Más notable aún, intentaron asegurarse que todos los miembros del jurado tuvieran la oportunidad de compartir sus puntos de vista. Efectivamente, en dos tercios de los jurados que estudiamos muy detenidamente en Seattle, cada uno de los miembros del jurado aprovechó sus oportunidades para dar su valoración en los temas relevantes ante el resto de sus pares*”.

<sup>607</sup> ELLSWORTH, Phoebe C.: “*Are Twelve Heads...*” op. cit., 1989, p. 203.

Aquí radica lo que nosotros sostenemos como una “*superior*” determinación de los hechos, cuando a ella se la compara con la del juez profesional.

Pero, además de combinar sus experiencias de vida al valorar la prueba y a insertarlas en un relato narrativo de lo que verdaderamente pasó, los jurados emplean mayoritariamente el **método hegeliano de discusión deliberativa**: *tesis, antítesis y síntesis*. Esto es lo que descubrió el Profesor James Gobert en sus estudios del jurado (creemos nosotros que Sydney Lumet, director del film *12 Hombres en Pugna*, estaría de acuerdo con él, por cómo reflejó este método dialéctico en su película). Hegel siempre pensaba en términos de opuestos y polaridades (tesis y antítesis); los jurados son forzados por la ley a hacer lo mismo: decidirse por *culpable o no culpable* o, en casos civiles, a fallar favor o en contra del actor. Durante la fase de abierto conflicto, como enseguida veremos, un jurado comienza a exponer su visión de los hechos. El resto de los once escuchará y tomará tres vías: estará de acuerdo, desafiará parte de esa visión o la desafiará toda. La confrontación de esos puntos de vista exige que los jurados brinden *razones adicionales intelectualmente defendibles*.<sup>608</sup> Si tales razones no convencen, entonces el jurado que propuso esa visión quedará desacreditado y dará paso a que otro jurado exponga una alternativa, que será a su vez confrontada con nuevos razonamientos. Y así sucesivamente hasta adjudicar los hechos en una síntesis final.

La psicología constató básicamente la misma metodología, pero con su particular aporte para una mejor explicación de cómo son las deliberaciones de los jurados, de la riqueza de ellas y de cómo los jurados deciden un caso. Los jurados son, al fin y al cabo, *doceperceptores de una misma realidad o evento*. Múltiples y diferentes perceptores arribarán a explicaciones variables o disímiles de una secuencia de eventos. Como consecuencia, extraerán inferencias individuales -durante el debate y apenas empezadas las deliberaciones- que luego deberán ser testeadas rigurosamente entre ellos, dado el requisito de la unanimidad. La fuerza colectiva de la deliberación de doce personas diferentes, con miradas comunitarias distintas, con experiencias de vida y conocimientos distintos, **obliga a los miembros del jurado a darse cuenta de que hay diferentes maneras de interpretar y/o valorar los mismos hechos**, especialmente en aquellos casos en donde esos mismos hechos estén fuertemente controvertidos. Aún cuando esto pueda no provocar un rápido cambio o revisión de sus propias opiniones, necesariamente les recuerda a los miembros del jurado que todas las percepciones son

---

<sup>608</sup> GOBERT, James: “*Justice.....*” op.cit. 1997, p. 91.

parcialmente conjeturales y que no hay “*una única verdad*”. Un juez técnico no posee esta vívida advertencia de que son posibles otras interpretaciones alternativas.<sup>609</sup>

Pero no son los únicos métodos que emplean los jurados para decidir. Ya vimos que los jurados, por mandato constitucional, son libres para estructurar sus deliberaciones del modo en que deseen. Nadie puede imponerles tal o cual estilo para conducir sus discusiones. Si bien los jurados prefieren el modelo narrativo, dialéctico-hegeliano y de combinación de experiencias para aproximarse a la verdad de un caso, las ciencias sociales han detectado que los jurados también recurren a otros modelos empleados por otros grupos deliberativos.<sup>610</sup>

### § 9. Las cuatro fases de la deliberación. ¿Los jurados realmente deliberan?

Las ciencias sociales lograron la proeza que los juristas y académicos del derecho procesal del *common law* incluyeran en sus libros, manuales y tratados cómo los jurados deliberan y cuáles son las etapas que atraviesa, invariablemente, cualquier deliberación.<sup>611</sup>

#### A. Fase nº 1: la *Fase de Orientación*

Si bien los jurados pueden haber socializado durante los recesos y almuerzos durante el juicio, el inicio de las deliberaciones es un momento incómodo y, por lo general, representa un pico de estrés social y grupal. Son doce desconocidos de las más diversas edades, géneros o procedencias que han sido convocados para resolver quizás un crimen muy grave o una demanda millonaria. Tienen que elegir su presidente o portavoz y, luego de ello, comienza a volcarse la primera impresión subjetiva de cada jurado individual. Estamos en el momento de orientación, el round de estudio de todo el juicio y de cada persona en particular; allí donde se produce y/o manifiesta la formación embrionaria de la convicción individual.<sup>612</sup> Ya dentro del recinto, se produce la

---

<sup>609</sup> ELLSWORTH, Phoebe C.: “*Are Twelve Heads....*” op. cit., 1989, p. 206.

<sup>610</sup> DEVINNE, Dennis: “*Jury decision making...*”, op. cit.: Esta obra tiene el valor de resumir prácticamente todo lo investigado en 50 años de ciencia social para la toma de decisión del jurado. Allí se revelan los demás modelos que emplean los jurados para decidir: *Modelos descriptivos u modelos prescriptivos* (El modelo de Bayes; El modelo algebraico; El modelo estadístico; El modelo narrativo; El modelo social-cognitivo; Esquemas de decisión social (SDS); Esquemas de transición social (STS); Esquemas de interacción social (SIS); Jurado civil: esquemas de juicio social).

<sup>611</sup> FIELD, Richard; KAPLAN, Benjamin & CLERMONT, Kevin: “*Civil Procedure: materials for a basic course*”, Foundation Press, 10ª edición, 2014, p. 1407. Allí, en el manual de derecho procesal más importante de Estados Unidos, se cita el extracto de la famosa investigación psicológica sobre las deliberaciones del jurado llevada a cabo en 1987 por Frederick. Cfr FREDERICK, Jeffrey T.: “*The Psychology of the American Jury*”, Michie. Co., 1987, p. 281-287.

<sup>612</sup> BURNETT PETTUS, Ann: “*The Verdict Is In: A Study of Jury Decision Making Factors, Moment of Personal Decision, and Jury Deliberations--From the Jurors' Point of View*”, *Communication Quarterly* 38(1), Estados Unidos, Diciembre 1989, p. 84. La autora fue una de las primeras en sistematizar las

exposición tentativa de cada postura ante personas extrañas e, inevitable y afortunadamente, hacen su rotunda aparición las diferencias.

### **B. Fase nº 2: la *Fase de Abierto Conflicto***

La temperatura dentro del *jury room*, a veces, comienza a elevarse. Los científicos sociales también encuestan a los oficiales de custodia de los jurados. Varios reportan discusiones muy subidas de tono, enojos, gritos y hasta insultos perfectamente audibles a pesar de estar encerrados tras cuatro paredes. Quien haya visto el film *12 Hombres en Pugna* entenderá perfectamente esta etapa. Es el momento en que las diferencias, aparentemente irreconciliables, son discutidas intensa y vigorosamente. Por lo general, aquí hacen su entrada los jurados individuales o grupos de jurados disidentes contra las visiones de la mayoría. Es una etapa marcada por posturas fuertes y rígidas para intentar convencer a los demás de su incorrección. Pero también, en el medio de estas discusiones a veces caóticas, hacen su lenta aparición en escena los ya estudiados *jurados persuasivos*. Aunque cueste creerlo, la ciencia de la dinámica grupal ha corroborado que en todo grupo numeroso sin excepción, como el jurado de doce, surgen siempre líderes naturales y, también, personas capaces de ponerse en el lugar del otro. Personas con la habilidad suficiente como para abandonar, por un momento, sus convicciones fuertemente arraigadas, su pertenencia de clase, género o estatus y explorar las de los demás, aunque sean contrarias. Ese rol desempeñan los jurados persuasivos: son los garantes de la unanimidad y los que conducen a su final esta fase de abierto conflicto, tan necesaria e imprescindible para una decisión de calidad.

### **C. Fase nº 3: La *Fase de la Resolución del Conflicto***

Liberadas las tensiones, expuestas y exploradas todas las diferencias, sacadas a la luz todas las inconsistencias o debilidades de las teorías del caso y de la prueba, el jurado cae en la cuenta que el juez los instruyó de que deberían llegar a un veredicto. Es decir, en esta fase el jurado se da cuenta que, aún en las diferencias irresueltas, deben tratar de tomar una decisión unánime. Esta es la fase de exploración de posibilidades comunes de acuerdo. Por lo general, se observa en el grupo un cambio actitudinal: desde la rigidez inicial, se pasa al cambio potencial de mirada sobre cada punto de prueba y

---

investigaciones existentes a fines de los años '80 para responderse a esta gran pregunta: *¿en qué momento del proceso se forma la convicción personal de cada jurado?* Para esa época, ya asomaban fuertes indicios de que ello ocurría **antes** de las deliberaciones, que no solía cambiar después y que la primera votación anticipaba en un 90% el veredicto final. Con el tiempo, vendrían los nuevos descubrimientos: la deliberación es el momento en que muchísimos jurados se terminaban por convencer personalmente (ver WATERS, Nicole y HANS, Valerie: "*A jury of one...*", op.cit.).

cada posible veredicto. Es el momento en que todos terminan poniéndose en el lugar del otro. Germina la decisión unánime.

#### **D. Fase nº 4: La Fase de la Reconciliación**

Las investigaciones empíricas detectaron veredictos unánimes -para absolver o condenar- en un 96 a 98% de los casos **en varios países del mundo**. Por ende, los momentos finales de la deliberación demuestran el camino frontal del jurado hacia la decisión unánime consensuada. El grupo sana las heridas: hay palabras de respeto mutuo y de apoyo para aquellos que fueron especialmente confrontados. Es un momento en donde se enfatiza la solidaridad grupal y donde se afirma la satisfacción cívica con la labor desplegada, advertida en el siglo XIX por Tocqueville y confirmada empíricamente por los científicos sociales del siglo XX y XXI. En los ínfimos casos en que no se arriba a la unanimidad y el jurado se estanca, las investigaciones corroboraron también cómo los ciudadanos testean sus niveles de animosidad y hacen esfuerzos por superar la frustración de no haber podido decidir.

La parte más llamativa de esta fase son los hallazgos científicos de otro estudio que corrobora los factores que el jurado considera para el pasaje de su convencimiento individual hacia la toma de decisión grupal. Nuevamente, la deliberación es el corazón del juicio por jurados.

*“La data indica los varios factores que contribuyen a la toma de decisión grupal. El primero y principal es que los jurados consideran la prueba presentada en el juicio. También se apoyan muchísimo en las instrucciones del juez, a las que siguen para tomar su decisión colectiva, como lo comprobaron Levine, Farrel y Perrota (1981). En sus discusiones, los jurados muy raramente se vieron distraídos por información irrelevante. Cada vez que algún jurado “se iba por las ramas”, el resto rápidamente re-dirigía la conversación. El proceso fue muy riguroso: los jurados se tomaban todo su tiempo para analizar la prueba y las cuestiones principales controvertidas...la data de todos estos juicios indica que la deliberación desempeña un rol vital en el sistema de enjuiciamiento. Ciertamente, para juicios como el segundo que relevamos, la deliberación es un componente esencial en la toma de decisión del jurado. Para aquellos jurados que ya tienen formada su decisión antes de la deliberación y la traen a ella, como en los juicios nº 1 y nº 3 de este estudio, el proceso de toma de decisión grupal provee un terreno fértil para testear dicha decisión: los jurados están dispuestos a alterar o a cambiar sus decisiones iniciales si los demás compañeros les brindan suficientes razones como para hacerlo”.*<sup>613</sup>

#### **§10. Los dos estilos de deliberación: focalizada en la decisión o en la prueba.**

---

<sup>613</sup> BURNET PETTUS, Ann: ““The Verdict Is In...””, op.cit, p. 94 y 95.

Uno de los más notables hallazgos científicos extraídos de los estudios del jurado es que sus deliberaciones pueden dividirse en dos clases: aquellas orientadas más hacia la decisión y aquellas más orientadas hacia la prueba. A pesar que se sabía que los jurados llegaban a veredictos unánimes en el 96% o más de los casos, no estaba muy claro cómo arribaban a esa decisión. El trabajo de Hastie, Penrod & Pennington (*“Inside the Jury”*, 1983) se decidió a investigarlo y así descubrieron que los jurados organizan sus discusiones de estas dos maneras: o hacia la decisión o hacia la prueba. Los primeros deliberan sobre cómo elegir un veredicto, mientras que los segundos ponen todo su esfuerzo en repasar los testimonios y pruebas materiales para establecer los hechos del caso de la mejor manera posible. No arriesgan ninguna postura hasta no revisar toda la prueba. Recién después comienzan a tomar posición. Difieren su voto casi hasta el final de la deliberación.<sup>614</sup>

Podría parecer que los orientados hacia el veredicto se saltean la discusión de la prueba. Grave error: la investigación descubrió que éstos también deliberan tanto o más intensamente sobre la prueba, pero la discuten en apoyo del veredicto inicial de su preferencia. Se los suele llamar *los abogados de la culpabilidad o de la inocencia*. De hecho, este estilo de deliberación hace surgir el faccionalismo, que, si bien tiene efectos no queridos (mayorías enfrentando a minorías, menor espacio para que las minorías se expresen sin tanta presión) es una de las tantas formas de desacuerdo que necesariamente deben estar presentes en todo proceso deliberativo. El inolvidable rol de Henry Fonda en el film *Doce Hombres en Pugna* es un ejemplo perfecto de una deliberación orientada hacia el veredicto: una rápida votación inicial antes de comenzar la discusión -de 11 a 1- a favor de la culpabilidad, hasta que él se planta firmemente como el abogado de la duda en favor del joven acusado. Allí, sólo allí, comienza el verdadero debate sobre la prueba del caso en apoyo del veredicto de *culpable o no culpable*, con votaciones cada tanto para saber cómo están parados en cada momento.

Los orientados hacia la prueba, en cambio, son los que más se esfuerzan por estructurar un relato acerca de qué fue lo que verdaderamente pasó con los hechos traídos a juicio. Cuando logran establecer y armar un cuadro probatorio coherente con esa historia, hacen lo posible por ligar su veredicto a ella.

---

<sup>614</sup> John Gastil considera que este estilo deliberativo (hacia la prueba) es el mejor desde un punto de vista de la Teoría de la Deliberación Democrática, ya que promueve la discusión del caso y también porque permite a las voces minoritarias un tratamiento más igualitario de tiempo y de respeto que en las orientadas hacia el veredicto. Ver GASTIL y otros: *“Do juries deliberate?”*, op cit., p. 341.

La investigación original de Hastie determinó un 35% de deliberaciones orientadas hacia la prueba, un 28% hacia el veredicto y un 38% de un mix de las dos. Los subsecuentes estudios hasta hoy han confirmado estos guarismos y el modo en cómo se ejercitan estos estilos: ambos con una marcada discusión colectiva de la prueba.

#### **A. Guía para las deliberaciones. Análisis. Fases.**

Estos descubrimientos científicos acerca de cómo deliberan los jurados tuvieron impacto en el mundo jurídico. De hecho, varios investigadores reclamaron al Poder Judicial que había bastante por hacer para aumentar la efectividad de las deliberaciones y, en algún punto, reducir el número de deliberaciones orientadas hacia la decisión.<sup>615</sup> Las aguas aquí se dividieron: la mayoría de los jueces se niegan terminantemente a indicarles a los jurados cómo tienen que deliberar. Más aún, sostienen que son los jurados quienes deben resolver solos esa cuestión, porque la deliberación es su ámbito exclusivo y porque cada grupo y cada caso son distintos. Cualquier comentario del juez al respecto sería visto como una imposición inapropiada sobre una prerrogativa que el jurado tiene para organizar sus deliberaciones como mejor les convenga.<sup>616</sup>

Las cortes y los abogados comenzaron entonces a desarrollar nuevos instrumentos para que, sin imponer ningún criterio, se realizara la calidad de las deliberaciones del jurado. Por ello se los alienta -moderadamente- a que no se apresuren a votar, ni a tomar partido y a concentrarse primero y cada vez más en la prueba.

Así surgió el documento-guía elaborado en 1999 por la poderosa y prestigiosa **American Judicature Society**, que nuclea a los magistrados de Estados Unidos, incluidos jueces de la Corte Suprema. Fue adoptado por numerosas Cortes estatales de los Estados Unidos y son impartidas en cada juicio por jurados. Se titula "*Detrás de las puertas cerradas: una guía para las deliberaciones de los jurados*". No están destinadas a suplantarse las instrucciones al jurado pero, sin embargo, son muy respetadas por los jueces y las cortes. Con esta guía, un juez le dice a los jurados en sus instrucciones en corte abierta:

#### **Se cierran las puertas ¿Qué hacer?**

- seguir las instrucciones del juez sobre el derecho aplicable,
- respetar las opiniones de los demás,

---

<sup>615</sup>BOATRIGHT, R & MURPHY, B: "How Judges Can Help Deliberating Juries: Using the Guide for Jury Deliberations", American Judges Association Court Review, Summer, 36 Court Review 38, 1999.

<sup>616</sup>MARDER, N: "The jury...", op. cit., p. 157.



- valorar los distintos puntos de vista que cada uno aporta al debate,
- saber que es muy bueno cambiar de opinión,
- escucharse los unos y los otros,
- no intimidar ni dejarse intimidar para cambiar una opinión y
- **no apurarse a dar el veredicto** para ahorrar tiempo, puesto que las personas involucradas en este caso merecen su más completa atención y reflexiva consideración.

### **Iniciando**

- Tomarse su tiempo para llegar a conocerse unos a otros.
- Hablar acerca de sus sentimientos y lo que piensan sobre el caso.
- Hablar acerca de cómo desean seguir adelante con las deliberaciones y exponer algunas reglas que las guíen.
- Hablar acerca de cómo manejar las votaciones.

### **Discutiendo la prueba y la ley**

- Escribir los puntos clave para que todos puedan verlos.
- Observar las instrucciones del juez que definen cada cargo o pretensión y enumerar cada elemento separado que compone ese cargo o pretensión.
- Para cada uno de estos elementos, revisar las pruebas, tanto las exposiciones como las declaraciones de testigos, para ver si cada elemento ha sido establecido por la prueba.
- Si hay una gran cantidad de pruebas, intentar listar cada pieza probatoria al lado de los elementos para los que aplica.
- Discutir cada cargo o pretensión, uno a la vez.
- Votar por cada cargo o pretensión.
- Llenar el formulario de veredicto que ha asignado el juez.

### **Votación**

**P.** ¿Cuándo se debe efectuar la primera votación?

**R.** No hay un momento mejor que otro. Pero, si usted ha pasado **una cantidad de tiempo razonable analizando la prueba y la ley y escuchando las opiniones del**

**otro**, probablemente se sentirá más confiado y satisfecho con su veredicto final **que si se apresuran las cosas.**<sup>617</sup>

Como vemos, aquí se resalta el particular interés del sistema judicial en que los jurados utilicen su libertad para deliberar con el fin de sacarle el máximo provecho posible a la deliberación **sin imponerles ningún estilo en particular**. Desde ese entonces hasta hoy se continúan haciendo pruebas empíricas para medir la calidad de las deliberaciones y en cuánto influencia una deliberación efectiva el resultado final. Descubrieron, entre otras cosas, que todavía hay jurados a los que la SunWolf llama ingeniosamente “*social loafers*” (“*vagos sociales*”)o sus primos hermanos, los “*missing in action*” (“*desaparecidos en acción*”).<sup>618</sup> Por eso, alguna de las propuestas sugieren que en el futuro los jueces directamente instruyan al jurado a que: (1) se abstengan de hacer votaciones iniciales tempranas; 2) se enfoquen en determinar los hechos desde la prueba antes de discutir cualquier opción de veredicto y 3) tomen pasos decisivos para asegurar que todos los miembros sean escuchados en las cuestiones importantes.<sup>619</sup>

### **B. Duración promedio y votaciones parciales informales.**

Si bien no se sabe mucho todavía qué relación existe entre la duración de la deliberación y la decisión final, se comprobó que la duración promedio de la deliberación de un jurado oscila entre las dos y las cuatro horas, con las lógicas variables (casos muy graves, múltiples acusados y hechos, prueba muy compleja, etc). El estudio nacional del NCSC (relevaron más de once mil juicios) concluyó que la deliberación promedio es de 2,77 horas.<sup>620</sup> Popularmente, los litigantes aventuran que cuando un jurado tarda mucho en deliberar es porque van a absolver, aunque esto pertenece nada más que al día a día de los tribunales.

Directamente relacionado con la duración de la deliberación están las votaciones parciales que suelen tener lugar entre los jurados. Éstas son informales, aproximativas y las más de las veces se hacen a mano alzada; otras veces se hacen por escrito. Contra lo

---

<sup>617</sup>Guía de la American Judicature Society *Behind Closed Doors* 1999. [https://docs.google.com/file/d/0B2yvs\\_8DQr4dZGxXQ3czNGVwa1U/edit?pli=1](https://docs.google.com/file/d/0B2yvs_8DQr4dZGxXQ3czNGVwa1U/edit?pli=1)

<sup>618</sup>SUNWOLF: “*Practical...*”, p. 391: Los vagos son los holgazanes, los cómodos que apenas intervienen y dejan que el resto se encargue. Los desaparecidos en acción son de dos tipos: los que, a pesar de que se los alienta a expresarse, no hablan por su timidez o inseguridad o, también, porque son ninguneados por alguna mayoría o líder tóxico de la discusión, precisamente por esa característica. Un buen presidente del jurado y el resto de los jurados deben evitar a toda costa esta disfunción.

<sup>619</sup>DEVINE, D., BUDDENBAUM J., HOUP S., STOLLE, D. & STUDEBAKER, N.: “*Deliberation Quality: A Preliminary Examination in Criminal Juries*”, *Journal of Empirical Legal Studies* Volume 4, Issue 2, Julio 2007, p. 300.

<sup>620</sup>MIZE y otros: “*The state of...*”, op. cit., 2007

que uno cree, no son exclusivamente para votar culpable o inocente, sino también si le creen o no a un testigo crucial. También se dan cuando hay múltiples acusados con varios cargos. Los jurados van a ir definiendo con su voto por orden cada cargo para cada imputado. Estas votaciones son muy importantes para la decisión final, como veremos en el siguiente punto, y son de extremo interés para los investigadores y fundamental para nuestra tesis. Ellos determinaron que los jurados, en promedio, efectúan su primeravotación en algún momento entre los 21 y 45 minutos siguientes a haber entrado al *jury room*. Esa votación, por lo general, es la que define el veredicto.

### **C. Influencia de la primera votación en el veredicto final. ¿Cuánto importa la deliberación?**

Si hay un punto de coincidencia entre todos los científicos es la fuerte y robusta relación que existe entre el veredicto preferido en la primera votación por las mayorías y el veredicto final del jurado. Toda la data y la teoría sobre jurados reales así lo indica y, además, fue validada en cientos de simulaciones. Esto revela algo que en las ciencias sociales se llama “*la fuerza de los números*”. Cuando aparece una mayoría muy claramente definida al inicio de las deliberaciones, comenzará un sutil -y a veces abierto- ejercicio de influencia sobre el resto para llegar a la unanimidad. Esa influencia se ejercerá desde la discusión de la prueba y los argumentos. Cuantos más integrantes tenga esa mayoría, más fuerte será esa persuasión para convertir a los que quedan.

Fue otro de los descubrimientos más fuertes del *Chicago Jury Project* de 1955. A través de las encuestas post-juicio a los jurados de 225 juicios criminales, Kalven & Zeisel lograron reconstruir el primer voto que cada jurado había hecho al inicio de las deliberaciones. Sus resultados fueron: en el 91% de los casos en que la mayoría de los jurados votaron por la absolución, el veredicto fue *no culpable*. En el 86% de los casos en que la mayoría votó por la condena, el veredicto final fue *culpable*. En los casos en que hubo empate en la primera votación, el veredicto fue 50% *culpable* y 50% *no culpable*. Estas cifras -que son reales aún hoy- fue lo que llevó a Kalven & Zeisel a una desafortunada y controversial especulación que, lamentablemente y gracias a la celebridad que lograron con su libro, retrasó en 30 años la investigación sobre la deliberación.

*“Sin embargo, en los casos en que hay una mayoría inicial sea para absolver, sea para condenar, el jurado en prácticamente 9 de cada 10 casos decide en la dirección de la mayoría inicial. Es extremadamente infrecuente que la minoría tenga éxito en persuadir a la minoría de que cambie su opinión en la deliberación. Esto permite afirmar, con muy pocas*

*excepciones, que la primera votación decide el resultado del veredicto. Y si esto es verdad, entonces la real decisión suele tomarse aún antes de que la deliberación empiece. La conclusión implica un cambio radical de postura respecto de la función del proceso deliberativo. Quizás él no decida tanto el caso como que rodee de consenso a la decisión, cuyo resultado ya había sido mayormente hecho a semejanza de la inicial distribución de la primera votación. La deliberación bien podría asemejarse a lo que el fotógrafo hace al revelar un negativo: hace surgir la foto, pero el resultado ya está predeterminado”.*<sup>621</sup>

Semejante frase mandó al arcón del olvido durante décadas el estudio del proceso deliberativo por parte de la ciencia de la toma de decisión del jurado. ¿Para qué dedicar esfuerzos a estudiar algo tan secundario como la deliberación que, además, estaba prohibido observar? No faltaron los que, tras esta pesimista y cínica comparación de la deliberación de un jurado con el revelado de una fotografía, sostuvieron que la deliberación representaba una mera formalidad y que no tenía la menor incidencia en el veredicto.<sup>622</sup>

Los abogados y las cortes, por el contrario, continuaron incólumes con su tradicional punto de vista de siglos acerca de que la deliberación era fundamental en un juicio por jurado y, por lo general, era el determinante primario del veredicto del jurado.

Recién a mediados de los años '80 comenzaron a aparecer las investigaciones específicas sobre la deliberación. A medida que salían a la luz datos y más datos (sobre todo las obtenidas de los videos de Arizona), se hizo obvia su determinante importancia, lo injusto de su “olvido” científico y el grave error cometido por Kalven & Zeisel con esta metáfora. Como muy bien apunta Devine, *“ahora sabemos que hay mucho más en una deliberación que simplemente esperar a que la primera mayoría se manifieste”*.<sup>623</sup>

Lo primero que surgió de las investigaciones específicas sobre la deliberación era lo parcialmente erróneo del punto de partida de Kalven & Zeisel. El punto más débil de su subestimación radicaba en el momento en que tenía lugar la primera votación: aproximadamente de 20 a 45 minutos, lo cual claramente indica que los jurados ya estaban deliberando y que esa primera votación necesariamente reflejaba el impacto de

---

<sup>621</sup>KALVEN & ZEIZEL: *“The American jury”*, op. cit., p. 448, 449. Dennis Devine ofrece -críticamente- una magistral interpretación de esa metáfora. La deliberación sería el cuarto oscuro de revelado. La foto (la decisión) ya está establecida desde que es tomada (al final del juicio), pero debe ser revelada a puertas cerradas (deliberación). DEVINE, Dennis J.: *“Jury decision...”* op cit, p. 180, 2012.

<sup>622</sup>FRIELAND, S. I.: *“Legal Institutions: The Competency and Responsibility of Jurors in Deciding Cases,”* 85 Northwestern Univ. Law Rev. 190, 1990.

<sup>623</sup>DEVINE, D: *“Jury decision making...”* op cit., p. 180.

las discusiones. Si bien sigue siendo absolutamente cierto que la primera votación en un 91% será el veredicto final, había otras dos preguntas alternativas:

- 1) ¿los jurados **realmente** entran al *jury room* con la decisión ya tomada?
- 2) ¿Siempre hay una mayoría definida?

La respuesta a ambas preguntas es un contundente “no”. La fabulosa investigación de los videos de las deliberaciones de Arizona rechazó de plano el primer punto.<sup>624</sup> Contra el común malentendido de que la mayoría de los jurados comenzaban sus deliberaciones con un voto preliminar, encontraron que tales votos eran usualmente sugeridos, pero realmente poco usados, **desde que la mayoría de los jurados comenzaban discutiendo la prueba**. Recién tras varios minutos efectuaban su primera votación parcial. Ergo: votaban tras deliberar.

Con relación a la segunda pregunta, y también a la primera, investigaciones adicionales con jurados reales<sup>625</sup> y simulados<sup>626</sup> revelaron que sólo entre un 10 y un 27% de los jurados votaban al inicio de las deliberaciones. Es decir, se probó un rango de entre un 73% y un 90% de ausencia de votos tempranos en los jurados. Si bien esto no es prueba *definitiva* que los jurados se enfraquen en deliberaciones igualitarias y respetuosas, la ausencia tan grande de votos tempranos implica que los jurados van a considerar la prueba mucho más profundamente que si hubieran votado desde principio.<sup>627</sup>

De tal manera, la afirmación de Kalven & Zeisel podía aplicarse sólo al 10% a 27% de aquellos jurados que sí hacían votaciones tempranas. Pero, claro, aún en éstas no se registró un solo caso en donde los jurados apenas se sentaron hicieron su votación. Siempre les insumió entre 25 a 45 minutos antes de votar. No tuvieron en cuenta los considerables cambios de opinión que tienen lugar como resultado de las deliberaciones, pero **antes** de que el primer voto se realizara.<sup>628</sup> O sea, la deliberación sí que importaba. Y mucho.

---

<sup>624</sup>DIAMOND, S.S., VIDMAR, N., ROSE M., ELLIS L. & MURPHY B.: “*Juror discussions during civil trials: Studying an Arizona innovation*”, Arizona Law Review, 45, 1-82, 2003 y DIAMOND, S.S., VIDMAR, N., ROSE M., ELLIS L. & MURPHY B.: *Inside the jury room: Evaluating juror discussions during trial*. Judicature, 87, 54-58.2003. Este último artículo tiene traducción castellana en DIAMOND, Shari: “*Las múltiples...*”, op. cit., 2016, ps. 68 y ss.

<sup>625</sup>SANDYS, M. & DILLEHAY, R.C.: “*First-ballot votes, predeliberation dispositions, and final verdicts in jury trials*”. Law & Human Behavior, 19, 175-195, 1995.

<sup>626</sup>HASTIE y otros, op cit. 1983.

<sup>627</sup>GASTIL y otros: “*Do Juries deliberate?*”, op.cit., 2004, p.

<sup>628</sup>DIAMOND, S. S.: “*Illuminations and Shadows from Jury Simulations*”, Law and Human Behavior, Vol. 21, No. 5 (Oct., 1997), pp. 561-571.

Con el correr de los años, las cosas volvieron al lugar que -pardójicamente- el Derecho y los tribunales nunca habían abandonado: la centralidad de la deliberación para el resultado final del veredicto.

Un número cada vez más creciente de variables del proceso deliberativo fueron examinadas y se halló que estaban asociadas al resultado final del veredicto. Por ejemplo, la consideración de múltiples interpretaciones de la prueba<sup>629</sup>, la frecuencia de las votaciones informales durante la deliberación y la súbita aparición de inesperadas mayorías, sea en la discusión o sea en las votaciones.<sup>630</sup> También el jurado estancado - desde esta perspectiva- indica que la deliberación es crucial en el resultado.

Otros investigadores hallaron las siguientes evidencias del poder de la deliberación sobre el resultado final: la mayoría de las deliberaciones están orientadas hacia la prueba y no hacia la decisión; desde ese ángulo, no deja de ser remarcable que el 10% de los juicios terminen con un veredicto que es opuesto al que tuvo la preferencia mayoritaria inicial del jurado. Una explicación potencial acerca de por qué varios jurados “*dan vuelta*” su voto inicial es gracias al estilo de deliberación focalizado en la prueba.<sup>631</sup> Es decir, la deliberación bien entendida (como la explica el juez en sus instrucciones) juega un rol crucial en el veredicto final. De especial importancia es el efecto *clemencia (duda razonable a favor del acusado)* que se encontró en gran cantidad de estudios sobre las deliberaciones, en donde la posición del acusado terminó prevaleciendo porque el jurado no se convenció más allá de dicho estándar probatorio. El dato clave es que varios jurados cambiaron su inicial voto de *culpable a no culpable* gracias a que en la deliberación se discutió ampliamente el principio de la duda razonable.<sup>632</sup>

Se comprobó -en varios experimentos de simulación- que los jurados respetaban más las instrucciones de los jueces (acerca de no valorar pruebas inadmisibles) si

---

<sup>629</sup>HOLSTEIN, J.A.: “*Jurors’ interpretations and jury decision-making*”, Law and Human Behaviour, 9, 83-99, 2005.

<sup>630</sup>DAVIS J. H., STASSON, M., ONO, K. & ZIMMERMAN, S.: “*Effects of straw polls on group decision making: Sequential voting pattern, timing and local majorities*”, Journal of Personality and Social Psychology, 55, 918, 926, 1988.

KAMEDA, T. & SUGIMORI, S.: “*Procedural influence on group decision making: deliberation style and assigned decision rule*”, Journal of Personality and Social Psychology, 61, 245-256, 1995.

<sup>631</sup>DEVINE, D., CLAYTON, L., DUNFORD, B., RASMY, S & PRYCE, J.: “*Jury decision making. 45 Years of Empirical Research on Deliberating Groups*”, Psychology Public Policy, and Law, 2001 by the American Psychological Association, Inc. 2001, Vol. 7, No. 3, 622-727

<sup>632</sup>MacCOUN, R.J. & KERR, N.L.: “*A symmetric influence in mock jury deliberation: Jurors’ bias for leniency*”, Journal of Personality and Social Psychology, 54, 21-33, 1988.

deliberaban, comparados con aquellos que lo hacían votando individualmente sin deliberar.<sup>633</sup>

Otras hallaron que la relación entre el primer voto y el voto final de cada jurado estaba fuertemente mediatizado por la prueba y el contenido de la discusión.<sup>634</sup> También se verificó claramente la influencia de los líderes que surgen en favor del acusado<sup>635</sup> y que los jurados gustan mucho en articular historias o relatos alternativos para testear qué tanto “soporta” la prueba producida por las partes en el juicio.<sup>636</sup>

Otro estudio comprobó que, tras la deliberación, los jurados demostraban una mucha mayor comprensión de los testimonios en juicio.<sup>637</sup>

Una experta en dinámica de grupos, la profesora SunWolf, sostiene con toda lógica que las discusiones grupales proveen una oportunidad para corregir

---

<sup>633</sup>KERWIN, J.: "Mock Jurors versus Mock Juries: The Role of Deliberations in Reactions to Inadmissible Testimony". *Personality & Social Psychology Bulletin* (0146-1672), 20 (2), p. 153, (1994).

<sup>634</sup>TANFORD, S. & PENROD, S.: "Jury deliberations: discussion content and influence processes in jury decision making", *Journal of Applied Social Psychology*, 16, 322-347, 1986. Este serio estudio hecho sobre jurados simulados (todavía Arizona no había autorizado presenciar las deliberaciones de los jurados civiles) se propuso estudiar la secuencia íntegra de la decisión del jurado, incluyendo el comportamiento en la votación individual, los veredictos grupales (había varios cargos imputados), el contenido de las deliberaciones y el proceso cognitivo de cada jurado tras las deliberaciones. Sus autores comenzaban a mirar con mucho más aprecio a la deliberación y su contribución al resultado final: "Esta investigación ha ampliado nuestra comprensión de un aspecto un poco descuidado de la toma de decisión del jurado: el proceso deliberativo. La distribución inicial y final de votos revelaron enormes efectos persuasivos de las mayorías en el veredicto final". Si bien se confirmó el poder de las primeras votaciones en el veredicto final, no dejó de llamarles la atención la reversión de las mayorías iniciales en el 6% y el 4% de los casos para cada cargo.

<sup>635</sup> DEVINE, D.: "Jury decision...", op. cit., p. 169: Se descubrió algo muy llamativo -que realza el proceso deliberativo-, como que en una discusión del jurado aparecen líderes por la condena y líderes por la absolución. Cotejadas esas deliberaciones con el veredicto final, resulta que la influencia del líder de la condena es menor que la ejercida por el líder de la absolución. Cada vez que aparece un líder por la absolución, es muy alta la cantidad de veredictos de *no culpable*. Mientras que, sorprende la cantidad de veredictos de *no culpable* en los casos en que se constató la presencia de líderes por la condena.

<sup>636</sup> SUNWOLF: "Practical..." op. cit., p. 460. La autora, al igual buena parte de otros autores, destaca la batalla de historias, relatos o narrativas que tienen lugar en un proceso acusatorio y que, en la litigación adversarial, llamamos **Teorías del Caso**. Los jurados -como casi todos los seres humanos y especialmente los niños- tienen una mente fuertemente orientada a reconstruir con la prueba la historia de lo que sucedió en el caso que juzgan. Para ello apelan a modelos de deliberación que SunWolf ha llamado *story-thinking* y *story-speaking* (pensar y hablar de historias o relatos o narrativas: "¿qué hubiera pasado si llamaba al 911?"). "Estos modelos pueden ayudar a los jurados a ordenar y estructurar la prueba en escenarios verbalmente accesibles de ser compartidos con otros (reduciendo así la ansiedad por información). El Modelo de Storytelling describe cómo las historias que arman los jurados funciona durante la persuasión en sus deliberaciones, ayudando a los demás jurados a: validación de tests, comunicar interpretaciones, perspectivas duales, proveer de intermediación para eventos distantes, reconstruir la realidad, llenar los baches, proveer de estructuras para comparar, capturar la atención, estimular un razonamiento colaborativo, proveer atajos para la persuasión, actuar como convenientes referencias cruzadas y proveer puntos de vista alternativos." Cuando analicemos el pensamiento de un radical motivacionista, como Michelle Taruffo, veremos cómo descalifica al *adversary* por su apoyo en el *storytelling*, el cual, según su cuestionable visión, lo aleja de "la verdadera verdad" que distingue el procedimiento ante juez profesional.

<sup>637</sup> ELLSWORTH, Phoebe C.: "Are Twelve Heads Better Than One?" *52 Law & Contemp. Probs.*, p. 205-225 (1989).

malentendidos, interpretaciones erróneas, compartir información, iluminar determinados temas e influenciar las conclusiones.<sup>638</sup>

Finalmente, la investigación de John Gastil que hemos citado fue directamente a preguntarles a los jurados si consideraban que habían deliberado y con qué calidad lo habían hecho. La respuesta fue, también, contundente:

*“Que los jurados efectivamente deliberan está ahora muy claro, pero no sólo por los resultados que arrojó esta investigación, sino debido a la más detallada conceptualización de lo que implica una discusión del jurado verdaderamente deliberativa (vgr: los niveles de comunicación deliberativa, el respeto mutuo y la satisfacción con la deliberación). Los resultados proveen clara evidencia que los jurados entienden a su experiencia como “enormemente” deliberativa en el más fuerte sentido del término. Cuando se analizan estos tres componentes descritos en Burkhalter y otros (2002), casi todos los jurados marcaron el ítem “muy alto”.... A pesar de que las tasas de participación en la discusión varían considerablemente -hallazgo que les hizo agitar las banderas rojas a los críticos de la deliberación (ver, Sanders, 1997)-, el 98% de los jurados encuestados afirmaron que tuvieron adecuadas oportunidades para expresar sus puntos de vista del caso.”<sup>639</sup>*

Sin un desarrollo de la ciencia para la toma de decisión, ni del background cultural juradista de siglos que exhibe el *common law*, las estadísticas del jurado de la provincia Córdoba en Argentina reflejan prácticamente lo mismo. Tras encuestar a 130 jurados cordobeses tras los juicios, el 86% respondió que pudo exponer sus propias conclusiones durante la deliberación; el 93, 8% dijo que no hubo ningún factor externo o interno que haya dificultado el proceso hasta arribar a una decisión (ej: el desenvolvimiento del grupo de jurados, las relaciones interpersonales establecidas y la forma de trabajo fijada para la deliberación) y el 66% cree que su aporte sirvió para la solución del caso.<sup>640</sup>

De esta manera, hoy ya se encuentra rebatida científicamente -por completo- la inicial especulación de Kalven & Zeisel acerca de la relativa importancia de la deliberación. Ciertamente que tampoco ellos hicieron una afirmación categórica, al punto que la denominaron *aradical hunch* (*una corazonada extrema*). Demostraron estar errados en este punto. La ciencia descubrió, treinta años después, que la deliberación

---

<sup>638</sup> SUNWOLF: “*Practical...*” op.cit. p. 21.

<sup>639</sup> GASTIL, J. y otros: “*Do Juries deliberate....*”, op. cit.

<sup>640</sup> Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez-Área de Investigación: “*Jurados Populares: Opinión Sobre La Justicia Penal, Antes Y Después De Su Participación Como Jurados Resultados De Las Encuestas Año 2010*”, <http://www.juicioporjurados.org/2011/11/cordoba-opinion-de-jurados-sobre-la.html#more>.



tiene una importancia fundamental en el veredicto. Sus implicancias aún continúan siendo objeto de intensas investigaciones. No existe una mejor descripción de esto que la realizada por la profesora Shari Seidman Diamond:

*“La deliberación, ¿realmente importa? Las deliberaciones que resultan en un veredicto grupal distinguen al jurado de su alternativa principal, que es el juez profesional. Al requerir el acuerdo de múltiples jurados, el veredicto del jurado en principio reduce la posibilidad de que la decisión vaya a representar una visión idiosincrática de un único, y quizás sesgado, sujeto decisor. Más aún, en la teoría, las deliberaciones le dan al jurado la oportunidad de sacar provecho de los recursos de sus múltiples miembros, de compartir sus conocimientos, sus sensibilidades y de resolver las diferencias, produciendo finalmente un veredicto que refleja mucho más de lo que lo que podría lograrse, tanto como por un único sujeto decisor como por la combinación mecánica de las preferencias promedio de sus miembros individuales.”<sup>641</sup>*

#### **D. Influencia ¿neutra? del presidente del jurado. Desacuerdos**

El primer acto en una deliberación es elegir al presidente del jurado, tal como lo marcan las leyes de jurados. Pareciera ser que toda reunión política de personas necesita siempre de alguien que modere y ordene la discusión para evitar que se convierta en algo caótico. El jurado no fue la excepción. Muchos consideran a la palabra “*presidente*” del jurado, usada en castellano, como una desafortunada traducción de la palabra inglesa “*foreperson*”. Dicho término no tiene traducción literal y se asemeja más a *vocero, portavoz, encargado*, pero de ninguna manera quiere decir “*presidente*”, con toda la carga connotativa que tiene en términos de una deliberación que aspira a ser igualitaria y democrática. Por supuesto que el juez siempre aclara en sus instrucciones que la tarea del presidente del jurado es meramente formal y que su voz y voto no tienen más valor que la del resto: él llena el formulario de veredicto, lo firma y lo anuncia en corte abierta. Dentro del recinto debe promover el debate, que todos hablen, sean escuchados, etc. Pero, en realidad, ¿es así?

Hay muchos puntos polémicos en torno a su figura, al punto que una voz como la de SunWolf directamente clama por su lisa y llana abolición, con frases como “*El primer acto de desigualdad*”, “*El jurado NO NECESITA de líderes formales*” o “*El lado oscuro del liderazgo del jurado*”.<sup>642</sup>

---

<sup>641</sup> DIAMOND, S: “*Beyond Fantasy and Nightmare: A Portrait of the Jury*”, 54 Buff. L. Rev., p. 754, 2006-2007.

<sup>642</sup> SUNWOLF: “*Practical...*”, op. cit., p. 400 y 272: la autora, que durante años fue defensora pública con muchísimos juicios por jurados en sus espaldas, nos advierte lo que sucede *realmente* dentro del *jury*

Todas las investigaciones empíricas revelan que la elección del presidente del jurado toma escasos minutos y es hecha de manera superficial y armónica. Es lógico: se encuentran doce extraños, muy nerviosos y en el momento de máximo estrés grupal y social. Nadie se conoce, nadie rompe el hielo, están decidiendo la libertad de una persona. ¿Quién va a querer en ese momento conflictos? Por eso se eligen, por lo general, al que se ofrece como voluntario o al que ya ha actuado como jurado antes. Ha sucedido que el que primero abre la boca para decir que hay que elegir un presidente es el que termina elegido, aún a su pesar. Lo lógico sería que un grupo definiera de manera natural sus liderazgos avanzada la discusión, donde todos ya se conozcan mejor y en una zona de menor tensión grupal. Muchas cortes han tomado nota de esto y por eso son ellas quienes eligen al azar al presidente de entre el panel, aunque a veces elegían al que le correspondía el nº 1. Lo hacen porque la figura del presidente debe ser simplemente formal y para quitarle una tensión adicional al jurado. Aún así, se reconoce que la figura del presidente del jurado no está todavía muy clara ni definida.

Lo cierto es que los estudios científicos en los Estados Unidos demostraron que los presidentes del jurado son, por lo general, hombres blancos, bien educados, extravertidos y que se sientan siempre en lugares visibles de las mesas.<sup>643</sup> En ese sentido, el primer juicio por jurados clásico de la Argentina, celebrado en marzo de 2014 en Cutral-Co, Neuquén, rompió afortunadamente con esa tendencia: el jurado eligió presidente a una joven mujer de 25 años de edad. Pero, el dato distintivo es que fue elegida al final de la deliberación, cuando ya habían votado y decidido de manera unánime. Es decir: el jurado desoyó al juez y empezó a deliberar sin elegir primero a un presidente.

Uno de los mejores artículos de la profesora Shari Diamond, concluyó, acertadamente, acerca del rol positivo del presidente del jurado:

*“De los estudios surge que los jurados que eligen a su presidente no lo hacen porque sí ni eligen un líder al que seguirán ciegamente; más bien se inclinan por elegir líderes que los ayuden tanto de manera sustancial como procedimental. O ambas”.*<sup>644</sup>

---

room con el presidente del jurado: el presidente decide quién habla, por cuánto tiempo y quién sigue después; decide cómo debería empezar la deliberación grupal; decide cuándo y cómo se vota; decide la agenda de la discusión (orden de los temas); decide cuándo el grupo necesita un *break*; decide cuándo hay que consultar al juez por algún asunto; los jurados hacen sus comentarios mirando al presidente.

<sup>643</sup> DEVINE, D. J.: “*Jury decision...*”, op cit, p. 154-155.

<sup>644</sup> DIAMOND, S. S.: “*Beyond fanstasy.....*”, op. cit., p. 757.

Lo cierto es que en la inmensa mayoría de los casos, la figura del presidente, portavoz o vocero del jurado es crucial para llevar a buen puerto las deliberaciones, para destrabar situaciones complejas y alcanzar la unanimidad.

#### **E. Mayorías sorprendidas que emergen durante la deliberación o las votaciones. Su importancia.**

Se denomina mayoría sorprendente -o circunstancial- cuando una facción minoritaria aparece representando, súbitamente y de manera temporaria, a la mayoría. Numerosos estudios de los que hemos citado enfatizan la importancia que tienen estas mayorías inesperadas en la deliberación y en el veredicto final. La mayor parte de las veces, estas mayorías surgen en el curso de las votaciones parciales, sobre todo cuando las *votaciones son hechas privadamente y por escrito* en pequeños trozos de papel que luego el presidente se encarga de contar. Otras veces -o las dos juntas- surgen en el curso de la discusión, con la formación de subgrupos que van reconsiderando sus puntos de vista. Estas mayorías circunstanciales son las que explican el 10% de casos en que la mayoría inicial es derrotada por las minorías. Es el caso exacto del ya citado e inolvidable film *12 Hombres en Pugna*, del director Sidney Lumett. A lo largo de esa extensa deliberación, puede apreciarse cómo los jurados van cambiando de postura gradualmente a medida que analizan la prueba. Cada tanto hacen votaciones parciales que van engrosando la minoría inicial a favor de la absolución del muchacho, cosa que finalmente sucede por unanimidad.

Casi cuarenta años después de Kalven & Zeisel, el estudio del NCSC del año 2000 halló lo siguiente:

*“es interesante observar cómo en los jurados reales hubo un pequeño, pero no insignificante, grupo de casos como en el film 12 Hombres en Pugna, en donde existía una poderosa mayoría inicial para condenar y, sin embargo, el jurado finalmente absolvió, tal como lo hizo el jurado en aquel clásico film. En 89 casos con una fuerte mayoría por condenar en la primera votación, el jurado absolvió en once casos. Es decir, en el 12% de las veces. En los 71 casos en que había amplias mayorías para absolver en la primer votación, el jurado condenó en sólo 3 casos; o sea, el 4% de las veces. Como mínimo, esto va en contra de la aserción de Kalven & Zeisel’ que la deliberación no es importante.”*<sup>645</sup>

Nuevamente, este punto clave realza la importancia del proceso deliberativo.

#### **F. Influencia de la deliberación en los prejuicios de los jurados.**

---

<sup>645</sup> HANS, V.; HANNAFORD-AGOR, P.; MOTT, N.; MUNSTERMAN, T.: “*The Hung Jury: The American Jury’s Insights and Contemporary Understanding*”, Criminal Law Bulletin, Test 4, 2003, p. 15.

Como es de suponerse, uno de los puntos de investigación más atrayentes de la ciencia de la toma de decisión del jurado es el de constatar qué efectos tiene la deliberación sobre los prejuicios de cada jurado. Se entienden por prejuicios del jurado el racismo, el clasismo, la exposición mediática previa al debate, las opiniones formadas y la exposición a prueba inadmisibles. La deliberación, ¿los disminuye o los aumenta? ¿los reduce o los exagera? Para ello llevaron a cabo numerosos experimentos con jurados simulados (hacían deliberar a algunos y a otros no<sup>646</sup>), entrevistas a jurados reales y observación de las deliberaciones reales. Las conclusiones son muy importantes, si bien, por tratarse de la dinámica de grupos humanos, es imposible hacer aseveraciones absolutas. Se determinó que la deliberación logra que los jurados examinen la prueba más activa y críticamente. Así, se incrementan las chances que los jurados arriben a un veredicto grupal que se sujete lo más estrictamente posible a la prueba y no a sus prejuicios individuales (que no son prueba). El sesgo o prejuicio de los miembros, considerados de manera individual, tienden a ser suprimidos o cancelados durante las deliberaciones. Pero encontraron una variable fundamental, que analizaremos con mucha más profundidad en las páginas que siguen. Se trata del *índice SOE* (*strenght of evidence* o **solidez de la prueba**). Cuanto más fuerte era el SOE en el juicio, la deliberación hacía caer drásticamente los prejuicios. Pero cuando la prueba era muy débil, los prejuicios se exageraban.<sup>647</sup> De tal modo, la vinculación de los jurados con la prueba **presentada y controlada por las partes** sigue siendo una constante absoluta en sus deliberaciones.

### § 11. Síntesis provisional. Influencia de la deliberación en el veredicto.

Todavía falta analizar una gran cantidad de aspectos del proceso deliberativo. Sin embargo, es posible elaborar conclusiones provisionales de suma solidez. Está comprobada científicamente la influencia decisiva de la deliberación en el veredicto. En las páginas que siguen veremos cómo y de qué manera las partes influyen de manera

---

<sup>646</sup> McCOY, M. L., NÚÑEZ, N. & DAMMEYER, M.M.: “The effect of jury deliberations on jurors’ reasoning skills”, *Law & Human Behaviour*, 23, 557-575, 1999: Comprobaron que los jurados a los que hacían deliberar razonaban mucho más críticamente la prueba que los que no deliberaban.

<sup>647</sup> KERR, N.L, NIEDERMEIER, K.E. & KAPLAN, M.E.: “Bias in jurors vs bias in juries. New evidence from the SDS perspective”, *Organizational Behaviour and Human Decision Processes*, 80, 70-86, 1999.

determinante en este proceso admirable que es la deliberación de los jurados. Por ende, en su veredicto.<sup>648</sup>

A modo de síntesis provisional, y en respuesta al injusto olvido científico de la deliberación, nada mejor que la visión de otros dos de los grandes expertos mundiales del jurado:

*“La deliberación sirve muchas importantes funciones. Ella permite compartir de manera colectiva los recuerdos de los jurados y los alienta a la más profunda consideración de la prueba y de la ley que los ayude a interpretar la prueba. Los jurados proceden a establecer los hechos en una manera metódica y cuidadosa. También los ayuda a clarificar y a solidificar posiciones iniciales. Por ejemplo, en un estudio un 10% los jurados estaban indecisos al comienzo de las deliberaciones, pero al final todos y cada uno de los jurados habían desarrollado una fuerte preferencia por un veredicto particular. En suma, aún cuando su impacto final en el veredicto sea modesto, la deliberación contribuye a asegurar la integridad del proceso de la toma de decisión del jurado”.*<sup>649</sup>

## **§12. Cinco salvaguardas principales que aseguran la deliberación en el juicio por jurados.**

La deliberación puede ser perfectamente eludida en un juicio profesional. Sin embargo, es prácticamente imposible de ser evitada en un juicio por jurados. En el juicio profesional, salvo muy escasas y honrosas excepciones, la deliberación es una parodia, una ficción. Una de las características menos estudiadas del proceso deliberativo en el juicio profesional por los procesalistas es la devaluación de la deliberación, que se ha tornado en inexistente o ficta.<sup>650</sup> A veces lo es de forma grosera contra la propia ley procesal, otras veces es más sutil. Esto no sucede solamente porque haya buenos jueces o malos jueces. No se trata de una variable personal, sino estructural. Son las reglas del juego. La esencia misma del juicio profesional desalienta la deliberación, por un sinnúmero de factores que iremos mencionando a medida que veamos su contracara: las poderosas salvaguardas con que cuenta el jurado -por el

---

<sup>648</sup> WATERS, N. & HANS, V.: “*Jury of one: opinion, formation, conformity, and dissent on Juries*”, Cornell Law School, Research Paper No. 08-030, Ithaca, New York, 2008, p. 16 :Al analizar en un estudio empírico con jurados reales cómo y en qué estadio del proceso las mayorías y las minorías cambiaban su voto, constataron que: “Cerca del 40% de los disidentes que luego acordaron y casi el 25% de todos los demás jurados cambiaron su opinión durante las deliberaciones, **Indudablemente, la deliberación del jurado es un terreno fértil para el cambio de postura**”.

<sup>649</sup> HANS, V & VIDMAR, N.: “*Judging the....*” op. cit., p. 112.

<sup>650</sup> La literatura sobre la deliberación en los países del *civil law* es prácticamente inexistente. Al tema se le dedican apenas unas páginas en los manuales o tratados de derecho procesal. Compárese esto con la literatura -jurídica y del resto de las ciencias- que ha producido el mundo del *common law* en torno a la deliberación del jurado. Es el fiel reflejo de la importancia práctica que ella tiene en ambos sistemas: casi nula en el *civil law*; fundamental en el *common law*.

diseño mismo de su procedimiento- para que la deliberación sea inevitable, intensa, racional y a fondo.

Este estilo deliberativo viene desde el fondo de la Historia. El historiador del Derecho italiano, Franco Cordero, relata así su visión del nacimiento del jurado inglés con la Assize de Clarendon de 1166:

*“Los juicios exigen mucho de los prudentes llamados al *vere dictum* y desarrollan en los súbditos una costumbre a las decisiones críticamente elaboradas en común; sin estas matrices no habría nacido una vocación parlamentaria; y el estilo luchador de los debates cierra en Inglaterra la entrada a la cultura inquisitiva”.*<sup>651</sup>

El final de este capítulo es, en realidad, el comienzo de los cuatro que siguen. Son tan importantes y conocidos sus temas que deben ser analizados por separado, aunque estén inescindiblemente ligados a la deliberación. La deliberación del jurado es lo que es y debe su pedigree tan especial a las **cinco salvaguardas históricas que la aseguran**: el número de doce jueces ciudadanos, la unanimidad de su veredicto, la regla del secreto de la deliberación, la composición plural del jurado y su accidentalidad (su no pertenencia al Estado).

## Capítulo 11°

### El jurado de doce personas

#### 1. *Salvaguarda n° 1*. El impresionante número de 12 jueces ciudadanos

Desde hace siglos, el jurado está integrado por doce personas. Es una diferencia insalvable con relación al juicio profesional.<sup>652</sup> Tan abrumador número es la principal salvaguarda que obliga al jurado a deliberar de manera inevitable. Dwyer nos explica el porqué del mágico número doce,

*“lo único que sabemos es que funciona bien. El número es lo suficientemente alto como para proporcionar sabiduría colectiva y una fuerte representación, y lo suficientemente bajo como para permitir deliberaciones colegiadas que, casi siempre, conducen a un veredicto unánime”.*<sup>653</sup>

El número es, además, la principal fuente de legitimidad posterior de la decisión. Es obvio: el juez funciona como un individuo; el jurado como un cuerpo colectivo. El

<sup>651</sup> CORDERO, Franco: “*Procedimiento.....*”, op. cit., p. 19.

<sup>652</sup> HASTIE y otros: “*Inside the jury*”, op. cit., 1983, p. 236: “*La ventaja de la memoria grupal por sobre la típica o aún excepcional memoria individual es uno de los mayores determinantes de la superioridad del jurado como mecanismo de decisión legal*”.

<sup>653</sup> DWYER, W.: “*In the Hands of...*” op.cit., p. 172.

mayor número de jurados es lo que atrajo desde siempre la confianza de los Pueblos en las decisiones judiciales: conduce a veredictos más justos, reduce el margen de error<sup>654</sup>, neutraliza mejor los eventuales prejuicios, jamás fueron un obstáculo para la unanimidad y permiten la más amplia representación de la comunidad.<sup>655</sup> Esta máxima distingue al jurado y permanece invariable en los distintos Pueblos y culturas a lo largo de la historia.

## §2. Distintos modelos históricos y actuales. El ideal del jurado de doce

Ha sido una característica histórica de todos los sistemas de enjuiciamiento popular el alto número de jueces ciudadanos. Los griegos juzgaban con doscientos, quinientos o con mil *dikasts* (jurados). Los romanos de la República juzgaban ante un pretor o quaesitor (juez) frente a un tribunal integrado por un número variable muy cercano al actual número de doce *iudicis iuratis* (jurados), en lo que formalmente fue el primer juicio por jurados de la historia. Los antiguos germanos y los pueblos nórdicos también evolucionaron desde un inicial alto número de la Asamblea Popular (*Hundertschaft*) hasta fijar la cifra en doce o siete jurados (*Things*) que, además, se retiraban a deliberar sin la presencia del *Graf* (juez) para tomar la decisión. Ya en la época medieval, y en plena ordalía, surgieron los *compurgadores*, que eran un alto número de vecinos convocados para dar testimonio a favor del acusado. Su testimonio tenía el poder de impedir la ordalía y resolver el pleito. Para muchos historiadores, ellos son los parientes lejanos de lo que después serían los jurados ingleses. Los antiguos escandinavos noruegos juzgaban con treinta y seis compurgadores por unanimidad; los

---

<sup>654</sup> ROSATTI, Horacio, “*Tratado de Derecho Constitucional*”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, t. II, Sexta Parte, Sección IV, Capítulo 1º: “¿Qué es lo que hace suponer que una respuesta popular sea más adecuada que una respuesta profesional unipersonal (o colegiada, pero de un número reducido de magistrados) al momento de resolver un conflicto? En nuestra opinión, existen tres fundamentos de convalidación, que denominamos: 1º) la teoría de la “distancia justa”; 2º) la teoría del “margen de error”; y 3º) la teoría del valor epistemológico de la construcción de consensos..... 2º) La teoría del “margen de error” enseña que en el ámbito del conocimiento social, donde no rige el tipo de ley propio de las ciencias físico-matemáticas (caracterizada por su inexorabilidad, como la ley de gravedad), **existe una relación inversa entre el número de personas que participan en la deliberación previa a una decisión y el margen de error en que tal decisión pueda incurrir.**”

<sup>655</sup> MARDER, Nancy: op. cit, p. 8: “El jurado está particularmente bien diseñado para adjudicar los hechos del caso. El jurado consiste de un grupo de individualidades que trabajan juntas para alcanzar una decisión grupal. Los estudios han demostrado que los grupos se desempeñan mejor que los individuos en términos de resolver problemas y llegar a respuestas correctas. Cada miembro del jurado puede contribuir con su recuerdo de los hechos y la prueba. Porque diferentes personas recuerdan diferentes cosas, el jurado tiene a su disposición mucha más información que la que un solitario individuo podría recordar. Además, el esfuerzo grupal asegura que los miembros del jurado puedan corregirse entre ellos las ideas equivocadas y los recuerdos defectuosos. Cada jurado puede considerar la mejor forma de organizar el material presentado durante el juicio basado en diferentes enfoques sugeridos por sus miembros. El juicio por jurados está bien diseñado para la determinación de los hechos porque sus miembros pueden traer a la deliberación diferentes piezas de información y diferentes enfoques con los cuales organizar dicha información”.

suecos con doce; los dinamarqueses usaron entre siete y veinticuatro, hasta establecerse en doce; los islandeses emplearon cinco, nueve o doce, dependiendo el caso. Los anglos usaban treinta y seis. Cuando los escandinavos del Rey Rollo invadieron la Normandía en 911 d.C., llevaron consigo esta forma de enjuiciamiento popular y el número de doce *compurgatores* para dar testimonio. Con esa conformación, el sistema rápidamente echó raíces. Luego, la historia por todos conocida: los normandos atravesaron el Canal de la Mancha en 1066, donde, después de una larguísima evolución, el jurado adquiriría su forma actual de jueces del hecho y el número universal de doce pares vecinos del acusado.

El jurado moderno exhibe las mismas características de antaño en cuanto al número. Salvando los distintos modelos de jurado popular en el mundo, el número de jurados en casi todos los países es siempre muy alto, con un máximo de doce, nueve u ocho, pero jamás inferior a seis. Escocia es la única excepción: juzga con quince jurados. Argentina emplea doce jurados en los sistemas clásicos de la provincia de Neuquén, Buenos Aires, Río Negro, Chaco y ocho jurados populares en su sistema mixto cordobés.

¿Por qué los jurados quedaron conformados universalmente por doce miembros? No se trata de ninguna referencia bíblica ni apostólica, ni nada por el estilo, conforme suele ser mencionado en los libros.<sup>656</sup> Tras más de 800 años de evolución desde sus inicios en las neblinas medievales, en los más diversos pueblos, de ensayo y de error, el número de doce quedó conformado como el número ideal para asegurar cinco cosas a la vez: amplia representación de la comunidad, reducción del error judicial, una importante cantidad de jueces ciudadanos, veredictos unánimes y un tamaño manejable para la administración de un sistema de justicia.<sup>657</sup>

### **§3. Número mínimo de seis. Duras críticas.**

Un jurado con doce personas es una tradición histórica que se remonta a por lo menos el año 1300 en la Inglaterra medieval y aún antes desde la época de Roma. En un principio, la Corte Suprema de los EE.UU. adoptó la posición de que un jurado en un caso penal siempre debía tener doce miembros. En 1898, la Corte llegó tan lejos como

---

<sup>656</sup>BIANCHI, Alberto B.: *“El juicio por jurados. La participación popular en el proceso”*, Bs. As., Abaco, 1999.

<sup>657</sup>ZEISEL, Hans: *“And then there were none: The diminution of the federal jury”*, 38 U. Chi. L. Rev. 710-725 (1970-1971): *“Doce debió haber sido, y todavía lo debe seguir siendo, el límite top por arriba del cual las dificultades administrativas vuelven insuperables para las pesadas condiciones de un juicio. Desde esta óptica, doce sería el número que optimiza los dos fines en conflicto del jurado -el de representar a la comunidad y el de permanecer manejable”*.



para decir que "un jurado compuesto por doce personas, ni uno más ni uno menos" era un requisito constitucional. La decisión se basó únicamente en que la Constitución había cristalizado entre sus normas la tradición receptada del *common law* (constitución no escrita), que siempre juzgó con doce jurados. En el año 1930, la Corte Suprema, en el fallo *Patton*, estableció que un jurado podía proseguir su labor con menos miembros, ante la enfermedad de alguno de ellos, siempre y cuando tuviera el consentimiento expreso del acusado. Hasta que llegó el fallo *Williams vs Florida* de 1970<sup>658</sup>, en donde la Corte validó la condena de un hombre juzgado por un jurado de seis y afirmó así una ley del Estado de Florida que estableció, para reducir costos, tiempo de deliberación y jurados estancados, jurados de doce miembros para delitos muy graves y jurados de seis para el resto de los delitos. La Corte sostuvo que la 6ª Enmienda no decía nada en absoluto sobre el tamaño de un jurado. Las críticas contra esta decisión de la Corte fueron devastadoras<sup>659</sup>. El juez de la minoría, Marshall, directamente sostuvo que "esa cosa no podía llamarse jurado".<sup>660</sup> Por eso, en otro caso posterior, *in re Ballew v Georgia*, sostuvo que era inconstitucional un jurado con menos de seis personas.<sup>661</sup>

Sólo tres estados locales en Estados Unidos contemplan jurados de seis y nada más que para delitos no muy graves: Florida, Louisiana y Oregon. Esos tres estados mantienen el número de doce para los delitos muy graves. Los otros 48 estados y todo el *common law* continúan con el jurado de doce. La inmensa mayoría de los juicios

---

<sup>658</sup> Williams fue juzgado por robo ante un jurado de seis. Él reclamó un jurado de doce, porque así iba a haber mayor representación de la comunidad y se lo denegaron bajo la reciente ley de Florida. Fue encontrado culpable y el juez lo condenó a prisión perpetua. Llegó así hasta la Corte Suprema, que validó al jurado de seis como constitucional, desatando una ola terrible de críticas.

<sup>659</sup> ZEISEL, Hans: "And then there...: op. cit., p. 713. En una durísima crítica a ese fallo, quizás porque hasta citó espuriamente su propio trabajo con Kalven de 1966, Zeisel sostuvo que el apartamiento de siglos de historia por la Corte era muy grave: "La Historia, sin embargo, habría encarnado mucha más sabiduría que lo que la Corte pudo permitirse. **Debió haber sido mucho más que un accidente que después de siglos de juicio y de error el tamaño del jurado haya quedado fijado en doce. Una función primaria del jurado fue siempre la representación más amplia posible de la comunidad; y, al mismo tiempo, tenía que permanecer en un tamaño manejable**".

<sup>660</sup> "La mayoría montó un asalto frontal contra la verdadera naturaleza del jurado civil y al concepto que de él se tuvo por más de 700 años. Ninguno debe ser engañado con llamar "jurado" a ese cuerpo de seis juzgadores del hecho...No estamos tratando aquí con algún rebusque menor sobre el rol del jurado civil, sino con su completa abolición y reemplazo por una institución diferente, que funciona diferente, produce resultados diferentes y que fue completamente desconocida para los Constituyentes de la 7ª Enmienda". **Williams v Florida**, 399 US 78, p. 166.

<sup>661</sup> Ballew era el dueño de un cine porno en Georgia que, en 1973, proyectó una película de ese género. La copia fue secuestrada por los censores y Ballew fue llevado a juicio por exhibiciones obscenas, un delito muy leve. La Constitución de Georgia preveía un jurado de cinco personas para los delitos muy leves. Ballew exigió un jurado de doce, alegando que la función central de un jurado en un juicio por obscenidad era la aplicación de estándares comunitarios para decidir si el material era obsceno o no. Se lo denegaron y lo condenaron a dos mil dólares de multa y un año de prisión en suspenso si pagaba la multa. Todas las apelaciones le fueron denegadas, hasta que en 1977 la Corte Suprema declaró inconstitucional cualquier jurado con menos de seis personas.

criminales -tanto federales como estatales- se siguen juzgando ante doce jurados unánimes. Los jurados civiles, en cambio, oscilan ahora entre doce, nueve y seis miembros en varios Estados.

Más de cuarenta años después, se verificó que los plazos no se acortaron, que los costos siguieron siendo exactamente iguales, que no hubo agilización administrativa sustancial y que ciertos juicios, aún con seis, también se estancaban. Peor aún, en jurados civiles con seis miembros, se autorizaron veredictos de 5-1 hasta que la Corte Suprema Federal los vetó por inconstitucionales, exigiendo allí la unanimidad.<sup>662</sup> La que sí se vio notoriamente afectada es la representación justa y equitativa de la comunidad, la calidad deliberativa y el aumento de veredictos erróneos, señaladas especialmente por la Corte como dos de las principales razones para la exigencia de un alto número de jurados. En 1977, siete años después del polémico fallo *Williams*, la Corte Suprema en *Ballew v Georgia* concedió que la data empírica que antes había denostado era correcta y que los jurados de menos de doce afectaban seriamente la representatividad de puntos de vista comunitarios, la calidad e intensidad de la deliberación grupal, el contrapeso a los prejuicios y la corrección de los veredictos. Sin embargo, ilógicamente, no lo declaró inconstitucional. Aunque sirvió, quizás, para frenar definitivamente el avance de las reformas legislativas pro-reducción.<sup>663</sup>

Los jurados con menos de doce miembros reciben hoy durísimas críticas de abogados e investigadores, entre otras razones, por afectar la calidad de las deliberaciones y por subrepresentar a las minorías sin ningún tipo de justificativo instrumental. Así se manifestó la prestigiosa *American Bar Association (ABA)*, que nuclea a los abogados norteamericanos y que elaboró los “*Principios para los Jurados y los Juicios por Jurados*” en 2005.<sup>664</sup>

---

<sup>662</sup>In re *Burch v. Louisiana*, 441 U.S. 130 (1979): La Corte trató de nuevo -por última vez hasta hoy- la cuestión del número del jurado y de la unanimidad en 1979, nueve años después del fatídico fallo *Williams vs Florida* de 1970. En *Burch v Louisiana*, la Corte sostuvo que la ley de Louisiana que permitía condenas de 5 a 1 en sus jurados de seis miembros violaba los derechos del juicio por jurados de los acusados, contemplados en la 6ª y 14ª Enmiendas de la Constitución. Si el jurado es reducido a seis miembros, el veredicto debe ser unánime.

<sup>663</sup> HANS, V & VIDMAR, N.: “*Judging...*”, op cit., p. 170: “*La decisión en Ballew fue en algún punto gratificante y en otro punto perturbadora*”.

<sup>664</sup> La declaración consta de diecinueve máximas tendientes a proteger y profundizar el juicio por jurados. El Principio nº 3 establece que los paneles de jurados penales y civiles deberían estar integrados por doce jurados.

**PRINCIPIO 3 – LOS JURADOS DEBERÍAN TENER 12 MIEMBROS**

*A. Los jurados en casos civiles deberían estar constituidos por 12 miembros siempre que sea factible y bajo ninguna circunstancia tener menos de 6 miembros.*

*B. Los jurados en casos criminales deberían consistir de:*

*1. Doce personas si la pena esperable de prisión es mayor a los seis meses;*

No fue sino el legendario Hans Zeisel el que fulminó esta reducción del jurado cuando, veinte años después de su obra cumbre, prologó el libro de Neil Vidmar y Valerie Hans:

*El precio de estos ajustes es menor representación de la comunidad y un mayor riesgo de veredictos erróneos, porque la sabiduría colectiva de seis jurados es menor a la de doce. Cuando esta autoinflingida castración se vuelve demasiado obvia en los juicios civiles largos y complejos, los jueces y los litigantes suelen intentar reparar algo del daño, permitiendo que los jurados suplentes se sumen a la deliberación para dictar el veredicto.*<sup>665</sup>

### **A. Comprobación empírica de la inconstitucionalidad del jurado de seis.**

Gran parte de las investigaciones científicas estudiaron muy detenidamente el impacto en esta reducción del tamaño del jurado. No fue sino hasta el año 1997 en que se realizó el primer meta-análisis a gran escala, a cargo del profesor de Derecho y Psicología Michael Sacks y su equipo. Se hicieron diecisiete estudios de campo sobre 2061 juicios -entre 1972 y 1990- que involucraron a quince mil jurados. El estudio se efectuó siguiendo el razonamiento de la Corte Suprema. El objetivo era ambicioso y hasta provocativo para con la Corte. Ella había concluido en *Williams* que jurados con menos de doce personas serían constitucionales en tanto y en cuanto pudieran desempeñarse de manera no diferente a un jurado tradicional con doce personas.<sup>666</sup> Las preguntas que flotaban en el aire entonces eran: ¿Se desempeñaban igual? ¿Cumplían

---

2. Como mínimo por seis personas si el máximo esperable de prisión es seis meses o menos.

C. En cualquier tiempo antes del veredicto, las partes, con la aprobación del juez, pueden acordar que el jurado tenga menos miembros que un jurado completo, pero jamás menos de seis jurados. En los casos criminales, el juez no debería aceptar semejante acuerdo a menos que el acusado, tras ser advertido de su derecho a un juicio por jurados pleno y de las consecuencias de su renuncia, personalmente renuncia a su derecho a un jurado pleno por escrito o en el registro de audio en corte abierta.

<http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/juryprojectstandards/principles.authcheckdam.pdf>

<sup>665</sup> ZEISEL, HANS: Prólogo al libro de HANS, V. & VIDMAR, N.: *“Judging the jury”*, op. cit., p. 5.

<sup>666</sup> La Corte consideró tácitamente constitucional la reducción del tamaño del jurado por razones “funcionales”. Esto es, la Constitución estaría diciendo que lo importante no es el tamaño del jurado, sino la manera en que se desempeña. La Corte razonó que una jurisdicción puede buscar el ahorro de tiempo y dinero en tanto no lesione el proceso o los resultados de la toma de decisión del jurado. Ej: si empíricamente un jurado más chico trabajara igual que uno tradicional de doce, el más chico sería constitucional.

En *Williams v. Florida* (1970), la Corte expuso varios criterios para determinar si un jurado de seis es el equivalente funcional a uno de doce: calidad de la deliberación, confiabilidad de la adjudicación de los hechos por el jurado, la ratio de veredictos, la capacidad de las minorías disidentes para resistir las presiones de la mayoría por conformar y la capacidad del jurado para proveer una representación justa y equitativa de la comunidad. La mayoría de los jueces concluyó que el tamaño de un jurado no hacía diferencia en ninguno de estos factores, mientras no bajaran de seis. La Corte tuvo muy poco apoyo en su conclusión que “no hay ninguna diferencia discernible entre los resultados alcanzados por estos dos tipos de jurados”(Saks, 1977; Zeisel, 1971)

las mismas funciones constitucionales? ¿Eran exactos los estudios citados por la Corte? Las ciencias sociales desafiaban a la Corte Suprema en su propio terreno.

Sus resultados fueron sorprendentes e impiadosos para con la Corte, algo infrecuente en una investigación de este tipo. Lo primero que verificaron fue si los tiempos de deliberación se habían acortado y en qué medida, ya que ese había sido el **principal argumento** de la ley de Florida para reducir el jurado a la mitad. Increíblemente, la reducción existía, *pero era sólo de... 23 minutos*. ¿Realmente se justificaba volar de un plumazo a la mitad del jurado -y a 700 años de tradición inalterable- **por apenas unos minutos menos de deliberación?**

De todos los juicios medidos, el jurado de seis deliberó 53 minutos promedio y el de doce jurados deliberó 70 minutos. Los investigadores, lejos de ver en ello un defecto, lo resaltaron lógicamente como una potencial virtud; la diferencia de tiempo reflejaba también una deliberación mucho más sustancial: más intercambio de opiniones, de hechos, más desafíos a las conclusiones tentativas de los demás. El estudio encontró que los jurados de doce deliberaban mucho más y que recordaban con mucha más precisión la prueba de los hechos del juicio. En suma, deliberaciones más largas contienen más información y, por ende, son probablemente mejores deliberaciones.

Respecto al jurado estancado, encontraron que los jurados de doce se estancaban ligeramente con más frecuencia que los de seis. Pero que eso había que mirarlo en un contexto de 98% de veredictos efectivamente unánimes y, además, que el jurado estancado revelaba el respeto en los Estados Unidos por las minorías disidentes. Comprobaron también, en breve, que los jurados de seis excluían significativamente a las minorías y que, debido a ello, las posibilidades matemáticas de absolver se reducían frente a un jurado tradicional.

Pero dejamos para el final las conclusiones que hicieron célebre a este estudio, por su explícito desafío y cuestionamiento a la decisión de la Corte Suprema de aceptar la reducción del tamaño del jurado. Sin dudas, fue un cachetazo sin precedentes:

***La evidencia demuestra que el tamaño del jurado afecta el proceso de decisión del jurado. Este meta-análisis reportó que: jurados más chicos son más propensos a no contener a nadie de los grupos minoritarios. Jurados de doce personas deliberan por más tiempo y se estancan con un poco más de frecuencia. Y, al menos en dos de los estudios que testearon el siguiente ítem, las doce personas del jurado recordaron con mucha más precisión los testimonios del juicio. Estos efectos pueden ser multiplicados a lo largo de los 160.000 juicios por jurados que se realizan cada año en los Estados***

Unidos.

*Al sostener que los jurados de menos de doce son constitucionales, la Corte Suprema barrió con 600 años de tradición del common law y dos siglos de historia constitucional, incluyendo la reversión de su propios precedentes (Capital Traction Co. v. Hof 1899; Patton v. United States, 1930; Rassmussen v. United States, 1905; Thompson v. Utah, 1898; por todos, ver Arnold, 1993).*

*Habiendo intentado abordar el ítem del funcionamiento del jurado en base a una cuestionable encuesta empírica, **la Corte Suprema llegó a conclusiones que no están apoyadas por ninguna data.** Un cuidadoso examen de los estudios más relevantes muestra significativas diferencias en el comportamiento del jurado como una de las funciones que cumple el tamaño del jurado. A la luz de esta data y de los pronunciamientos anteriores, a la Corte le sería muy redituable revisitar esta cuestión. Si es que alguna vez lo hace, y aún cuando continúe adhiriendo a su doctrina legal dominante (articulada en Williams v. Florida, 1970), lo cierto es que, en lo concerniente al test de constitucionalidad para jurados con menos de doce personas, **no parece que los jurados más chicos, especialmente los de seis personas, vayan a seguir siendo considerados constitucionales.** Los descubrimientos de este meta-análisis sugieren que los jurados se desempeñarán mejor, y por ende la justicia será mejor proveída, cuando los jurados sean restaurados a su tradicional número de doce.<sup>667</sup>*

#### **§4. El impacto del número en la estabilidad de la decisión: el jurado como superior juzgador de los hechos.**

Es un hecho comprobado empíricamente que, cuanto más grande es el grupo que toma la decisión, mejores serán las decisiones a causa del incremento de los recursos provistos por tener más miembros en el grupo.<sup>668</sup> Los grupos poseen una ventaja aritmética por sobre los individuos. Eso fue lo que advirtió el matemático francés Condorcet en 1785 al justificar que el voto popular de las mayorías tiene **siempre** menos margen de error que el voto de un solo individuo. Prácticamente todos los teóricos del jurado han trasladado el teorema de Condorcet a la relación *jurado-juez* para explicar la superioridad del veredicto del jurado frente a la sentencia de un juez profesional. Esto es especialmente cierto en el derecho penal, en donde prevalece la idea de que causa más alarma social el hecho de queden diez culpables libres a que un solo inocente vaya a prisión. El gran teórico del jurado James Gobert lo hizo explícitamente de este modo: aplicando el teorema de Condorcet en un contexto legal, la probabilidad de que un solo individuo (juez o jurado individual) dicte un veredicto incorrecto -

---

<sup>667</sup>SAKS, M. J. & MARTI, M. W: "A meta-analysis of the effects of jury size", Law and Human Behavior, Vol 21(5), Oct 1997, 451-467. La mayor contribución de este estudio y sus conclusiones la dio el hecho que muchas autoridades, tras reconocer los efectos dañinos de haber reducido a los jurados, se empezaron a mover para devolverle al jurado su tamaño original.

<sup>668</sup>STEINER, I.D.: "Group process and productivity", New York, Academic Press, 1972.

encarcelando un inocente, por ejemplo- es de 0,3. Esa misma probabilidad es de 0,0000005 cuando la decisión la toman doce individuos de manera grupal y por unanimidad. **El margen de error del jurado como entidad colectiva es apreciablemente menor al de un juez individual.** Eso lo convierte automáticamente en una herramienta poderosa para prevenir la comisión de cualquier grave injusticia, como condenar a un inocente o dejar impune al culpable de un hecho grave. Aún cuando los jueces sean tres, la diferencia sigue siendo significativa por la sencilla razón de lo abrumador del número de jurados y porque los jueces desconocen la unanimidad y pertenecen a una esfera acotada de la sociedad.<sup>669</sup>

La tarea constitucional del jurado es deliberar y establecer los hechos del caso. El jurado ha atravesado casi dos mil años de historia porque se ha distinguido como un muy competente determinador de los hechos. De otra manera, jamás habría sobrevivido. Más aún, como entidad colectiva, es un juzgador de los hechos muy superior al que realiza un solo individuo (juez) o muy pocos de ellos (tres jueces o seis jurados), como ahora veremos. Las ciencias sociales que investigan al jurado son concordantes en este punto.<sup>670</sup>

A medida que avancemos en esta Parte II del libro, iremos comprendiendo paso a paso cómo se construye la fuerza del veredicto del jurado; por qué es una decisión radicalmente distinta en términos cualitativos y cuantitativos con la sentencia del juez. Comprenderemos por qué los veredictos del jurado tienen tanta fuerza social; por qué tienen ese carácter final y por qué adquieren una firmeza que no podemos concebir culturalmente en una sentencia del juez que, en cambio, ni es firme ni nunca podrá atraer sobre sí el nivel de confianza popular del que goza el veredicto. No se trata de magia, ni de una fe ciega, como sostiene de manera descalificadora Michelle Taruffo, un erudito antijuradista. Es el resultado lógico de una serie de factores que, encadenados uno por uno y testeados empíricamente por la ciencia, convierten a su veredicto en una decisión estable y racional que cumple su cometido con creces. En este caso, dicho factor es el impacto del número de jurados en la deliberación.

---

<sup>669</sup> GOBERT, James: "*Justice....*" op. cit., 1997, p. 86.

<sup>670</sup> HASTIE y otros: "*Inside the jury*", op.cit., p. 236. El método que emplearon es sencillo. Encuestaron a los jurados y testearon el recuerdo de la prueba de cada jurado individual. Luego lo compararon con el producto grupal. Descubrieron que la memoria colectiva del jurado era extremadamente más precisa que la de cada individuo en particular. Ello los llevó a afirmar: "*la ventaja de la memoria grupal sobre la típica o inclusive excepcional memoria individual es uno de los mayores determinantes de la superioridad del jurado como mecanismo de decisión legal*".

## §5. Deliberación devaluada del juez profesional: su bajo número afecta el proceso de determinación de los hechos.

La diferencia apuntada entre *individuo-grupo* en términos cualitativos para la toma de cualquier decisión, pero especialmente en materia legal, no toma en cuenta la otra gran segunda variable que hace superior al jurado, como es la deliberación. El jurado no debe ser visto como doce entidades individuales juzgando un hecho. Eso es un error. Se trata de un cuerpo colectivo decisor. Hacerlo de otro modo “*sería ignorar la característica más importante del proceso de la toma de decisión del jurado, que son las fuerzas sinérgicas y dialécticas que impulsan sus deliberaciones*”.<sup>671</sup> La intensidad de la deliberación de un jurado, su fuerza, el dinamismo que le da su imponente número, su origen diverso y su accidentalidad contrasta con el papel más estático e individualista de la deliberación del juez que, o se sienta solo a cavilar con su mente o se sienta con otros dos colegas permanentes a los que conoce de memoria porque integra con ellos formaciones fijas.

Gobert asume sin ruborizarse que cualquier jurado es un adjudicador de los hechos mucho más competente y eficaz que el más ilustrado de los jueces. “*En términos simples, cuando se trata de adjudicar los hechos “doce cabezas son mejores que una*”.<sup>672</sup>

Algo une a jurados y jueces cuando deben decidir los hechos: ninguno puede investigar los hechos por sí. Los dos evalúan la prueba que otros (las partes) llevan al juicio. Un jurado individual y un juez tienen las mismas limitaciones para evaluar la credibilidad de un testigo. ¿O acaso a un abogado le enseñan en la facultad alguna materia para descubrir cuando alguien miente? Eso no se aprende en ningún otro lado más que en la experiencia de vivir. Los jurados -considerados aquí individualmente- y

---

<sup>671</sup> GOBERT, J.: “*Justice...*” op cit., p. 88.

<sup>672</sup> GOBERT, J.: “*Justice...*”, op.cit., p. 89: Gobert pone un ejemplo descomunal. Es un relato (apócrifo) de un juicio, pero que ilustra perfecto el punto. Se juzgaba un caso de homicidio en donde el cuerpo de la víctima no había sido hallado. El fiscal tenía un gran punto débil allí. En el alegato de cierre ante el jurado, el abogado montó una dramática escena. Haciendo un gesto hacia la puerta de la sala les dijo: “*Acabo de recibir una noticia tremenda. La víctima está viva y muy bien y en diez segundos entrará por esa puerta*”. Todos miraron inmediatamente hacia la puerta y el abogado empezó a contar hasta diez: *uno, dos, tres.....diez*”. Nada. “*Es cierto, no hay víctima. No ha podido ser hallada. Pero el hecho de que todos ustedes hayan mirado hacia la puerta prueba que ustedes tienen una duda razonable sobre si ella realmente está muerta*”. Complacido, el abogado se sentó, el juez instruyó al jurado y éste se retiró a deliberar. Para estupefacción de todos, el veredicto fue “*culpable*”. Ni el juez ni el fiscal se lo esperaban, porque habían sido persuadidos por la lógica del argumento defensivo. Terminado el juicio, el abogado se acercó al presidente del jurado y le preguntó qué había pasado, si no habían entendido el punto, por qué dijeron culpable si todos los jurados habían mirado hacia la puerta. El presidente le dijo: “*Lo que usted dijo no es totalmente verdad. Virtualmente casi todos miramos a la puerta, pero no todos. Sucedió que uno de nosotros estaba viendo al acusado, y él no miró a la puerta*”.

los jueces están así en absoluta igualdad de condiciones para la tarea de evaluar la credibilidad de los testigos, de acuerdo a los tests ordinarios que aplican en su vida cotidiana. Pero las observaciones de los jurados como un cuerpo colectivo y deliberativo -con una visión muchísimo más amplia por sus diversos orígenes comunitarios y su accidentalidad- superan largamente la estrechez de visión del juez, por lo general hombre, de mediana edad, de clase media o alta e intelectual. Los jurados son viejos, jóvenes, de media edad, mujeres, hombres, ricos, pobres, empresarios, profesionales, obreros, desocupados, homosexuales, heterosexuales, indios, blancos, negros, orientales, inmigrantes, religiosos, ateos. Ninguna deliberación de jueces profesionales podrá nunca igualar esa riqueza de miradas para evaluar las pruebas de un juicio.<sup>673</sup>

## Capítulo 12°

### El veredicto unánime

#### §1. *Salv guarda n° 2. La exigencia de unanimidad*

Veredicto unánime y juicio por jurados son sinónimos. Es lo que ha hecho famoso al juicio por jurados en la Historia como forma de enjuiciamiento. Por más que hoy existan jurados con veredictos mayoritarios, la unanimidad continúa siendo lo que distingue al juicio por jurados. Esa su verdadera esencia y, además, ha demostrado ser perfectamente posible. La combinación entre el alto número de jurados y un veredicto unánime es lo que convierte a la deliberación -que es el gran estabilizador racional del veredicto- en imposible de evitar. No hay juicio profesional que pueda igualar este estándar de decisión. Sin la unanimidad, ¿qué hubiera sido del muchachito llevado a juicio en *12 Hombres en Pugna*? Hubiera sido declarado culpable por 11 a 1 y condenado a la silla eléctrica a no ser por ese solitario voto de Henry Fonda. Un valioso voto individual, la preciada voz de las minorías que forzó a los otros

---

<sup>673</sup> GOBERT, J: "*Justice....*", op. cit. p. 88: Gobert da ejemplos irrefutables de la amplitud de diversidad de miradas del jurado con la estrecha experiencia de vida de un juez. Un juez es una persona educada, de clase media alta, con un estatus profesional importante y un muy buen salario asegurado. Es muy difícil que un juez, con ese background, haya experimentado en carne propia, por ejemplo, la brutalidad policial. Por el contrario, la policía lo trata con respeto y cortesía. ¿Cómo hará para evaluar, por ejemplo, la credibilidad de un acusado o de un testigo que afirman haber sido torturados por la policía? ¿Cómo hará con un testigo al que le lleva dos generaciones y que pertenece a una cultura distinta, con códigos incomprensibles para él? ¿Cómo hará un juez varón para entender cabalmente el testimonio íntimo de una mujer? El jurado, desde este punto de vista, abarca todas las miradas y las combina. El producto necesariamente será siempre de superior calidad para determinar los hechos.



once a escuchar sus argumentos en una larga deliberación. Sin él, no había veredicto válido posible. La unanimidad es la segunda salvaguarda que, junto al número de doce, garantiza una deliberación de alta calidad y, con ella, un gran control de partes sobre el veredicto que es su resultado.

## § 2. Origen de la unanimidad

Nadie sabe a ciencia cierta cuándo nació la unanimidad. Es igual que con el jurado. No se puede aseverar con precisión no sólo cuándo nació, sino cuando dejó exactamente de ser un órgano inicial de doce testigos presenciales para pasar a ser los adjudicadores de los hechos. El jurado y la unanimidad son dos instituciones producto de una larguísima evolución de otras formas de enjuiciamiento. Nunca han sido lo suficientemente lineales como para ser rastreadas con certeza. Lo único que han podido hacer los historiadores del derecho son conjeturas.<sup>674</sup>

Dicho esto, está documentado que el primer veredicto unánime de un jurado registrado históricamente ocurrió hace 800 años en Inglaterra. Previo a ello, en la isla se aceptaban veredictos mayoritarios en los casos de delitos graves, aunque recordemos que en esta época todavía seguían siendo testigos de los hechos. Pero debían rendir un veredicto *jurado*.<sup>675</sup> La otra opción que se usaba al separar a la minoría era traer otros jurados hasta alcanzar la unanimidad.<sup>676</sup> Pero también hay registros en los antiguos *assize rolls* (los primeros registros “taquigráficos” sobre los juicios y las actividades de las cortes) que indican que las cosas no eran tan simples. En la época del rey Eduardo I, un jurado fue arrestado en Lancashire por contradecir el veredicto de sus asociados sin causa razonable. En otro caso en Gloucestershire, en el reinado de Enrique III, otro jurado fue multado por negarse a acordar.<sup>677</sup>

---

<sup>674</sup> SAVIGNY, Friedrich Karl Von: “*Geschichte Des Romischen Rechts Im Mittelalter*”, Volumen 4, Heidelberg, bei J. C. B. Mohr, 1851: El gran historiador del derecho alemán nos da cuenta de lo que sucedía con la unanimidad entre los jurados (*Things*) de los pueblos germánicos del fin de la Era Antigua y comienzos de la Edad Media (siglo VII d. C.) “*El funcionario que presidía (Graf) sostenía un bastón o vara en su mano, se sentaba en una silla (Stuhl) que era frecuentemente de piedra; mientras los demás integrantes del tribunal se sentaban en un estrado al lado o detrás de él. Éstos, quienes en realidad eran los verdaderos jueces, consistían originalmente de todos los hombres libres de la comunidad en número de siete o de doce según la gravedad del asunto; era su deber asistir al juicio y era necesario que toda sentencia fuera, si no unánime, dictada por una gran mayoría. Ninguna corte podía estar debidamente constituida sin un mínimo de tres hombres libres*”.

<sup>675</sup> NICHOLS, F. M.: “*Britton*”, Oxford, Oxford University Press, vol. i 31, 1865: “*Si no pueden acordar, dejémoslos separarse y examinar por qué. Si la mayoría conoce los hechos y la minoría no sabe nada, la sentencia debe ser dada en concordancia con la voz de la mayoría*”.

<sup>676</sup> HALE, Matthew: “*The History of the common law of England*”, University of Chicago Press, 1971, p. 28.

<sup>677</sup> WELLS, Charles L.: “*The origin of the petit jury*”. *The Law Quarterly Review*, Londres, Stevens & Sons, 1911, p. 351.

Hasta que llegó el año 1367. Un miembro del jurado se opuso a la mayoría y fue encarcelado por el juez. Los votos eran 11 a 1 a favor de la culpabilidad. El jurado disidente manifestó que preferiría morir en prisión antes que consentir una condena en la que no creía y que llevaría a la muerte al acusado.<sup>678</sup> Sin embargo, los jueces se reunieron entre ellos y lo liberaron, basados en “*que los hombres no pueden ser forzados a dar sus veredictos en contra de sus convicciones*”.<sup>679</sup> A partir de aquí, las cortes declararon nulos los veredictos mayoritarios. Como muy bien apunta un paladín inglés del *jury nullification*, John Hostettler, al jurado ahora se le volvía a exigir la misma inequívoca sentencia que rendía en la época de la ordalía.<sup>680</sup>

Fue la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos la que citó en el fallo de 1972 *Apodaca vs Oregon* los posibles orígenes del veredicto unánime.<sup>681</sup> La primera teoría es que la unanimidad mantiene fortísimos lazos con la raíz desde donde evolucionó el juicio por jurados, que era el juicio por compurgación de las ordalías o los Juicios de Dios. Recordemos que para resolver una disputa civil, por ejemplo de tierras o de ganado, cada parte llamaba a dieciocho o doce *compurgadores*, vecinos de ambos, para testificar, sea de los hechos en sí o de la honestidad del actor o demandado. Se reunían y las partes acordaban que su veredicto unánime decidía quién tenía la razón. En materia criminal, la ordalía podía ser evitada con el veredicto unánime de doce o treinta y seis *compurgadores*, dependiendo del crimen o la mala reputación del acusado, que juraban testificar con verdad. Si este método fracasaba, la ordalía aún podía superarse si el acusado presentaba otros doce *compurgadores* adicionales sosteniendo su postura. El argumento es que, cuando esta técnica ordálica fue abandonada, el requisito de que una parte obtuviera los votos unánimes de los demás doce jurados se mantuvo.<sup>682</sup>

La otra teoría, también lógica dado lo elementales que eran los juicios por aquellas épocas, es que es que la unanimidad se desarrolló para compensar la falta de

---

<sup>678</sup> Anonymous Case, 41. *Lib. Assisarum* 11 (1367).

<sup>679</sup>HALE, Matthew: “*Historia Placitorum Coronae: History of the Pleas of the Crown Vol I & II*”, originalmente publicado en 1736 en Londres por E. and R. Nutt and R. Gosling. The Lawbook Exchange, Ltd, 2004.

<sup>680</sup>HOSTETTLER, J.: “*The criminal jury old and new...*”, op cit, p. 27. Más aún, se dictó una ley que establecía que, hasta no llegar a la unanimidad, a los jurados los pondrían juntos sin carne, bebida, fuego ni vela. Aunque esta regla se ideó para evitar la demora y la intimidación y para forzarlos a un veredicto unánime, esto provocó veredictos absolutorios fruto del hastío. Sobre todo en deliberaciones de más de un día. Si no llegaban a un veredicto para cuando los jueces itinerantes debían abandonar la comarca, eran arrastrados en carros de ciudad en ciudad. Lo increíble es que esta regla no fue derogada sino hasta 1870 aunque había caído en desuso varios siglos antes.

<sup>681</sup>Apodaca v Oregon, 406 U.S. 404 I, 1972.

<sup>682</sup>DEVLIN, P.: “*Trial by Jury*” 48-49 (1956); RYAN, J. V.: “*Less than Unanimous Jury Verdicts in Criminal Trials*”, 58 J.Crim.L.C. & P.S. 211, 213 (1967).

otras normas que aseguraran que el acusado había recibido un juicio justo. Los delitos de antaño se reprimían casi en su totalidad con penas terribles, la mayoría con la muerte. De allí que el veredicto unánime del jurado haya surgido como primera gran protección del acusado, función que, aún hoy, sigue teniendo en resguardo de la inocencia.<sup>683</sup>

La tercer teoría está íntimamente vinculada con el *writ of attainty* la función de testigos que tenían los jurados, muy diferente de la actual. Los jurados debían jurar la verdad de lo que atestiguaban porque, a diferencia de los jurados de ahora, conocían personalmente los hechos del caso; la mente medieval suponía que podría haber sólo una visión correcta de los hechos, y, si todos los miembros del jurado o sólo una minoría de los mismos declaraban los hechos erróneamente, podían ser castigados severamente por perjurio ante un *Grand Jury of Attaint* de veinticuatro miembros. El desarrollo de una práctica de la unanimidad no era, entonces, sorprendente.<sup>684</sup>

Finalmente, la cuarta explicación es que la unanimidad del jurado surgió de la concepción medieval del consenso. “*La palabra consentimiento (consenso) llevó consigo la idea de acuerdo, o la unanimidad...*”.<sup>685</sup> Incluso en los Parlamentos del siglo XIV, hay evidencia de que las decisiones por mayoría eran insuficientes para obligar a los miembros de la comunidad o a los individuos de la comunidad a respetar la decisión y se prefería una decisión unánime.<sup>686</sup> No fue sino hasta el siglo XV que el proceso de toma de decisiones en el Parlamento se convirtió en abiertamente mayoritario, ya que el ideal de unanimidad se hizo cada vez más difícil de alcanzar.<sup>687</sup> Aún en el siglo XVIII, en Norteamérica había una preocupación similar por que las decisiones vinculantes para la comunidad se tomaran por unanimidad.<sup>688</sup>

### §3. El Veredicto unánime

El juicio por jurados desarrollado en las jurisdicciones del *common law* históricamente funciona con los jurados llegando a un veredicto unánime, sea de absolucón o de condena. Si los jurados no pueden ponerse de acuerdo después de un tiempo prudencial de deliberación, y creen que será difícil conseguirlo por más tiempo

---

<sup>683</sup> ORFIELD, L.: “*Criminal Procedure from Arrest to Appeal*” 34751 (1947); EARALSON: “*Unanimous Jury Verdicts in Criminal Cases*”, 21 Miss.L.J. 185, 191 (1950).

<sup>684</sup> PLUCKNETT, T.: “*A Concise History of the Common Law*”, Boston: Little, Brown and Company, 1956. 5th ed. 1956, p. 131.

<sup>685</sup> CLARKE, M.: “*Medieval Representation and Consent*”, London (1936) reimpresión en 1964, p. 251.

<sup>686</sup> PLUCKNETT, T.: “*The Lancastrian Constitution, in Tudor Studies*”, 161, 169-170, R. Seton-Watson ed. 1924.

<sup>687</sup> PICKTHORN, K.: “*Early Tudor Government: Henry VII*”, Cambridge Univesrity Press, 1967, p. 93.

<sup>688</sup> ZUCKERMAN: “*The Social Context of Democracy in Massachusetts*”, 25 Wm. & Mary Q. (3d ser.) 523, 526-527, 540-544 (1968).

que estén deliberando, el juez puede impartirles una nueva instrucción para que se esfuercen una vez más en lograrlo. **En algunos lugares, como Arizona, se autoriza a reabrir el debate con algún punto de prueba en particular o escuchar nuevos argumentos de los abogados.**<sup>689</sup> Si nada de esto funciona, el juez puede declarar estancado al jurado. Si así lo hace, declara nulo al juicio por falta de veredicto válido. En caso de un juicio nulo en los juicios penales, el acusador puede pedir un nuevo juicio y un nuevo jurado. De otro modo, el juez debe absolver. No hay límite en el *common law* para celebrar nuevos juicios si los jurados se estancan, salvo la ley de jurados de la Provincia de Buenos Aires o Chaco, que sólo prevé un juicio más adicional. Si el jurado se estanca de nuevo, el juez debe absolver.

Sin embargo, algunas jurisdicciones del *common law*, sin abandonar el requisito de la unanimidad ni la posibilidad de hacer un nuevo juicio, aceptan hoy veredictos mayoritarios de 11:1 o 10:2 si transcurre un lapso más que razonable -mínimo de dos horas- sin llegar a un veredicto unánime (Inglaterra desde 1967 y, en adelante, Australia y Nueva Zelanda).<sup>690</sup> Si no se alcanzan esas mayorías, el juicio se declara nulo y puede hacerse de nuevo con otro jurado.

#### **§ 4. Funciones de la unanimidad**

La unanimidad cumple varias funciones, íntimamente ligadas a las conjeturas sobre su origen. Robustece la discusión de la prueba, realza la voz de las minorías, aumenta la legitimidad de los veredictos, fortalece la calidad de la deliberación, aumenta la satisfacción de los jurados con su servicio, fuerza al proceso de razonamiento y resguarda a los inocentes.<sup>691</sup>

##### **A. Fomenta la deliberación centrada en la prueba.**

---

<sup>689</sup> Comité de la Corte Suprema de Justicia de Arizona para un uso más efectivo del jurado y los jurados: *"The Power of 12 (Report of the Arizona Supreme Court Committee on More Effective Use of Juries"*, (1994).

<sup>690</sup> HANS, V & VIDMAR, N.: *"Judging..."*, op cit. p. 172. Como desgraciadamente parece ocurrir con las reformas de la justicia, los cambios se hacen al calor del cortoplacismo de la política y con muy poca investigación seria detrás. Este cambio de la noche a la mañana de una tradición inalterable de más de 700 años causó consternación en Inglaterra. Como siempre, hubo excusas que parecían válidas. Un juicio contra la delincuencia organizada se tuvo que suspender tres veces porque algunos jurados habían sido presuntamente coimeados o presionados para votar *no culpable*. Jamás se pudo probar el soborno; sin embargo, el rumor sirvió para cambiar innecesariamente una regla que se había sostenido pacíficamente durante siglos. Los opositores al cambio sostuvieron, con toda lógica, que, primero, el Gobierno no tenía la más mínima de idea de con cuánta frecuencia los jurados eran sobornados, ya que muy pocas veces se habían reportado casos así. Segundo, eliminar el requisito de unanimidad, tan importante por sus múltiples funciones, tampoco solucionaría el problema de cómo lidiar con juicios contra la criminalidad organizada.

<sup>691</sup> ABRAMSON, Jeffrey: *"We, the Jury: the jury system and the ideal of democracy"*, Harvard University Press, Estados Unidos, 2000, p. 179-275.

La función principal de la unanimidad es promover la deliberación grupal. Y la deliberación grupal es, precisamente, una de las características fundamentales que distinguen al jurado de cualquier otro juzgador de los hechos.<sup>692</sup> La exigencia de que debe haber un veredicto unánime del jurado incrementa la calidad, nivel e intensidad de la deliberación a los máximos niveles que se conozcan en cualquier sistema judicial. Allí reside su fortaleza como adjudicador de los hechos.

Logra, además, que los jurados se inclinen en gran medida por adoptar un estilo de deliberación centrado en la prueba y no tanto en la decisión, como ya viéramos antes. La exigencia de unanimidad posterga la necesidad de resolver rápidamente el resultado. Logra correr el eje de la discusión y centrarlo, primero, en el análisis riguroso de la prueba. El método clásico que distingue a este estilo es una vuelta a la ronda para que cada jurado vaya hablando uno por uno sobre la prueba en general o cada pieza de prueba.<sup>693</sup>

Más allá que en una deliberación orientada hacia la decisión igual se discute fuertemente la prueba, no hay duda alguna que un veredicto no unánime inclina a los jurados a testear primero cuántos hay por la absolución o por la condena.

### **B. Realza la escucha a las minorías**

La exigencia de unanimidad manda un claro mensaje hacia adentro del *jury room*: todas las opiniones, perspectivas y miradas van a ser escuchadas; muy especialmente la de las minorías o “**holdouts**”.<sup>694</sup> La exigencia de la unanimidad le asegura un gran poder a las voces que opinan distinto, ya que las mayorías las necesitan sí o sí para un veredicto válido. Aún con un veredicto súper mayoritario de 10:12 -y mucho más en una simple mayoría de 9:3 u 8:4- las opiniones disidentes pierden significativamente su valor y su peso. Quizás los dejen hablar, por educación, respeto, o lo que sea. Pero no los necesitan; son prescindibles. La que sufre en este escenario es la deliberación, que se devalúa y pierde realce.

### **C. Fortalece la calidad de la deliberación**

---

<sup>692</sup> MARDER, N: “*The jury....*”, op.cit., p. 164.

<sup>693</sup> CURRIDEN, M.: “*Jury reform*”, ABA Journal, 81, 72-76, noviembre de 1995.

<sup>694</sup> DIAMOND, Shari S.: “*Revisiting the unanimity requirement: the behaviour of the non-unanimous civil jury*” 100 Nw. U. L. Rev. 201 2006. La autora, al referirse al comportamiento de los jurados en un escenario de veredicto mayoritario, apunta: “*La data también muestra que los jurados son bastante conscientes que no necesitan resolver todos sus desacuerdos para llegar a un veredicto. Este darse cuenta en algunas instancias se traduce en un tratamiento despectivo hacia los jurados minoritarios (“holdouts”) cuyo acuerdo no es necesario para obtener el requisito del quórum*”. Versión castellana en DIAMOND, Shari: “*Las múltiples dimensiones...*”, op. cit., 2016, ps. 81 y ss.

Si algo logra la unanimidad, especialmente cuando hay uno solo que se opone, es cómo fomenta el nivel y la calidad la deliberación. Con el afán de convencer a los disidentes, el jurado **necesariamente** va a involucrarse en una discusión aún más profunda de la prueba, los hechos y la ley. Una deliberación de calidad es aquella en que las posiciones personales y colectivas se revisan continuamente. En aras de obtenerla, los jurados reven puntos de vista que creían tener solidificados y exploran nuevas posibilidades de acuerdo. Deliberaciones de esta naturaleza producen mejores veredictos.

#### **D. Resguardo de la inocencia**

El veredicto unánime se exige para cualquier clase de jurado (civil, comercial, laboral<sup>695</sup>), pero es en el derecho penal en donde cobra su máxima importancia. La función del veredicto unánime es el resguardo de la garantía constitucional de inocencia, dado que la libertad o la vida de una persona están en juego. Si bien Argentina no tiene pena de muerte, las muertes violentas en la prisión (por peleas, venganzas o por suicidios) son una forma de pena de muerte extra-legal que está bien presente en la conciencia colectiva de la población, aunque esto no se refleje en la actual cesura del debate en Argentina. Por ende, enviar a alguien a la cárcel conlleva un riesgo de vida que excede largamente a la pena a imponer, aún cuando la pena sea corta y el delito leve. La exigencia de unanimidad funcionó siempre para que la sola disidencia de un jurado por tener una duda razonable sobre su culpabilidad no sirviera quizás para absolverlo pero, por lo menos, para garantizarle un nuevo juicio. No hay ningún sistema de juicio profesional que logre equiparar el valor concreto -no declamativo- de la presunción de inocencia como lo logra el veredicto unánime de un jurado.

#### **D. Legitimación de los veredictos**

¿Qué significa en términos políticos la palabra *legitimación*? Se la define como la capacidad de un sistema político de engendrar y mantener la creencia de que las existentes instituciones políticas son las más apropiadas para la sociedad.<sup>696</sup>

En la unanimidad reside la fortaleza del juicio por jurados, tanto ante los ojos del acusado como de la sociedad; una proeza difícil de encontrar en los sistemas de justicia.

---

<sup>695</sup> Un gran ejemplo de un juicio por jurados laboral puede verse en la película *Filadelfia* (1993), con Tom Hanks, Antonio Banderas y Denzel Washington. El jurado debe decidir si el despido de Tom Hanks del estudio de abogacía donde trabajaba fue por justa causa (su mala performance como abogado) o sin justa causa (porque tenía SIDA). Además, debía decidir la indemnización, el lucro cesante y el daño moral. Todo con un veredicto unánime de doce personas. Video n° 14 <http://aajjlitigacion.blogspot.com.ar/search/label/Filadelfia>

<sup>696</sup>LIPSET, Seymour: "*Some Social Requisites of Democracy: Economic Development and Political Legitimacy*", 53 AM. POL. SCI. REV. 69, 86 (1959).

El jurado habla por la comunidad en general. Los antijuradistas desprecian esta visión, argumentando que doce personas no pueden nunca representar a todo el Pueblo, ni pretender expresar la *vox populi*.<sup>697</sup> Harían bien en recordar que es la Constitución la que ha puesto al jurado en ese lugar representativo de ejercicio de la democracia directa en el Poder Judicial. El jurado de doce personas ha sido el fruto de una prolongada evolución que luego se constitucionalizó. Gran parte de la confianza popular en los veredictos del jurado es que provienen de sus pares, de sus vecinos del lugar de los hechos, que no tienen contacto con el Gobierno y que, no obstante lo popular o impopular que pueda ser su decisión, proviene del consentimiento unánime racional de doce personas de las más diversas extracciones. No hay otra razón más fuerte para explicar la aceptación social de los veredictos. La Corte Suprema de Canadá, tal como vimos, realza ese párrafo: “*Hoy, como en el pasado, se deposita una enorme confianza en dichas decisiones. Creemos que eso fluye de la conciencia colectiva que doce miembros de la comunidad han trabajado mancomunadamente para llegar a un veredicto unánime*”.<sup>698</sup>

### E. Satisfacción cívica del jurado con su servicio

Aunque nos parezca extraño un concepto de esta naturaleza, el *common law* siempre ha tenido especial deferencia por cuidar este aspecto político del jurado. En definitiva, el jurado goza de altísimos índices de aprobación ciudadana en los países con esta tradición<sup>699</sup>. En parte porque es su práctica de siglos, en parte por su eterna y más que justificada desconfianza en el Poder, en parte por el éxito histórico del jurado como freno a los abusos de ese poder y, en parte, porque encuentran cívicamente satisfactorio el hecho de haber servido como jurados, contribuir así con la ley y con su país. Nuestros jurados cordobeses opinan exactamente lo mismo.<sup>700</sup> Por eso, todas las investigaciones

---

<sup>697</sup> El carácter representativo de la comunidad del jurado siempre ha sido considerado tácitamente como esencial. Ver PLUCKNETT, T: “*A concise history of the common law*” 127-29 5ª edición, 1956, que discute los orígenes del jurado y las expectativas que recaen en él por su carácter representativo. ver también los fallos del Corte Suprema *Fay v. New York*, 332 U.S. 261, 300 (1947) (voto en disidencia del juez Murphy); y *Thiel v. Southern Pacific Co.*, 328 U.S. 217, 220 (1946), que se refieren al jurado como una institución representativa.

<sup>698</sup> In re *R v Sherrat*, Canadá, 1991.

<sup>699</sup> HARRIS INTERACTIVE, JURY SERVICE: “*Is fulfilling your civic duty a trial? (¿satisface el juicio por jurados su deber cívico?)*” 11 (2004), en [http://www.abanow.org/wordpress/wp-content/filesflutter/1272052715\\_20\\_1\\_1\\_7\\_Upload File.pdf](http://www.abanow.org/wordpress/wp-content/filesflutter/1272052715_20_1_1_7_Upload File.pdf). Este estudio determinó que el 75% respondió que sí a esta pregunta: “*Si participara de un juicio preferiría que un jurado -y no un juez- decidiera mi caso*”.

ROSE, Mary y otros: “*Juries and Judges in the Public's Mind: Race, Ethnicity, and Jury Experience*”, 93 JUDICATURE 194, 199 (2010). Este estudio reveló que la mayoría de los grupos demográficos prefieren ser juzgados por jurados, sean penales o civiles.

<sup>700</sup> El 73% calificó su experiencia como jurado como muy positiva; el 25% como positiva; el 0.8% regular

empíricas que estamos analizando en este libro siempre miden el índice de satisfacción de los jurados con su labor. Ellas arrojan, con contundencia, que la unanimidad -una vez lograda tras un trabajoso acuerdo- aumenta positivamente el índice de satisfacción de los jurados con su veredicto.<sup>701</sup> Políticamente, se trata de un fin de primer orden para alentar y mantener el ejercicio de esta forma de democracia directa en la toma de decisiones judiciales.<sup>702</sup>

### F. Fuerza el proceso de razonamiento

La deliberación es una garantía constitucional precisamente porque es la herramienta más potente para desencadenar una decisión racional. La deliberación del jurado, por su número, de por sí sola provoca naturalmente una discusión racional sobre la prueba. Pero si a ello le adosamos que su decisión –absolutoria o condenatoria- deberá ser además por unanimidad, entonces no cabe la menor duda en asociar al veredicto del jurado como el producto de una decisión razonada, no obstante su inmotivación. En el curso de cualquier deliberación del jurado pueden surgir prejuicios u otros factores exógenos a la prueba. Es la unanimidad el garante principal para su eliminación, precisamente porque ella promueve las reglas básicas del proceso de razonamiento entre doce individuos diferentes. En un libro de los años '40 dedicado al pensamiento de John Locke sobre las mayorías, William Kendall nos muestra mejor que

---

y el 0,8% como mala (Punto F de la encuesta de 2010) en <http://www.juicioporjurados.org/2011/11/cordoba-opinion-de-jurados-sobre-la.html#more>

<sup>701</sup> GOBERT, J.: “Justice...”, op. cit., prefacio: El autor relata una hermosa anécdota personal. Cuando todavía vivía en los Estados Unidos, recibió una cédula para ser jurado. Se sorprendió, ya que pensó que por ser abogado -aunque no en ejercicio- estaba inhabilitado. Parece ser que en el Estado donde le tocó servir era posible tal cosa. Relató su experiencia de este modo: “*Fue una experiencia que me dejó boquiabierto. Había hombres y mujeres de todas las razas y edades, de muy diferentes extracciones y religiones. Había desde doctorados en física hasta expulsados del colegio. Había tres generaciones reunidas en ese jurado. La deliberación nos unió como un puente. Todos perseguíamos el propósito común de alcanzar el veredicto correcto. Me sorprendió como esta extraña colección de individuos fue capaz de funcionar como un grupo muy efectivo. Todos contribuyeron a la deliberación y todos hicieron su aporte para tomar la decisión. Lo que más me impresionó fue la seriedad con que mis conciudadanos jurados se tomaron su tarea: ninguno se quería ir rápido a casa, todos estaban preparados para dedicarle el tiempo que fuera necesario para llegar a un veredicto correcto. Discutimos y discutimos, pero, al final, alcanzamos un veredicto con el que todos estuvimos satisfechos. Como académico, quedé impactado de primera mano por cómo el servir como jurado tiene un **impacto nivelador** (en el sentido que el género, la clase social, el ingreso y la educación eran irrelevantes para el rol de cada uno como jurado) y un **impacto elevador** (en el sentido de cómo personas no habituadas a tratar con problemas intrincados se las arreglaron para elevar su desafío intelectual)*”.

<sup>702</sup> SPRAIN, Leah y GASTIL, J.: “*What Does It Mean to Deliberate? An Interpretative Account of Jurors’ Expressed Deliberative Rules and Premises*”, *Communication Quarterly* Vol. 61, No. 2, Abril-Junio 2013, pp. 151–171: “*A través de la participación en la deliberación, los jurados llegaron a confiar en el buen juicio y capacidad cultural de sus conciudadanos, alabándolos abiertamente. Esta debe ser una de las claves para el potencial transformador que posee el hecho de participar en una deliberación como jurado (Gastil y otros, 2010). Los jurados en este estudio también demostraron tomarse la deliberación muy seriamente, expresando la importancia de prestar atención, de tomar la decisión correcta y de participar en la deliberación*”.



nadie cómo la exigencia de unanimidad no puede llevar a otra cosa que no sea a una discusión racional:

*“Hay mucho para decir en contra de un principio de unanimidad como criterio de derecho en una sociedad organizada, pero hay algo que sí debe reconocerse en su favor: cualquier decisión que se tome bajo su exigencia siempre gozará de la presunción que esa decisión es la más sabia y la más razonable de todas las que son capaces de tomar los deliberadores como grupo. Cada uno de los contradictores entre ellos debieron ser escuchados antes de que la decisión fuera posible; cada sugerencia de que la decisión a punto de tomarse era insensata o injusta debió ser refutada, al punto de convencer a aquél que lo sacó a la luz. Al proveer de las máximas garantías contra nuevas decisiones de cualquier otro tipo, ella provee las máximas garantías en contra de nuevas decisiones que sean insensatas o poco sabias.*

*El principio de unanimidad fuerza a los deliberadores a observar las reglas básicas del proceso de razonamiento: consideración de toda la prueba disponible, atribución de igual peso a todos los puntos de vista, etc”.*<sup>703</sup>

### **G. Sabiduría colectiva. Democracia, unanimidad y jurados.**

Fue el profesor Jeffrey Abramson quien vinculó el pensamiento de Aristóteles acerca de la sabiduría colectiva en la forma de gobierno democrática con el requisito de la unanimidad del jurado.

*“En esencia, el veredicto unánime es el elemento crucial en el jurado, diseñado sobre el modelo de sabiduría colectiva que Aristóteles puntualizó como el mejor argumento en favor de la democracia. Cuando “los pocos” gobiernan, observó Aristóteles, cada individuo es una persona ordinaria, si se la considera de manera aislada. Pero cuando estas personas ordinarias se encuentran las unas a las otras, un mucho mayor entendimiento puede resultar que cuando las personas deben decidir por sí mismas.*

*El propio Aristóteles dijo: “Puesto que cada individuo entre los demás posee su cuota de virtud y prudencia, cuando se encuentran unos y otros se convierten, de alguna manera, en un solo hombre. Algunos entienden una parte, otros otra y, entre todos ellos, comprenden la totalidad”*

*Finalmente, la exigencia de la unanimidad necesita que los jurados conduzcan extensas deliberaciones de las cuales fluye la sabiduría colectiva. Cada uno considera el caso desde el punto de vista del otro y de los demás en búsqueda de la consciencia de la comunidad. Cada uno debe persuadir o debe ser persuadido a cambio”.*<sup>704</sup>

### **§ 5. Unanimidad y Consenso. Diferencias.**

Los investigadores también se preguntaron lo siguiente: ¿Qué es la unanimidad? ¿Significa que todos están **completamente** de acuerdo? ¿O significa que algunos que

---

<sup>703</sup> KENDALL, W.: “John Locke and the Doctrine of the Majority-Rule”, en Editorial Urbana, University of Illinois Press (1941).

<sup>704</sup> ABRAMSON, Jeffrey: “We, the jury...”, op cit., p. 183.

estaban en desacuerdo, sin cambiar de opinión, declinaron su opinión en aras del consenso? Se trata de un punto muy importante en el que no hay, paradójicamente, unanimidad. SunWolf es quien presenta, desafiante, la idea del *consenso como una enfermedad* que puede intoxicar la validez de un veredicto. Ejemplo de frase típica de consenso en una deliberación: “Jurado #1: Bueno, ¿todos estamos de acuerdo que fue un robo agravado, no es cierto?”; y pasan a otro tema. Según SunWolf, cuando los jurados usan el consenso para llegar a un acuerdo, están reemplazando los estándares legales por diferentes estándares que usan en sus vidas cotidianas para tomar otro tipo de decisiones en su vida. En realidad, el consenso esconde el desacuerdo. “El consenso es cuando alguien se pone de acuerdo en acordar cuando en realidad está en desacuerdo”. Por lo general, es más frecuente en los jurados civiles que los jurados negocien el consenso, sobre todo producto de la fatiga y el cansancio de largas deliberaciones.<sup>705</sup>

Más esto no se limita a los jurados. Los jueces profesionales de los tribunales colegiados o recursivos viven consensuando. Han hecho un arte de esto. Los jueces profesionales acostumbran a votar en contra de sus convicciones y a adherir al voto mayoritario por otro tipo de intereses **sin ningún tipo de problemas ni pruritos**.<sup>706</sup> Sin embargo, para muchos académicos el consenso, lejos de ser una patología, es una virtud de los sistemas judiciales imperfectos. La deliberación juega un rol vital en arribar a consensos, sea por la vía del cambio de opinión o por acordar con la visión mayoritaria. Como sostienen Waters y Hans:

“Lo que queda claro es que las decisiones unánimes del jurado incluyen no sólo los casos en que hay un genuino acuerdo, sino también los casos significativos en que los jurados **“acuerdan estando en desacuerdo”** y consienten. Las decisiones del jurado no son únicas en este aspecto. Una norma de consenso judicial promueve la legitimación de la corte, así como la “aparente” unanimidad realza la legitimidad del jurado y de su veredicto”.<sup>707</sup>

## § 6. Tasa abrumadora de veredictos unánimes. Razones

Durante siglos y siglos de juicios por jurado en el *common law*, la unanimidad jamás fue un obstáculo para esta forma de enjuiciamiento. Por el contrario, permanece

---

<sup>705</sup> SUNWOLF: “Practical...”, op cit, p. 402 y 403.

<sup>706</sup> FISCHMAN, Joshua B.: “Decision-Making Under a Norm of Consensus: A Structural Analysis of Three-Judge Panels”, SSRN.com (2007): “Estudios empíricos de toma de decisión en apelación confirman muchos reportes que los jueces se comportan estratégicamente para maximizar sus objetivos políticos, y eso incluye votar en línea con la mayoría a pesar de estar en desacuerdo. Las usuales acomodaciones que ocurren entre los miembros de un panel de jueces o corte revisora incluyen la moderación del tono ideológico de las opiniones mayoritarias, la modificación de secciones enteras de opiniones y rendir decisiones salomónicas que benefician a ambas partes”.

<sup>707</sup> WATERS, N. & HANS, V.: “Jury as one...”, op cit, p. 26.

como su marca distintiva. Si lo vemos desde el punto de vista de la Teoría de los Sistemas, el jurado como un sistema ha sido y es capaz de encontrar su autoequilibrio. Fritz Perls, el genio creador de la terapia Gestalt, lo hubiera definido como un ejemplo de *auto-regulación orgánica*. Es parte del encanto del jurado como institución, casi ideal en su imperfección. Lo logró en aquellas lejanas épocas y todavía hoy lo logra, aún en los países que no son del *common law*. Como vimos, el remedio clásico del *common law* -también de siglos- para cuando no se alcanzaba la unanimidad era conceder un nuevo juicio. ¿Cuántos nuevos juicios hubo en los 600 años que transcurrieron entre 1367 y 1967, fecha en que Inglaterra aceptó por primera vez veredictos mayoritarios en algunos casos? Muy pocos, por cierto. De no haber sido así, el jurado no habría sobrevivido. Era -y es- imposible hacer de nuevo una inmensa cantidad de juicios. Si fue posible hacerlos es porque la tasa de estancamiento -de no-unanimidad- se mantuvo siempre en niveles extremadamente bajos y en casos realmente muy dudosos, como luego veremos.

Kalven & Zeisel en 1955 fueron los primeros en asombrar al mundo con los primeros números duros. Según las conclusiones del *Chicago Jury Project*, sobre el total de casi 3500 juicios que relevaron, los jurados penales y civiles habían alcanzado veredictos unánimes en el 94,5% de los casos. Tan impresionante cifra fue luego precisada aún más por el ya citado estudio del NCSC (National Center for State Courts) del año 2000, el más completo que se haya realizado hasta la fecha: 98% de veredictos unánimes para todos los juicios por jurado de cualquier fuero a nivel federal y 94% en el orden estadual.<sup>708</sup>

La experiencia juradista argentina con cierto desarrollo es el jurado mixto cordobés, que rige desde 2004 y juzga con ocho jurados y dos jueces. Su veredicto es por mayoría simple. A pesar de ello, en más del 80% de los casos alcanzaron veredictos unánimes. En Buenos Aires, Río Negro y en Chaco se exige la unanimidad para los delitos gravísimos y no supone problema alguno, sea para absolver o para condenar.

Veremos ahora una de las razones centrales por las cuales el jurado pudo realizar semejante proeza.

#### **A. Veredicto alternativo y delitos menores incluidos.**

---

<sup>708</sup> Ver en 9.1. HANNAFORD-AGOR, HANS, V., MOTT, Nichole, MUNSTERMAN, T: “*Are Hung Juries A Problem?*” The National Center for State Courts, 2000 en [http://www.ncsconline.org/WC/Publications/Res\\_Juries\\_HungJuriesProblemPub.pdf](http://www.ncsconline.org/WC/Publications/Res_Juries_HungJuriesProblemPub.pdf).

Argentina está inaugurando a gran escala la implementación del jurado clásico en vastas regiones de su territorio. La provincia más importante del país, que nuclea a la mitad de su población de cuarenta millones de habitantes, ha optado por esta modalidad de jurado con veredicto unánime para los delitos con pena perpetua de prisión y nuevo juicio por única vez en caso de estancamiento. La provincia de Neuquén ya empezó a celebrar de manera exitosa sus primeros juicios con el mismo modelo de jurado, pero con veredictos mayoritarios (8-4). Chaco y Río Negro han sancionado leyes de jurados unánimes.

Las leyes que lo instituyeron son sumamente razonables y dejan mucho espacio -afortunadamente- para que los operadores judiciales puedan ir caso por caso aproximándose al funcionamiento normal del sistema en los países con un extenso pedigree juradista.

En ellos hay una razón excluyente para que el jurado alcance la unanimidad en prácticamente todos los juicios. Se trata de los así llamados *lesser included offences* (delitos menores incluidos en EE.UU y Puerto Rico) o veredictos alternativos (en el resto del *common law*), que ya vimos ampliamente en la Parte I de este libro.

El formulario que el jurado se lleva al *jury room* no es un simple papel que dice *culpable o no culpable*. No es así como funciona el jurado clásico. El jurado debe indicar, en caso de culpabilidad, a título de qué deberá responder el acusado. La boleta que el jurado se lleva consigo, si es que la prueba lo amerita, abre para el jurado propuestas alternativas por delitos menores necesariamente incluidos en la calificación principal, en caso de que considere no probada la calificación mayor. El juez debe obligatoriamente instruirlos sobre ellas. Ejemplos:

- 1) *Nosotros, el jurado hallamos al acusado J.G. culpable del delito de homicidio agravado por el vínculo conforme el requerimiento de la acusación, o*
- 2) *Nosotros, el jurado hallamos al acusado J.G. culpable del delito menor incluido de homicidio agravado por el vínculo con circunstancias extraordinarias de atenuación o*
- 3) *Nosotros, el jurado hallamos al acusado J.G. culpable del delito menor incluido de homicidio simple.*

La existencia en todo juicio de estas propuestas alternativas es lo que le ha facilitado al jurado cifras tan altas de veredictos unánimes en todas las jurisdicciones. No sólo eso: libera al jurado de grandes presiones ante casos muy mal presentados por las partes y le permite llevar su sentido moderador de justicia al caso. Los jurados son

gente muy inteligente y detestan que se los confronte con opciones de hierro *a todo o nada*, a veces alejadas completamente de la realidad y del sentido común.

### § 7.El *hung jury* o jurado estancado

Es el reverso de la moneda de la unanimidad. La unanimidad jamás habría podido mantenerse durante seis siglos sin el necesario correctivo del jurado estancado y su nuevo juicio.

*“La inmensa mayoría de los jurados escucha la prueba, deliberan juntos y rinden un veredicto unánime. Pero, en ocasiones, los jurados no se pueden poner de acuerdo en un veredicto, lo cual resulta en un jurado estancado. ¿Por qué se estancan los jurados? ¿Cuáles son las circunstancias y condiciones que permiten que surja este “aparente” fracaso del sistema de jurados?”*

Con estas palabras comienza uno de los más rigurosos artículos empíricos que han estudiado la cuestión.<sup>709</sup>

#### A. Concepto, efectos e historia.

Hay ocasiones en que el jurado- sea en un caso civil o criminal- no puede arribar a un veredicto unánime. A este fenómeno se lo llama jurado estancado o, en inglés, *hung jury* o *jury deadlock*.<sup>710</sup> Por lo general, el presidente del jurado le notificará al juez que los jurados no han podido, ni podrán, llegar a un veredicto unánime. En tal caso, el juez impartirá, por lo general, una nueva instrucción al jurado. Si el jurado no llega a la unanimidad, el juez declarará nulo al juicio y, salvo que el acusador insista con la persecución penal, absolverá al acusado. Si el acusador insiste, ordenará un nuevo juicio ante otro jurado. El efecto inmediato del jurado estancado es que hace cesar el encarcelamiento preventivo del acusado, si es que éste estaba detenido.

Fueron los romanos, como ya vimos en la Parte I de este libro, quienes admitieron para el jurado las tres maneras posibles de rendir una decisión que hoy se le reconocen: veredicto de absolución, veredicto de condena o *no veredicto* y nuevo juicio (*non liquet*).<sup>711</sup>

---

<sup>709</sup> HANS, V; HANNAFORD-AGOR, P.; MOTT, N. L. & MUNSTERMAN: “*The Hung Jury: The American Jury’s Insights and Contemporary Understanding*”, NCSC Library Ecollection, 2003, <http://www.ncsc-jurystudies.org/>

<sup>710</sup> Los portorriqueños lo llaman “*tranque*”; ver CHIESA APONTE, op cit., vol III, p. 299 y ss al explicar la Regla de Procedimiento Criminal 144 de su país.

<sup>711</sup> MAIER, Julio: “*Fundamentos...*”, op. cit., p. 283: “*Tanto el presidente (quaesitor) como los iudicis eran meros árbitros que escuchaban el debate oral y público y sólo intervenían al dictar sentencia, la que votaban en un comienzo oral y públicamente, y, posteriormente, en forma secreta, mediante el procedimiento de las tabellas. A cada uno se le daba tres tabellas, una con la letra A (absolución), otra con la letra C (condena) y la última con las letras NL (non liquet). Esta tercera tablilla reenviaba a un nuevo proceso ut amplius pronuntiaretur; esto es, a la ampliatio, un nuevo procedimiento con un nuevo*

La primera definición propia del *hung jury* que se conoce apareció en 1889 en el Diccionario Legal de William C. Anderson: “*Hung (estancado). Se refiere en ocasiones al jurado que fracasa en acordar un veredicto*”.<sup>712</sup> La definición es correcta, más allá de referirse a él como un “*fracaso*”, tal cual enseguida veremos. El hecho de que ya existiera una definición en un diccionario jurídico significaba que la práctica era muy anterior a 1889. Nadie sabe bien a ciencia cierta dónde y cuándo surgió la palabra *hung jury* o su acepción castellana del jurado estancado. Pero, al parecer, es de origen norteamericano, más específicamente del sureño estado de Kentucky. Los historiadores rastrearon allí los primeros registros taquigráficos de juicios en que la palabra se empleaba. Como vimos en el capítulo relativo al *jury nullification*, fueron los jurados nortños y sus veredictos los que empezaron a demoler la maquinaria esclavista en Estados Unidos, aún cuando sus paneles estuvieran integrados por varones blancos y propietarios. En los juicios criminales, lo hacían absolviendo irrevocablemente a los abolicionistas acusados de liberar esclavos mientras eran transportados en los caminos. También absolvían a los esclavos que se escapaban. En los juicios civiles, donde las dos partes se disputaban los derechos de propiedad sobre un esclavo -como si fuera una cosa mueble registrable- **lo hacían estancando** al jurado y frustrando la definición una y otra vez, como forma de repudio a la práctica. El Prof. Charles Hallinan de la Facultad de Derecho de Daytona encontró el primer registro en una corte de Kentucky de 1821 donde se ventilaba una acción civil de recobrar.....dos esclavos. Allí el juez, dejó sentado en el registro que había oído a uno de los jurados hacer este comentario:

*“escuché evidencia del derecho discutido que las partes alegaban sobre los esclavos. Yo tomé mi decisión acerca de quién debía recobrar; ojalá me toque estar en el jurado y, si me toca, lo voy a **estancar** para siempre; o, de última, votaría por McKinsey”. El jurado se estancó y hubo que hacer de vuelta el juicio.*<sup>713</sup>

Más allá del nombre, el fenómeno de los jurados que no llegaban a la unanimidad existió desde el nacimiento mismo del jurado y se remonta hasta por lo menos el siglo XIV. El remedio fue siempre la concesión de un nuevo juicio, bajo ciertas condiciones de procedencia.

---

*debate”.*

<sup>712</sup> ZEISEL, Hans: “*And then there were none...*”, op cit., p. 710.

<sup>713</sup>HANS, V; HANNAFORD-AGOR, P.; MOTT, N. L. & MUNSTERMAN: “*The Hung Jury: The American Jury’s Insights....*”, op cit., p. 3.

## B. El *hung jury* como un tesoro paradójico: ¿es algo negativo o es otra de las caras de la justicia?

En el año 1971, el mítico Hans Zeisel, un acérrimo defensor del juicio por jurados, del veredicto unánime y del jurado con doce miembros escribió otro artículo - ya citado- para contestarle nada menos que a la Corte Suprema de Estados Unidos, tras su fallo *Williams vs Florida* de 1970.<sup>714</sup> El artículo tenía un título fuera de lo común, por provenir de una autoridad científica de la talla de Zeisel. Se titulaba “...y entonces no quedó nadie: la disminución del jurado federal”. Zeisel escribió allí otra de sus frases memorables ¡y en una nota al pie!

Catalogó al *hung jury* -no sin cierta belleza- como un fenómeno valioso y a la vez paradójico. El *hung jury* espreciado como un tesoro porque representa el respeto del sistema legal por el punto de vista de la minoría, dándole la fuerza necesaria como para frustrar la voluntad mayoritaria. La paradoja yace en que el *hung jury* sólo es tolerable en la moderación; demasiados jurados estancados impedirían el funcionamiento efectivo de las cortes.<sup>715</sup> Es otro de los delicados e increíbles equilibrios que logró el juicio por jurados a lo largo de la historia. Debido al irrestricto respeto a las minorías, desde el medioevo inglés se concedió **siempre** un nuevo juicio como remedio cuando el jurado no alcanzara la unanimidad. Para esta concepción, veredicto y unanimidad son sinónimos, al punto tal que sin unanimidad no se considera que haya un veredicto válido; el juicio debe ser declarado nulo y vuelto a hacer. Claro que los nuevos juicios eran tan pocos -y tan justificados como veremos- que jamás perturbaron la normalidad del sistema judicial. Pero he aquí el agregado fundamental a la discusión: por más que nos cueste verlo con claridad, en ciertas ocasiones la única decisión justa para el caso concreto **no es una condena o absolución, sino que es un jurado estancado**. Lejos de ser un fracaso, el *hung jury* puede representar la mejor forma de alcanzar la justicia de la decisión, como el caso de la disputa civil por la propiedad de dos esclavos al que nos hemos referido. También, en muchos casos, es la única manera para salvar las garantías constitucionales. Veamos el razonamiento del Juez Brown, de la Corte Federal de Apelaciones del 5º Circuito, al rechazar con firmeza que un juez del juicio deba instruir a un jurado para evitar su estancamiento:

---

<sup>714</sup> Quien quiera asomarse a un cuadro de lo que significó Hans Zeisel, leer el reportaje concedido por Shari Diamond en su libro publicado en Argentina. Allí recuerda y describe a su gran maestro, Hans Zeisel, con cariño y admiración. DIAMOND, Shari: “*Las múltiples dimensiones....*”, op. cit., 2016, ps. 21 a 30.

<sup>715</sup> ZEISEL, Hans: “...and then there were none...”, op. cit, p. 719 nota al pie 42.

*“Creo que, a veces, la anulación de un juicio a causa de un hung jury es una garantía de la libertad. En muchas áreas, es quizás el único medio mediante el cual un solo individuo o unos pocos pueden alzarse contra un abrumador y contemporáneo sentimiento público. Nada debe interferir con su ejercicio.”*<sup>716</sup>

Nada de esto pudimos ver con claridad en la Argentina. Cuando se discutió la ley de jurado clásico de la provincia de Buenos Aires con veredicto unánime se generó un escándalo de proporciones al hacer su irrupción, por primera vez en el continente sudamericano, el jurado estancado. Mediante él se provoca sólo un nuevo juicio adicional cuando el jurado no obtenga la unanimidad. Si se vuelve a estancar el jurado del nuevo juicio, el juez debe absolver. En cambio, en el *common law*, no hay límite alguno para repetir el juicio. Debo admitir que inclusive yo estuve asaltado por las mismas dudas, sobre todo por las presuntas implicancias en el *ne bis in idem*. Lo nuevo irrumpía con toda fuerza entre los propios juradistas argentinos, descolocándonos y sumiéndonos en el desconcierto. Era lógico: durante décadas tuvimos que convencer a medio mundo de implementar el jurado, pero al costo de desviar los esfuerzos del estudio práctico y específico de este tipo de institutos.

Quien lo dijo sin cortapisas -pero al revés- fue el senador del partido Unión-PRO, Alfredo César Meckievi, el único legislador que votó en contra de la ley de jurados. En uno de sus pasajes, fustigó al jurado estancado con la frase *“cuatro votos valen más que ocho”*, refiriéndose a la *“injusticia”* de que, habiendo ocho votos por la condena y cuatro votos por la absolución, estos cuatro votos provocaran el estancamiento del debate y su reanudación ante otro jurado. Qué diría Meckievi si viviera en cualquier país del *common law*, en el cual con sólo un voto en contra basta para hacer el juicio de nuevo. Lo que para Zeisel y toda la práctica de siglos del *common law* es un valioso tesoro que demuestra el respeto que la ley tiene por la perspectiva de las minorías a un “costo” bajísimo -porque se daba en uno de cada veinte casos- para los antijuradistas vernáculos era exactamente al revés: ellos veían a unos pocos bloqueando a una mayoría convictiva. Es imposible que le encuentren alguna lógica a un sistema que busca el peso social incontrastable que tiene una decisión unánime.

Sin embargo, es claro que, funcionando siempre dentro de un contexto de gran infrecuencia, el jurado estancado no sólo que es positivo, **sino que es absolutamente**

---

<sup>716</sup>*Huffman vs United States*, 297, F.2d, 754 759 (5<sup>th</sup> Circ), certiorari denegado, 370 US, 955 (1962).



**necesario para evitar soluciones injustas en casos en que la prueba es muy ambigua. En materia penal, es imprescindible para evitar absoluciones erróneas de culpables pero, más que nada, condenas erróneas de inocentes.**

Quienes lo probaron empíricamente fueron otros dos investigadores sociales del jurado, esta vez desde la ciencia estadística, como son los economistas William Nielson y Harold Winter. Ellos demostraron que el abandono de la regla de la unanimidad lleva, efectivamente, a que haya menos jurados estancados, **pero también aumenta el riesgo probabilístico de incorrectas condenas** y de incorrectas absoluciones. La obsesión por eliminar el jurado estancado impide asumir que el error judicial **es un riesgo imposible de evitarse en cualquier decisión legal**. Entonces hay que optar por la solución menos costosa: o pagamos el *costo económico* del nuevo juicio debido al *hung jury* o pagamos el *costo social* de eventualmente condenar a inocentes o de absolver a culpables por no hacer un nuevo juicio. ¿Cuál escoger de entre estos dos males? Eliminar el jurado estancado -con veredictos mayoritarios- forzaría al jurado a condenar o a absolver, incrementando así la posibilidad de que la decisión sea incorrecta. Entonces, mientras no se discute que un nuevo juicio eroga más dinero, el costo social de condenar a inocentes o de absolver a culpables exige ser confrontado contra el dinero que cuesta un jurado estancado. **Mantener la unanimidad, permitir el *hung jury* y autorizar un nuevo juicio reduce la posibilidad de veredictos incorrectos.**<sup>717</sup>

He aquí una gran defensa del rol positivo que juega el *hung jury*, ya no sólo como respeto a la visión de las minorías, sino como medio de evitar costos sociales insoportables como el tolerar condenas a inocentes. En las líneas que siguen veremos cómo los remedios tradicionales para evitar el *hung jury* terminan teniendo un costo económico muy superior a hacer el juicio de vuelta.

### **C. Estadísticas e investigaciones históricas; resultados y problemas con la definición.**

#### **1. El jurado estancado en la visión de Kalven & Zeisel en 1955**

Kalven & Zeisel fueron los primeros en estudiar el fenómeno del *hung jury*, aunque de manera embrionaria y residual en un solitario y breve capítulo de su obra. No lo hicieron como objeto central de su proyecto, como sí lo fue cuarenta y cinco años después con el estudio del NCSC, pero tuvieron el indiscutible mérito de evidenciarlo

---

<sup>717</sup> NEILSON, W. & WINTER, H.: “*The Elimination of Hung Juries: Retrials and Nonunanimous Verdicts*”, *International Review of Law and Economics* 25 (2005) 1–19.

por vez primera ante los ojos del mundo jurídico y de los futuros investigadores. Las primeras estadísticas alguna vez conocidas del *hung jury* fueron estudiadas con la data recogida por ellos que, recordemos, evaluaba los *acuerdos/desacuerdos* entre jueces y jurados.

Así determinaron lo siguiente, entre muchas otras cosas: en el 94.5 % de los casos, los jurados obtenían la unanimidad. Es decir, había una tasa de jurado estancado de sólo el 5,5 % o, como ellos lo expresaron, de cada veinte juicios, en diecinueve el jurado rendía un veredicto unánime (20-1). Aún más interesantes fueron sus hallazgos al analizar qué hubieran hecho los jueces en los casos en que el jurado se estancaba. Los jueces respondieron que hubieran absuelto en el 1,1%, pero que hubieran condenado en el 4,4%.

Descubrieron además que ese pequeño porcentaje de casos de estancamiento se producía abrumadoramente a causa de problemas de ambigüedad en la prueba. Donde la prueba era muy fuerte, el *hung jury* no llegaba ni al 2% de los casos. Dónde la prueba era, además de indiciaria, débil o confusa o admitía las dos opciones de condena o absolución, el índice trepaba al 4%. Kalven & Zeisel descubrieron así que los factores relativos a la fortaleza de la prueba explicaban mayormente las razones del desacuerdo de los jueces con los veredictos del jurado: 52% en general, pero, al encuestar a los propios jurados en los juicios con *hung jury*, la debilidad probatoria como causa principal del estancamiento ascendía al 71% . Del mismo modo, el 30% restante de los desacuerdos *jueces/jurado* lo explicaban los problemas del jurado con su percepción de la justicia de la ley aplicable al caso, pero sólo el 17% de ese factor contribuía al *hung jury*. Estas cifras revelaban que la baja calidad de la prueba -más que la justicia o injusticia de la ley- era el factor decisivo para que el jurado no alcanzara la unanimidad.

También derribaron otro mito, que solía expresarse así: *los jurados no pueden resolver casos complejos de prueba y por eso se estancan*. Falso. Usando la misma data y las mismas preguntas a los jueces, subdividieron los casos en simples, medios y complejos desde el punto de vista probatorio. Dos de las preguntas claves que Kalven & Zeisel les hicieron en su fabulosa encuesta a los jueces fueron las siguientes:

**Pregunta 1:** “Por favor, indique si, a su juicio, la prueba del caso era fácilmente comprensible, medianamente comprensible o de muy difícil comprensión”.

**Pregunta 2:** “De la prueba fáctica del caso, ¿estaba muy clara la inocencia

*o culpabilidad del acusado; o daba pie a decidirla en cualquiera de las dos direcciones más allá de duda razonable?*

Después cruzaron ambas respuestas y llegaron a sus extraordinarias primeras conclusiones: cuando la prueba era muy fuerte y de simple comprensión, los jurados llegaban a la unanimidad en el 98% de los casos. Cuando la prueba era muy fuerte y la prueba muy compleja, el jurado aún así llegaba a veredictos unánimes en el 95% de los juicios. Ergo: **sin importar la extrema complejidad probatoria del caso**, los jurados llegaban igual a veredictos unánimes en prácticamente la totalidad de los casos. En cambio, vaya casualidad, en el 10% de los casos en que los jueces reconocían que la prueba era ambigua, sin importar si la prueba era de complejidad nula, media o extrema, el jurado se estancaba.

Luego le hicieron la siguiente pregunta en sus encuestas a los jurados de los casos de jurado estancado: “¿Votó usted al comienzo de las deliberaciones por la absolución o por la condena?”. Las respuestas aún hoy asombran: en el 63% de los casos en que el jurado se estancó, la mayoría estaba a favor de la condena. En el 24%, a favor de la absolución. En el 13% restante, mitad y mitad por ambas opciones. No sólo eso: Kalven & Zeisel hallaron que el 42% de los casos se debía a la postura de uno o dos jurados *holdouts* (disidentes). ¿Significaba esto que el sistema judicial debía tolerar que por culpa de uno o dos excéntricos se arruinara por entero una decisión colectiva? **Falso otra vez.** A pesar de que los votos iniciales mostraran sólo a uno o dos disconformes, Kalven & Zeisel concluyeron que, cuando las mayorías iniciales por la condena o la absolución eran muy altas, la tasa de *hung jury* era prácticamente nula. Por el contrario, los casos de jurado estancado eran más frecuentes cuando las mayorías iniciales eran poco claras o estaban muy repartidas.<sup>718</sup> De allí su famosa frase dedicada a los jurados disidentes: “*para que uno o dos de los jurados disintieran al final, era obvio que habían tenido compañía al comienzo de las deliberaciones*”.

En suma, Kalven & Zeisel demostraron científicamente la infrecuencia del jurado estancado, que la fortaleza de la prueba y los sentimientos del jurado hacia la ley aplicable eran muy importantes y que las mayorías que surgían tras la primera votación parcial eran decisivas.

---

<sup>718</sup> ZEISEL, Hans: “...and then there were none”, op cit. p. 719, con otro pensamiento esclarecedor por su claridad para poner al *hung jury* en el lugar exacto en el que debe ser visto: “*Los jurados estancados siempre surgen de situaciones en las que originalmente habían varios disidentes. Aún cuando al final quede sólo uno de ellos, el hecho de haber pertenecido a un grupo es esencial para apoyarlo contra los esfuerzos de la mayoría por acordar un veredicto unánime*”.

## 2. El jurado estancado en el año 2000 y los problemas

### con la definición

Que el segundo gran estudio del jurado se haya publicado recién en el año 2000 hablaba mucho acerca de que el jurado estancado siempre fue, sin dudas, un problema menor y residual. De otra manera, hubiera concitado otro tipo de atención.<sup>719</sup> Sin embargo, a mediados de los años '90, algunos distritos de California comenzaron a reportar tasas inaceptables del 10% o más de *hung jury*, como Los Ángeles. A ello se sumaron, como siempre, tres o cuatro casos resonantes que terminaron en jurados estancados y que pusieron al *hung jury* en la tapa de los diarios. Por una razón u otra, el *hung jury* tomó el centro de la escena y se convirtió en una preocupación para la comunidad jurídico-legal. Más allá del efecto necesariamente positivo del *hung jury*, es muy difícil que amplios sectores del público, de la política y del sistema judicial no dejen de verlo como un fracaso.<sup>720</sup>

Los investigadores de las ciencias sociales y del derecho reaccionaron rápidamente y llevaron a cabo este estudio a gran escala del National Center for State Courts (NCSC) con el fin de determinar cuáles eran las cifras actuales y reales de *hung jury* y qué cursos de acción debían eventualmente tomarse. Si las cifras arrojaban un aumento de la tasa de juicios estancados, con el consecuente costo monetario y emocional para las víctimas y acusados, ¿había que abandonar la unanimidad y adoptar los veredictos mayoritarios? ¿O había que preservar la unanimidad y tomar otro tipo de medidas para evitar el estancamiento, como permitir la toma de notas al jurado, reabrir la discusión de ciertos puntos de prueba, permitir nuevos alegatos de las partes y/o cambiar las instrucciones del juez? Para los jurados civiles, ¿podía permitirse a los jurados hacer preguntas por escrito o pre-deliberar tras la producción de prueba clave?

Los resultados dieron pie al artículo titulado “*¿Es el jurado estancado realmente un problema?*” y a varios más que citaremos de manera múltiple, firmados por algunos

---

<sup>719</sup> Algunos investigadores señalan que este “desinterés” durante treinta años se debía, efectivamente, a que los juicios estancados eran muy pocos. Pero, además, porque eran borrados de las estadísticas judiciales cuando se hacía el juicio de nuevo o se llegaba a algún arreglo. Es decir, era un cifra estadística “transitoria”. Ver HANNAFORD-AGOR, P., HANS, V. & MUNSTERMAN, T.: “*How Much Justice Hangs in the Balance? A New Look at Hung Jury Rates*”, 83 *Judicature* 59 (1999).

<sup>720</sup> HANS, V. y otros: “*The Hung Jury: The American Jury’s Insights...*”, op cit., p. 16: “*El hung jury invoca una cierta imagen de fracaso para muchos miembros del público, abogados, jueces y administradores de las cortes. Los jurados estancados son, indudablemente, un costoso esfuerzo para las cortes y para aquellos involucrados en un caso particular; como son los testigos, abogados y acusados. Varias recomendaciones se han propuesto en diferentes distritos, tales como eliminar el requisito de la unanimidad del jurado o reabrir el caso para recibir prueba adicional o nuevos argumentos de los abogados*”.

de los sucesores de Kalven & Zeisel, investigadores como Paula Hannaford-Agor, Valerie Hans, Neil Vidmar, Nicole Mott y Thomas Munsterman, por mencionar sólo a algunos. Lo que diferenciaba a este estudio del de Kalven & Zeisel era el gran volumen de casos relevados, la cantidad de jueces, jurados y abogados encuestados y las nuevas variables introducidas.<sup>721</sup> Se trató de un estudio gigante, a gran escala, tanto a nivel federal como estadual que abarcó a cuatro áreas urbanas densamente pobladas (el Bronx en Nueva York, Columbia en Washington D.C., Maricopa en Arizona y Los Ángeles en California) y a varias comunidades rurales.<sup>722</sup>

Casi cuarenta años separaban a este estudio del NCSC del *Chicago Jury Project*. Entre 1955 y 1990 era obvio que el mundo había cambiado grandemente. Se empezaron a tejer todo tipo de nuevas conjeturas alrededor de la “*sensación de aumento*” en las tasas del *hung jury*. Ejemplos:

En 1955 sólo eran jurados los varones blancos y propietarios. ¿Influiría en la tasa de *hung jury* que hoy estuvieran representados en los paneles de jurados las mujeres, las minorías y las personas de toda condición económica? ¿Era cierto atribuir el supuesto incremento del *hung jury* al fenómeno de los “*jurados nulificantes*”? Es decir, al de ciertos individuos-militantes de minorías raciales, pro o anti-armas, aborto o legalización de drogas, etc- que mentían acerca de su imparcialidad en el *voir dire* para estancar a propósito el jurado o provocar un *jury nullification*. También se hablaba que los juicios se habían vuelto cada vez más complejos.

¿Era verdad todo esto? ¿O eran simples percepciones sin apoyo en una data empírica?

Los investigadores se toparon con varias dificultades, dos de las cuales merecen ser contadas. La primera es que, por más que habían transcurrido casi cuatro décadas desde que Kalven & Zeisel fueron forzados a comparecer al Senado a dar explicaciones de por qué habían metido micrófonos en el *jury room* (aún con fines científicos), los

---

<sup>721</sup> Ejemplo de las viejas y nuevas variables empleadas en este estudio: se comparó la conducta del jurado en diez jurisdicciones distintas entre casos graves que terminaron en veredictos unánimes y en *hung jury*. Para ello, el NCSC incluyó variables en las características del caso, tales como el tipo, la complejidad y los factores de fortaleza o debilidad de la prueba (credibilidad de la prueba policial); los distintos procedimientos en el juicio, incluyendo las técnicas empleadas en el *voir dire*; la composición demográfica del jurado y sus actitudes demográficas; y la dinámica grupal del jurado durante las deliberaciones, que incluían las tasas de participación en la discusión y los distintos niveles de conflictividad que se suscitaban.

<sup>722</sup> En palabras de sus autores, el proyecto combinó tres métodos diferentes en su estudio de los jurados estancados: una amplísima encuesta nacional de las tasas federales y estatales del *hung jury*; un estudio jurisdiccional de cerca de 400 juicios criminales que comparaban a los jurados que habían logrado un veredicto unánime con los que se habían estancado en uno o más cargos; y un estudio específico de 46 jurados estancados tomados de dicha muestra jurisdiccional.

jueces seguían mostrando la misma reticencia que antaño a permitir siquiera la más mínima inviolabilidad a las deliberaciones del jurado, especialmente en los casos graves. A pesar que los investigadores les demostraron los nuevos reaseguros hoy disponibles para mantener la más estricta confidencialidad de la data obtenida, primó el temor de las cortes a que ella pudiera ser usada por los abogados para impugnar los veredictos en apelación.

Este era un problema esperable. Lo que nunca se imaginaron es el que apareció **con la definición en sí misma del jurado estancado**. Los investigadores comenzaron por lo más simple: cotejar las cifras de *hung jury* de los tribunales federales con los estatales. Allí se encontraron con un descubrimiento dramático: **no había una definición común de *hung jury***. Se dieron cuenta que las distintas jurisdicciones - especialmente California- catalogaban de manera distinta esta categoría en sus estadísticas oficiales. Cuando se celebra un juicio por jurados, puede haber, supongamos, dos acusados y tres hechos imputados a cada uno de ellos. ¿Qué pasa cuando el jurado rinde un veredicto unánime por los dos acusados y por todos los hechos, **salvo un solo hecho que no pudo atribuir de manera unánime a uno de los acusados? ¿Cómo se reportaba ese juicio para la estadística? ¿Como estancado o no?** Los investigadores se dieron cuenta de esto cuando vieron las planillas estadísticas de California. Ellas tenían tres ítems: ***hung jury en todos los cargos, en el cargo principal, o en cualquier otro cargo***. Las diferencias entre ellas eran significativas. ¿Cómo trasladar eso a una estadística veraz, sin inflarla o desinflarla? En sus propias palabras:

*“En algunas jurisdicciones, un jurado se contaba como estancado si fracasaba en rendir un veredicto respecto de cualquier cargo o de cualquier acusado. En otras jurisdicciones, un hung jury sólo se contaba si se estancaba en el cargo principal. En otras, sólo si se estancaba en todos los cargos y para todos los acusados. Obviamente, semejantes dispares definiciones tienen un efecto significativo en las tasas de hung jury y torna muy difícil la comparación de las tasas interjurisdiccionales. Descubrimos que entre los funcionarios judiciales y del ministerio público, e inclusive entre los mismos jueces, no existía una definición uniforme empleada para contabilizar el número de jurados estancados”.*<sup>723</sup>

Los investigadores optaron por considerar estadísticamente como un *hung jury* al jurado que se estancaba en uno o más cargos, no en todos. Esto fue muy importante,

---

<sup>723</sup> HANNAFORD-AGOR y otros: “*Are hung juries...*”, op cit., p. 2

ya que se inclinaron por la máxima tasa posible de jurados estancados. Nadie los iría a criticar por subvalorar las tasas de *hung jury*.

Detengámonos ahora en las conclusiones de este gran estudio. Increíblemente, las intuiciones de Kalven & Zeisel demostraron ser correctas en su casi totalidad. A nivel federal, la tasa de *hung jury* era sólo del 2% y, a nivel estadual, del 6,2%. Apenas por encima del 5,5% que ellos habían confirmado en 1955. En los distritos californianos se registraban cifras levemente más altas, pero muy volátiles e inestables. Variaban de corte en corte y nada tenían que ver ni con las variables demográficas de los jurados, ni con la densidad poblacional, ni con la diversidad de la comunidad, ni con la cifra delictiva. **El problema no estaba allí. No estaba ni en los jurados ni en la comunidad, sino en cómo las partes presentaban la prueba, en qué condiciones de fortaleza/debilidad llegaba el fiscal al juicio y en cómo las cortes conducían los juicios.**

Lo veremos más en detalle, pero los investigadores hicieron el seguimiento de los casos que se estancaron. ¿Qué había pasado con ellos? ¿Se hicieron de vuelta los juicios? La respuesta impactó a la comunidad legal: **sólo un tercio se juzgó de nuevo** (la inmensa mayoría ante otro jurado y sólo un 2,4% ante un juez profesional). En otro tercio hubo arreglo entre la defensa y la fiscalía. Y en el tercio restante, la acusación desistió de la acción penal, culminando en un sobreseimiento total. Del tercio de casos rejuzgados, **el 69% terminó en condena, el 19% en absoluciones**, el 8% en otro jurado estancado y un 4% en juicios nulos por otras razones. Esto derribaba otro gran mito: la carga de nuevos juicios jamás era similar al porcentaje de estancamiento, sino a sólo un tercio.

#### **D. Causas del jurado estancado**

Pero faltaba la respuesta al gran interrogante: ¿por qué se estancaban los juicios; cuáles eran sus verdaderas causas? Las respuestas de los investigadores del NCSC, nuevamente, dejaron boquiabiertos a propios y extraños y le dieron la derecha a Kalven & Zeisel.

Veamos el siguiente cuadro<sup>724</sup>:

---

<sup>724</sup> HANNAFORD-AGOR y otros: “*Are hung juries...*”, op cit. p. 85.

Razones por las cuales se estanca el jurado			
Razón (N=46)	Factor		
	% N Primaria	% N Secundaria	% N Primaria o Secundaria
Debilidad de la prueba	62.8 (27)	6.5 (3)	69.3 (30)
Credibilidad prueba policial	16.3 (7)	10.9 (5)	27.2 (12)
Percepción de los jurados de la justicia del caso	16.3 (7)	10.9 (5)	27.2 (12)
Complejidad del caso	4.7 (2)	26.1 (12)	30.8 (14)
Disfuncionalidades en el proceso deliberativo	–	30.2 (13)	30.2 (13)
Desconocidas	6.5 (3)	--	--

El 62,8% del *hung jury* lo explicaba la debilidad de la prueba, responsabilidad absoluta del fiscal y el defensor.

El 16,3% lo provocaba la poca credibilidad en la prueba policial, nuevamente responsabilidad exclusiva del fiscal.

En conjunto, estos dos ítems relativos a la prueba explicaban el 80% de los jurados estancados. Es una cifra que sirve para demostrar que el abandono de la unanimidad en aras de combatir el *hung jury* es un grave error. No sólo que no soluciona el problema, sino que lo único que hace es encubrir la actividad deficitaria - cuando no irresponsable en ciertos juicios- de fiscales y defensores que llevan al juicio casos de gran debilidad probatoria o los litigan muy mal. Las consecuencias son intolerables: más inocentes serán condenados y más culpables quedarán libres. Claro que es más fácil para el sistema judicial echarle la culpa de sus propios errores al desempeño de los jurados o a la regla de unanimidad, pero el estudio del NCSC no hizo otra cosa que poner el dedo en la llaga. Antes de cambiar atropelladamente la regla de la unanimidad, es mejor que la comunidad judicial y de los abogados reconozcan que un aumento del jurado estancado en cierto distrito es exclusiva culpa de casos mal presentados y preparados. Sería preferible que hicieran su mea culpa y se esforzaran un poco más en ver qué llevan a juicio, cómo lo hacen y qué otras medidas hay disponibles ante un eventual aumento de las tasas de *hung jury*.

El otro 16,3% del *hung jury* se atribuía a las preocupaciones del jurado acerca de la justicia de la ley aplicable al caso concreto. Esto quiere decir que, sin inclinarse por el acusado ni por tenerle simpatía, el jurado percibe que la ley que el juez les instruye que ellos deben aplicar puede provocar un resultado injusto al caso concreto. No es usual,



pero suele suceder y explica buena parte de los actuales casos de *jury nullification*.<sup>725</sup> Ello destruía la falsa percepción de que los jurados se estancaban masivamente por la acción de los jurados boicoteadores que se infiltraban en el panel para provocar un *jury nullification*. Es decir, cuando el jurado rechazaba la ley aplicable con total sentido común por resultarle absurda al caso (enviar a la cárcel a personas por casos de tenencia de drogas para uso medicinal comprobado). Este índice era prácticamente similar al que en 1955 habían encontrado Kalven & Zeisel (17%).

El 4,7% correspondía a la complejidad del caso, con lo cual quedaba desterrado el mito que los juicios “hoy” son más complejos que “ayer”.

El 6,5% del ítem “desconocidas” puede incluir otro factor más moderno, como es la inclusión de varios hechos o cargos en el juicio. La proliferación de múltiples cargos por parte de los fiscales aumenta el riesgo de que el jurado emita un veredicto unánime por todos ellos, pero se estanque en uno.

Sorprendentemente, las disfuncionalidades del proceso deliberativo -0%- no lograron estancar ningún jurado. Se demostraba así que la reunión en un jurado de personas de todas las extracciones sociales, políticas, raciales o religiosas -ya no sólo varones blancos de clase media o acomodada- no interfieren en el normal desarrollo de la deliberación.

Tampoco se les pasó por alto a los investigadores que las tasas de *hung jury* eran aún más bajas en los jurados civiles. Sólo entre el 1% y el 1,5%. Sus respuestas fueron también muy interesantes: el jurado penal tiene un estándar probatorio (la duda razonable) muchísimo más exigente que el del jurado civil (prueba preponderante). Además, tras los fatídicos fallos *Williams vs Florida* y *Apodaca vs Oregon*, los jurados civiles quedaron integrados con ocho o nueve jurados sin requisito de unanimidad. Esto reduce la tasa de *hung jury*, pero al costo que hemos visto.

#### **E. Remedios para evitarlo (cuando sea necesario).**

Es abundante la literatura disponible acerca del jurado estancado y los intentos para evitarlo, **pero sólo cuando ello sea necesario**. El *common law* mantiene desde hace siglos sus tres finales posibles para un juicio por jurados: *no culpable*, *culpable* o *jurado estancado* y nuevo juicio.<sup>726</sup> Esto es importante remarcarlo, sobre todo para un país como el nuestro que recién se asoma al jurado y a este tipo experiencias. **Es ilegal**

---

<sup>725</sup> HANNAFORD-AGOR: “*Why do juries hang?*”, NIJ Journal, n° 251, Julio 2004.

<sup>726</sup> Escocia desconoce el jurado estancado, pero tiene tres veredictos posibles: *guilty*, *not guilty* y *not proven* (no probado).

sostener que el jurado está obligado sí o sí a rendir un veredicto. Cuando no sea posible la unanimidad, el jurado no dictará un veredicto, no decidirá y se declarará estancado. Este es el tercer final estipulado para cualquier juicio por jurados clásico en la historia, aún con veredictos mayoritarios.<sup>727</sup> En ocasiones, el jurado estancado es la mejor solución posible al caso concreto; **mucho más que condenar o absolver forzosamente**. Podríamos decir que es a veces la única opción, por más que a una de las partes -generalmente al fiscal- la disconforme o el sistema judicial lo vea como un “fracaso”. Por lo general, en un contexto de bajísima frecuencia de *hung jury*, **¿cuál es el problema si el jurado no llega a la unanimidad?** Este interrogante es natural en el *common law* y, aunque nos cueste verlo así, debemos hacer el esfuerzo por comprender que él refleja la *aceptación* ante el hecho de que, en muy pocos y justificados casos, no es posible la unanimidad. Para una cultura inquisitorial como la nuestra -tan contaminada con la idea de que **sólo hay una verdad y una sola y única solución**- es muy difícil asumir algo así. Sin embargo, los países del *common law* coexisten mejor con la aceptación de que, en muy pocos casos, no hay chance de conseguir una decisión unánime y, por ende, que hay que hacer un nuevo intento. Personalmente, no veo otra manera que coexistir con la indefinición, siempre que se mantenga en tasas muy bajas. Además, hay cierta justicia en que ello sea así, como lo vieron embrionariamente Kalven & Zeisel<sup>728</sup>. La poderosa *American Bar Association* (ABA), símil de nuestra FACA (Federación Argentina de Colegios de Abogados), concluyó que “*el acusado tiene por definición derecho a un hung jury, si es que éste se desarrolla, como una salvaguarda para su libertad*”.<sup>729</sup>

El sistema judicial siempre procuró, de todos modos, evitar el jurado estancado y el nuevo juicio. Uno de los intentos más perdurables es la controvertida todavía vigente

---

<sup>727</sup> MARCUS, Paul: “*The Allen Instruction in Criminal Cases: Is the Dynamite Charge about to be Permanently Defused?*”, *Missouri Law Review*, Vol 43, n° 4, 1978, p. 624: “*La exigencia de un veredicto nunca ha sido parte de la ley, y por muy buenas razones. Como muy bien lo demuestra el 3er Circuito, en un juicio por jurados siempre han existido y continuarán existiendo tres posibles decisiones de un jurado: no culpable, culpable y no veredicto debido a la falta de unanimidad. Todas estas tres opciones están abiertas para el jurado, y no es competencia del juez el indicar que sólo las dos primeras son mejores y más acertadas opciones que la tercera*”.

<sup>728</sup> KALVEN, L. & ZEISEL, H: “*The American Jury*”, op cit, p. 453: “*El hung jury es, en cierto modo, el fenómeno más interesante del juicio por jurados. En un sentido marca un fracaso del sistema, desde que necesariamente provoca la declaración de nulidad del juicio. En otro sentido, es un valioso reaseguro de la integridad, desde que puede servir para proteger el disenso de una minoría*”.

<sup>729</sup> American Bar Association: “*Allen charge dilemma*”, en *American Criminal Law Review*, 10, 637-670, 1972, p. 652; ver también *Huffman v. United States*, 1962. Claramente esto es así porque uno de los efectos del *hung jury* es la libertad del acusado que llega detenido al juicio, no obstante que exista la posibilidad de ser enjuiciado nuevamente. Además, obvio de tener otra chance en el nuevo juicio de ser absuelto.

*Instrucción Allen*, popularmente conocida como la *Instrucción Dinamita* en los Estados Unidos.<sup>730</sup> Más modernamente, y sobre todo a partir de la experiencia de Arizona, California y de este estudio del NCSC, se han abierto otro tipo de soluciones que permiten conciliar la regla de la unanimidad **sin caer en la extorsión** a las minorías que representa la *Instrucción Allen* y salvar al juicio de ser repetido.

Pero otros académicos/litigantes, como la Dra SunWolf, han traído a la discusión otra batería de inéditos antídotos, esta vez provenientes **de las partes** y ejecutados durante el *voir dire* y los alegatos de clausura. A veces pueden ser usados para evitar el *hung jury* y, en otras, para lograrlo.<sup>731</sup> Recordemos: la estrategia -válida y legal- de un abogado defensor puede ser la de obtener un jurado estancado, ante la imposibilidad de lograr una absolución.

#### **F. La Instrucción Allen o “Instrucción Dinamita”. Problemas.**

La instrucción Allen es la instrucción que el juez del debate le imparte al jurado como un último intento para evitar que el jurado se estanque y no consiga la unanimidad. Recordemos: el vocero del jurado reporta al juez que se han estancado tras un prolongado tiempo de deliberación y que no hay chances de llegar a un veredicto unánime. Por lo general, el fiscal le pedirá allí mismo al juez que imparta la *Instrucción Allen*, si es que intuye que la mayoría del jurado está a favor de la condena (como casi siempre sucede en los casos de *hung jury*). El defensor se opondrá y el juez decidirá, por lo general, impartiendo la instrucción y reenviando al jurado al *jury room* para seguir con las deliberaciones. En muy pocas ocasiones será el defensor, quizás con la oposición del fiscal, quien pida la instrucción, cuando caiga de maduro que la mayoría del jurado está por la absolución.

El propósito de la instrucción es cuádruple: ella busca quebrar el estancamiento del jurado, ponerle fin a la dilación del proceso, forzar una decisión y alentar al jurado a conseguir un veredicto unánime para evitar la nulidad del juicio y su repetición.

Se la llamó así por la decisión de la Corte Suprema de 1896 en el caso *Allen*. Allen era un niño de quince años acusado por homicidio. Su juicio fue un compendio trágico de errores y de indefensión, al punto que tuvo que ser hecho tres veces. Las

---

<sup>730</sup> Se la llama así en referencia al trabajo de los jangaderos, que transportaban los troncos de árboles por el río. Cuando se atascaban, le ponían dinamita en el lugar del “estancamiento”, logrando deshacerlo con la explosión. Los troncos volvían a flotar suavemente río abajo hacia su lugar de destino. Ver SUNWOLF: op. cit., p. 287.

<sup>731</sup> En la conocida serie de TV “Harry’s Law” puede observarse a una abogada buscando de manera expresa un *hung jury* o jurado estancado y sus razones para ello, tan válidas como cualquier otra estrategia. Click aquí Video n° 65: <http://aajjlitigacion.blogspot.com.ar/2016/08/video-68-harrys-law.html>

condenas en las dos primeras fueron revocadas por la Corte Suprema por defectuosas instrucciones de los jueces *in pauperis forma*: Allen no tuvo abogado ni nadie presentó escrito de apelación por él. Pero la Corte validó la tercera condena y, con ello, la famosa instrucción *Allen*, que era uno de los dieciocho errores legales alegados, al cual sólo le dedicó una carilla. La instrucción quedó redactada así de la siguiente manera para los tiempos por venir, **ya que, increíblemente, la Corte Suprema federal se negó hasta hoy a revisar el criterio**<sup>732</sup>:

*“A pesar de que el veredicto debe ser el veredicto de cada jurado individual, y no un mero asentimiento con la conclusión de sus pares, las cuestiones sometidas deberían aún así ser examinadas con candor, y con especial deferencia y consideración por las opiniones de cada uno; así sería su deber para decidir el caso si conscientemente lo pudieran hacer; deberían escuchar los argumentos de cada uno con una disposición de ser convencidos.*

***Pero si la gran mayoría está por la condena, un jurado disidente debería considerar si su duda es realmente razonable, a la luz de que no causó impresión alguna en las mentes de tantos otros hombres, igual de honestos e igual de inteligentes que él mismo. Si, por el contrario, la mayoría estuviera por la absolución, la minoría debería preguntarse a sí misma sobre si es razonable seguir dudando de la corrección de un juicio que no ha sido acompañado por la mayoría***”.<sup>733</sup>

Por más que sea de 1896, esta instrucción -con ligeras variantes- continúa siendo el “arma” preferida de los jueces norteamericanos para evitar el jurado estancado.<sup>734</sup> En esencia, como sostienen Hannaford-Agor y otros, “*la instrucción Allen establece que mientras ningún jurado debería asentir con las opiniones de los demás, los jurados que voten con la minoría deberían reconsiderar su veredicto a la luz del hecho de que la mayoría llegó a la conclusión opuesta*”<sup>735</sup>.

Con sólo leer la *Instrucción Allen*, puede entenderse por qué los abogados defensores la consideran inconstitucional, legalmente errónea y como una extorsión a

---

<sup>732</sup> Como veremos más adelante, varios Estados y Circuitos ya la han abandonado, empezando por California en y su fallo de 1977 *People v Gainer*, 19 Cal.3d 835, 566 P.2d 997, 139 Cal. Rptr. 861 (1977). Sin embargo, en el único caso que llegó a la Corte Suprema Federal en 1988, in re *Lowenfield v. Phelps* (1988), ésta reafirmó el empleo de la Instrucción Allen y sostuvo que no era coercitiva.

<sup>733</sup> *Allen v. United States*, 164 U.S. 501, 1896.

<sup>734</sup> MARCUS, P.: “*The Allen Instruction...*”, op cit, p. 614. El autor recuerda **que la Instrucción Allen no provino de la nada**. Es más, se la vio en su tiempo como la decantación “civilizada” de las prácticas calamitosas que los jueces ejercían sobre los jurados minoritarios. Desde el nacimiento mismo mismo de la unanimidad en 1367 en Inglaterra, los jueces emplearon todo tipo de métodos coercitivos para que el jurado rindiera un veredicto rápido, por lo general de culpabilidad. Ejemplos: encadenar y arrastrar a los jurados por carros por toda la ciudad; multarlos con cifras impagables; dejarlos sin comida, fuego, tabaco, carne, ni luz; cortarles la calefacción en invierno; prohibirles dormir para deliberar durante la noche; o, lo peor de todo, encarcelar al jurado disidente por obstrucción a la justicia.

<sup>735</sup> HANNAFORD-AGOR y otros: “*Are Hung juries a problem...*”, op. cit., p. 14.

las minorías para que acuerden con una mayoría con la que no están de acuerdo. Casi como un *plea bargaining* o juicio abreviado, sólo que esta vez no dirigido a extorsionar al imputado, sino a los jurados disidentes. Por eso se la llama despectivamente “*Instrucción Dinamita, Instrucción Nitroglicerina, Instrucción Escopeta, Instrucción Martillo, Instrucción del Ahorcado*” o, peor aún, “*Instrucción Enema*”. El mensaje del sistema judicial es claro: hay que evitar el *hung jury* a cualquier costo, inclusive al precio de ejercer presión psicológica sobre el jurado.<sup>736</sup> La instrucción ha demostrado ser sumamente efectiva, dada la profunda impresión de imparcialidad con que el jurado ve al juez. Una vez impartida, el jurado retorna rápidamente del *jury room* con un veredicto unánime en un alto porcentaje de casos, la mayoría de las veces por la condena.<sup>737</sup>

Las críticas a esta instrucción siempre fueron feroces y provinieron casi siempre de la *American Bar Association* quien, desde 1968 viene proponiendo una nueva instrucción -más moderada- dirigida no sólo a las minorías, sino a todo el jurado.

Los oponentes a la *Instrucción Dinamita* argumentan, con toda lógica, que vulnera tres cuestiones básicas, ya mencionadas.

La primera de ellas es que malinterpreta la ley, haciéndole creer al jurado y al público que los jurados están obligados a rendir un veredicto. Ya vimos que esto no es así. Hay una tercera opción legal abierta para el jurado -desde hace siglos- que es el estancamiento y un nuevo juicio cuando no puedan alcanzar la unanimidad. El lenguaje de la *Instrucción Allen* falla groseramente al decirle al jurado “*este caso debe ser decidido*”. No es correcta legalmente esa afirmación. El jurado está legalmente habilitado para no decidir. Por eso, la instrucción alternativa propuesta por la ABA extirpa estas palabras.<sup>738</sup>

La segunda es la coerción a la que se somete a las minorías. La instrucción que reciben del juez los jurados disidentes -sea lo que sea que estén votando los jurados- “*es*

---

<sup>736</sup> BECKER, B. L.: “*The criminal case: The Allen charge*”, *Trial*, 15(10), 46-47, 10-52, 71, 1979

<sup>737</sup> HANSEN, Mark: “*All about Allen: Judges' charge to deadlocked juries comes under scrutiny*”, 87 A.B.A. J. 24 2001: “*Los abogados defensores penalistas no caracterizan a la Instrucción Allen como “dinamita”, “nitroglicerina” o “enema” por nada. Ellos argumentan que impartirle una Instrucción Allen a un jurado estancado es el equivalente a una condena. Las más de las veces, el jurado retornará con un veredicto de culpabilidad no ya en cuestión de horas, sino de minutos*”.

<sup>738</sup> Fue exactamente esta porción de la *Instrucción Dinamita* lo que fue anulado por la Corte Suprema de California en 1977 cuando prohibió a dicha instrucción en el Estado. *People v Gainer*, 19 Cal.3d 835, 566 P.2d 997, 139 Cal. Rptr. 861 (1977): Aparte del impacto coercitivo de semejante instrucción, la Corte californiana sostuvo que “*tales afirmaciones son legalmente inexactas. Simplemente no es verdad que un caso penal debe en algún tiempo ser decidido*”.

que asuman de una buena vez que están equivocados, que la mayoría de los jurados están en lo correcto y que, por lo tanto, deben reconsiderar sus puntos de vista”.<sup>739</sup>

La tercera es que la *Instrucción Allen* es abiertamente inconstitucional y afecta a la 6ª Enmienda (nuestra garantía de juicio por jurados del art 24 y 118 de la CN) de varias maneras.<sup>740</sup> Primero, porque la aplicación y aceptación de la instrucción viola la regla de unanimidad que se les exige a los jurados. Es lógico, ya que la regla de la unanimidad **no obliga** a los jurados a llegar sí o sí a un veredicto unánime. Les pide que lo intenten, **que es algo muy distinto**. Al forzar la unanimidad de la manera en que lo hace la *Instrucción Allen*, el veredicto rendido es, en realidad, un veredicto mayoritario encubierto y coercionado. Segundo, su empleo violenta el concepto mismo del estándar constitucional de prueba “*más allá de duda razonable*” por dos motivos: a) los jurados minoritarios no fueron convencidos más allá de duda razonable. Por esa razón no adhirieron al voto de la mayoría; b) al forzar a los jurados de la minoría a votar por un factor externo y extraño a la prueba de la culpabilidad o inocencia del acusado, como es la admonición del juez. La admonición del juez NO ES prueba y, por ende, violenta la garantía constitucional de inocencia de donde surge el estándar de duda razonable. Por último, semejante presión afecta sin ningún lugar a dudas la imparcialidad del jurado, libres como deben ser de cualquier influencia en sus convicciones.<sup>741</sup>

Como bien lo dicen sus autores, con semejante nivel de críticas les llamó mucho la atención que la *Instrucción Allen* haya sido virtualmente ignorada por la ciencia del proceso de toma de decisión del jurado. Sobre todo, cuando buena parte de esos científicos son psicólogos. Si hay algo que caracteriza a la *Instrucción Dinamita* es su solapada coerción psicológica a la minoría disidente, tan sólo porque están en inferioridad numérica. Apenas hubo un puñado de experimentos con jurados simulados, luego validados por los estudios posteriores sobre casos reales. Los resultados fueron sumamente inquietantes: “*la atmósfera resultante de la Instrucción Allen alentó a los*

---

<sup>739</sup> Textuales palabras de los jueces federales de apelación del 3er Circuito. Ver *United States v. Fioravanti*, 412 F.2d 407, 416 (3d Cir.), certiorari denegado, 396 U.S. 837 (1969).

<sup>740</sup> MARCUS, P: “*The Allen Instruction...*”, op. cit., p. 628: “*Los argumentos de que la Instrucción Allen viola la garantía de debido proceso se reducen a cuatro puntos: (1) derrota a la regla de unanimidad, (2) violenta el estándar de “más allá de duda razonable”, (3) el jurado no permanece imparcial, y (4) el jurado es instruido a considerar cuestiones externas a la culpabilidad o inocencia del acusado además de la prueba ofrecida en juicio para hacer sus determinaciones*”.

<sup>741</sup> MARCUS, P: “*The Allen Instruction...*”, op. cit., p. 630: ¿Puede un jurado permanecer imparcial cuando es direccionado por el juez a reconsiderar el asunto entero porque algunos jurados de la minoría no pueden alinearse a la mayoría? Esa es, verdaderamente, la cuestión. **La respuesta es no.** Semejante instrucción de un juez efectivamente inclina al jurado a rendir un veredicto. **Dichos jurados ya no son más imparciales.**

*jurados a ejercer una “creciente presión social” sobre los miembros de la minoría para cambiar sus votos. Segundo, la presión sobre la mayoría se redujo. Por último, y tal como lo procura la Instrucción Allen, el proceso deliberativo se aceleró”*.<sup>742</sup>

Efectivamente, no fue sino hasta el año 2001 en que el primer estudio gran empírico -a fondo y sistemático- fuera realizado por los profesores de Derecho de las Universidades de Florida y de Georgia, Mark Lanier y Cloud Miller III, respectivamente.<sup>743</sup> Ellos analizaron las 566 apelaciones federales contra condenas alcanzadas por un jurado tras una *Instrucción Allen* entre 1964 y 1999. Sus descubrimientos fueron perturbadores, ya que analizaron absolutamente todo: cantidad de apelaciones realizadas, el tiempo que insumió la deliberación antes de la instrucción contrastada con cuánto tardaron los jurados disidentes en cambiar su voto, porcentaje de reversión de las condenas en apelación, proyección hacia el sistema estadual, vigencia de la instrucción en cada distrito, etc.

En primer lugar, Lanier & Miller tradujeron a datos duros lo que ya la ABA había constatado. Contrariamente al efecto buscado -pragmatismo, eficiencia, ahorro de tiempo y dinero- la *Instrucción Allen* provocó -y sigue provocando- una catarata de complejas apelaciones hasta las últimas instancias y la prolongación consecuente e inédita de los procesos: “*cualquier gasto judicial ahorrado en la instancia del juicio es resucitado en la instancia de apelación*”.<sup>744</sup> Los abogados defensores recurren invariablemente casi todas las condenas derivadas de la *Instrucción Dinamita*.<sup>745</sup>

Lanier & Miller consideran “*angustiantemente alta*” la cifra de 566 apelaciones federales. Por más que las tasas de *hung jury* sigan siendo normalmente bajas, la existencia de medio centenar de apelaciones federales da cuenta que hay miles en el sistema estadual.

La *Instrucción Allen* no sólo que apresura las deliberaciones una vez impartida, sino que las cortes de apelación se rehúsan a revocar las condenas por agravios basados en ella. De las 566 condenas apeladas, sólo siete fueron revocadas (el 1%). 130 de esas

---

<sup>742</sup> SMITH, V. L., & KASSIN, S. M.: “*Effects of the Allen charge in the deliberations of deadlocked mock juries*”. Law and Human Behavior, 17, 625-643, 1993.

<sup>743</sup> LANIER, Mark & MILLER, Cloud III: “*The Allen Charge: Expedient justice or coercion?*”, American Journal of Criminal Justice : AJCJ25.1 (Fall 2000), p. 31-40.

<sup>744</sup> MARCUS, P: “*The Allen Instruction...*”, op cit, p., 622.

<sup>745</sup> LANIER & MILLER: op. cit., p. 39: “*Mientras que las cortes de juicio pueden ver a la Instrucción Allen como una práctica expeditiva, en último instancia ésta demora e incrementa las cargas psicológicas, físicas y monetarias asociadas al proceso legal. Las apelaciones son empresas complejas y la mayoría son interpuestas por agravios adicionales a la Instrucción Allen. Aún bajo estas circunstancias, lo mejor que uno puede decir de la instrucción es que es un factor compuesto que invita a complicaciones*”.

condenas (el 23%) fueron confirmadas en parte y rechazadas en parte. Más de las dos terceras partes de esas condenas (el 67,7%) fueron confirmadas en su totalidad.

El tiempo promedio de la deliberación del jurado *antes* de la *Instrucción Allen* fue de trece horas. Luego de ella, la deliberación promedio terminó a las tres horas y media con un veredicto de culpabilidad. En los casos que cayeron previos a un feriado como Navidad o Acción de Gracias, la *Instrucción Allen* logró reducir el tiempo de deliberación a dos horas y media.

### G. Nuevas herramientas para superar el jurado estancado.

Cuando los expertos del NCSC terminaron su trabajo de campo, no dudaron en dar sus opiniones sobre qué cursos de acción deberían tomarse cuando el jurado no llegara a la unanimidad. A la pregunta que dio origen y titula su trabajo *¿Es el jurado estancado un problema?*, no hay duda alguna que el *hung jury* **no es** un problema nacional, ni siquiera estadual. Tan sólo lo es en algunos distritos de ciertos Estados.<sup>746</sup> Con eso en consideración, lo primero que hicieron fue manifestar con toda claridad su escepticismo a abandonar la regla de unanimidad para reducir el jurado estancado. Los veredictos mayoritarios en Oregon y Louisanna (los dos únicos Estados que los contemplan) ayudaron a bajar a la mitad la tasa de jurados estancados...**pero no lograron eliminarlos ni solucionar las verdaderas causas que estancan al jurado (prueba débil, sentimiento ante la justicia de la ley aplicable al caso, demasiados cargos, etc)**. Con lo cual, resignaron los grandes beneficios adicionales de la unanimidad sin poder evitar el estancamiento y nuevos juicios.<sup>747</sup> El abandono de la unanimidad opera sólo parcialmente sobre los efectos del *hung jury*, pero deja irresueltas las causas que lo generan.

Tampoco dudaron un instante en criticar la naturaleza y la baja eficacia de la *Instrucción Allen*. Como hemos visto, semejante instrucción ha tenido un precio muy

---

<sup>746</sup> HANNAFORD- AGOR, Paula; HANS, Valerie & MUNSTERMAN, Thomas: “How Much Justice Hangs in the Balance? A New Look at Hung Jury Rates”, 83 *Judicature* 59 (1999).

<sup>747</sup> HANNAFORD-AGOR y otros: “Are Hung Juries a problem...?”, op cit., p. 14: “Los argumentos a favor de la unanimidad del jurado son todavía contundentes. Ella exige a los jurados escuchar y considerar los puntos de vista de todos los demás jurados. Adicionalmente, los jurados de la minoría que deliberan bajo la exigencia de unanimidad tienen mayores oportunidades de presentar sus argumentos y reportar gran satisfacción con su participación en la tarea cívica de ser jurado. En contraste, jurados a los que no se les requiere rendir un veredicto unánime deliberan por períodos de tiempo más cortos y, como es esperable, suelen parar la deliberación una vez que la mayoría reunió los votos necesarios. La calidad de la deliberación también difiere: deliberaciones orientadas hacia el veredicto son más comunes en decisiones grupales bajo reglas mayoritarias, mientras que deliberaciones orientadas hacia la prueba son más características en los grupos bajo la regla de la unanimidad. Tal como Abramson caracterizó al proceso, los jurados que operan bajo las exigencias de la unanimidad se esfuerzan por comprender la prueba y aplicar las instrucciones del juez; los jurados a los que no se les exige rendir un veredicto unánime se esfuerzan por conseguir un número suficiente de votos.



alto en términos de dinero y prolongación de los procesos en apelación, además de otros vicios mucho más de fondo.<sup>748</sup> La Corte Suprema de Arizona se hartó de la *Instrucción Allencuando* tuvo que decidir por cuarta vez la misma cuestión en apelación. Prohibió así la instrucción en su Estado y empezó a explorar nuevos caminos para formas más originales y eficaces de evitar el jurado estancado, que en nuestro país recogió íntegramente la ley 7661 de jurados del Chaco.<sup>749</sup>

Tampoco les generó mucho entusiasmo a Hannaford y compañía la iniciativa de procesar por obstrucción a la justicia a los ocasionales jurados *boicoteadores* que mienten en el *voir dire* para lograr estancar al jurado. Nuevamente: el problema del *hung jury* no está en el jurado o en los jurados. **Está en la ambigüedad de la prueba.** Y la prueba la presentan las partes.

Gran parte de las iniciativas componen el núcleo de recomendaciones que los investigadores sugieren a aquellos distritos que experimenten cierto aumento en la tasa normal de jurado estancado. Todas ellas apuntan a las verdaderas causas del estancamiento, básicamente la debilidad de la prueba.

#### **a) Nueva Instrucción. Modelo ABA**

Hay un punto en común en el sistema judicial: cuando un jurado se estanca hay que darle orientación, hay que ayudarlo a salir de esa situación y a tratar de que alcance un veredicto, en la medida en que esto sea posible.

La *American Bar Association* (ABA), al publicar los estándares mínimos para un juicio por jurados en 1968 y vigente hasta hoy en su última versión de 2005, cosechó un amplísimo apoyo entre los abogados y en buena parte del sistema judicial. El estándar 15-5.4 sobre el jurado estancado es el siguiente:

*15- 5.4 Duración de las deliberaciones; jurado estancado \**

*(A) Antes de que el jurado se retire para deliberar, el juez puede dar una*

---

<sup>748</sup> HANNAFORD-AGOR y otros: “*Are Hung Juries a problem...?*”, op cit., p. 82: “*Las instrucciones Allen que frecuentemente se les impartía a los jurados demostraron ser menos efectivas que en el pasado. Además, fueron crecientemente criticadas por ser indebidamente coercitivas sobre los jurados disidentes.*”

<sup>749</sup> “*Esta instrucción se nos ha presentado aquí por cuarta vez. Cuándo y cómo su empleo debe ser cuestionado para dejarla en pie o revocarla es algo que debe surgir de las circunstancias de cada caso concreto. Ha traído, y nosotros creemos lo mismo, aflicción y acoso a la administración de justicia. No hay regla general que pueda circunscribir límites definidos de cuándo y cómo, o bajo qué circunstancias debería ser denegada o autorizada. Aparece claro que su continuo empleo resultará en una interminable cadena de decisiones, con cada uno de sus eslabones moderados o forjados con variables hechos y circunstancias y soldados por las eternamente cambiantes personalidades de las cortes de apelaciones. Esto no es algo acorde a la justicia fundamental y a preservar las libertades y seguridades humanas. Estamos convencidos que sus males sobrepasan largamente a sus beneficios y decretamos que su empleo no será más tolerado ni aprobado por esta Corte*”. *State v. Thomas*, 86 Ariz. 161, 166, 342 P.2d 197, 200 (1959).

*instrucción que informe al jurado:*

*(1) que a fin de emitir un veredicto, cada miembro del jurado debe estar de acuerdo con el mismo;*

*(2) que los miembros del jurado tienen la obligación de consultar con los otros y a deliberar con la mirada puesta en llegar a un acuerdo, siempre que esto pueda hacerse sin violentar su juicio individual;*

*(3) que cada miembro del jurado debe decidir el caso por sí mismo, pero sólo después de un examen imparcial de las pruebas con los otros miembros del jurado;*

*(4) que en el curso de las deliberaciones, un jurado no debería dudar en reexaminar sus propios puntos de vista y cambiar una opinión, si el jurado está convencido de que es errónea; y*

*(5) que ningún miembro del jurado debe abdicar de su honesta creencia sobre el peso o el efecto de las pruebas solamente por la opinión de los demás jurados, o por el mero propósito de rendir un veredicto.*

*(B) Si al juez le parece evidente que el jurado no ha podido llegar a un acuerdo, puede requerirle al jurado que continúe sus deliberaciones y puede dar o repetir una instrucción conforme a lo dispuesto en la sección (A). El juez no debería exigir ni amenazar con exigir al jurado a deliberar durante un período irrazonable de tiempo o por intervalos irrazonables.*

*(C) El jurado podrá ser disuelto sin haber acordado un veredicto si parece que no hay ninguna probabilidad razonable de acuerdo.*

*\* (C) - Ver ABA Principio del Jurado 15 (C) (2) (recomendando que un jurado no debe ser obligado a deliberar después de las horas normales de trabajo a menos que el tribunal, previa consulta con las partes y los miembros del jurado, determine que las deliberaciones vespertinas o en fines de semana no supondrían la imposición de una carga excesiva a los miembros del jurado y que así las exige el interés de la justicia).<sup>750</sup>*

Con este estándar, la propia ABA y luego numerosos jueces, construyeron una nueva y correcta instrucción para orientar a un jurado en caso de estancamiento, que fue recogida íntegramente por el Manual de Instrucciones al Jurado del Inecip para la Argentina y América Latina.<sup>751</sup> Veamos la que imparten a los jurados estancados **-antes y después de la deliberación-** todos los jueces federales del 9º Circuito:

#### *7.7 JURADO ESTANCADO*

*Miembros del jurado, ustedes han avisado que no han podido acordar un veredicto en este caso. He decidido sugerirles algunas reflexiones a ustedes. Como jurados, ustedes tienen el deber de discutir el caso con cada uno de los demás y a deliberar en el esfuerzo de alcanzar un veredicto unánime si cada uno de ustedes puede hacerlo sin violar su convicción individual y su conciencia. Cada uno de ustedes debe decidir el caso por sí mismo, pero sólo después de considerar la prueba de manera imparcial con sus*

<sup>750</sup>

<sup>751</sup> HARFUCH, Andrés (dir): "El jurado clásico. Manual Modelo de Instrucciones al Jurado...", op.cit., 2014, ps 141 y 142.

*compañeros del jurado. Durante sus deliberaciones, no deberían dudar en reexaminar sus propios puntos de vista y en cambiar su opinión si quedan persuadidos de que está mal. Sin embargo, ustedes no deberían cambiar vuestra honesta convicción sobre el peso o efecto de la prueba solamente por las opiniones de sus compañeros del jurado o por el mero propósito de rendir un veredicto.*

*Todos ustedes son jurados igualmente honestos y meticulosos que han escuchado las mismas pruebas. Todos ustedes comparten el mismo deseo de arribar a un veredicto. Cada uno de ustedes debería preguntarse a sí mismo si deberían cuestionarse la corrección de su actual posición.*

*Les recuerdo que en sus deliberaciones ustedes deben considerar las instrucciones que les he impartido como un todo. No deberían darle un trato especial a parte alguna de cualquier instrucción, incluida esta, e ignorar a las demás. Todas son igualmente importantes. Ahora pueden retirarse y continuar sus deliberaciones.*<sup>752</sup>

La primer gran diferencia que presenta con la *Instrucción Allen* es que es impartida al concluir el debate, pero **antes** de que el jurado se retire a deliberar y **de nuevo si se estancan**. La *Instrucción Dinamita*, por el contrario, es impartida **sin aviso** al final de una deliberación indecisa. Con la *Instrucción ABA*, el juez alerta **antes** al jurado de que es posible que no alcancen un veredicto unánime y que, llegado ese caso, les dirá luego cómo proceder y les repetirá esta instrucción. Esto es fundamental para eliminar el potencial coercitivo y para informar al jurado en plenitud. Esto es lo que se llama “normalizar” una potencial situación de estancamiento. ¿Por qué esperar hasta al final de una deliberación, si esta normalización puede ser intentada desde el mismo *voir dire*?

La segunda diferencia es que elimina de su lenguaje los términos “mayorías y minorías” y “que el caso **debe** ser decidido”. De este modo, cuando el juez instruye, lo hace al jurado como un todo y deja abierta al jurado la posibilidad válida y genuina de *no decidir* si no han sido convencidos más allá de duda razonable. Hay una sustancial diferencia entre violentar a una minoría a reconsiderar su postura (*Instrucción Allen*) a decirle en cambio al jurado en pleno que consulten entre ellos si es posible llegar a un acuerdo, pero sin violentar sus juicios individuales.

La tercera diferencia es que la instrucción pone el acento en los derechos y deberes del jurado. El deber del jurado es deliberar. Deben primero formar su convicción individual (íntima convicción); sólo luego deben debatirla con los demás hasta que tome la forma de una decisión colectiva (veredicto unánime). Esa decisión

---

<sup>752</sup>UNITED STATES COURTS for the 9<sup>th</sup> Circuit en <http://www3.ce9.uscourts.gov/jury-instructions/node/395>

puede ser de condena, de absolución o pueden estancarse y no decidir. De este modo, la instrucción promueve aún más deliberación. La *Instrucción Allen*, por el contrario, fuerza a las minorías a abdicar de su juicio y votar con la mayoría.

#### **b) Reapertura del debate y nuevos alegatos**

La gran experiencia reformista llevada a cabo por el Estado de Arizona en los años '90 demostró que era posible reducir drásticamente el *hung jury* sin la extorsión de la *Instrucción Dinamita* ni necesidad alguna de abandonar la regla de unanimidad. Lo hicieron con propuestas muy originales y sensatas, que iban directo a atacar las causas del *hung jury*. La casi totalidad de los jurados estancados suceden cuando hay desacuerdos entre los jurados con la prueba, motivados básicamente por su debilidad y/o ambigüedad. Con acuerdo de las partes, el juez le preguntó al jurado en qué punto o puntos de prueba se habían trabado y si les parecía útil reabrir el debate sobre ellos con nuevos argumentos de las partes. En su inmensa mayoría, los jurados respondieron que sí y eso contribuyó grandemente a asistirlos hasta llegar a la unanimidad en casos que, de otro modo, se hubieran estancado irremisiblemente.<sup>753</sup> La práctica de tanto tiempo del *common law* demuestra que, contrario a lo que muchos creen, tanto la acusación como la defensa desean que su juicio se termine de una vez y, por ello, prestan su consentimiento a esta práctica de reabrir el debate. El artículo La ley 7661

#### **c) Toma de notas, copia escrita de las instrucciones, envío de notas al juez, etc**

El sistema judicial suele equivocarse frecuentemente con los jurados. Por ejemplo, jueces y abogados a menudo subestiman o, a al revés, sobreestiman al jurado. La prueba que al sistema judicial le parece compleja, al jurado no le parece difícil. Por el contrario, prueba que parecería sencilla puede traerle complicaciones al jurado. En definitiva, se trata de que el sistema judicial en su conjunto ayude a la comprensión del jurado de la mejor manera que pueda y en todos los juicios sin excepción. Que tomen todas las medidas que faciliten la labor del jurado en el *jury room*. Se ha comprobado que a los jurados les resulta muy útil que el juez les deje tomar notas, que les de una

---

<sup>753</sup> DANN, Michael: "*Learning Lessons*" and "*Speaking Rights*": *Creating Educated and Democratic Juries*", 68 Indiana L. J. 1229 1992-1993. Michael Dann fue un ilustre juez de la Corte Superior del distrito de Maricopa en Arizona, responsable del movimiento reformista a principios de los años '90, que tanta apertura brindó a los investigadores científicos para estudiar el proceso deliberativo del jurado. A él y a varios jueces más se les ocurrió esta salida compromisoria entre dejar al jurado estancado o impartirles la *Instrucción Allen*: "es apropiado, y totalmente consistente con el interés público en evitar otro juicio en este caso, el darle a un jurado que se ha estancado la opción de...decirle al juez y a los abogados qué cuestiones continuían dividiéndolos y qué eventuales otros procedimientos podrían ser de utilidad que se hagan para superarlos".

copia de las instrucciones por escrito y que los aliente, sin que esto se convierta en un exceso, a enviarle notas con sus dudas o preguntas. Muchos jurados creen que no pueden preguntarle nada al juez. Eso es un grave error, que a veces sucede porque es a los jueces a los que no les gusta recibir notas del jurado (a los abogados les encanta, ya que pueden intuir por dónde va el rumbo del caso). Estas tres técnicas reducen grandemente el riesgo de un *hung jury*.<sup>754</sup>

**d) Revisión de las prácticas del Ministerio Público Fiscal: presentación de la prueba, credibilidad de la prueba policial y selección de cargos múltiples.**

La acusación es la responsable principal de los problemas del jurado estancado con la prueba del juicio. Ella es quien tiene la carga de demostrar la culpabilidad más allá de duda razonable. Es decir, de destruir la presunción de inocencia mediante prueba en contrario. El Ministerio Público Fiscal decide no sólo qué casos llevar a juicio, sino la cantidad de hechos o cargos que le imputará al acusado. Como vimos, ello a veces aumenta el riesgo de *hung jury*. El NCSC es claro en este punto en sus recomendaciones:

*“En jurisdicciones con altas tasas de hung jury, la acusación debería evaluar su preparación del juicio y la selección de sus cargos para determinar si la prueba de cargo es suficientemente inequívoca para apoyar un veredicto. En particular, los fiscales deberían valorar el grado hasta el cual la actuación irregular de la policía ha dañado la credibilidad en el juicio de la prueba policial en sus respectivas jurisdicciones, y estar listos para ofrecer prueba de corroboración en juicios que recaen fuertemente en el testimonio policial”.*<sup>755</sup>

**e) Polémica: ¿deben los jueces sugerirles al jurado cómo deliberar?**

Los investigadores del NCSC no vacilaron tampoco en adoptar una posición tajante en un tema muy sensible, como es el de si los jueces deben sugerirle a los jurados que opten por un estilo de deliberación centrado en la prueba y no en el veredicto. Los jueces son muy reacios, y con razón, a entrometerse en las decisiones soberanas del jurado en el *jury room*, a fuer de que les revoquen sus fallos. Pero los investigadores saben muy bien que las dinámicas interpersonales en la deliberación constituyen un factor crucial en el estancamiento de un jurado, a veces por actitudes individuales o grupales. Lo saben por sus encuestas a los jurados. Por eso, proponen que los jueces impartan una instrucción sobre cómo estructurar una deliberación orientada

---

<sup>754</sup> HANS, V. y otros: “*The Hung Jury: The American Jury’s Insights and Contemporary Understanding*”, op cit, 2003, p. 17.

<sup>755</sup> HANNAFORD-AGOR y otros: “*Are Hung Juries a problem...?*”, op cit, p., 86.

hacia la prueba, pero que constituya simplemente una sugerencia que el jurado pueda libremente aceptar o rechazar. Nunca una imposición. Sólo información acerca de cómo pueden desarrollarse las deliberaciones.

#### **H. Detección del *jurado estancado* en el *voir dire* y *normalización* en los alegatos de clausura. El enfoque de SunWolf.**

La Dra SunWolf, como ya dijéramos, no sólo que es una prestigiosa académica del jurado y profesora universitaria, sino que fue una fenomenal litigante cuando se desempeñó como defensora pública criminal. Esto se nota en los aspectos prácticos de toda su obra, que muchas veces incomodan a los teóricos y a los mitos que éstos erigieron sobre el jurado. Su propia práctica le enseñó que muchos jurados desconocen qué hacer cuando se estancan y qué es lo que sucede cuando no hay unanimidad. Muchos jurados piensan -erróneamente- que el *hung jury* está mal o que quizás ellos estén haciendo algo mal; o que el estancamiento significa la nulidad del juicio o un fracaso de su labor. Esa confusión da paso a las propias ideas folklóricas de los jurados sobre el *hung jury* (las más de las veces incorrectas). Es muy posible que **no sepan** que se pueden estancar legítimamente y que **no están obligados** a rendir un veredicto, ni unánime ni mayoritario, o que es posible que el debate se reabra o que haya nuevas instrucciones del juez, etc. Por ejemplo, la Dra SunWolf relata que, en un juicio, el juez recibió una nota del jurado que decía “¿y qué pasa si no podemos ponernos de acuerdo?”. Era obvio que el jurado no tenía buena información ni del juez ni de las partes y eso es letal. Esa desinformación también es una gran causa del estancamiento del jurado. En suma, se trata de un defecto de litigación del que deben hacerse cargo los actores del proceso. Son ellos quienes deben “normalizar” una potencial situación de estancamiento con la mayor información posible. En lenguaje de SunWolf, son los litigantes quienes deben *mostrarles una puerta*. Nosotros lo llamaríamos *tirarles una soga*. El concepto es el mismo, sólo que es importante cómo se ejecuta.

Dos momentos muy importantes para que un litigante enfrente una potencial situación de estancamiento -para aventarla o para favorecerse de ella- son la audiencia de *voir dire* y los alegatos de clausura. Ambas instancias -profundamente adversariales en pie de igualdad- ayudan a que el jurado despeje malentendidos en torno al *hung jury* y a que comprenda que, si bien es preferible llegar a la unanimidad, el estancamiento es una opción que existe, que es válida y que, en raras ocasiones, **es la única justicia posible para el caso**. Que no hay nada malo en ella. Buena información, en definitiva,

es lo mejor que puede pasarle al sistema para lograr un veredicto unánime, en vez de acudir a la torpe extorsión de la *Instrucción Dinamita* **cuando ya es demasiado tarde**.

Por ejemplo, un abogado defensor podrá alegar en el cierre lo siguiente:

*Ustedes como jurados serán instruidos por el juez en breves instantes que podrán ponerse de acuerdo -tras una justa deliberación- en las cuestiones de hecho y de derecho. Pero también les dirá que ese acuerdo no puede ser alcanzado al precio de abandonar sus honestas convicciones individuales sobre el peso o efecto de la prueba solamente porque la mayoría de sus compañeros del jurado opina lo contrario o por el mero propósito de rendir un veredicto. Uno solo de ustedes tiene el derecho a no coincidir con la culpabilidad, si es su justa creencia de que mi cliente es no culpable. Por más que los otros once jurados sostengan lo contrario y los presionen para cambiar su voto, si su honesta creencia es que mi cliente es no culpable, ustedes tienen el derecho a no acordar.*

O esto otro, tal como textualmente lo hizo SunWolf:

*“Mientras ustedes deben -y así lo harán- escucharse los unos a los otros, la ley dice que ustedes no deberían llegar a una decisión simplemente porque los demás jurados piensen que esté bien, y sin importar cuan fuertemente ellos así lo sientan. Cada uno de ustedes fue elegido por sus valores y sus percepciones”.*<sup>756</sup>

Estas son otras sencillas maneras -que emplean el mismo lenguaje de la instrucción- de decirle al jurado en el cierre que es tan válido acordar como no acordar. Es exactamente como el juez instruirá al jurado si se estanca. Por ende, no hay nada deshonesto en ello y el litigante hasta puede emplear un power point para ilustrar gráficamente su caso en el alegato de clausura. Por más que el fiscal objete, el juez no debería hacerle lugar. Si lo hace, el defensor tiene un gran punto de recurso allí contra una eventual condena.

Pero el momento más importante para que un litigante pueda detectar un potencial *hung jury* e informarle al jurado sobre las tres opciones en el *voir dire*. Allí el partido recién empieza para los litigantes. En el alegato de cierre, en cambio, el partido terminó para los abogados y comienza el del jurado. En el *voir dire* se puede hacer muchísimo para reducir el margen de ocurrencia del estancamiento, recordando siempre que un *voir dire* exitoso es aquel en el que un litigante obtiene la mayor información posible de los candidatos a jurados. ¿Cómo? Mediante la siguiente línea de

---

<sup>756</sup> SUNWOLF: “*Practical...*”, op. cit., p. 289. La autora llama a esta estrategia de cierre *PROTEGIENDO AL I. O.*, como nosotros podríamos llamar a ese 1, *PROTEGIENDO AL JURADO DISIDENTE*.

interrogatorio a los potenciales jurados desarrollada tras años de práctica por la Dra SunWolf. A ésta línea la denomina “¿Qué es lo que usted sabe?”<sup>757</sup>:

*Hay tres posibles resultados para este juicio. Uno, que todos los jurados acuerden que los cargos no están probados. Dos, que todos acuerden que los cargos han sido probados más allá de duda razonable. Tres, que algunos jurados opinen lo primero y otros lo segundo. ¿Cómo se sentiría usted con un resultado que diga, “Bueno, no nos pudimos poner de acuerdo”?*

O esto otro....

*¿Qué le han dicho o contado a usted, o qué piensa usted que suceda si los jurados no se ponen de acuerdo? ¿Cómo se sentiría en esa situación? ¿Por qué?*

Esta es otra gran manera de cumplir con los dos objetivos de un buen litigante: informar al jurado sobre escenarios válidos -entre ellos el *hung jury*- y, a la vez, extraer información invaluable para saber si hay allí una potencial recusación según su teoría del caso y cuánto saben los potenciales jurados de cómo reaccionar ante la no-unanimidad. En condiciones de adversarialidad, todos ganan en cuanto al fin último de tener en el panel al jurado más imparcial posible.

Pero a lo que más temen los litigantes es a la coerción psíquica o verbal que puede tener lugar en el *jury room* para poder lograr un veredicto. La autora reconoce algo que es obvio: **las presiones sociales dentro del *jury room* son inmensas.** Imaginemos un jurado decidiendo un caso de pena de muerte, de reclusión perpetua o un caso civil entre grandes corporaciones con cientos o miles de millones de dólares en juego. Todo abogado sabe que los jurados de la mayoría -con tal de lograr la unanimidad- pueden presionar de distintos modos a los disidentes para que cambien su voto. ¿Cómo llevar adelante un interrogatorio de detección para identificar a potenciales jurados dominantes, de fuertes creencias, líderes abusivos o tóxicos? Esta es la manera original y creativa empleada por SunWolf en los *voir dire* de sus juicios:

*“Estoy pensando ahora en algo que puede llegar a suceder y que podría influenciar vuestro voto en el jury room. Quisiera preguntarle sobre eso. ¿Cómo piensa usted que el jurado debería tratar a aquellos que no coinciden con la mayoría?*

*En su opinión ¿qué tipo de tácticas son inapropiadas cuando se intenta que otro jurado cambie de opinión?*

*¿Cómo se sentiría usted personalmente ante un jurado que le grita a otro jurado? Aunque no fuera usted el que grite ni al que le griten, ¿sentiría usted la obligación de alzar la voz? Cuéntenos. ¿Por qué? ¿Puede que ser*

---

<sup>757</sup> SUNWOLF: “*Practical...*”, op. cit., p. 290.



*objeto de gritos sea más doloroso para algunos jurados que otros?  
¿Cómo piensa usted que los jurados deberían reaccionar cuando un jurado  
manifiesta abiertamente su enojo o disgusto con otro jurado? ¿Puede eso  
contaminar el proceso? ¿Qué haría usted? ¿Por qué? ¿Cuál sería el peligro  
si nadie dice nada?”<sup>758</sup>*

Pero entre el *voir dire* y los alegatos de clausura pasa mucho tiempo. Es indispensable que en los alegatos de clausura el abogado le recuerde brevemente al jurado cómo hacer para evitar este tipo de escenarios de gritos, peleas y posiciones dominantes o abusivas tendientes a doblegar a una minoría, como sucede en el film *Doce Hombres en Pugna*. Un modo sencillo adoptado por SunWolf es alentarlos a que hagan sus propias reglas o normas de deliberación. De este modo, el abogado protege honesta y legítimamente a la minoría que -eventualmente- puede salvar su juicio:

*“Una vez que los gritos empiezan, es muy difícil pararlos. Quizás sea importante que el jurado encuentre útil establecer una serie de reglas para tomar la palabra que puedan guiar las deliberaciones y proteger a todos. Cuando los jurados son informados durante los alegatos de cierre que la coerción no es un método apropiado para alcanzar un veredicto, ellos entienden perfectamente”.*<sup>759</sup>

Finalmente, si no hay posibilidad material de superar el estancamiento, el sistema judicial debe reconocer que continuar con las deliberaciones será coercitivo. No puede haber allí veredicto válido ni puede impartirse instrucción adicional alguna (sea la *Allen* o la de la *ABA*) y el juicio debe ser declarado nulo y vuelto a hacer si el acusador insiste.<sup>760</sup> SunWolf pone de ejemplo un juicio que le contó un abogado asistente a sus cursos. Era un caso muy complejo -con el imputado juzgado en ausencia- sobre venta de heroína en la frontera con agentes encubiertos. Tras dos días de deliberaciones, el jurado envió una nota al juez que decía: “*El jurado está dividido y continuar con las deliberaciones sería coercitivo*”. El fiscal pidió inmediatamente al juez que les impartiera la clásica *Instrucción Dinamita*. Pero el juez, al ver que increíblemente el jurado había empleado el mismo lenguaje de la jurisprudencia para redactar su nota, estuvo de acuerdo con la defensa en que no era legal seguir con las deliberaciones. Por ello, declaró nulo el debate y ordenó un nuevo juicio.

---

<sup>758</sup> SUNWOLF: “*Practical...*”, op. cit., p. 291

<sup>759</sup> SUNWOLF: “*Practical...*”, op. cit., p. 292

<sup>760</sup> Si aún así el juez insiste y hay un veredicto de condena, la defensa tiene un gran punto legal de recurso para pedir la revocación y un nuevo juicio. Son las propias cortes revisoras las que crearon la regla de que, en ciertas situaciones, proseguir deliberando es coercionar al jurado. Un veredicto de condena alcanzado en esas condiciones es nulo e ilegal. Por ejemplo, si tras horas o días de deliberaciones, el jurado está 6:6, ¿cuál es el sentido en seguir?

La reflexión que sigue es una buena síntesis de cómo el *hung jury* es, a veces, la única manera de obtener justicia para un caso:

*“Cuando el lenguaje de las leyes de apelación es usado para elaborar apropiados mensajes para el jurado, la justicia termina imponiéndose de todos modos, aún cuando el jurado se estanque. Un veredicto coercionado no es jamás un veredicto justo. Y los jurados coercionados pueden llegar a sentir confusión y culpa de manera innecesaria, a veces durante varios años después de su servicio como jurados”.*<sup>761</sup>

Tampoco es tan grave. Por más que nos cueste entenderlo y asumirlo, el precio es simplemente un nuevo juicio, de los tantos a los que estamos acostumbrados en el *civil law* que se declaran nulos y se vuelven a hacer. Siempre será preferible un solo nuevo juicio más a forzar una salida injusta.

### **I. Consecuencias: abandono de la acusación, arreglo o nuevo juicio.**

#### **Cifras.**

Otro mito que rodea al jurado estancado es la alarma de tener que repetir los juicios en su totalidad. No es así. Como ya viéramos, sólo un tercio de los jurados estancados provocan un nuevo debate. El resto recibe salidas alternativas o los acusadores desisten de la acción penal. ¿Por qué? Porque el *hung jury* provoca que las partes refuerzen la solidez de sus respectivos casos. Las consecuencias de ello es que aparecen alternativas superiores al nuevo juicio (como ser una salida negociada o el abandono de la persecución penal, por carecer de sentido para los acusadores ante la falta de fortaleza de su caso). El estudio del NCSC arrojó que el 26% de los casos de *hung jury* termina con un sobreseimiento por desestimación de la acción penal. El 41% termina con un juicio abreviado u otra salida negociada. Sólo el 23% de los casos son juzgados de nuevo.<sup>762</sup>

*“En un sentido, las negociaciones entre los abogados que siguen tras un hung jury ejemplifican la proposición de Galanter, acerca de que “los jurados les proporcionan a los actores legales señales o indicios de lo que otros futuros jurados harán [y], sobre esas bases, toman decisiones y formulan principios sobre reclamos, demandas, ofertas, arreglos y juicios”.*<sup>763</sup>

---

<sup>761</sup> SUNWOLF: “*Practical...*”, op. cit., p. 292

<sup>762</sup> En la película “*Tan Culpable como el Pecado*”, de Sydney Lumet y con los actores Don Johnson y Rebecca de Mornay, se observa un jurado que se estanca. El fiscal solicita inmediatamente fecha para un nuevo debate. Click aquí Video n° 77: <http://aajjlitigacion.blogspot.com.ar/2016/08/video-77-tan-culpable-como-el-pecado.html>

<sup>763</sup> HANNAFORD-AGOR y otros: “*Are hung juries a problem...?*”, op. cit., p. 5.

## **J. Nuevo juicio y *ne bis in idem*. La doctrina de la “necesidad manifiesta” de la Corte Suprema de E.E.U.U.**

Cuando el juicio por jurados con veredicto unánime -y su correctivo del jurado estancado- hicieron su aparición pública en la provincia de Buenos Aires, las críticas por la violación al *ne bis in idem* se alzaron de inmediato. Diríamos casi de manera instintiva y lógica para nuestro entorno cultural. El argumento central de las críticas era que si el jurado no alcanzaba la unanimidad en un lapso racional de deliberación se debería absolver, ya que un nuevo juicio violaría la garantía de múltiple persecución penal por el mismo hecho. La declaración de nulidad del juicio que el juez efectúa ante el estancamiento, para así poder rejuzgar el caso hasta varias veces (una sola vez más en la provincia de Buenos Aires) es visto en nuestro margen judicial como inconstitucional y repugnante a la cláusula del *double jeopardy* (doble riesgo o *ne bis in idem*).

Sin embargo, es incorrecto asimilar el nuevo juicio tras un *hung jury* como una violación al *ne bis in idem*. Una crítica tan terminante debería primero dilucidar por qué **jamás** al nuevo juicio del *common law* se lo consideró violatorio de la Constitución, allí donde el juicio por jurados con veredicto unánime reina desde hace más de ocho siglos y de cuya práctica surgieron todas las Constituciones y garantías modernas, entre ellas la sagrada regla del *double jeopardy* o *ne bis in idem*. En esos países, que son el símbolo de democracias ininterrumpidas desde hace siglos, el nuevo juicio derivado de un *hung jury* es visto como algo perfectamente legal y constitucional. ¿Por qué? ¿Cómo?

Los interrogantes surgen de nuevo a torrentes para los juristas del *civil law*, poco menos que sumidos en el desconcierto. Se trata de países con altísimos estándares de respeto a los derechos civiles y constitucionales; países extremadamente celosos de la libertad de sus conciudadanos; países que son los que diseñaron las Constituciones (desde la Carta Magna en 1215, el Bill of Rights de 1689, hasta la Declaración de Derechos de Virginia y su Constitución en 1776, etc). En definitiva, son países que ubicaron al *double jeopardy* y al juicio por jurados como garantías centrales de sus súbditos para impedir que se repitieran los padecimientos que sufrieron a manos de la Tiranía, en la época de los Estuardo. Si ninguno de esos países **consideró nunca un *double jeopardy* al nuevo juicio tras un *hung jury***, ¿dónde se ubica entonces la respuesta correcta a este interrogante? Es obvio que la hay, pero hay que investigarla

entre sus antecedentes doctrinarios, jurisprudenciales y constitucionales y es seguro que sus conclusiones no serán fáciles de digerir para un jurista formado en el *civil law*.<sup>764</sup>

Como primera medida, hagamos a un lado cualquier intento de visión maniquea o del tipo *blanco* o *negro*; nosotros tenemos razón, son ellos los que están equivocados. Sería un ejercicio petulante siquiera deslizar que tradiciones tan garantistas no advirtieron la cuestión, ya que, reiteramos, de estas tradiciones surgieron todas las protecciones y seguridades procesales. Ellas perfeccionaron, practicaron y desarrollaron el *double jeopardy* (*doble riesgo*), sus excepciones válidas y fueron ellas las que lograron su constitucionalización en el *Bill of Rights* de 1689 en Inglaterra tras la Revolución Gloriosa. Antes de eso, ejercitaron la prohibición de persecución penal múltiple desde la Conquista de los Normandos en 1066. El *double jeopardy* o *ne bis in idem* llegó a cristalizarse en norma constitucional tras una larguísima evolución en las Islas Británicas.

*Las doctrinas del autrefois acquit (absolución previa) y el autrefois convict (condena previa) persistieron como parte de la ley consuetudinaria (common law) desde el tiempo de la conquista Normanda en Inglaterra; eran consideradas como elementos esenciales para la protección de la libertad de sus súbditos y como respetuosas del debido proceso legal en el que debía haber un final para los procedimientos.*<sup>765</sup>

Parte del problema es que, si bien las tradiciones del *civil law* y del *common law* reconocen y respetan la prohibición de múltiple persecución penal (*double jeopardy* o *ne bis in idem*), hay notorias diferencias en el contexto en que se aplica. El *double jeopardy* es construido en derredor de la centralidad del juicio por jurados; del jurado como soberano popular dentro de la administración de justicia en cualquier fuero y, por eso, sus veredictos gozan de autoridad de cosa juzgada material. Los veredictos del jurado ostentan firmeza y tienen la característica de que le ponen un punto final al litigio. El acusador allí carece de recurso alguno para impugnar la absolución del jurado y sólo el condenado puede provocar un nuevo juicio. En cambio, en el *civil law*, que desconoce al jurado, el *ne bis in idem* gira en torno a la organización piramidal exclusiva de los jueces profesionales (jueces, camaristas, cortesanos). La sentencia del juez del juicio nunca es final; es siempre una propuesta provisional al Superior. Es un mero consejo, ayer al Rey Sol, hoy a la Corte o a los tribunales revisores “superiores” (o su

---

<sup>764</sup> Todo este tema más extensamente en HARFUCH, Andrés: “La firmeza (finalidad) del veredicto del jurado”, publicado en el libro del II Congreso Internacional de Juicio por Jurados, Facultad de Derecho, UBA, Editorial JUSBAIRES, octubre 2014, p. 85 y ss.

<sup>765</sup> BENÉT, Stephen Vincent: “A treatise on military law and the practice of courts-martial”, Ed. D. Van Nostrand, New York, 4ª Edición, 1864, p. 97.

latinismo *ad quem*). El riesgo para el acusado no termina cuando el juez dicta la sentencia al final de un juicio, aunque sea absolutoria. El riesgo (*jeopardy*) termina cuando se termina de recorrer el espinel entero de la organización judicial jerárquica; ergo, cuando la Corte Suprema dicta su fallo, sea a instancias del acusado o del fiscal en igualdad de condiciones. No sólo eso, las Cortes Supremas pueden revocar absoluciones y condenar y, si el fiscal lo provoca, pueden aumentar la pena de la condena inicial.

Desde esta notoria diferencia en su aplicación es que los juristas del *civil law* consideran erróneamente un *bis inidem* al nuevo juicio derivado de un jurado estancado. De nuevo: se juzga un instituto desconocido hasta ahora en nuestro derecho, como el *hung jury*, con los ojos de la cultura del *civil law* y de su proceso ante jueces profesionales; un procedimiento que no tiene la menor idea acerca de lo que es un juicio por jurados y la organización judicial (horizontal y colegiada) que lo sustenta. Aún así, los juristas del *civil law* no pueden dejar de admitir que su concepción tradicional del *ne bis inidem* también reconoce varias excepciones.<sup>766</sup> En el *common law* sucede exactamente lo mismo, y el *hung jury* es una de ellas.

En el *common law*, el principio del *double jeopardy* siempre reconoció pocas excepciones, algunas de reciente cuño, que la Corte Suprema de Justicia norteamericana agrupó luego bajo la denominación de la ***doctrina de la necesidad manifiesta***:

1) Un nuevo juicio era admisible si los *intereses de la justicia* lo exigían, tras una apelación contra la condena efectuada por el propio acusado. Esta doctrina es hoy la base de las disposiciones recursivas de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, únicamente en cabeza del condenado. Dentro del concepto “*intereses de la justicia*” está la revisión de todo: las pruebas, los hechos y el derecho.

2) Durante un tiempo, el fiscal del *common law* inglés pudo apelar las “*absoluciones corrompidas*”, si comprobaba fehacientemente que el veredicto de no culpabilidad había sido obtenido mediante soborno o intimidación a los jurados. Esta norma pasó al jurado de la provincia de Neuquén, Chaco y Río Negro en Argentina, pero nunca se admitió en Estados Unidos ni tampoco se la aplica ya en Inglaterra.<sup>767</sup> Hay muchos otros correctivos antes de emitirse el veredicto para superar esta situación. Pero un nuevo juicio en esa situación era otra excepción válida a la cláusula del *ne bis inidem*.

---

<sup>766</sup> Por todos, cfr MAIER, Julio: “*Fundamentos*”, op. cit., p. 623 y ss.

<sup>767</sup> En Argentina, la ley de jurado clásico de la provincia de Buenos Aires tampoco lo permite.

3) Por ser Estados Unidos un país federal, exactamente igual que la Argentina, si un mismo hecho es constitutivo de dos delitos distintos (uno federal y otro común), se deben celebrar dos juicios: uno ante la justicia federal y otro ante el juez local, sin que por ello haya violación a la regla.

4) El nuevo juicio tras un *hung jury* siempre fue considerado otra excepción válida al *double jeopardy*. En todos los países del *common law* desde siempre está entendido que un jurado estancado -que no llega a la unanimidad y bajo el estricto requisito temporal de haber deliberado infructuosamente durante un lapso racional- implica la anulación del juicio (*mistrial*) y cabe la posibilidad de un nuevo juicio con otro jurado. Esa posibilidad depende de la voluntad del acusador; no es un resultado automático. Toda la práctica y la jurisprudencia -desde hace siglos- entienden que el *ne bis in idem* no se ve afectado en esos casos **porque no hubo un veredicto**. Por ende, al no existir conclusión ni decisión definitiva, el riesgo original no se ve todavía agotado. El nuevo juicio como consecuencia de un jurado estancado es una de las excepciones válidas -desde hace centurias en el *common law*- a la garantía constitucional de *ne bis in idem*. Más aún: el *common law* realizó desde 1367 un nuevo juicio cuando el jurado no llegaba a un veredicto unánime. Nunca lo consideraron un *bis in idem*.

En su más reciente fallo sobre la cuestión, la Corte Suprema de Estados Unidos lo explicó con toda claridad:

*“La protección de la Cláusula Constitucional del Double Jeopardy sólo es aplicable, según sus propios términos, cuando ha existido algún evento, como por ejemplo una absolución, que termina con el riesgo original. Ni el fracaso del jurado para llegar a un veredicto, ni la declaración de nulidad del juicio por causa del jurado estancado (hung jury) son circunstancias que terminan con el riesgo original. Al igual que el imputado, la fiscalía tiene derecho a que el caso sea decidido por un jurado.”*<sup>768</sup>

Lo que la Corte dice aquí es que es un error considerar que un jurado estancado (*hung jury*) sea equivalente a una absolución; su repaso histórico del tema a lo largo de los siglos XIX y XX es el siguiente:

*Los fallos jurisprudenciales que sostienen que un nuevo juicio, tras un jurado estancado, no vulnera la garantía de ne bis in idem o double jeopardy tienen sus propias fuentes y lógica. Se viene sosteniendo desde hace 160 años, desde la opinión del Juez Story en US v. Perez, 9 Wheat. 579 (1824), que el fracaso del jurado para ponerse de acuerdo en un veredicto*

---

<sup>768</sup> Fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos “*Richardson v. Estados Unidos*”, 468 EE.UU. 317 (1984) 468 U.S. 317.

unánime es un caso de **“necesidad manifiesta”**, que le permite al juez del juicio concluir el primer juicio y enjuiciar nuevamente al acusado, porque “de otro modo los fines de la justicia pública se verían derrotados”.<sup>769</sup>

Hemos adherido constantemente a la postura de que un nuevo juicio tras un “hung jury” (jurado estancado) no viola la cláusula del *double jeopardy*. *Logan v. US*, 144 U.S. 263, 297 -298 (1892). Explicamos los argumentos de esta conclusión en *Arizona v. Washington*, 434 EE.UU. 497 (1978), donde dijimos:

*“Sin excepción, las cortes han sostenido que el juez del juicio puede disolver un jurado genuinamente estancado y requerir que el acusado enfrente un segundo juicio. Esta regla reivindica el interés de la sociedad en dar a la fiscalía una oportunidad completa de condenar a quienes han violado sus leyes. Hace treinta y cinco años dijimos en Wade v. Hunter, 336 U.S. 684, 688 -689 (1949):*

*“La Cláusula de Double Jeopardy de la 5ª Enmienda no significa, sin embargo, que cada vez que un acusado sea sometido a juicio ante un tribunal competente tenga derecho a ser absuelto si el juicio fracasa en llegar a su fin mediante una sentencia definitiva. Esa regla crearía un obstáculo insalvable para la administración de justicia en muchos casos en donde no hay ni siquiera resabios de las prácticas opresivas contra las cuales, se supone, apunta la prohibición del double jeopardy. Podrían aparecer circunstancias imprevisibles durante el juicio que hagan imposible su compleción como, por ejemplo, el fracaso de un jurado para llegar a un acuerdo en un veredicto. En ese caso, el propósito de la ley de proteger a la sociedad de los culpables de crímenes se vería frustrado si se les negara a las cortes el poder de someter al acusado a un nuevo juicio... Lo dicho hasta aquí es suficiente para demostrar que el invaluable derecho del acusado a que su juicio sea completado ante un tribunal específico debe, en algunos casos, estar subordinado al interés público en que haya juicios justos diseñados para que terminen en sentencias justas.”<sup>770</sup>*

Es grande la cantidad de artículos académicos que han estudiado a fondo las implicancias del nuevo juicio sobre la cláusula del *double jeopardy*. También han esclarecido acerca de qué quiere decir **“necesidad manifiesta”** justificante de un nuevo juicio.<sup>771</sup> Todos ellos se hacen cargo de dos cuestiones fundamentales: el primero, que se trata de poquísimos casos (dos de cien) y, segundo, de las graves consecuencias que

---

<sup>769</sup> En 1824, el Juez Story redactó el voto unánime de la Corte Suprema in re *United States v. Pérez*, convalidando que un acusado puede ser re-juzgado tras un jurado estancado. Lo único que hizo fue reconocer una práctica inalterada de siglos en el *common law*, hasta el día de hoy.

<sup>770</sup> Fallo *Richardson vs Estados Unidos*, op cit.

<sup>771</sup> No sólo el jurado estancado es un caso de *necesidad manifiesta* que autoriza un nuevo juicio. Otros casos de *necesidad manifiesta* que permiten repetir el juicio sin violación a la garantía de *ne bis in idem* son, por ejemplo, la muerte del juez del debate en pleno juicio o de un jurado en plena deliberación (*United States v. Holley*, 986 F.2d 100, 104 (5th Cir. 1993); una inundación, terremoto, incendio o cualquier otra circunstancia que impida seguir con el debate, todas previstas en las leyes de jurado de Argentina (Ley 7661 de Chaco, art 78); el procesamiento del juez en pleno juicio (*United States v. Jaramillo*, 745 F.2d 1245 (9th Cir. 1984).

tendría sobre el sistema de justicia asimilar un *hung jury* a una absolución. Ningún jurista del *civil law* puede dejar de reflexionar sobre estos escenarios.

Existen múltiples razones para esta “*necesidad manifiesta*” del nuevo juicio por jurado estancado, como excepción válida a la regla del *ne bis in idem*:

1. Le impondría a la sociedad y a la fiscalía una gran dificultad en aquellas circunstancias en que solo uno o dos jurados intransigentes o recalcitrantes impidan o bloqueen adrede la unanimidad.

2. Alteraría la igualdad de armas del sistema adversarial. El fiscal debe convencer unánimemente a doce jurados para obtener la condena. La defensa **también** debe convencer unánimemente a los doce jurados si quiere obtener la absolución. Asimilar el jurado estancado a la absolución es invitar a la defensa -con poco o ningún riesgo para sí- a ir directamente a buscar un jurado estancado. O sea, de convencer sólo a un jurado y no a los doce. Lo máximo que puede obtener la defensa ante un jurado estancado es un nuevo juicio; jamás una absolución.

3. Haría caer el requisito de la unanimidad y sus inestimables ventajas.<sup>772</sup> Sin la posibilidad de un nuevo juicio, es imposible que haya sobrevivido el requisito de la unanimidad que, como vimos, se sitúa en un 98% de los casos, sea para absolver o para condenar.

Hasta aquí la jurisprudencia. Veamos lo que sostiene la doctrina anglosajona y portorriqueña, con sus máximos teóricos e investigadores a la cabeza.

*“Desde una perspectiva legal, el estancamiento del jurado es algo semejante a un no-evento. No tiene ningún impacto oficial en la disposición del caso. Por el contrario, es visto como un pequeño traspié administrativo en el sistema de justicia que provoca que los participantes del juicio -jueces, abogados y litigantes- empiecen otra vez ante un nuevo jurado como si el anterior juicio jamás hubiera tenido lugar. Es una cuestión constitucionalmente establecida que el double jeopardy no se aplica a los casos en que un juicio fue anulado a causa del estancamiento del jurado. Lo mismo ocurre cuando el jurado se estanca en uno o más de los múltiples cargos o acusados juzgados ante un mismo jurado. No hay establecido límite alguno en el número de veces en que un acusador pueda rejuzgar el caso tras un hung jury, a pesar de que numerosas cortes han sostenido que la garantía del debido proceso sustancial prohíbe un ilimitado número de*

---

<sup>772</sup> Por todos, cfr. BERCH, Michael & BERCH, Rebecca: “*The Power of the Judiciary to Dismiss Criminal Charges after Several Hung Juries: A Proposed Rule to Control Judicial Discretion*”, 30 Loy. L.A. L. Rev. 535 (1997). Los autores investigaron en este excepcional artículo que no es en la regla del *double jeopardy* en donde debe buscarse la forma de impedir **repetidos juicios ante jurados estancados**. Ella debe surgir del poder de los jueces para impedir maniobras abusivas de los acusadores para frustrar eventuales veredictos contrarios a sus intereses. La regulación del jurado estancado en la Argentina, afortunadamente, se ha visto librado de este lastre. El nuevo juicio sólo puede hacerse una sola vez. Si se vuelve a estancar, el juez debe absolver.



*nuevos juicios*”.<sup>773</sup>

Esto llevó a que algunos juristas del *civil law* -entre los que me encontraba antes de investigar el tema en profundidad en los Estados Unidos-hayan admitido que, si bien es correcto que al no haber veredicto -y, por ende, un final al juicio- sea impropio hablar de una violación a la garantía de *ne bis in idem*, la solución del jurado estancado planteaba problemas con el viejo instituto romano-medieval del *non liquet*. El *non liquet* era una de las formas anormales de terminación del proceso: ante una paridad de elementos de cargo y de descargo que dejara indefinido al juzgador de los hechos, el proceso recomenzaba para ver si era posible quebrar la indecisión. Como bien enseña Julio Maier, el *non liquet*, la *poena extraordinaria* y la *absolutio ab instantia* fueron erradicadas por aplicación moderna del principio *in dubio pro reo*. Cuando no se alcanza la certeza absoluta, hay que absolver.<sup>774</sup>

Pero el *hung jury*, por su infrecuencia, es considerado una excepción válida a todas estas cuestiones. El asunto es que no se alcanzó la unanimidad, tanto sea para condenar como para absolver. Eso es lo que llevó a Edmundo Hendler, el único de los juradistas argentinos que jamás cayó en la confusión de asimilar el *hung jury* a un *bis in idem* o a un *non liquet*, a sostener que el *non liquet* no tiene mucho que ver con este problema.

*“Lo criticable del empleo del non liquet es que era una fórmula empleada por los jueces medievales de la Europa continental para desentenderse y dejar flotando la sospecha. En el caso de los jurados estancados, las investigaciones estadísticas comprueban que, además de ser un porcentaje que no preocupa, ocurre en casos en que hay verdaderamente situaciones dudosas o discutibles; es decir no se trata de ningún capricho. En mi opinión personal el horror al non liquet concuerda con la idea dogmática de que hay una única verdad. Y a mi no me parece nada mal que se reconozca la incertidumbre”.*<sup>775</sup>

En apoyo de este lúcido pensamiento, cualquiera podría pensar que el jurado estancado es un instituto típico del jurado y que es imposible en la justicia profesional. Esto es parcialmente cierto. Cuando el juicio no se desarrolla ante un jurado, el juez debería tener sólo dos chances: o absuelve o condena, sin ninguna otra alternativa parecida a los viejos institutos del *non liquet* o la *absolutio ab instantia* de la época romana y de la Europa medieval. Sabemos que ambos permitían indefinir el pleito por

---

<sup>773</sup> HANNAFORD-AGOR y otros: “*Are hung juries a problem?...*”, op cit., p. 5.

<sup>774</sup> MAIER, Julio: “*Fundamentos*”, op. cit., p. 238, 358.

<sup>775</sup> BINDER, Alberto & HARFUCH, Andrés (directores). “*Fallos y Sentencias de.....*”, op. cit., 2016.

debilidad probatoria y renovar la persecución. Sin embargo, ¿qué deberíamos decir de los jueces profesionales que emplean la nulidad para hacer el juicio de nuevo, y hasta varias veces con apelación fiscal múltiple incluida? ¿No son estos, acaso, escenarios similares a los juicios repetidos del *hung jury* en un juicio por jurados? ¿Es tan desconocida la cuestión, sinceramente, entre nosotros?

La *doctrina de lanecesidad manifiesta* tiene ciertos requisitos para cuando se aplica a un jurado estancado. Uno de ellos es muy importante: el jurado sólo puede considerarse válidamente estancado cuando haya transcurrido un tiempo racional de deliberación. Dicho lapso será analizado caso por caso, dependiendo del delito, de la complejidad, de la cantidad de cargos y acusados, etc. Es fundamental el diálogo y la consulta entre el juez y las partes. Por lo general, la deliberación nunca será menor a las dos horas. Bajo estos requisitos, el nuevo juicio es constitucional. Pero han habido casos en donde el jurado fue disuelto prematuramente por el juez -cuando todavía tenían chances de llegar a un veredicto unánime- y en donde las cortes reviosoras fulminaron correctamente al nuevo juicio resultante como un *bis inidem*. Claro ejemplo de esto lo da el precedente del Superior Tribunal de Justicia de Puerto Rico *in re "Lugo vs Tribunal Superior"* (1970), que sostuvo lo siguiente:

*"Cuando el juez disuelve prematuramente al jurado sin necesidad manifiesta alguna, el acusado tiene la defensa de la doble exposición ante un proceso posterior".*<sup>776</sup>

Fuera de estos casos, se considera que un jurado estancado que no puede llegar a un veredicto unánime tras un lapso racional de deliberación constituye una *necesidad manifiesta* que justifica la reanudación del juicio inconcluso ante otro jurado, sin activarse la protección contra la doble exposición. En síntesis, un jurado estancado tras un lapso racional de deliberación es una de las excepciones válidas al *ne bis inidem*.

Pero el propio Superior Tribunal de Justicia de Puerto Rico *in re "Plard Fagundo v. Tribunal Superior"* (1973) sostuvo que hay múltiple persecución penal si el nuevo juicio también se estanca, conforme lo legisló correctamente la Provincia de Buenos Aires y el Chaco.

*"Cuando el jurado no puede ponerse de acuerdo en el primer juicio no hay*

---

<sup>776</sup> 99 D.P.R. 244 (1970). El caso fue que el jurado volvió al recinto tras 17 minutos de deliberación, informándole al juez que estaban divididos, que no podían ponerse de acuerdo y que estaban en 7 a 5 a favor de la absolución. El juez declaró estancado al jurado cuando, como es lógico, debió seguir varios de los cursos de acción disponibles (reapertura del debate, nuevas instrucciones, nuevos alegatos, etc).

*impedimento constitucional para un segundo juicio, pero si en ese segundo juicio el jurado tampoco puede ponerse de acuerdo, la disolución de la Regla 144(c) será con impedimento para un tercer juicio. Una tercera exposición por motivo de no haberse puesto de acuerdo el jurado en los dos procesos anteriores violenta la garantía constitucional”.*<sup>777</sup>

### **§ 8. Veredictos mayoritarios. Un remedio erróneo para evitar el jurado estancado.**

El veredicto mayoritario es un fenómeno marginal en el mundo del jurado clásico penal del *common law*.<sup>778</sup> La regla es siempre la unanimidad y el veredicto mayoritario se admite sólo por excepción. Por más que la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos haya dictaminado en 1972 que la unanimidad no era un requisito constitucional -y que, por lo tanto, los veredictos mayoritarios son legítimos- sólo 2 de sus 51 Estados han adoptado los veredictos mayoritarios y nada más que para casos medianamente graves. Los crímenes se juzgan todos por unanimidad. En Canadá, el veredicto es unánime. En Inglaterra y el Commonwealth, que aceptan veredictos súper mayoritarios de diez votos cuando no se obtenga la unanimidad tras un lapso racional de deliberación, la regla del veredicto unánime sigue cumpliéndose en la abrumadora mayoría de los casos. Irlanda sigue la misma regla que el Commonwealth (veredicto unánime y, tras un lapso considerable, se aceptan veredictos súper mayoritarios de 11-1 o 10-2). De los países con tradición juradista, sólo Escocia y Puerto Rico tienen un veredicto mayoritario. En el caso escocés, sin embargo, para condenar se necesitan como mínimo ocho votos. De otra manera, se debe absolver, pero...el panel de jurados no es de doce, sino de quince miembros. A pesar de esa regla, en Escocia, es muy alto el número de veredictos unánimes, aún con quince jurados. Puerto Rico es el único país que considera válido cualquier veredicto -de absolución o condena- cuando se reúnan nueve votos y permite estancar al jurado una sola vez.

Sin embargo, en el resto del mundo, especialmente en el *civil law*, el derrotero de la unanimidad no fue tan sencillo. Los franceses adoptaron el *jury trial* inglés sin unanimidad en 1791. Bastaban siete de los doce votos para dictar un veredicto de culpabilidad. Más allá que hoy Rusia y la República de Georgia exigen la misma solución inglesa (veredicto unánime o un veredicto súper mayoritario tras un lapso

---

<sup>777</sup> 101 D.P.R. 444, 452 (1973).

<sup>778</sup> El jurado civil, en cambio, acepta con más frecuencia los veredictos súper-mayoritarios (en jurados de doce, diez votos; en jurados de seis, cinco votos), aunque la regla siga siendo la unanimidad y aunque ella se consiga en abrumadora mayoría de casos.

considerable de deliberación), la mayoría de los países europeo- continentales con jurado clásico nunca pudieron asimilar del todo la unanimidad. Carrara criticó con extrema dureza el abandono de la unanimidad en Europa continental, al punto de sostener que sin la unanimidad no tiene sentido la deliberación del jurado.<sup>779</sup> Argentina y sus provincias, en cambio, van firmemente encaminadas a adoptar la unanimidad y un nuevo juicio por jurado estancado una sola vez, en una clara ruptura con la cultura imperante en el *civil law* y en una sólida afirmación del estándar probatorio más allá de duda razonable. La práctica es incontestable: los jurados argentinos alcanzan la unanimidad en la casi totalidad de los casos, aún donde ella legalmente no es exigible.<sup>780</sup>

Hasta la fecha de ser escritas estas líneas, no hubo un solo jurado estancado hasta el momento en la provincia de Buenos Aires. Al parecer, los jurados argentinos se comportan del mismo modo que sus pares del *common law*.

#### A. Los fallos *Apodaca vs Oregon* y *Johnson vs Louisiana*.

Pocas veces en la historia del *common law* se dio un debate de tanta virulencia como el que enfrentó ásperamente a dos secciones enteras de la Corte norteamericana al discutir si la unanimidad del veredicto del jurado era un requisito constitucional o no.<sup>781</sup> No sólo eso. Pocas veces discutieron tan a fondo cuál era el contenido **real** del estándar de certeza más allá de duda razonable. Es lógico: la unanimidad del veredicto jamás había sido cuestionada antes y, de repente, cobró toda su dimensión el inescindible

---

<sup>779</sup> CARRARA, Francisco: “*Programma...*”, op.cit., p. 482 y 483: “*Los franceses fingieron que trasplantaban al Sena el jurado del Támesis, pero la unanimidad quisieron reemplazarla nuestros vecinos por la mayoría...luego se copió en Italia, al pie de la letra, el sistema mutilado de Francia...se mantuvo la deliberación en común, racional y hasta necesariamente prescrita para los jurados norteamericanos e ingleses, sin tener en cuenta que suprimida la condición de la unanimidad, ya no tienen razón de ser las deliberaciones en cuerpo colegiado. Antes bien, tienen motivos en contra.*”

<sup>780</sup> La provincia de Neuquén, la primera con jurado clásico de Argentina y de toda Sudamérica, consagró un jurado de doce con veredicto mayoritario (ocho votos como mínimo para condenar. Sino, absolución). Buenos Aires, la segunda provincia con jurado clásico, pateó el tablero e instituyó un veredicto unánime para la condena con jurado estancado y sólo un nuevo juicio para los delitos con pena máxima. Para el resto de los delitos, sorprendentemente, adoptó un veredicto súper mayoritario de condena de 10-2. Chaco y Río Negro adoptaron la unanimidad, tanto para absolver como para condenar. Chaco emplea el jurado estancado y Río Negro sigue algo parecido a la solución inglesa, sin jurado estancado.

<sup>781</sup> ABRAMSON, J: “*We, the jury...*”, op. cit, p. 186: “*En realidad, no hubo opinión mayoritaria alguna ni en los casos Apodaca o Johnson. Un grupo de cuatro jueces fallaron que la 6ª Enmienda no protegía los veredictos unánimes, vgr Apodaca vs Oregon, 406 U.S. At 404-11 (opinión del Juez White). Otro grupo de cuatro llegó a la conclusión exactamente opuesta; idem at 414-415 (Juez Stewart, disintiendo). El Juez Powell, en una opinión separada, sostuvo que la Enmienda exigía veredictos unánimes en el orden federal -no así en los Estados locales- por razones históricas. Fue así que proveyó el crucial quinto voto para la decisión actual de los casos en que la Constitución no exige que los Estados locales sigan la tradición de que los veredictos sean unánimes. Johnson v Louisiana, 406 U.S. At 369-78 (opinión del Juez Powell).*”

vínculo que existe entre la unanimidad y el grado de certeza probatoria exigido para condenar.

Ambos bandos se profirieron mutuamente epítetos tales como “*inquisitivos*”, por un lado, o, por el otro, exageraciones del estilo que “*la unanimidad es un accidente histórico carente de estatura constitucional*”. Dos años antes, como hemos visto en *Williams vs Florida* (1970), una mayoría de la Corte alteró otra tradición de cientos de años al admitir jurados de seis miembros. Quiere decir que, en el lapso de tan sólo dos fatídicos años (1970-1972), la Corte norteamericana metió mano en dos tótems sagrados del juicio por jurados, inalterables durante seis siglos: el número de doce y la unanimidad del veredicto.<sup>782</sup>

Afortunadamente, a ningún otro país del *common law* se le ocurrió seguir este insólito criterio de la Corte estadounidense, tan criticado por todos sus abogados, profesores y académicos. En ninguno de esos países se admite un jurado de menos de doce miembros en materia penal.<sup>783</sup> Afortunadamente, también, y a pesar de que en *Apodaca* y *Johnson* la Corte despojó a la unanimidad de su protección constitucional por sólo un voto de los cinco jueces conservadores, la regla de unanimidad se mantuvo inalterable en todos los Estados, salvo Oregon y Louisiana y sólo para delitos menores.<sup>784</sup>

Pero, en relación al veredicto unánime, la alarma ya había sonado cinco años antes en Inglaterra. Inglaterra admitió atropelladamente en 1967 la posibilidad de aceptar veredictos válidos súper mayoritarios de 10:2, tras seis siglos ininterrumpidos de veredictos unánimes. La regla de unanimidad sigue plenamente vigente en la patria del jurado pero, cuando ella no se consiga en un plazo racional de deliberación, el juez puede aceptar veredictos mayoritarios de diez o más votos, sea para absolver o condenar. De no ser así, se puede ir a un nuevo juicio por jurado estancado.

Estos dos precedentes de la Corte norteamericana sitúan la discusión en un punto importantísimo: los veredictos mayoritarios ¿relajan el estándar de certeza probatoria y,

---

<sup>782</sup> Igualmente, para no exagerar la discusión, en los delitos criminales en todo Estados Unidos sólo se admiten jurados de doce y veredictos unánimes, sea en el orden federal o estadual. Las excepciones de jurados de seis y veredictos mayoritarios se aplican nada más que en tres Estados (Florida, Oregon y Louisiana) y sólo en casos de delitos de mediana gravedad (felonies). El ataque mayor fue en el jurado civil: allí sí el tamaño del jurado y el número de votos fueron sensiblemente afectados, por más que, a nivel federal y por exigencia de la 7ª Enmienda, se exija la unanimidad.

<sup>783</sup> La única excepción es Hong-Kong, que tiene un jurado clásico con siete miembros.

<sup>784</sup> No sólo eso, sino que se consolidó y se extendió allende los mares. Hoy, Rusia, Georgia y las provincias de Chaco, Río Negro y Buenos Aires en Argentina (que nuclea a medio país) han adoptado veredictos unánimes.

con ello, afectan la presunción de inocencia? La unanimidad, en cambio, es vista por los jueces liberales de la Corte como la más elevada expresión del cumplimiento de un estándar de prueba lo más cercano posible a la certeza absoluta. ¿Cuál es el sentido de cambiarla si los jurados llegan a veredictos unánimes en el 96 o 98% de los casos?

Los votos de la minoría de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en *Williams* y en *Apodaca/Johnson* parten de una base argumental de mucha fuerza: para alterar el número de doce jurados, el veredicto unánime y el estándar de duda razonable (presunción de inocencia), hay que reformar la Constitución, por más que estos tres institutos no figuren expresamente en la misma. Las tres son garantías constitucionales no enumeradas que ninguna Corte puede cambiar con un fallo.<sup>785</sup>

La unanimidad no puede ser reducida a una simple regla numérica. Ella expresa la inexistencia de la prueba más allá de duda razonable en el caso concreto y por eso se justifica un nuevo juicio en los excepcionales casos en los que no se obtiene. Unanimidad y prueba más allá de duda razonable no son sinónimos, pero ambos son exigencias de las garantías del debido proceso y de la inocencia, respectivamente, tal como afirma el juez Douglas:

*“Mientras la normativa, a primera vista, aparentemente parece ser neutral, el uso del jurado no unánime afecta el proceso de determinación de la verdad en contra del acusado. Por lo tanto, así damos otro paso más que nos aleja del sistema acusatorio del cual nos hemos orgullosamente jactado.*

*Es mi creencia que un jurado unánime es necesario si la gran barricada conocida como “la prueba más allá de toda duda razonable” pretende ser mantenida. No se trata de equiparar el estándar de la prueba más allá de una duda razonable con la exigencia de un jurado unánime. Eso sería analíticamente falaz, ya que un jurado estancado no impide llevar a cabo, a diferencia del non bis in idem, un nuevo juicio por el mismo delito.... **Sin embargo, uno es necesario para una adecuada efectivización del otro.***

*Supongamos que un jurado comienza con una minoría importante, pero luego, en el proceso de deliberación, un número suficiente cambia para lograr los 9/3 o 10/2 jurados necesarios para un veredicto. ¿No persiste allí una duda acerca de dicho veredicto? ¿No está claro que la salvaguardia del*

---

<sup>785</sup> Fallo *Johnson*, voto del juez Douglas: “La Constitución no hace mención respecto de jurados unánimes, tampoco menciona la presunción de inocencia, ni dice que la culpabilidad debe ser probada más allá de una duda razonable en todos los casos penales. Sin embargo, es prácticamente inconcebible que alguien hubiera cuestionado si la prueba más allá de toda duda razonable, fuese de hecho, un estándar probatorio constitucional. En efecto, cuando un caso así, finalmente fue tratado, tuvimos pocas dificultades para deshacernos de la cuestión. In re *Winship*, 397 U. S. 358, 397 U. S. 364 .”

Fallo *Apodaca*, voto del juez Douglas: “Los requisitos de una decisión unánime del jurado en las causas penales y la prueba más allá de una duda razonable están tan arraigados en nuestro derecho constitucional, se relacionan de manera tan directa a todos los ciudadanos, y son murallas tan importantes de la libertad que, si han de ser cambiados, dichos cambios deben introducirse mediante una enmienda constitucional.

*requisito de unanimidad opera en este contexto para que sea mucho más probable que la culpa sea establecida más allá de toda duda razonable?*<sup>786</sup>

El voto de la mayoría, por el contrario, buscó correr el eje de la adecuación constitucional y centrarse en la necesidad de evitar el *hung jury* y en cuestiones funcionales: aún con seis miembros y con veredictos no unánimes, el jurado continúa cumpliendo su función tradicionalmente garantista de interponerse como una valla entre el Estado y el acusado individual para evitar la opresión gubernamental. Así surge claro del quinto voto del juez White.<sup>787</sup>

Parte de la justificación del Juez White es que el veredicto mayoritario ayuda efectivamente a reducir las tasa del jurado estancado a la mitad. Pero, tal como lo hemos planteado antes, eleva el número de condenas. El juez Douglas no escatima adjetivos para hacerlo notar. Gracias a sus veredictos mayoritarios, los fiscales de Louisiana y Oregon ganan el 44% de las condenas ante un *hung jury* y el acusado sólo 12%.<sup>788</sup>

Claro que, en aras de la justificación funcional, la minoría incurrió en graves errores de adecuación constitucional. La más fuerte de todas, señalada corrosivamente por el voto del juez Douglas, es que la unanimidad queda como una garantía constitucional en el orden federal por disposición de la 6ª Enmienda, pero...no sería una garantía de similar aplicación a los Estados locales.

*“El resultado de las decisiones de hoy es anómalo: aunque los veredictos unánimes del jurado no son necesarios en los juicios estaduales, estos son constitucionalmente exigidos en juicios federales. ¿Cómo puede ser esto posible, cuando ambas decisiones derivan de la 6ª Enmienda?  
Hemos sostenido de forma unánime en el año 1948 que el Bill of Rights (la*

---

<sup>786</sup> Fallo *Apodaca*, voto del juez Douglas: “Hoy la Corte aprueba el veredicto de nueve contra tres. ¿Acaso la Corte suavizaría aún más el requisito de duda razonable recurriendo a un veredicto de culpabilidad de ocho contra cuatro jurados, o incluso una regla de alcanzar sólo la mayoría simple? Por otra parte, a la luz de las afirmaciones de hoy y las de *Williams contra Florida*, en el futuro, ¿habría que invalidar condenas de tres a dos o incluso dos a uno? Acaso el siguiente paso será la eliminación de la presunción de inocencia?”

<sup>787</sup> El juez White opinó que la Corte no percibió ninguna diferencia entre la capacidad del jurado unánime o mayoritario para lograr las importantes funciones del juicio por jurados. Como prueba en apoyo de esta equivalencia funcional, el juez White citó nada menos que a Kalven & Zeisel y a su libro *The American Jury*: “El más completo estudio estadístico sobre la conducta del jurado ha llegado a la conclusión de que, cuando a los jurados se les exige la unanimidad, la probabilidad de que una minoría por la inocencia estancará al jurado es casi tan grande como que la minoría por la condena también lo vaya a estancar”. Ver HANS, Valerie y otros: “*The Hung Jury: The American Jury’s Insights and Contemporary Understanding*”, op cit, 2003, p. 6.

<sup>788</sup> Voto del juez Douglas en *Johnson*: “Por lo tanto, mediante la eliminación de estos jurados estancados, Louisiana gana 44 casos por cada 12 que pierde, obteniendo de esta banda de resultados una ratio de condenas sustancialmente más favorable (3,67 a 1) que el ratio de los jurados unánimes; de ligeramente menos de dos sentencias condenatorias por cada absolución. H. Kalven y H. Zeisel, *El Jurado Americano* 461, 488 (Tabla 139) (1966). Mediante la eliminación de los casos de uno y dos jurados disidentes, a Oregon le va aún mejor; ganando 4,25 % de las condenas por cada absolución

*Declaración de Derechos) exige un veredicto unánime del jurado: "Se requiere la unanimidad en los veredictos del jurado, donde la 6ª y 7ª Enmiendas se aplican. En los casos penales, este requisito de unanimidad se extiende a todas las cuestiones, tipo, o grado del delito, su culpabilidad y su pena, que son dejados al jurado. Un veredicto encarna en un solo hallazgo las conclusiones alcanzadas por el jurado sobre todas las cuestiones planteadas". Andrés vs los Estados Unidos, 333 EE.UU. 333 en EE.UU. 748.*

*Tras las decisiones de hoy, los bienes de un hombre sólo pueden ser sustraídos por un voto unánime del jurado, sin embargo, este puede ser privado de su libertad en virtud de un estándar menor. ¿Cómo puede ese resultado cuadrar con la ley de nuestra tierra, tal como se expresa en los asentados y tradicionales requisitos de debido proceso?*

*De acuerdo con la Regla 31 (a) de las Reglas Federales de Procedimiento Penal, "El veredicto deberá ser unánime". Esa regla fue hecha por esta Corte con la anuencia del Congreso, de conformidad con el art 18 USC § 3771. Después de hoy, un veredicto unánime se requerirá en un proceso federal, pero no en uno estadual. Sin embargo, la fuente del derecho en ambos casos es la 6ª Enmienda. No logro ver cuál es la razón para que podemos mantener estas posiciones duales e inconsistentes.*

*La prueba más allá de toda duda razonable, la unanimidad de los veredictos penales y la presunción de inocencia son características fundamentales del sistema acusatorio. Lo que hacemos hoy no se encuentra dentro de dicha tradición, sino más bien en la del sistema inquisitivo. Hasta que nuevas enmiendas se aprueben estableciendo otras normas, yo no permitiré que ningún hombre sea multado o encarcelado en derogación de lo que hasta hoy ha sido, indiscutiblemente, la ley de nuestra tierra.<sup>789</sup>*

Como sea, la oposición a relajar la regla de la unanimidad fue tan fuerte que ningún Estado norteamericano la cambió desde 1972 hasta la fecha y empezó a expandirse hacia otros países del *civil law*, entre ellos la Argentina.

### **B. Ventajas y desventajas del veredicto mayoritario.**

La única ventaja palpable que tiene el veredicto mayoritario es que reduce en un 40% la tasa del jurado estancado, ya de por sí muy baja, y sólo en aquellos casos en que haya uno o dos jurados disidentes.<sup>790</sup> Pero lo hace a un costo social muy difícil de asumir, como es el de aumentar el margen de error a condenar a inocentes o a absolver culpables **en base a una ínfima reducción presupuestaria.**<sup>791</sup> Más allá de eso,

---

<sup>789</sup> Fallo *Johnson vs Louisiana* 1972, op. cit.

<sup>790</sup> KALVEN & ZEISEL: "The American Jury", op cit., p. 461.

<sup>791</sup> LARSEN, Joan: "Ancient Juries...", op. cit., p. 1001: "A pesar de que la Corte Suprema ha bendecido a los jurados de seis miembros y a los veredictos no unánimes, medido a escala nacional, **ninguna de esas dos decisiones ha tenido un gran impacto. La vasta mayoría de los Estados conservan el jurado unánime de doce personas para condenar en delitos graves. En el imaginario estadounidense, definido de manera amplia, los jurados siguen siendo doce y su veredicto debe alcanzar la unanimidad. Un puñado de dólares o centavos que se ahorran, cálculos presupuestarios o intereses particulares de aquellos tres Estados que decidieron ir por otro camino pueden todavía persuadir a la Corte de que sus**



prácticamente la mayoría de los teóricos del jurado destacan que las desventajas del veredicto mayoritario son notorias y que no se justifica en absoluto abandonar la regla de la unanimidad para reducir las tasas de jurados estancados.<sup>792</sup>

Los jurados mayoritarios deliberan menos tiempo y, por lo general, suspenden la deliberación cuando alcanzaron los votos suficientes. Esto causa no poco fastidio en los jurados minoritarios y es un desaliento para la participación ciudadana.<sup>793</sup> Casi todas sus deliberaciones son del estilo *orientadas hacia el veredicto*. Como bien sintetiza Abramson, “los jurados que operan bajo la regla de unanimidad se esfuerzan por comprender la prueba y aplicar las instrucciones del juez; los jurados a los que no se les exige la unanimidad se esfuerzan por un suficiente número de votos”.<sup>794</sup>

Esto es lo que llevó a los investigadores y académicos a recomendar con énfasis **no adoptar los veredictos mayoritarios** para combatir el estancamiento del jurado. El abandono de la unanimidad afecta de maneras impensadas y no queridas el proceso deliberativo del jurado. Existen fuertes evidencias empíricas para esta afirmación. La más fuerte de todas es la recogida por los trabajos de Kalven & Zeisel en los años '50 y por el estudio del NCSC en 2000. Allí se detectó que existe un 10% de casos parecidos al film *12 Hombres en Pugna*; es decir, casos en que las primeras votaciones arrojan una mayoría de 10 a 2 o de 11 a 1 a favor de la condena o de la absolución y, sin embargo, el resultado se da vuelta. La exigencia de la unanimidad logró revertir esas decisiones. Sin la regla de la unanimidad, el jovencito del inmortal film de Sydney Lumet hubiera

---

*sentencias deban mantenerse, pero nada fuera de la doctrina formal -no existe ninguna expectativa constitucional- se alza como un obstáculo para que puedan ser perfectamente derogadas.”*

<sup>792</sup> BABCOCK, Barbara (1997): defensora acérrima en mantener la norma de unanimidad, cree que las propuestas para suprimir el requisito de unanimidad es la reacción a veredictos recientes impopulares (por ejemplo, O.J. Simpson, Rodney King, los hermanos Menéndez, etc). Señala que éstos no son casos típicos (“con lo que estamos de acuerdo”), y advierte que los cambios en la regla de decisión podrían transformar de forma importante e imprevisible el funcionamiento del jurado. La investigación sobre el funcionamiento del Jurado en España y la satisfacción de los jurados con su experiencia puede aportar nuevos datos a este problema.

<sup>793</sup> DIAMOND, Shari S. y otros: “Revisiting the Unanimity Requirement: The Behavior of the Non-Unanimous Civil Jury, 100 Nw. U. L. REV. 201, 230 (2006), p. 224: Esta investigación empírica reveló lo sucedido en un jurado civil mayoritario: “Los jurados habían empezado a discutir el tema de los daños punitivos cuando el oficial de custodia entró a la sala con las provisiones que le habían pedido. Tuvo lugar el siguiente intercambio:

*Jurado #6(vocero del jurado dirigiéndose al oficial de custodia):*

*“Tengo un pregunta procedimental. Si uno de los jurados disiente con los demás, ¿esa persona se tiene que quedar? Llegamos a un suficiente consenso para un veredicto, pero estamos discutiendo en ciertos puntos y hay una persona que no acordó con el veredicto al que llegamos. ¿Debe quedarse esa persona? ¿Puede ser excusada o nos tenemos que quedar todos acá?*

*[El oficial de custodia les confirma que ese jurado debe quedarse y, entonces, se va del jury room]:*

*Jurado #6 [al Jurado #4]: “Muy bien, no te ofendas, pero vamos a ignorarte”.*

<sup>794</sup> ABRAMSON; Jeffrey: op. cit., p. 179-204.

sido asesinado injustamente en la silla eléctrica por un crimen que no había cometido. El problema no está en la unanimidad, sino, como siempre, en la prueba.<sup>795</sup>

### C. Otras desventajas del veredicto mayoritario

Otro problema detectado por las investigaciones empíricas, que saltó a la vista enseguida cuando los investigadores se pusieron a comparar jurados unánimes y no unánimes, fue el índice de satisfacción cívica de los jurados con su decisión. En un trabajo comparativo entre jurados unánimes y jurados mayoritarios, Shari Diamond constató que los jurados mayoritarios concluyen su labor con un menor índice de satisfacción con su servicio.<sup>796</sup>

En un país como la Argentina, que recién inicia su experiencia juradista, este argumento podría parecer superfluo. Sin embargo, en los países del *common law* su importancia es mayúscula; es la razón misma por la que se instituyó el jurado y ese exacto punto fue lo que causó la admiración de Alexis de Tocqueville. En 1977, el investigador psicólogo Charlan Nemeth concluyó que el abandono de la unanimidad afectaría de manera considerable la mismísima función simbólica (política) del jurado:

*“Los jurados unánimes reportan mucha más confianza en el veredicto y tienden a sentir que la justicia ha sido alcanzada. Los resultados de las investigaciones tienden a corroborar la influencia de las teorías de los jueces disidentes de la Corte.*

*Sin embargo, no debería soslayarse la importancia de la función simbólica del jurado. Por eso, las cuestiones que rodean al enfrentamiento entre la unanimidad o la mayoría en las deliberaciones del jurado no se reducen sólo a si los veredictos se alteran significativamente. Esto parece no ocurrir, al menos en gran escala. Pero lo que sí puede afectarse grandemente es la*

---

<sup>795</sup> HANS, V. y otros: “*The Hung Jury: The American Jury’s Insights and Contemporary Understanding*”, op cit., p. 18: “*La introducción de una regla de no-unanimidad de los veredictos corta de raíz los puntos de vista de la minoría ANTES de que el jurado tenga una oportunidad considerar A FONDO esas opiniones. También afecta la robustez y calidad en general de la discusión de la prueba. Y, al menos en ciertas instancias, la posición de la minoría termina convirtiéndose en el veredicto final del jurado. En 14 juicios por jurados estudiados por el NCSC, los jurados alcanzaron un veredicto en desacuerdo con una fuerte primera votación. En tres casos, los jurados condenaron cuando la primera votación favorecía sólidamente a la absolución, mientras que en otros once casos los jurados absolvieron cuando la primer votación favoreció fuertemente a la condena.*

*Los jurados a los que se exija una regla mayoritaria podrían verse tentados a cortar de cuajo la discusión y rendir una decisión cuando hayan obtenido la mayoría necesaria de los votos. De ser así, nuestra data sugiere que una decisión bajo una regla de veredicto mayoritario afectaría no sólo a los jurados estancados, sino que también produciría un pequeño pero significativo número de veredictos divergentes. Esto es, algunas de las absoluciones rendidas por un jurado unánime serían condenas con un jurado mayoritario, y viceversa”.*

<sup>796</sup> DIAMOND, Shari S. y otros: “*Revisiting the Unanimity...*”, op cit.p. 226: “*en los jurados unánimes, los jurados estaban, en promedio, mucho más entusiasmados con sus deliberaciones que los jurados que terminaron con un veredicto mayoritario, sin importar si se encontraban entre los holdouts o eran parte de la mayoría*”. “*Al observar varias deliberaciones de jurados civiles, se puede concluir que minorías muy analíticas son a veces marginalizadas cuando la mayoría tiene el poder de ignorarlas para alcanzar un veredicto*”.

*creencia de parte de los jurados de que deliberaron hasta que todas las personas se pusieron de acuerdo, de que sientan que el veredicto es apropiado y de que tengan el sentimiento que la justicia ha sido proveída. Si los propios jurados sienten que estos valores no pudieran ser alcanzados, la más importante función simbólica del juicio por jurados sufriría. Y no sólo para los propios jurados, sino para toda la comunidad en su conjunto.*<sup>797</sup>

### **§ 9. El jurado estancado. Final.**

El jurado estancado es un hecho de la vida que no puede ser dejado de lado.<sup>798</sup> Debe aceptarse como lo que verdaderamente es: una solución excepcional y minoritaria para que prevalezcan todos los valores atribuibles al veredicto unánime.

Las diferencias psicológicas entre los jurados que entran al *jury room* bajo exigencias de unanimidad o de veredictos mayoritarios son muy grandes. La exigencia previa y conocida de unanimidad crea una disposición psíquica muy especial en los jurados que, en el 98%, terminan lográndola. El *civil law*, por su rechazo instintivo al jurado clásico y al juicio oral adversarial, siempre ha sentido, intuitivamente y a primera vista, que la unanimidad es algo impracticable o inalcanzable.<sup>799</sup> Se trata de un error refutado por todas las estadísticas actuales, por la práctica actual de los jurados argentinos y por seis siglos de historia (y no sólo en los países del *common law*).

### **§10. Defensa de la unanimidad: máxima garantía de la inocencia y máxima legitimidad social de la decisión.**

Debido a estos argumentos, en esta tesis sobre el veredicto del jurado defendemos a rajatabla la exigencia de unanimidad. Es una de las más grandes salvaguardas de control de partes para estabilizar la decisión del jurado en el veredicto. Ella ha logrado la hazaña, a lo largo de los siglos y hasta el presente, de cumplir esta doble función política de legitimar los veredictos del jurado ante la sociedad, ante las víctimas y ante los ojos del acusado. ¿Qué sistema judicial imperfecto de los que hemos

---

<sup>797</sup> NEMETH, Charlan: “*Interactions Between Jurors as a Function of Majority vs. Unanimity Decision Rules*”, *Journal of Applied Social Psychology*, British Columbia, Vancouver, Canadá, 1977, 7, 1, pp. 38-56.

<sup>798</sup> MARCUS, P: “*The Allen.....*”, op. cit., p. 632.

<sup>799</sup> JACOBSON, Gary: “*The Unanimous Verdict: Politics and the Jury Trial*” 1977 WASH. U. L. Q. 39., p. 50: “*Calhoun sostiene que, mientras que la exigencia de unanimidad del veredicto del jurado aparece a primera vista como impracticable, un examen más atento revela que la regla no sólo es existosa, sino que ha probado ser “la más segura, la más sabia y la mejor [modalidad de juicio] que la ingenuidad humana haya podido alguna vez diseñar”.* Sostuvo que el deber del jurado de alcanzar un veredicto crea tal disposición para armonizar que impulsa a los jurados hacia la unanimidad. La exigencia de unanimidad, sostiene Calhoun, tiende a producir determinaciones más justas y precisas.

*Si fuera dispensada la necesidad de unanimidad y las determinaciones de un jurado fueran a depender de una mera mayoría, el juicio por jurados, en vez de ser uno de los más grandes aciertos en el ámbito de gobierno del Poder Judicial, se convertiría en uno de los peores males que pudieran infligirse sobre la comunidad”.*

conocido en la historia ha llegado a estos estándares envidiables de aceptación? Sólo el jurado y gracias, entre otras cosas, a la unanimidad. Esta capacidad fue advertida por Carrara, Mittermaier, Bentham, Filangieri, Livingston y tantos otros grandes pensadores.

La exigencia de unanimidad es la que indiscutiblemente ha revestido de legitimidad al jurado a lo largo de su historia. Siendo a la vez la máxima protección que se conozca de la inocencia aceptada por una sociedad libre, es la que, a la misma vez, legitima con mayor intensidad la justicia de un veredicto de culpabilidad. La altísima tasa de veredictos unánimes en países tan distintos refleja que ella es una alternativa realista a la que no hay que temerle.<sup>800</sup>

Como sabiamente apunta el juez Dwyer, *“el costo de la regla de unanimidad es pequeño, y su valor en provocar que los jurados se escuchen cuidadosamente los unos a los otros, y ocasionalmente evitando una injusta condena, es grande”*.<sup>801</sup>

## Capítulo 13°

### La Regla del Secreto del Jurado

#### §1. *Salvaguarda n° 3. La Regla del Secreto de la deliberación*

La tercera salvaguarda que asegura, resguarda y potencia al máximo la deliberación del jurado es la regla del secreto. Esta Regla del Secreto le asegura a la deliberación del jurado la más amplia libertad de discusión, sin temor alguno a que en el futuro salgan a la luz sus detalles. Ella automáticamente le quita a la deliberación y posterior decisión del jurado cualquier tipo de condicionamiento, temor o especulación. El resultado será siempre una deliberación sobre la prueba y la ley de muy superior calidad a cualquier otra forma de enjuiciamiento. Lo que allí se debata quedará para siempre entre ellos y jamás nadie podrá obligarlos a testimoniar qué pasó en el *jury room* o cuáles fueron sus razones o motivos para tal o cual punto de la decisión. Las deliberaciones del jurado son conducidas en secreto y los jurados no pueden ser sujetos jamás a una investigación judicial posterior como testigos para impugnar su veredicto. Decía Carrara, a mediados del siglo XIX:

---

<sup>800</sup> JACOBSON, Gary: *“The unanimous...”*, op. cit., p. 55 y ss: *“Un veredicto unánime es necesario para mantener la confianza de la comunidad en la capacidad del jurado para hacer justicia...la lógica sugiere que la confianza pública en los veredictos del jurado, y por ello en el sistema de jurados, será aún más alta si los veredictos son unánimes”*

<sup>801</sup> DWYER, W.: *“In the hands of...”*, op. cit. p. 193.

*“La forma de la votación del jurado. En Roma se quiso que a veces fuese pública, y a veces secreta; todavía se encuentran algunos partidarios de la publicidad, en quienes no se ha abierto paso la creencia, tan espléndidamente manifestada y demostrada por Cicerón, de que ningún ciudadano osaría dar su voto para devolverle a la sociedad un malvado, si tuviera que manifestar su voluntad públicamente”.*<sup>802</sup>

Tal fuerza tiene la regla del secreto que a cada jurado se le informa que, terminado su servicio, tampoco podrá revelar los secretos de la deliberación, bajo pena de infringir las normas relativas a la obstrucción a la administración de justicia y de violación de secretos de las leyes penales de fondo.<sup>803</sup>

La regla del secreto del jurado juega el mismo rol que la regla del secreto en el voto universal y obligatorio. Sin el secreto, ninguna de estas dos instituciones -el voto popular y el jurado- serían viables, por las elementales represalias a las que quedarían sujetos y al cercenamiento de su libertad de conciencia y decisión. Posteriormente, cuando los jurados rinden un veredicto (o cuando alguien emite un voto), no se les puede exigir que den las razones para su decisión o a revelar cualquier otra información sobre cómo han llegado a su conclusión. En otras palabras, el veredicto del jurado es soberano y final. Lo cual no quiere decir que sí sea impugnabile por nulidad, pero sólo por el acusado condenado o al que se le aplica una medida de seguridad; la absolución es inimpugnabile. Por lo tanto, ni el juez ni los jueces revisores podrán ordenar, permitir o recibir prueba de las discusiones que tuvieron lugar en la sala de deliberaciones, ni obligar a los jurados a que expliquen por qué rindieron tal o cual veredicto.

En definitiva, la Regla del Secreto es la gran protectora de la deliberación de los jurados.

#### **A. *Ex ante* y *Ex post*. Intrínsecas y Extrínsecas: los dos momentos y las dos formas de las irregularidades del jurado.**

Así presentadas las cosas, la regla del secreto del jurado opera *ex ante* y *ex post*: **antes** del veredicto y **después** del veredicto. Los jurados jamás podrán quebrar la regla del secreto y buena parte de la discusión mundial en las cortes revisoras es cómo lidiar con las irregularidades -extrínsecas o intrínsecas- que pueden presentarse en el proceso deliberativo **sin alterar** la regla del secreto. Es decir, sin entrometerse en las deliberaciones y sin interrogar a los jurados. El estudio sistemático de estos dos

---

<sup>802</sup> CARRARA, Francisco: “Programa...”, partegeneralVolumenII, p. 400.

<sup>803</sup> DEL CARMEN, Rolando V.: “Criminal Procedure: Law and Practice”, Ed. Wadsworth Cengage Learning, Canadá, 2010, p 56.

grandes momentos y de estas dos formas de quebrar la regla del jurado han producido numerosos fallos jurisprudenciales, no sólo en el *common law* sino en la Corte Europea de Derechos Humanos, que ilustran la cuestión.<sup>804</sup>

La regla del secreto del jurado *ex ante* reconoce, a su vez, dos momentos muy importantes: *antes* de que el jurado comience a deliberar (es decir, mientras el juicio está en pleno desarrollo) y *después* que el jurado haya iniciado sus deliberaciones, pero siempre *antes* de rendir su veredicto. Veremos más adelante su tratamiento en los escenarios pre-veredicto, según sean intrínsecas o extrínsecas.

La regla del secreto del jurado *ex post* se presenta cuando el jurado ya ha rendido un veredicto, que es firme, final e irrecurrible por el acusador y le impone al jurado dos deberes muy claros: la prohibición de exigirle al jurado que enuncien los motivos o razones para su veredicto y, fuera de ese escenario, la imposibilidad de que brinde o revele, en cualquier otro ámbito (familiar, laboral, judicial, social o periodístico) y extendida *sine die* en el tiempo, detalle alguno de la deliberación o de los motivos del veredicto. También trataremos aparte qué sucede cuando, luego de rendido el veredicto, surgen a la luz irregularidades que pueden ser extrínsecas o intrínsecas a las deliberaciones.

La última instrucción que el juez le impartirá al jurado, una vez terminado el juicio, será para advertirlos de su obligación de no comentar con nadie los detalles del veredicto y la deliberación, las cuales deberán permanecer **por siempre** en el más absoluto secreto.<sup>805</sup> Más que una nueva instrucción, se trata de una reafirmación de las obligaciones que asumieron al ser instituidos como jurados y que les fueron impuestas durante el *voir dire* y antes de comenzar el juicio público.

## **B. Similitud de la regla del secreto del jurado con el sufragio y otras profesiones**

---

<sup>804</sup>BINDER, Alberto y HARFUCH, Andrés (directores): “*Fallos y sentencias de...*”, op. cit., 2016. Allí se traducen los fallos claves que explican la Regla de Secreto del Jurado y agotan la cuestión, a saber: *Pan v Sawyer* de Canadá (2001); *R. vs Mirza* y *R. vs Connor* del Reino Unido (2004), *Gregory vs UK* (CEDH, 1998), *Sanders vs UK* (CEDH, 2000) y *Tanner vs USA* (1987).

Por ejemplo: regla del secreto *ex post* acerca de no dar razones del veredicto; por la naturaleza misma de su veredicto general, tampoco deberán exponer por escrito las razones que lo llevaron a esa decisión. Este último punto fue el que trató la CEDH en los fallos Gregory (1998), Taxquet (2010) y Judge (2011).

<sup>805</sup> Fallo de la Corte Suprema de Canadá “*R v. Pan; R. v. Sawyer*” [2001] 2 S.C.R. 344 párr 49: “*La principal de todas las razones de índole política en apoyo de mantener para siempre el secreto de las deliberaciones del jurado han sido expuestas por la Corte de Apelaciones*”. Serán ampliamente expuestas en las páginas que siguen (libertad y franqueza en la discusión, cuidar a los jurados del ridículo, permitirles absolver a un acusado impopular, condenar a alguien muy popular, blindaje contra las represalias, asegurar la irrevocabilidad del veredicto, etc).

Un jurado tiene la misma obligación que el secreto profesional que debe guardar celosamente un psicólogo sobre la terapia de su paciente o un abogado defensor sobre las confesiones de su cliente. Cualquier revelación es castigada severamente por la ley penal. La obligación de mantener el secreto no concluye con el juicio, ni con el cambio de terapeuta, ni con la renuncia a la defensa. Por el contrario, se extienden *sin tiempo*. Lo cual es absolutamente obvio porque, de otro modo, la seguridad y la confianza en el servicio de jurado, o en la terapia y en la abogacía, por poner sólo estos tres ejemplos, directamente no existirían e importarían la destrucción misma de tales profesiones. ¿Quién acudiría a un terapeuta a contar los detalles más íntimos y dolorosos de su vida si luego éste los convierte en tema central de conversación de una cena de amigos, algunos de ellos cercanos al paciente? ¿Quién contrataría a un abogado defensor, si luego éste le revelase a terceros todos los detalles del robo? Del mismo modo, ¿quién querría servir como jurado si, tras el juicio, aparece en televisión otro miembro del jurado revelando los detalles más íntimos de la deliberación, quién votó por la condena o por la absolución o hasta mofándose de la ingenuidad de tal o cual jurado en sus comentarios?

Nadie en su sano juicio querría exponerse a semejante ridículo, con potenciales amenazas o represalias hacia su integridad personal.<sup>806</sup> Esto es algo que insisten en no entender los que le exigen motivación a un jurado popular. Requerirle a un jurado que escriba sus razones es derogar la institución misma del juicio por jurados. Es exigirle a un grupo de ciudadanos que se expongan inútilmente a serios riesgos. En los precedentes *Taxquet* y *Judge*, la CEDH claramente dejó sentado **que obligar a los jurados a motivar sería hacerles quebrar la regla del secreto de sus deliberaciones y que ello alteraría por completo la esencia misma de dicha forma de enjuiciamiento.**

---

<sup>806</sup>Un buen ejemplo de lo que sucedió posteriormente a los jurados por el Gobierno se dio en el mismo mismo Estados Unidos, cuando **John Hinckley** quiso matar en 1981 al presidente Ronald Reagan. El jurado lo declaró inoculable **por razones de insania** (declaró que lo hizo para impresionar a su amada, la actriz Jodie Foster) y le aplicaron una medida de seguridad, todavía vigente a 32 años del hecho. La absolución de Hinckley por inimputabilidad causó una enorme conmoción en el Partido Republicano. La Comisión de Asuntos Criminales del Senado “invitó” a los jurados del caso a que contaran su experiencia, pero varios de los senadores denunciaron abiertamente la absolución de Hinckley **enquirieron en el rol que tuvieron en el resultado a algunos de los jurados que no estaban presentes.** El debate puede leerse en “*The Insanity Defense: Hearings*” on S. 18, S. 1106, S. 1558, S. 1995, S. 2572, S. S. 2658, and S. 2669 *Before the Subcomm. on Criminal Law of the Senate Common the Judiciary*, 97th Cong., 2d Sess. 155-70 (1982).

La opinión concurrente del juez noruego Sverre Erik Jebens, el voto líder y autor intelectual del fallo *Taxquet vs Bélgica* (CEDH, 2010), no deja lugar a ninguna duda al respecto:

*3. La cuestión acerca de si el derecho a un juicio justo (fair trial) puede ser alcanzado en un caso resuelto por jurados, debe ser examinada, entonces, a la luz de las peculiaridades de dicho sistema, especialmente del hecho que los veredictos del jurado no están acompañados de razones. Si esta Corte exigiera a los jurados que dieran las razones de sus veredictos, no sólo estaría contrariando su propia jurisprudencia sino también, y mucho más importante, socavaría la existencia misma del sistema de jurados y, con ello, produciría un atentado ilegítimo a la prerrogativa que tienen los Estados de elegir su sistema de justicia penal.<sup>807</sup>*

La regla del secreto es el principal reaseguro que tiene el sistema de jurados para la más amplia libertad e intensidad de la discusión e independencia en la decisión. El secreto es, en definitiva, lo que le da vida a una deliberación democrática y contenido a la garantía constitucional de imparcialidad, independencia judicial y del juicio por jurados. No es una afirmación personal. Es lo que sostuvo la Corte Europea de Derechos Humanos en varios de sus precedentes, que veremos ahora en amplitud.

## **§ 2. Concepto. Formulación original.**

La famosa regla del secreto del jurado -creación del *common law* de casi tres siglos- se ha mantenido con ligeras variantes desde 1785, fecha en que el juez inglés Lord Mansfield tuvo que decidir qué hacer con un veredicto que, al parecer, se había alcanzado con dos de los jurados tirando una moneda al aire. La regla del secreto, positivizada hoy en todas las leyes de jurados<sup>808</sup>, reza lo siguiente:

*“Las declaraciones realizadas, las opiniones expresadas, los argumentos adelantados y/o los votos emitidos por los miembros de un jurado en el curso de sus deliberaciones son inadmisibles en cualquier procedimiento legal. En particular, los jurados no pueden testificar sobre el efecto de nada de aquello que haya influido en su mente o en la de los otros jurados, en sus emociones o en sus decisiones finales.*

*Sin embargo, la regla del common law no tolera prueba inadmisibile de los hechos, declaraciones o sucesos extrínsecos al proceso deliberativo, sea que hayan surgido de un jurado o de un tercero, que puedan haber contaminado el veredicto”<sup>809</sup>.*

<sup>807</sup> In re *Taxquet vs Bélgica* (CEDH, 2010), opinión concurrente del juez Jebens, ap. 3.

<sup>808</sup> Por todos, Regla 606 (b) de las Reglas Federales de Evidencia en EEUU, art 8° Contempt of Court Act de 1981 en Inglaterra, art 649 del Código Criminal de Canadá y también la ley de jurados de la Provincia de Buenos Aires (CPP, art. 371 quáter inc 5°) y de Chaco (art. 90, ley 7661).

<sup>809</sup> Por todos, véase “*Tanner v. United States*,” 483, US 107 (1987) Suprema Corte de Justicia de Estados



Esta fórmula reconoce los dos grandes momentos alcanzados por la regla del secreto: sobre la deliberación misma, desde que empieza y hasta el instante anterior a rendir el veredicto (*regla del secreto ex ante*). Pero, por sobre todo, el tiempo posterior a la rendición del veredicto (final) (*regla del secreto ex post*). En ambos momentos, el jurado debe guardar para siempre el más absoluto secreto y jamás podrá ser obligado a dar sus razones o a testificar acerca de lo ocurrido en el *jury room*. La única excepción, y esto es muy importante, **es cuando existan factores extrínsecos** a la deliberación que hayan podido contaminar al veredicto, **siempre que éste sea de culpabilidad**.

### **§3. Los seis objetivos de la Regla del Secreto. Independencia judicial. Su celosa custodia de más de cuatro siglos en el *common law*.**

Sin la regla del secreto de la deliberación del jurado -en toda su extensión, incluida la motivación de sus veredictos- no hubiera sido conquistada jamás la independencia judicial, entendida esta como el poder del juzgador para fallar en el caso concreto **exclusivamente** según su propia convicción personal. Ya hemos visto ampliamente en varios capítulos de esta obra cómo los Gobiernos -sin importar su signo- pretendieron desde siempre dominar a los jueces y jurados para que obedecieran a sus designios.<sup>810</sup>

Esta tesis es sobre el veredicto del jurado. Por esa razón es que describimos con la máxima amplitud posible todo su contenido y presentamos a la regla del secreto como una de las salvaguardas de la deliberación y de la independencia del veredicto. Pero es la insistencia del antijuradismo en quebrar la regla del secreto *ex post* -obligándolo a motivar o a incluir jueces profesionales para que den sus motivos- son lo que nos obliga a profundizar al máximo su estudio. En un tratado de derecho procesal del *common law* verían con extrañeza semejante esfuerzo.

---

Unidos. Puerto Rico lo expresa en sus Reglas de Evidencia de una manera prácticamente similar y hasta con el mismo número que emplean los Estados Unidos en su famosa anti-impeachment rule: **REGLA 606. JURADO COMO TESTIGO** (A) “Jurado” significa aquí el cuerpo total y “jurado” se refiere a un miembro del cuerpo. (B) Una persona que haya prestado juramento definitivo como jurado no podrá declarar como testigo en el juicio. Si fuera llamada a declarar, la parte contraria podrá objetar en ausencia del Jurado. (C) De investigarse la validez de un veredicto, una persona que es jurado no podrá testificar sobre cualquier asunto o declaración que haya ocurrido durante las deliberaciones del Jurado ni sobre aquello que haya influido en su mente o sus emociones, o en las de cualquier otra u otro jurado, para asentir o disentir del veredicto, o en los procesos mentales del jurado al respecto.

Sin embargo, la persona jurado podrá testificar sobre: (1) si se trajo indebidamente a su consideración alguna información perjudicial ajena, (2) si hubo alguna influencia o presión externa para tratar de influir en alguna o algún jurado; o (3) si hubo un error al anotar el veredicto en el formulario.

Tampoco se recibirá ningún affidavit o prueba de alguna declaración hecha por una persona jurado acerca de asuntos sobre los cuales a ésta se le impida testificar.

<sup>810</sup> LANGBEIN, John: “*The English Criminal...*”, op.cit., 1987, p. 36.

**La regla del secreto del jurado -con un tratamiento jurisprudencial continuo de más de tres siglos- se afianzó para cumplir con estos seis objetivos<sup>811</sup>:**

1.- La seguridad de que todo lo que se discuta en el recinto de deliberación quedará en secreto *permite la más absoluta libertad de expresión*.

El voto de la jueza de la Corte Suprema de Canadá y de la Corte Penal Internacional, LouiseArbour, se refirió a este punto central de la regla del secreto de una manera difícil de superar.

*“El primer fundamento en favor de la necesidad del secreto es que la confidencialidad promueve el candor y el tipo de debate franco y abierto que es esencial a esta clase de toma de decisión colegiada. Mientras buscan la unanimidad, los jurados deben ser libres para explorar en voz alta todas las avenidas del razonamiento, sin temor a quedar expuestos al ridículo público, al desprecio o al odio. Este fundamento es de vital importancia para la potencial absolución de un acusado impopular, o de aquel acusado de un crimen particularmente repulsivo. A mi modo de ver, este fundamento es consistente, y no requiere confirmación empírica.”<sup>812</sup>*

2.-La necesidad de asegurar el *carácter definitivo e irrevocable del veredicto*, que, una vez que ha sido oficialmente anunciado, conlleva la firmeza y la autoridad de un pronunciamiento legal.<sup>813</sup>

3.- La necesidad de *proteger a los miembros del jurado* contra el acoso, la censura y las represalias del Ejecutivo, de los poderes fácticos o de las partes perdedoras.

4.- La exposición pública de las deliberaciones del jurado y de sus motivos *socavaría el sistema*.

5.- Si los jurados no estuvieran *blindados contra el indeseado escrutinio público*, los ciudadanos serían reacios a participar como jurados.

6.- El secreto del jurado *facilita la toma de decisión*, porque protege a los jurados de las influencias externas.<sup>814</sup>

---

<sup>811</sup> Por todos, véase *R v Connor and another; R v Mizra*, House of Lords, Inglaterra, [2004] All ER (D) 189 22 de enero de 2004.

<sup>812</sup> Fallo de la Corte Suprema de Canadá “*R v. Pan; R. v. Sawyer*” [2001] 2 S.C.R. 344 párr 50.

<sup>813</sup> Ver fallo “*Boston vWSBagshaw&Sons*” (Note)[1966]1WLR1135,1136,votodeljuezLordDenningMR,UK citado en la Parte I, capítulo 5°, § 5.7. HARFUCH, Andrés: “*La firmeza (finalidad) del veredicto del jurado*”, publicado en el libro del II Congreso Internacional de Juicio por Jurados, Facultad de Derecho, UBA, Editorial JUSBAIRES, octubre 2014, p. 85 y ss.

<sup>814</sup> DUFF, Peter y otros: “*Juries: A Hong Kong Perspective*”, Hong Kong University Press, 1992, p. 13

#### § 4. Normativa en el *common law* y Argentina. Tipos penales que reprimen su violación.

##### 1.- La cuestión del secreto del jurado en Inglaterra y el Commonwealth

La regla del secreto del jurado (*secrecy rule*) puede definirse del siguiente modo: es la regla legal que prohíbe la revelación, por parte de un miembro del jurado, de las declaraciones y opiniones expresadas por el jurado durante sus deliberaciones o de los motivos que lo llevaron a rendir el veredicto.

El origen de esta norma consuetudinaria del secreto del jurado es incierta<sup>815</sup>; se le atribuye una dimensión espiritual. Se sugiere que “*su justificación histórica puede residir en la creencia de los antiguos juristas que, cuando los jurados entraban a los confines del jury room, la presencia de Dios los guiaba a un veredicto justo. Los intentos de investigar en las deliberaciones del jurado implicaría cuestionar el juicio de Dios*”.<sup>816</sup>

No debería sorprendernos una aproximación de este tipo en los remotos orígenes del jurado inglés, ya que es un hecho que el juicio por jurados desplazó al sistema de las ordalías, con su fuerte carga mística y subjetiva. El cambio no fue tajante, como no lo es en ninguna manifestación cultural, sino que se fue afianzando hasta su conformación definitiva. La Regla del Secreto fue la única manera que el jurado inglés tenía para juzgar con entera libertad en un escenario de enorme presión política, sobre todo en la tiránica época de los Tudor.<sup>817</sup>

La regla del secreto del jurado en su formulación moderna surgió del *common law* aproximadamente hace tres siglos. Los fallos más trascendentes de las cortes anglosajonas sitúan el reconocimiento definitivo de la regla -tras una extendida práctica de siglos- en 1785, cuando Lord Mansfield dictó su sentencia en el célebre caso *Vaise v Delaval*. En ese precedente, el juez no permitió que se le tomara testimonio a dos de los

---

<sup>815</sup>McCLELLAN, Peter: “*Looking inside the jury room*”, The Law Society of New South Wales, Sydney, Australia, 2011, p1.

<sup>816</sup>BONIFACE, Dorne: ‘*Juror Misconduct, secret jury business and the exclusionary rule*’ (2008) 32 Criminal Law Journal 18, 24 – 28, Australia.

<sup>817</sup>La ya citada película “*A man for all seasons*” (“*Un hombre, dos Reinos*”) -ganadora del Oscar 1966 y con la actuación estelar de Orson Welles- que relata la vida y muerte de Tomás Moro en épocas de Enrique VIII demuestra con exactitud de época lo que aquí decimos: cuando termina el alegato de defensa de Tomás Moro y el jurado se apresta para retirarse a deliberar, el fiscal lo impide y le ordena al jurado que rinda allí mismo su veredicto. Bajo semejantes condiciones políticas se fue desarrollando la regla del secreto en Inglaterra, como baluarte imprescindible de la independencia judicial.

jurados que confesaron -después de rendido el veredicto- haber decidido su voto por sorteo para lograr la revocación del pronunciamiento:

*“Las declaraciones realizadas, las opiniones expresadas, los argumentos esgrimidos y/o los votos emitidos por los miembros de un jurado en el curso de sus deliberaciones son inadmisibles en cualquier procedimiento legal. En particular, los jurados no pueden testificar sobre el efecto de nada de aquello que haya influido en su mente o en la de los otros jurados, en sus emociones o en sus decisiones finales”.*<sup>818</sup>

La regla consuetudinaria fue evolucionando muy gradualmente y, con el tiempo, se le adicionó un ítem fundamental:

*“Sin embargo, la regla del common law no tolera prueba inadmisibile de los hechos, declaraciones o sucesos extrínsecos al proceso deliberativo, sea que hayan surgido de un jurado o de un tercero, que puedan haber contaminado el veredicto”.*<sup>819</sup>

Es de este modo en que ha sido receptada hasta la actualidad la regla del secreto del jurado, con escasas variantes, por todos los códigos y leyes de los países miembros del Commonwealth.<sup>820</sup> La norma es del *derecho consuetudinario o common law*, pero, tal cual sucedió en EE.UU con su Regla Federal de Evidencia 606(b), también Inglaterra la positivizó en una ley emanada del Parlamento; el art 8º de la *Contempt Of Court Act de 1981*.<sup>821</sup>

---

<sup>818</sup> Fallo inglés *Vaise v Delaval* (1785), 1 T.R. 11, 99 E.R. 944 (K.B.), citado también en la no menos famosa obra de WIGMORE: *“On Evidence”* (McNaughton Rev. 1961), vol 8 s. 2352, at p. 696.

<sup>819</sup> Por todos, véase *“Tanner v. United States”* 483, US 107 (1987) Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos.

<sup>820</sup> En USA, la Regla 606(B) de las Reglas Federales de Evidencia; la famosa *anti-impeachment rule*. En Gran Bretaña, el art 8º de la *Contempt of Court Act de 1981*. En Canadá, el art 649 del Código Criminal, que amplía aún el secreto a las personas que ayudan a los jurados con capacidades especiales en sus deliberaciones. Tampoco ellos podrán, indirectamente, revelar ninguna de las razones discutidas durante las deliberaciones del jurado. Similares normas rigen en Nueva Zelanda, Australia, Hong Kong, Irlanda y demás territorios.

<sup>821</sup> Artículo 8º de la Ley de Desacato de 1981 (“La confidencialidad de las deliberaciones del jurado”) dispone lo siguiente:

“(1) Sujeto al siguiente inciso 2º, constituye desacato a la corte el obtener, revelar o solicitar cualquier dato de las declaraciones realizadas, de las opiniones expresadas, de los argumentos esgrimidos y/o de los votos emitidos por los miembros de un jurado en el curso de sus deliberaciones en cualquier procedimiento legal.

(2) Este artículo no se aplica a toda revelación de cualquier dato:

(A) en los procedimientos cuestionados que tienen como propósito permitir que el jurado llegue a su veredicto, o en conexión con la rendición de ese veredicto, o

(B) como prueba en ningún procedimiento ulterior por un supuesto delito que se haya cometido en relación con el jurado en los procedimientos mencionados en el inciso anterior, o a la publicación de alguno de los datos así develados.

(3) La acción de desacato al tribunal bajo este artículo (siempre que no sean procedimientos escoceses) no deberá interponerse excepto por o con el consentimiento del Fiscal General o por moción ante un tribunal que tenga competencia para conocer de ella. ”

A medida que afiance su tradición juradista, es lógico pensar que Argentina contemple en su Código Penal un tipo específico de obstrucción a la administración de justicia relativo a la regla del secreto del jurado. Sin embargo, todas las leyes de jurado del país han previsto correctamente la regla del secreto y reprimen su violación. Algunas de ellas lo han hecho con la misma fórmula histórica del common law positivizada en la Regla 606 ya descrita de Puerto Rico. Pero la pena por su vulneración, al carecer de un tipo penal específico y por prohibición de la analogía, ha hecho que las provincias argentinas, por ahora, lo hayan reducido a una mera sanción procesal reprimida con multa.

### **§ 5. Concepto de inconducta del jurado: el método, el momento y la forma para solucionarlas.**

Los intentos de quebrar la regla en el *common law* no están asociados a la exigencia de motivación o de publicitar las razones para la condena -práctica que allí es desconocida- sino al intento de las partes perdidosas de encontrar alguna irregularidad que les permita revocar un veredicto desfavorable de condena. La absolución es siempre inimpugnable. La Regla del Secreto busca impedir que las partes que perdieron -o el juez a quien no le gustó el veredicto- sometan a un jurado a que testifique sobre la deliberación o lo sucedido en el *jury room* en el intento de encontrar esta irregularidad. Antes de ser rendido el veredicto, hay métodos específicos para subsanarlas. El juez advierte una y otra vez a los jurados a que el tiempo límite para denunciarlas es antes de rendir el veredicto. Después es muy tarde, porque ya es el final.

Esa es la doctrina legal de todas las Cortes del *common law*: impedir los manotazos de ahogado de abogados derrotados en juicio y definir claramente cuáles son los métodos para detectarlas, el momento para presentarlas y las soluciones. Pero, una vez rendido, el veredicto es final y ningún jurado podrá luego mandar una nota o dar testimonio diciendo que se arrepintió, o que hubo irregularidades en la deliberación, o que tal jurado hizo esto o lo otro. Si hubo algo irregular, lo tenía que decir en el momento oportuno.

**Las Cortes son muy cuidadosas de no caer en estas trampas**, por más exageradas que parezcan: las más de las veces representan intentos de las partes por conseguir por izquierda lo que ya saben que no conseguirán con una revisión ordinaria. Otras tantas ocasiones responden a reacciones de jurados que han quedado

disconformes con su fallo o con ciertos comentarios o posturas que se ventilaron en el *jury room*. Las cortes también saben esto.

Las llamadas inconductas o irregularidades en que pueden incurrir los jurados pueden tener lugar *antes* de impartido el veredicto o *después* de él. *Antes* de impartido el veredicto hay que subdividir dos momentos: según que las deliberaciones hayan empezado o no. Las soluciones y los métodos empleados serán distintos.

Pero también hay una diferencia de forma. Esas infracciones pueden ser externas al proceso deliberativo (extrínsecas) o internas a él (intrínsecas). La Corte Suprema de Justicia de Canadá, en el citado fallo *Pan vs Sawyer* (2001) sostuvo, con toda corrección, que la distinción entre irregularidades extrínsecas o intrínsecas está lejos de ser autoevidente y ellas deben ser analizadas en cada caso concreto.<sup>822</sup>

El catálogo posible, siempre abierto, nunca cerrado, que fue armando el *common law* jurisprudencial con los siglos, califica como irregularidad o inconducta del jurado a las siguientes situaciones:

- a) los influenciados por contactos externos con terceras partes.
- b) los expuestos a información extraña a la prueba del juicio.
- c) los comprometidos en experimentos artificiosos o en impropias reconstrucciones en el *jury room*.
- d) los que declararon de forma deshonesto o engañosa durante la selección del jurado.
- e) los comprometidos en conductas demostrativas de parcialidad y/o prejuicio.
- f) los que ocultan serios trastornos físicos o mentales que los inhabilitan para juzgar.
- g) los comprometidos en discusiones sobre la prueba **antes** de la deliberación.
- h) los que deliberadamente violaron las instrucciones legales del juez.

---

<sup>822</sup> Otro ejemplo docente e ilustrativo se ve en la serie de TV La Ley y el Orden, episodio “*Cradle to the Grave*”. La jueza le efectúa preguntas al jurado n° 7 delante de las partes, para averiguar si la traductora oficial de un testigo portorriqueño tradujo correctamente sus dichos. La jueza anula el veredicto de culpabilidad del jurado por irregularidad extrínseca. Ver Video n° 87 aquí <http://aajjlitigacion.blogspot.com.ar/2016/09/video-87-la-ley-y-el-orden-cradle-to.html>

En cada caso concreto se discutirán si estas irregularidades son extrínsecas o intrínsecas y, dependiendo del momento en que se advierten, variarán los métodos que empleará el juez.

#### **A. Irregularidades post-veredicto (extrínsecas o intrínsecas).**

##### **Tres fallos importantes.**

En lo que resta de este apartado de la regla del secreto como garante para la mejor deliberación y veredicto posibles, nos referiremos continuamente a estos tres grandes precedentes de las Cortes Supremas de tres países distintos del *common law*: Inglaterra, Canadá y Estados Unidos y sus fallos *Pan v Sawyer* (Canadá 2001); *Mirza y Connor* (Reino Unido, 2004) y *Tanner vs USA* (1987). Es desde ellos que explicaremos, sobre todo, lo que son los **factores extrínsecos e intrínsecos a la deliberación**, qué irregularidades o inconductas se advierten, cómo las Cortes Supremas resuelven los eventuales problemas que se le someten y cómo siguen manteniendo incólume a la regla desde hace cuatro siglos, a pesar que, cada cincuenta o cien años, la cuestión se les vuelve a plantear ocasionalmente. Enunciaremos brevemente su contenido aquí para orientar al lector. Pero cada fallo demuestra cómo las Cortes protegen como un preciado tesoro a las deliberaciones del jurado.

Como es dable advertir, la regla del secreto castiga bajo el tipo penal de desacato a la Corte (algo así como nuestro símil de obstrucción a la administración de justicia) al que vulnere el secreto de las deliberaciones *ex ante* o *ex post*, sea un jurado o cualquier particular (incluidos abogados, oficiales de custodia, policías, empleados del tribunal, parientes de los jurados, etc). Pero, por supuesto, con la excepción de factores extrínsecos a la misma que constituyan una irregularidad.

Sin embargo, y **aunque no sucede con frecuencia**, de tanto en tanto se producen manifestaciones públicas de algún jurado **luego del juicio** que ponen la regla del secreto en tensión. En Inglaterra han sucedido casos de gran impacto mediático en donde algunos jurados, días o semanas después de haberse rendido el veredicto, hicieron públicas ciertas partes de lo sucedido durante la deliberación. Básicamente, lo hicieron de dos maneras. Una, que veremos profusamente al estudiar el derecho estadounidense, fue cuando uno o varios jurados decidieron hablar del caso con la prensa. La otra es cuando enviaron notas a los abogados del juicio o al juez quejándose del resultado de la decisión, revelando cosas ocurridas en la deliberación o describiéndola con lujo de detalles.

Por ejemplo, una vez un ex jurado mandó una carta al juez diciendo que dos de los jurados se inclinaron por la culpabilidad del acusado sobre bases racistas. Durante la deliberación, confesaron ser del partido neonazi inglés y, por lo tanto, exhortaban al resto a condenar al acusado por ser negro e inmigrante. El caso tuvo una gran repercusión pública y, obviamente, fue utilizado por la defensa en el recurso de apelación ante la Corte. Sin embargo, la Corte de Apelaciones rechazó el argumento y reafirmó todos los precedentes anteriores acerca del secreto post veredicto.<sup>823</sup>

Pero el último gran precedente inglés de la Cámara de los Lores sobre este tema, *Regina v Connor ; Regina v Mirza HL (2004)*, volvió a tratar estas cuestiones en su totalidad con un nivel jurídico superlativo y, como sucede en esta clase de fallos, con una disidencia de Lord Steyn, que es profunda, inteligente y clarificadora.

¿Cuál había sido el problema en *R v Connor* y en *R v Mizra*? Muy simple. En ambos casos, el jurado condenó. Días después, los jueces recibieron sendas cartas de jurados disconformes, que denunciaban que en el *jury room* había habido comentarios racistas hacia un paquistaní (Mizra) y clasistas hacia Connor y Rollock. Este último caso es ilustrativo.

El acusado Connor y su cómplice Rollock fueron declarados culpables por el jurado de acuchillar y herir gravemente a una persona. Pero el cuchillo era uno solo, empuñado nada más que por uno de los dos acusados. Días después de rendido el veredicto, **pero antes** que el juez dictase la sentencia con la pena correspondiente, el juez recibió una nota de una de las jurados en la que ésta denunciaba que, en la deliberación, habían existido posturas prejuiciosas en contra de los acusados. Por ejemplo, la nota decía que, ante la duda insuperable del jurado frente a la débil prueba acerca de quién de los dos había manipulado efectivamente el cuchillo (si Connor o Rollock), uno de los jurados llegó presuntamente a decir:

*“...que declararlos a ambos culpables les enseñaría una lección, que las cosas en la vida no son justas y que, a veces, los inocentes también tienen que pagar un precio...”*

Y continuó diciendo que si no los encontraban a ambos culpables, estarían deliberando una semana entera (ya llevaban seis días de juicio y estaban, al parecer,

---

823

SetratadelcasoRvQureshi[2002]1WLR518.ParavermáscasosenInglaterra, cfr.JACONELLI,Joseph: “*OpenJustice:acriticofthepublictrial*”,OxfordUniversityPress,UK,2002,p.239yss



bastante irritados por ello). Ambos fueron condenados. La defensa, al conocer la nota, en el acto pidió al juez la anulación del veredicto de culpabilidad. El juez rechazó tal petición y, finalmente, el caso llegó hasta la Cámara de los Lores que, en Inglaterra, desempeñó hasta hace muy poco el rol de última salvaguarda de los principios constitucionales.

Tanto la Cámara de los Lores como las cortes de apelaciones y las cortes supremas de los países del Commonwealth se han negado sistemáticamente desde hace más de tres siglos a admitir recursos -destinados a lograr la revocación de los veredictos de condena- basados en la alegación de la irregularidad intrínseca de un jurado, o de cualquier persona, hecha **con posterioridad** al veredicto,

*“acerca de que, durante la deliberación, otros jurados evidenciaron prejuicios, parcialidad, se equivocaron al aplicar las instrucciones del juez o de algún modo actuaron en forma inapropiada... Si un jurado sostiene que las deliberaciones son imperfectas, entonces el momento para hacerlas saber es antes que el veredicto sea rendido -sea mediante el envío de una nota al juez, o haciéndoselo saber al oficial de sala o declarando la objeción en audiencia pública.”<sup>824</sup>*

Es decir, el jurado tiene tiempo hasta el instante mismo en que el veredicto es registrado por la corte, tal cual vimos en el punto anterior sobre la comprobación del veredicto (*polling*). Luego, ya nada se podrá hacer, al igual que ocurre con el vencimiento fatal de un plazo procesal.<sup>825</sup>

*R v Connor y R v Mizra* (2004) distingue dos escenarios diferentes de investigación de la deliberación post-veredicto, en línea con el gran desarrollo que el derecho anglosajón exhibe sobre el punto. Ellas son las posibles **influencias intrínsecas y extrínsecas** sobre la deliberación del jurado, que pueden salir a la luz luego de que el veredicto de condena es rendido.

Las *influencias extrínsecas* son muy importantes, pero no ofrecen ningún problema práctico. Son irregularidades extrínsecas al proceso deliberativo las siguientes inconductas: soborno, coimas, tirar una moneda al aire, el conocimiento de una prueba que había sido excluida previo al inicio del juicio, que hayan decidido con la ayuda de

---

<sup>824</sup> *R.vConnor y R. vs Mizra*, House of Lords, UK (2004), ap. Voto de Lord Hope.

<sup>825</sup> *R.vConnor y R. vs Mizra*, House of Lords, UK (2004), ap. 50 Voto de Lord Hope: “El veredicto es declarado en público y en presencia de todos los jurados, de modo que puede decirse que, si no objetan hasta esa altura, esto debería tomarse como el veredicto con el que todos han asentido. Más aún, es obvio que, si se denuncia que algo fue incorrecto, la Corte de Apelaciones puede chequear si existe suficiente evidencia para justificar el veredicto o si aparecen nuevas pruebas que justifiquen que la Corte de Apelaciones anule el veredicto.”

un tercero ajeno al juicio, influencias externas, consultas a Internet, redes sociales, que hayan decidido por extorsión, que un jurado había pedido empleo en la fiscalía, ponerse a discutir el caso antes de las deliberaciones, etc. No hay norma alguna en el mundo que impida investigar, sin afectar el secreto del veredicto y la deliberación, ninguna de esas irregularidades mencionadas. O, como alguna vez sucedió, que un jurado llevó consigo una tabla *Ouija* para consultar a los espíritus del difunto y hallar así la verdad. La *Tabla Ouija*, (expresión para decir “sí”, que viene de unir el *oui* de los franceses y el *ja* de los alemanes), es un método que usan los espiritistas para comunicarse con los difuntos para transmitir mensajes provenientes del más allá. Por más insólito que parezca, se probó en un caso que ciertos jurados emplearon este método en un alto de la deliberación en sus cuartos de hotel, aunque se trató de un escenario pre-veredicto, ya que éste no había sido rendido.<sup>826</sup> Las cortes de apelaciones pueden perfectamente admitir prueba sobre esas denuncias, investigar los hechos y, eventualmente, revocar el veredicto de culpabilidad, ordenar un nuevo juicio o disolver el jurado, tal como sucedió en *R v Young* y la *tabla ouija*. No hay allí deliberación alguna que proteger, sino una clara inconducta externa.<sup>827</sup> Si hay prueba suficiente de alguna *influencia extrínseca*, no hay necesidad de admitir prueba concerniente a la deliberación del jurado en violación a las leyes de jurados y su Regla del Secreto.

*“Conductas de tal tipo, si es que alguna vez ocurrieron, significarían el más absoluto repudio por parte del jurado de la única función que, tal cual lo expresa el juramento que prestaron, es la de rendir un veredicto con verdad de acuerdo a la prueba. Un juicio que culmina con un veredicto por sorteo o arrojando una moneda al aire, o que fuera alcanzado consultando una tabla ouija en el jury room, no es en absoluto un juicio. Si eso es lo que pasó, los jurados no necesitan ser protegidos, desde que el veredicto no se alcanzó por la deliberación -esto es, mediante la discusión y debate de los puntos controvertidos del caso que lleven a una decisión colectiva a la luz de tal discusión. La ley estaría excesivamente obstaculizada si la corte no pudiese intervenir en tales casos y ordenar un nuevo juicio. Pero esta no es la situación que se nos presenta en estas apelaciones. Por ende, los grandes temores de Lord Steyn quedan aventados por completo. En casos como los que mencionó, la corte puede conducir una plena investigación sobre los mismos y revocar la condena sin alterar en lo más mínimo la regla del*

---

<sup>826</sup> Caso *R v Young (Stephen)*, UK, [1995] QB 324. El que alertó la situación fue el oficial de custodia que estaba en el hotel y sorprendió reunidos a tres de los jurados (cosa que no pueden hacer bajo ningún punto de vista sin que estén todos los demás) en plena sesión con el más allá. Es claro que eso no es una deliberación y por eso, junto

<sup>827</sup> En *R v Brandon* (1969) 53 Cr App R 466, Inglaterra, se comprobó que el oficial de custodia le contó a los jurados que el acusado tenía condenas anteriores. Esto fue considerado como una grave irregularidad extrínseca y la condena del jurado fue en consecuencia anulada. Este es un típico ejemplo de cómo se resuelve una irregularidad extrínseca post-veredicto.

*secreto ya que, técnicamente, no ha existido deliberación*".<sup>828</sup>

El verdadero problema lo constituyen las *influencias intrínsecas*, que son las más difíciles de resolver, de definir y que son las que desarrollan los precedentes que hemos mencionado. Ellos explican **en qué momento y cómo deben ser alegadas para tener validez, además de reconocer la dificultad, en ciertos casos, en determinar cuándo se está ante una o ante otra**. Por lo general, las inconductas intrínsecas son aquellas que surgen en la discusión durante las deliberaciones y que evidencian prejuicio, racismo, clasismo, odio racial, religioso, sexual, etc.

**Las dos cartas enviadas en *R v Mizra* y *R v Connor***, después de un largo análisis, fueron consideradas -inclusive por el propio Lord Steyn, que votó en minoría- como "*la exagerada protesta de un jurado descontenta*". Ni siquiera se probó la irregularidad. De haber existido, hubiera sido claramente intrínseca y el momento para detectarla y erradicarla era el *voir dire*.

#### **B. Irregularidades intrínsecas y *voir dire*: El fallo *Tanner vs USA* (1987): la cuestión en Estados Unidos y Puerto Rico**

Al igual que en Inglaterra, la regla del *common law* que prohíbe la admisión del testimonio del jurado para impugnar el veredicto de un jurado está firmemente establecida desde principio del siglo XX.

El leading case de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, que continúa inalterable desde 1915, es *McDonald v Pless* (1915) 238 US 264, 267-

268, en la cual la Corte expresó sus razones para el secreto del jurado con igual contundencia que los fallos ingleses y del Commonwealth:

*"Dejemos alguna vez establecido que los veredictos alcanzados de manera solemne y anunciados de manera pública en la corte pueden ser atacados y dejados sin efecto por el testimonio de aquellos que tomaron parte en su publicación, y todos los veredictos podrían ser seguidos, y muchos lo serían, de una indagación con la esperanza de encontrar algo que invalide sus conclusiones.*

*Los jurados serían acosados y hostigados por la parte derrotada en su fuerza por obtener de ellos evidencia de hechos que podrían constituir inconductas suficientes para de jure anular el veredicto. Si prueba así obtenida llegase así a ser usada, el resultado sería convertirlo que estaba destinado a ser una deliberación privada en un sujeto de investigación pública - a la destrucción de toda la franqueza y la libertad de discusión y de deliberación".*

---

<sup>828</sup> *R. v Connor* y *R. vs Mizra*, House of Lords, UK (2004), ap. 123, voto de Lord Hope.

Muchotiempo después, dichos precedentes dieron origen (al igual que en Inglaterra con la Contempt of Court Act de 1981) a la famosa *anti-impeachment rule*, contenida en la Regla 606(b) de las Reglas Federales de Evidencia.<sup>829</sup>

Esta regla fue varias veces analizada y ratificada por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos.<sup>830</sup> Pero ninguno como el fallo *Tanner* para presentar en toda su dimensión el tema del secreto del jurado en los Estados Unidos. Recientemente, en 2014, la Corte se volvió a expedir en un caso de jurado civil, "*Warger vs Shauers*".

Fue en 1987 el año en que la Corte norteamericana -la así llamada "*Corte Rehnquist*"- reafirmó la regla (por cinco votos contra cuatro) en uno de los fallos muy discutido -tanto por la opinión de la mayoría como por la disidencia parcial- sobre la importancia crucial del secreto del jurado: *Tanner v United States*.<sup>831</sup>

Este fallo dejó claramente establecido que el ámbito propio para detectar las irregularidades intrínsecas (prejuicios, odio, enfermedades, adicciones, falta de atención, incapacidades mentales varias, ideas muy enquistadas, personalidades tóxicas, etc) es el *voir dire* donde se "deselecciona" el jurado. Las partes no pueden luego alegar su incompetencia para el litigio de selección cuando el veredicto ya está rendido.

*Tanner* fue declarado culpable por un jurado por el delito de fraude postal. Sus abogados, luego del veredicto, pero días antes de la audiencia de imposición de la pena, le pidieron al juez una moción para entrevistar a los jurados en una audiencia de prueba y también le pidieron un nuevo juicio, debido a que tenían información de que varios de los jurados habían consumido alcohol al mediodía durante los almuerzos, provocando que se quedaran dormidos por las tardes. Este dato les fue proporcionado por el llamado telefónico -al parecer absolutamente voluntario- de la jurado Vera Absul.

El juez autorizó la audiencia, pero denegó la moción de tomarles testimonio a los jurados. Sostuvo que el testimonio de un jurado sobre la intoxicación era inadmisibles

---

<sup>829</sup>Regla 606 (b) REF: En la indagación sobre la validez de un veredicto o una acusación, un jurado no puede testificar sobre ningún asunto o declaración ocurrida durante el curso de las deliberaciones del jurado o de aquello que haya influido en su mente o sus emociones, o en las de cualquier otro jurado, para asentir o disentir del veredicto, o en los procesos mentales del jurado al respecto. Sin embargo, un jurado podrá testificar si se trajo indebidamente a su consideración alguna información perjudicial extrínseca, o si hubo alguna influencia o presión externa para tratar de influir en algún jurado. Tampoco se recibirá ningún *affidavit* o prueba de alguna declaración hecha por un jurado acerca de asuntos sobre los cuales a éste se le impida testificar.

<sup>830</sup> WALLIN, Paul Jeffrey: "To Impeach Or Not To Impeach: The Stability of Juror Verdicts in Federal Courts", 4 Pepp. L. Rev. Iss. 2 (1977).

<sup>831</sup>Tannerv.UnitedStates,483,US107(1987).

para impugnar un veredicto del jurado ya emitido bajo la Regla Federal de Evidencia 606 (b), **pero invitó a los peticionantes a presentar testigos distintos a los jurados para sustentar su moción (como por ejemplo, el personal del juzgado o el alguacil de sala)**. Lo único que pudieron presentar fue el testimonio del propio abogado de Tanner, que declaró haber observado a uno de los jurados *“un tanto alegre”* durante el juicio, pero reconociendo que no lo hizo notar a nadie en ese momento. El juez señaló que, a pesar que había discutido con el abogado durante el juicio la posibilidad de que los jurados se estuvieran durmiendo, ni el abogado ni los empleados del juzgado lo habían alertado, de allí en más, de semejante problema. Y que tampoco él, como juez, los había visto dormirse. Recordó, además, algunos casos en que sus empleados efectivamente lo alertaron sobre ciertos problemas con el jurado, pero nada habían observado en este. Por ende, la moción fue rechazada. Nadie había observado nada irregular.

La defensa de Tanner apeló la condena y esta resolución del juez que impedía el testimonio de los jurados. Días después, siempre según el defensor, se presentó voluntariamente en su estudio el jurado Daniel Hardy, relatándole que las deliberaciones del jurado en el caso Tanner habían sido poco menos que una bacanal. A pesar que el juez no le había permitido interrogar a los jurados, el defensor se las arregló para que Hardy declarase extrajudicialmente bajo juramento ante dos investigadores privados, algo que era absolutamente ilegal.<sup>832</sup> Los hechos que confesó, en su totalidad, fueron los siguientes:<sup>833</sup>

*1.- que siete de los jurados, incluyendo él, habían consumido alcohol durante los recesos del almuerzo.*

*2.- Cuatro de ellos consumieron de una a tres jarras de cerveza durante varios de los recesos.*

*3.- Uno de los tres jurados que presuntamente consumieron alcohol declaró que, en varias ocasiones, pudo observar a dos de los jurados bebiendo tragos con alcohol al mediodía. También declaró ver a otro jurado, específicamente a la presidente del jurado (a la que calificó de “alcohólica”), tomarse un litro de vino en tres ocasiones.*

*4.- El jurado Hardy les dijo que él y otros tres jurados fumaron marihuana con cierta regularidad durante el juicio.*

---

<sup>832</sup> La Corte en Tanner fulminó este proceder. No se pueden tomar testimonios a los jurados sobre las deliberaciones: *“La declaración jurada de uno de los jurados (Hardy) que se presentó en apoyo de la segunda moción para un nuevo juicio fue obtenida en clara violación a la orden del juez y a la regla local de la corte en contra de entrevistar a los jurados MD Fla. Regla 2.04(c); tan sólo sobre estas bases, el juez habría estado actuando dentro del rango de su discrecionalidad al rechazar dicha declaración jurada.”*

<sup>833</sup>Tanner...ap115,116yss.

5.- Más aún, Hardy declaró haber visto, durante el juicio, que un jurado -llamado John- ingirió cocaína cinco veces y a otro jurado que lo hizo dos o tres veces.

6.- Un jurado le vendió 250 grs de marihuana a otro jurado durante el juicio e introdujo en el Palacio de Tribunales cocaína, marihuana e implementos para el uso de drogas.

Hardy declaró que él fue libre y voluntariamente a lo del abogado de Tanner, que nadie lo había contactado para referirse a la conducta del jurado y que nada le habían ofrecido para testimoniar de este modo. Que lo hizo "*para limpiar mi conciencia y porque la gente del jurado no cumplió con sus obligaciones al aceptar asumir como jurados. Que sintió que el Sr Tanner debió haber tenido una mejor oportunidad de tener alguien que revisara correctamente los hechos del caso.*"

La defensa de Tanner presentó este testimonio como nueva prueba en el proceso en curso de apelación, que fue rechazada y así el caso llegó hasta la Corte. La argumentación parecía un poco curiosa e iba contra casi todos los precedentes anteriores, pero le sirvió para llegar hasta la máxima instancia. Sostuvo el apelante que el abuso de sustancias intoxicantes era una "*influencia extrínseca inapropiada*" que, por lo tanto, caía dentro de la excepción que el *common law* y la regla 606(b) preveían y, por ende, les permitía indagar a los jurados post veredicto para determinar si eran competentes para estar en juicio y lograr anular el veredicto por quiebra de la imparcialidad.

La Corte rechazó sus argumentos, por mayoría sostuvo que se trataba -de haber sido verdad- de una irregularidad intrínseca (el estado mental y psicofísico de los jurados siempre lo es), reafirmó con contundencia la regla del secreto de las deliberaciones del jurado y que es imposible usar el testimonio de un jurado para impugnar el veredicto, una vez que éste ya fue rendido. La Corte sostuvo que para autorizar el proceder del abogado de Tanner había que investigar lo que sucedió en el *jury room* durante las deliberaciones, lo cual es imposible. Los argumentos son prácticamente similares a los que hemos analizado en *R v Connor* y *R v Mizra*, pero con algunas variantes adicionales con la cita completa de los fallos más trascendentales de la Corte norteamericana.

El voto principal -otra pieza jurídica- fue el de la jueza Sandra Day O'Connor, la primera mujer en integrar la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos. Pero también el fallo *Tanner* contiene una disidencia parcial no menos brillante de los jueces Marshall, Brennan, Blackmun y Stevens sobre lo que debe entenderse por un jurado

competente e imparcial y sobre **si el consumo de alcohol y droga es una influencia extrínseca o intrínseca.**

Todos los jueces estuvieron de acuerdo en que el proceder del juez del debate fue correcto y que las alegaciones del jurado Hardy eran inverosímiles. Algo así tendría necesariamente que haberse evidenciado durante los días del debate o por el oficial de custodia y nada de eso sucedió. Pero la parte más importante del fallo es la remisión directa al *voir dire* como la mejor manera de lidiar con este tipo de irregularidades intrínsecas. Si el abogado de Tanner hubiera sido competente en el litigio de selección del jurado, habría detectado jurados alcohólicos o drogadictos.

*“Razonamos allí que el derecho del acusado a un jurado idóneo y sin discapacidades estaba suficientemente protegido por el voir dire, por la observación del juez y de los abogados durante el juicio y por el empleo potencial de prueba que no provenga del testimonio de los jurados. De manera similar aquí, en este caso, el derecho de una parte a un jurado imparcial permanece protegido a pesar de que la regla 606(b) remueva uno de los medios para asegurar que los jurados no estén prejuiciados o sesgados. Aun cuando los jurados mientan en el voir dire de una manera que implique prejuicio, la imparcialidad del jurado está adecuadamente asegurada por los poderes de las partes para traer ante la atención del juez cualquier prueba de prejuicio antes de que el veredicto sea rendido, y por el empleo de prueba no proveniente del testimonio de los jurados aún después que el veredicto sea rendido”.*<sup>834</sup>

La misma opinión tuvo la Profesora SunWolf:

*“La Corte no le hizo lugar al recurso de Tanner. Buenas noticias. La corte específicamente señaló que el voir dire es el foro apropiado para examinar la competencia del jurado en este exacto punto. La idoneidad de un individuo para cumplir con la responsabilidad de servir como jurado es, por supuesto, examinada durante el voir dire. Más aún, durante el juicio el jurado es observable por el juez, su personal y por los abogados e, incluso, por sus otros compañeros del jurado”.*<sup>835</sup>

### **C. La Regla del Secreto en un escenario pre-veredicto. Poderes del juez para investigar la conducta del jurado antes del veredicto.**

La pregunta es simple: ¿puede el juez tomarle declaración testimonial a los jurados antes de rendido el veredicto con el fin de probar una conducta?

La respuesta no es fácil. La Regla del Secreto se alza contra tal poder del juez. Ella impide, prácticamente de manera absoluta, que el jurado testifique sobre la

---

<sup>834</sup> *Warger v. Shauers* 574 U.S. 13-517 (2014).

<sup>835</sup> SunWolf, “*Practical....*”, op. cit., p. 343.

deliberación o lo sucedido en el estrado del jurado. El juez tiene grandes poderes para investigar la conducta del jurado, pero tomarles testimonio a los jurados es siempre un tema extremadamente delicado.

La regla del secreto de las deliberaciones del jurado no ofrece dificultad en un escenario post- veredicto, como el que vimos en *R v Connor y R v Mizra y Tanner*. En tales circunstancias, ello es inadmisibles, salvo los casos excepcionales de influencias extrínsecas. La deliberación siempre permanece intocada. El testimonio, si es que no se prueba la irregularidad externa por otros medios, es allí sobre otros aspectos.<sup>836</sup>

Pero, si la deliberación todavía no empezó o, habiendo comenzado, aún no finalizó y, por ende, no hay veredicto, ¿es posible hacerlo? **¿es válido distinguir un escenario post-veredicto y pre-veredicto para conducir una investigación judicial por conducta?**

Es reconocido en el mundo anglosajón el profuso estudio y claridad en relación a casi todo el sistema de jurado, al *voir dire* y sus técnicas y al modo en que el jurado construye su decisión. Sin embargo, en lo referente a los límites de los poderes del juez para determinar la conducta de un jurado pre-veredicto, podemos afirmar que todo es muy difuso, al punto que los distintos pronunciamientos judiciales impiden elaborar un marco claro y coherente acerca de cómo lidiar con este problema. El mismo déficit ostentan las respuestas legales que deben darse ante la conducta del jurado y los obstáculos que pueden frustrar una efectiva investigación judicial de los mismos.

La jurisprudencia anglosajona exhibe un variado arsenal sobre qué puede hacer un juez cuando es informado, antes de emitirse el veredicto, que uno o varios miembros del jurado han incurrido en alguna conducta que los convierte automáticamente en *jueces parciales*. Tales casos han surgido gracias al esfuerzo exitoso de los acusados y sus abogados defensores al cuestionar las condenas obtenidas sobre esas bases. Y de allí se fue formando el *common law* que, de modo general, clarifica en primer lugar qué debe entenderse por **“conducta de un jurado”**, tal como vimos más arriba<sup>837</sup>

---

<sup>836</sup> En el fallo *Tanner* se cita una condena del jurado que fue anulada porque se comprobó que un jurado se puso a leer un diario con noticias del caso dentro del *jury room*. Se consideró a dicha irregularidad como *extrínseca* y, por ende, ajena al proceso deliberativo. Por ende, es admisible el testimonio del jurado nada más sobre el punto de si se leyó un diario o no. Ver *United States v. Thomas*, 463 F.2d 1061 (CA7 1972).

<sup>837</sup> Todos los fallos y cuestiones doctrinarias pueden consultarse en el artículo de GERSHMAN, Bennett L.: “*Contaminating the verdict: the problem of juror misconduct*”, Pace Law Faculty Publications, South Dakota Law Review, New York, 1-1-2005, p.323.



Definido qué se entiende por inconducta, el paso siguiente es saber cuáles son los poderes del juez para investigar tales inconductas reveladoras de parcialidad y si, como parte de dicha indagación, están autorizados a interrogar a los jurados como última ratio.

Para empezar, **debemos diferenciar tres momentos muy precisos. Los dos primeros son un escenario pre-veredicto**, a saber:

a) Desde que el jurado fue seleccionado y hasta el momento en que comienza la deliberación

b) Desde que empieza la deliberación y hasta el momento en que el veredicto es rendido.

c) El último es el escenario post veredicto, que ya hemos visto.<sup>838</sup>

La Regla del Secreto 606 b) prohíbe terminantemente un poder tal del juez luego que el veredicto ha sido rendido. Pero esta regla es parte fundamental de la desorientación de las cortes de apelaciones norteamericanas, ya que ella no aclara si la misma se aplica, también, al momento anterior a que el veredicto es rendido.

Centrémonos en los dos momentos del escenario pre-veredicto, tal como propone Gershman<sup>839</sup>:

*“Cuando la inconducta es descubierta durante el juicio, los poderes del juez para solucionar el problema son más grandes. El juez puede conducir una averiguación para investigar si la inconducta fue cometida y el alcance del perjuicio”*. Lo cual es obvio, ya que todavía no hay deliberación que proteger. El juez podrá entonces -con amplia participación de las partes, por supuesto- designar a una de ellas o a más investigadores, examinar todo tipo de comunicaciones (cartas, SMS, correos electrónicos, blogs, etc), analizar documentos, tomarle testimonios a terceros, etc. Si se prueba tal punto, el juez puede despedir a dicho jurado y reemplazarlo con un suplente. Pero no todo es tan sencillo cuando, aún en estas etapas tempranas, se hace necesario, en ocasiones, interrogar a los jurados.

La gran mayoría de los pronunciamientos judiciales de las Cortes de Apelaciones norteamericanas son sumamente renuentes a dejar que los jueces interroguen a los jurados en cualquier tipo de escenario (pre o post veredicto), aún al

---

<sup>838</sup>GERSHMAN,Bennett: “Contaminating...”, opcit.,p.337

<sup>839</sup>GERSHMAN,Bennet: “Contaminating...”,opcit.,p.351.

costo de mantener en el jurado a personas que han incurrido en potenciales inconductas. Sin embargo, sus argumentos son a veces desconcertantes y evidencian respuestas más intuitivas que razonadas.

Por ejemplo, Alison Markovitz, autor de un muy buen artículo sobre el secreto de las deliberaciones del jurado, opina que los jueces, ante la ausencia de una norma específica de sentencias constantes que regulen qué hacer cuando el veredicto no ha sido rendido, aplican análogamente la regla 606(b) que, como vimos, rige para el momento, ya que regula el secreto post veredicto. Este autor cotejó tres casos de distintas cortes federales de apelaciones que no autorizaron el interrogatorio a un jurado durante el juicio para investigar una inconducta. En el caso *Thomas*, la corte estableció lo siguiente:

*“Estamos compelidos a equivocarnos en favor del menor de dos males: proteger el secreto de las deliberaciones del jurado al costo, quizás, de permitir una actividad irresponsable de un jurado. Alcanzar un sistema perfecto para monitorear la conducta de los jurados en el ambiente de la sala de deliberaciones conlleva una inaceptable violación del secreto que es esencial para el trabajo de los jurados en el sistema americano de justicia. Abrir la puerta de la sala de deliberaciones aún más todavía y proveer oportunidades para exhaustivas inquisiciones judiciales sobre el pensamiento de los jurados puede, en nuestra opinión, destruir el sistema de jurado mismo”.*<sup>840</sup>

El autor sostiene críticamente que las cortes revisoras en los casos **Brown, Thomas, y Symington** hicieron un equivocado balance entre el secreto del jurado y la investigación judicial. Estas cortes ponen demasiado énfasis en el secreto de las deliberaciones del jurado y muy poco en la habilidad del juez para interrogar a los jurados de manera neutral. Pasaron por alto **la diferencia que existe entre el secreto del jurado post veredicto**, que está protegido por la Regla Federal de Evidencia 606(b), y **el secreto del jurado pre-veredicto**, que no sólo que no está bien definido sino que tampoco es absoluto. Al confiar en una generalizada concepción del secreto del

---

<sup>840</sup>Caso *Thomas*, Corte Federal de Apelaciones del 2º circuito, 116 F.3d 606 (2d Cir. 1997) y at 596. Fue un caso muy importante y criticado por los partidarios del *jury nullification*. Cinco afroamericanos estaban acusados de posesión de drogas para uso personal y el juicio fue revisado en apelación en un punto muy claro: un jurado afroamericano fue removido tras conocerse su pensamiento que de algún modo ignoraría las instrucciones legales del juez sobre la tenencia para consumo personal. El jurado condenó a Thomas, pero la Corte revocó la condena y ordenó un nuevo debate. A pesar que la corte falló que la postura en contra de aplicar la ley por parte de un potencial jurado es causal para ser removido del panel, sólo procederá si hay prueba más allá de duda razonable sobre ello. En el caso *Thomas*, la Corte consideró que no la había y que el récord de la audiencia dejaba abierta la posibilidad de que el jurado simplemente no estaba convencido del caso que el fiscal impulsaba contra los acusados. Al fallar así, la Corte reconoció la necesidad de proteger el secreto de las deliberaciones y de impedir tomarle testimonio a los jurados en un escenario pre-veredicto.

jurado, Markowitz se queja de que las cortes revisoras no reconocieron que los incuestionables valores y fundamentos políticos que alientan el secreto *post veredicto* no son paralelos ni equivalentes a los problemas que se aplican cuando el jurado todavía está deliberando. Entonces, según su opinión, cuando un problema surge en el *jury room* mientras deliberan, se les debería dar a los jueces más flexibilidad para interrogar a los jurados para determinar si un jurado debe ser removido del jurado.<sup>841</sup>

Es exactamente el caso que resolvió la Corte Europea de Derechos Humanos en el fallo *Gregory vs UK* de 1998 y que luego veremos. El juez de ese caso resolvió el problema mediante las instrucciones y el diálogo con las partes. No tuvo necesidad alguna de interrogar al jurado sospechado de parcialidad.

Como vemos, la cuestión no es unívoca. Por un lado, las cortes revisoras se han pronunciado muchas veces en casos de alegado racismo por parte de los jurados **durante el juicio y antes de empezada la deliberación** y establecieron, en algunos precedentes, que “una corte tiene especial responsabilidad de investigar una alegación de racismo por parte de un jurado y debe conducir una exhaustiva investigación que incluya un detallado interrogatorio a la persona que hizo la denuncia y un similar interrogatorio al jurado cuestionado por exhibir tal prejuicio.”<sup>842</sup>

Sin embargo, muchas veces las mismas cortes tildaron de abusivas el ejercicio de dichas facultades por el juez.<sup>843</sup>

De allí que sea difícil obtener un estándar único sobre el punto. Lo que sí parece claro es que la investigación del juez **pre-deliberación** puede ser lo amplia que la situación requiera, pero el interrogatorio a los jurados debería quedar reservado como última ratio.

El problema es más serio cuando, avanzados ya en el juicio, los jurados se retiran a deliberar. Cuando la inconducta es descubierta durante las deliberaciones o luego del juicio, poderosas consideraciones de orden público limitan severamente el

---

<sup>841</sup> MARKOWITZ, Alison:

“*Jury secrecy during deliberations*”, *The Yale Law Journal*, USA, (Vol. 110 2001), p. 1495.

<sup>842</sup> Ver *United States v. McClinton*, 135 F.3d 1178 (7th Cir. 1998) (sosteniendo que un voir dire del juez con participación de los abogados luego que dos jurados efectuaron sesgados comentarios racistas fue un razonable respuesta a una difícil situación); *State v. Vamer*, 643 N.W.2d 298 (Minn. 2002) (declarando que el juez cometió error revocable por no haber preguntado a todos los jurados acerca del comentario racista de uno de los jurados a los demás miembros del jurado).

<sup>843</sup> Ver *United States v. Carpa*, 271 F.3d 962, 967 (11th Cir. 2001) (hallando ejercicio abusivo por error discrecional de la corte al interrogar a un jurado para determinar si el jurado era honesto y desprejuiciado).

poder del juez para investigarla y remediarla y, por ende, para abortar el juicio o alterar el veredicto.<sup>844</sup>

Entonces, cuando ellas ocurren durante la deliberación y antes de que se rinda el veredicto, los poderes del juez se ven restringidos. Sobre todo, en el punto relativo a obtener la información de la irregularidad tomándoles testimonio a los jurados, que es completamente inadmisibles (salvo las excepciones de las cuestiones extrínsecas). Sin embargo, como el veredicto todavía no está rendido, muchísimo puede hacerse aún para corregir la situación sin que sea necesario recurrir al testimonio de los jurados, con el riesgo institucional que ello implica.

#### **D. Final del escenario pre-veredicto**

Desde el momento en que es seleccionado el jurado (*voir dire*), pasando por todo el juicio y hasta el final de la comprobación (*polling*), un jurado puede expresar todas las irregularidades e inconductas observadas que, a su juicio, afecten la imparcialidad y competencia del jurado como tribunal judicial. Sobre todo, por supuesto, las que evidencien presiones, prejuicios, visiones sesgadas o parciales, intentos de soborno, conducta inapropiada de un jurado, etc. Efectuado esto, **el juez tendrá amplios poderes** para investigar la cuestión y decidirla en audiencia pública de partes.

Terminada la investigación de la inconducta, el juez tendrá el siguiente rango de opciones, todas ellas del más puro sentido común: si advierte que la totalidad del jurado está fatalmente comprometido, lo disolverá y llamará a otro. Si advierte que ello sucede sólo con un jurado, pues lo excluirá y designará un suplente o, si ya comenzó la deliberación y los suplentes fueron relevados, puede hasta disponer que el juicio siga con los restantes jurados o poner un suplente y que recomience la deliberación si no ha pasado mucho tiempo. En los casos de poca gravedad, bastará con que el juez le imparta al jurado las instrucciones apropiadas.

Pero una vez que el veredicto ha sido emitido, cualquier evidencia sobre la falta de imparcialidad del jurado será siempre inadmisibles de acuerdo a la norma del *common law* sobre el secreto del jurado, sin importar cuán concluyente tal prueba pueda resultar. Es el final.

---

<sup>844</sup>GERSHMAN, Bennett L.: “Contaminating....”, op. cit., p.351.

## § 6. Motivación y Regla del Secreto. El particular caso de Estados Unidos con la libertad de prensa.

Algunos podrán considerar que *motivación del veredicto* y *regla del secreto del jurado* son cosas diferentes y que asimilarlas no es correcto. Sin embargo, son las textuales palabras utilizadas por el gobierno de Irlanda en su carácter de tercero interesado en el fallo Taxquet de la CEDH de 2010.

79. “El gobierno irlandés señala que el secreto de las deliberaciones está estrechamente ligado a la ausencia de fundamentación de los veredictos. Imponer la indicación de los fundamentos en las decisiones de los jurados modificaría la naturaleza y la esencia misma del sistema criminal tal como existe en Irlanda.”<sup>845</sup>

Desde este punto de vista, motivación y secreto absoluto de la deliberación y del veredicto son las dos caras de una misma moneda. Por ende, toda esta discusión sobre el secreto post-veredicto nos será de gran utilidad para adentrarnos de lleno en el gran tema de la motivación, última y predilecta arma antijuradista en América Latina y Europa Continental.

Como con todos los temas anteriores, el secreto post-veredicto de los jurados tiene aristas importantes, indirectamente vinculadas con las poderosas razones por las cuales el veredicto del jurado jamás debe estar motivado y, por ende, de por qué la deliberación debe mantenerse en secreto antes, durante y después del veredicto.

La regla del secreto absoluto de las deliberaciones del jurado, de cualquiera de sus detalles y de cómo se alcanzó el veredicto data de tiempos inmemoriales y son la esencia misma del juicio por jurados **y de su independencia judicial frente al Gobierno.**<sup>846</sup> Nunca, en toda la historia de la institución, practicada de las más variadas formas por todos los pueblos de la Antigüedad, se les exigió a los jurados que revelaran las razones de su voto o los secretos del *jury room*, sea mediante la motivación de su decisión, sea mediante un interrogatorio durante o después del juicio.

Por el contrario, se instruyó desde siempre a los jurados que tales revelaciones son conminadas con prisión por afectar la administración de justicia. Esta regla es absolutamente mayoritaria en prácticamente todos los países que juzgan bajo esta

---

<sup>845</sup> “TaxquetvBélgica”, CEDH, 2010, párr79.

<sup>846</sup> Fallo de la Corte Suprema de Canadá “*R v. Pan; R. v. Sawyer*” [2001] 2 S.C.R. 344 párr 38: “Hay enormes puntos en común en estas apelaciones sobre las reglas de secreto del jurado que comprenden la regla del common law y el art 649 del Código Criminal. Todos también coinciden en que una medida de secreto es esencial para asegurar la independencia y la efectividad del jurado”.

modalidad clásica (Gran Bretaña, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Irlanda, Rusia, Georgia, Austria, Noruega, así también como en Brasil, Panamá y las leyes de Argentina).

Una de las formas directas para quebrar la regla de oro del secreto del jurado -y, por ende, de su esencia como tal- es obligarlo a motivar (exteriorizar) su decisión. De hecho, la pretensión de imponerle una motivación al jurado es algo tan impensable en el Commonwealth que no puede encontrarse un solo precedente sobre este tema. Por eso, **estas discusiones en torno a la regla del secreto del jurado son el reverso de la moneda del debate sobre la motivación.** Constituyen la única manera para comprender las razones por las cuales los juristas anglosajones no concebirían jamás motivar un veredicto.

Pero tal regla de oro comenzó a cambiar apenas llegó el jurado a las costas de Estados Unidos en el siglo XVII, pero por motivos muy distintos y lejanos a la exigencia de motivación del veredicto que reclaman ciertos juristas europeos continentales.

El motivo es muy concreto y tiene que ver con dos factores: por un lado, la 1ª Enmienda de la Constitución que asegura la libertad de expresión y, por otro, el inmenso poder e influencia que los medios de comunicación han adquirido en los últimos sesenta años. Entrevistar a un jurado de un caso de gran repercusión pública es un gran negocio para los medios periodísticos. ¿Quién no quisiera tener semejante información de primera mano acerca de los vericuetos de la decisión? Las grandes cadenas de noticias y los multimedios han llegado a ofrecer sumas millonarias a los jurados para que concedieran reportajes, escribieran sus memorias y/o dieran abundante información sobre un caso de alta notoriedad pública. Más aún, no contentos con entrevistar a los jurados **luego del juicio**, presionan fuertemente a las cortes con base en la 1ª Enmienda para que éstas les entreguen la lista definitiva de los jurados tras finalizar el *voir dire*. De este modo, investigan quiénes son los jurados y, eventualmente, los contactan para dar entrevistas, tal como lo intentarían con cualquier juez profesional de un caso de alta exposición en las etapas iniciales del debate.

Los abogados de los *mass media* enfrentaron -y enfrentan- a la histórica prohibición con un argumento muy fuerte. Entre los dos grandes valores en juego, ¿cuál debe prevalecer? ¿La libertad de expresión de la 1ª Enmienda o el derecho al jurado (amparado por la regla del secreto) que garantizan la 6ª y 7ª Enmienda? Si un jurado

quiere, voluntariamente (o porque le pagaron una fortuna), hablar sobre el caso que él juzgó, sin que nadie lo conmine, ¿Por qué habría de prohibirse su derecho a expresarse libremente, tal cual lo ampara la Constitución? ¿Por qué el Estado le impone tal prohibición a los medios periodísticos, que tienen el deber de mantener informada a la Nación?

Este rico debate constitucional tiene repercusiones muy importantes sobre la regla del secreto y, por ser un fenómeno exclusivamente norteamericano, lo trataremos en forma aparte.

### **A. Libertad de Prensa y Regla del Secreto del Jurado en Estados Unidos.**

En esta sección estamos estudiando la última de las instrucciones que un juez le imparte al jurado, ya terminado definitivamente el juicio, pero antes de que se vayan a sus casas a continuar con sus vidas.

Repasemos: el veredicto ya fue rendido en corte abierta, fue aceptado por el juez, fue registrado y el jurado, por ende, fue disuelto. Hay que tener la suficiente imaginación como para situarse emocionalmente en el lugar de los jurados cuando llega este momento. La mayoría de las veces han tomado una decisión muy difícil como, por ejemplo, cuando declaran culpable a un acusado que luego será sentenciado a cadena perpetua. Es un momento de extrema tensión para cualquier persona y, por ello, sabiamente, los jueces del *common law* siempre han intentado contener al jurado con sus palabras finales. Salvo en el caso de Norteamérica, y tal como ampliamente hemos visto, los jueces le recordarán al jurado que se castiga con pena a quien revelare los secretos del *jury room*.

Sin embargo, en EE.UU., un juez les dirá algo así a los jurados<sup>847</sup>:

*“Antes que los dispense, quisiera decirles algunas palabras sobre las preguntas que pueden llegar a recibir acerca de este caso. Ahora que el juicio terminó, mi autoridad para impartirles instrucciones también ha cesado. Pero quiero ofrecerles algunas sugerencias y sólo les pido que reflexionen sobre ellas.*

*Ustedes no están obligados a responder ninguna pregunta que alguien les pudiera hacer sobre este caso. No hay norma que les prohíba, una vez que han sido dispensados, que discutan su servicio como jurado con quien ustedes elijan hacerlo. Pero les recomiendo que no discutan con extraños los detalles de vuestra deliberación y cómo han hecho para alcanzar*

---

<sup>847</sup>Instrucciones Suplementarias para el juicio con jurados del Estado de Massachusetts, EE:UU., Instrucción 2500, pág 4, 2009.

vuestro veredicto.<sup>848</sup>

*Desde donde ustedes están sentados, pueden ver la baranda que los separa a ustedes, los jurados, del resto de nosotros y del público. Esa baranda es el símbolo de la privacidad que los jurados tradicionalmente se acordaron entre ellos. Dicha privacidad constituye un derecho adquirido del jurado que se ejercita respecto de todos nosotros, de todos los demás. Obviamente, es crucial, para que nuestro sistema de jurado pueda funcionar, que los jurados se sientan completamente libres de expresarse con franqueza durante las deliberaciones, sin temor a ser puestos en ridículo o a ser molestados una vez que su período como jurados haya finalizado.*

*Los jurados salientes deben estar en condiciones de reasumir sus vidas privadas sin deberle ninguna explicación o justificación a nadie. Por esa razón, es normalmente lo mejor, en el interés de los futuros jurados, que ustedes continúen con la antiquísima tradición, de larga data, que las deliberaciones del jurado deben mantenerse en la absoluta privacidad, aún después del veredicto.*

*Si alguna vez se diera la situación en que la justicia requiriese que un ex jurado deba ser interrogado, tal cosa sólo podrá hacerse bajo la supervisión de esta Corte. De este modo, la integridad del sistema de jurado se ve preservada y los ex jurados no son molestados innecesariamente.<sup>849</sup>*

Las diferencias del modelo norteamericano con el del resto del mundo afloran aquí en plenitud: **los jurados pueden hablar con quienes ellos quieran**. El juez no los puede obligar, sino que sólo les puede advertir o sugerir la inconveniencia de tal actitud. De hecho, los jurados en Estados Unidos aparecen, muy de tanto en tanto, en populares “talk-shows” de televisión, conceden reportajes a medios<sup>850</sup> o, inclusive, escriben libros o memorias. Todo ello es inimaginable y se encuentra absolutamente prohibido en el resto del mundo donde existe el jurado clásico.

---

<sup>848</sup>Unodelosmáximosprecedentesde laSupremaCortedeEE.UUsobreestatandelicadacuestióndeloslímitesalsecretopost-veredictoes“**Clarkv. UnitedStates,238U.S.1,12-13,53S.Ct.465,468-469(1933)**”*Particularmente, enuncasodenotoriedad pública, es apropiado explicarle a los jurados que, a pesar que tienen el derecho a hablar con la prensa u otros sobre los detalles de las deliberaciones, la confidencialidad de la deliberación del jurado es esencial para la libertad y la independencia de los futuros jurados, de modo tal de evitarle el escalofriante efecto de vergüenza que la esperable publicidad de las deliberaciones pudieran causar y paradesalentar la hostilidad y el acoso a los jurados por las partes derrotadas en el juicio.*

<sup>849</sup>Elleadingcasesobre los límites en que debe ejercerse la libertad de expresión constitucional-fundamento básico que usó parte de la prensa para poder entrevistar a los jurados en los casos mediáticos tras el veredicto-es **Rakesv. UnitedStates,169F.2d739,745-746(4thCir.),cert.denied,335U.S.826(1948)**. Allí se estableció expresamente que “una indagación o interrogatorio puntual post-veredicto de los jurados en beneficio de una de las partes en el juicio debe ser enfáticamente condenada. Es incumbencia de la Corte proteger a los jurados de tales peligros”.

<sup>850</sup> Ver la entrevista completa al presidente del jurado civil californiano que, en 2012, decidió el litigio de mil millones de dólares entre Samsung y Apple por el plagio del Smartphone. Click aquí, <http://www.slashgear.com/apple-vs-samsung-jury-foreman-speaks-with-bloomberg-in-video-interview-28244233/>



Y es aquí donde entramos de lleno al debate de cómo está regulado este potencial conflicto de derechos e intereses entre el acusado, los jurados, el público y la prensa.

### **B. Historia. La 1ª y la 6ª Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos**

No es fácil enmarcar la cuestión entre esta colisión aparente entre la regla del secreto del jurado y la libertad de expresión y de cómo ello intenta ser resuelto por el derecho procesal y constitucional norteamericano. Lo cual es obvio, ya que se discuten dos garantías constitucionales de gran desarrollo doctrinario y jurisprudencial.

Digamos, con los peligros que encierra cualquier síntesis de un tema tan complejo, que la 1ª Enmienda dice que el Congreso jamás dictará leyes que restrinjan la libertad de expresión o de prensa y la 6ª Enmienda le asegura al acusado en materia criminal un juicio rápido y **público** ante un jurado imparcial.

Es el alcance que debe darse a la expresión “juicio **público**” la que ha disparado la controversia y es el argumento fundamental utilizado mayormente por los medios de comunicación para garantizarse el acceso más amplio posible a todos los aspectos del juicio. Según esta visión, la 6ª Enmienda no sólo contempla la publicidad como un derecho **exclusivo** del acusado sino que, con base en la libertad de expresión, la libertad de prensa, la libertad de asociación y el de acceso a la información previstos en la 1ª Enmienda, tal derecho a la publicidad del juicio se extiende al ciudadano y a la prensa. Al ciudadano, porque tiene el derecho constitucional a estar informado. Y a la prensa, porque goza del derecho constitucional a informar.

La doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos y de las cortes estatales han regulado con mayor o menor amplitud el derecho de la prensa a acceder a los jurados y han tratado de encontrar un necesario equilibrio entre estos dos derechos. Pero, como bien resume Bagley,

*“en años recientes... los medios han desafiado las limitaciones impuestas por la Corte sobre el derecho que les reconoce la 1ª Enmienda a recolectar información sobre los factores que llevaron a la decisión del jurado. Las Cortes han enfrentado a estos desafíos al balancear el derecho de la 1ª Enmienda con el derecho del acusado a un juicio justo que le garantiza la 6ª Enmienda. Uno de los puntos centrales de la cuestión gira en torno a la mirada histórica del juicio criminal como un proceso abierto y público. A pesar que el derecho constitucional del público a acceder a los juicios criminales no es absoluto, una corte debe todavía proveer una razón concluyente para prohibirle a los medios el acceso a los procedimientos.*”

*Por eso, las cortes, aunque con muchas reticencias, han dado pasos a lo largo de las pasadas décadas que expandieron el rango de la cobertura de un juicio.*<sup>851</sup>

Sintéticamente, podemos decir que el derecho judicial norteamericano impone severas restricciones al público en general y a la prensa en particular, para entrevistar a los jurados luego del veredicto y sobre los contenidos que éstos no podrán revelar en el reportaje. **Antes del veredicto**, los intentos de la prensa por contactar a los jurados han sido prácticamente prohibidos por la Corte Suprema de Justicia (fallo *Remmers*).

Las cortes federales son consistentemente coherentes en sostener que la 1ª Enmienda no le garantiza a la prensa un acceso a la información más allá del que está disponible para el público en general. En otras palabras, la prensa en particular no tiene ningún privilegio por sobre el público y no pueden reclamar una mayor apertura en base a su profesión.<sup>852</sup> Más aún, es proverbial y puede advertirse con facilidad en el cine de Hollywood que las cortes y las Reglas han prohibido la presencia de fotógrafos durante el juicio, razón por la cual los diarios han enviado desde siempre a sus dibujantes para obtener retratos del acusado.<sup>853</sup>

También existen fuertes restricciones de los jueces a que los juicios se televisen.<sup>854</sup>

### **La posición de la Suprema Corte de Justicia**

Dos problemas importantes se presentan, y en ambos hasentado precedentes la Suprema Corte: **el primero**, si la palabra “juicio” y, por ende, la extensión del derecho de acceso del público y de la prensa, abarca al debate oral **o a lo que sucede en las etapas anteriores** (investigación, Gran Jurado, audiencias preparatorias de prueba, voir dire, etc). Veremos este tema con más detalle, ya que la intensidad del derecho de acceso no es igual en cada etapa, según la visión de la jurisprudencia.

<sup>851</sup> Cfr BAGLEY, William: “*Jury Room Secrecy: Has the Time Come to Unlock the Door?*” (1998) 32 Suffolk University Law Review 481, 495 – 496, Boston, USA.

<sup>852</sup> *Zemel v. Rusk*, 381 U.S. 1, 16-

17 (1965) (contra la negativa del gobierno a validar los pasaportes de los turistas que querían visitar Cuba)

<sup>853</sup> cf. Regla Federal Procedimiento Criminal n° 53 (prohibe tomar fotos durante los procedimientos judiciales).

<sup>854</sup> En contra de la televisión, ver el fallo “*Estes v. Texas*”, 381 U.S. 532, 550-52 (1965) (decisión por 5 a 4): “*la grabación televisiva del juicio criminal vulnera el derecho del acusado al debido proceso cuando él es muy conocido y el caso tiene notoriedad nacional*”. Autorizando la televisión, ver el fallo “*Dorfman v.*

*Meisner*”, 430 F.2d 558, 562 (7th Cir. 1970): *la regla de la corte de distrito que prohíbe la fotografía en cualquier lugar del tribunal, o edificio federal o plaza contigua y sus senderos vulnera los derechos de la prensa que es reconocida por la 1ª Enmienda.*

En el caso *Remmers*, la Suprema Corte reconoce y enfatiza la importancia de la presencia en el proceso de la integridad del sistema de jurado:

*“Cualquier comunicación privada, contacto o manipulación directa o indirecta con un jurado durante el juicio sobre el asunto pendiente ante él es, por obvias razones, considerada presuntamente perjudicial, si no fue hecha en cumplimiento de las públicas reglas de la corte y de las instrucciones y directivas impartidas por el juez durante el juicio, con pleno conocimiento de las partes. Esta presunción no es conclusiva, pero recae fuertemente en la fiscalía la carga de establecer, tras notificarlo y conceder audiencia al acusado, que dicho contacto con el jurado resultó inofensivo para el acusado.”*<sup>855</sup>

Este precedente semantiene incólume hasta el día de hoy y ha sido reafirmado en varias sentencias posteriores.<sup>856</sup>

El **segundo problema** surge cuando el acusado renuncia a su derecho a un juicio público y pide ser juzgado en privado. ¿Tienen los medios el público en general el derecho al amparo de la 1ª Enmienda para sortear esta prohibición y acceder al juicio? El problema también se presenta, como lateralmente, no por pedido del acusado, sino por orden directo de la corte, en los casos de delitos sexuales, con menores o con testigos de identidad reservada. Allí los jueces suelen excluir al público y a la prensa del juicio. ¿Vale lo contrario a la 1ª Enmienda?

En el *leading case* *“Garnett Co. vs DePasquale”* de 1977, ampliamente comentado por Chiesa Aponte<sup>857</sup>, la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos trató esta cuestión jurídica acerca de si, expresamente, existe un **derecho constitucional independiente** del público a acceder a etapas previas al juicio cuando todas las partes, incluyendo al fiscal y el juez, estaban de acuerdo en celebrar el procedimiento en privado para asegurar un juicio justo. Se trataba de un asesinato y robos de una mujer que con motivo al Estado de Nueva York (la mujer fue asesinada en un bote, arrojada al agua y su cadáver jamás apareció). Previo al juicio, se celebró la audiencia de prueba en donde se iba a decidir la exclusión de pruebas claves del crimen, como el arma homicida, ya que, según los acusados, fueron premiados durante el interrogatorio policial. Como el caso había explotado en todos los medios, los acusados solicitaron que la audiencia fuera privada y que el público y la prensa fueran excluidos, pues de otra manera no habría *fair trial* para ellos y sería virtualmente imposible conseguir luego

<sup>855</sup>Remmer v. United States, 347 U.S. 227, 74 S.Ct. 450, 98 L.Ed. 654 (1954).

<sup>856</sup>Parkerv. Gladden, 385 U.S. 363, 87 S.Ct. 468, 17 L.Ed. 2d 420 (1966); Smith v. Phillips, 455 U.S. 209, 102 S.Ct. 940, 71 L.Ed. 2d 78 (1982)

<sup>857</sup>“Garnett Co. v DePasquale”, 443, U.S., 368 (1977), en CHIESA APONTE, Ernesto: op.cit., vol III, ps. 124 y ss.

unjurado imparcial. El fiscal consintió y el juez estuvo de acuerdo. Sin embargo, los medios solicitaron la transcripción de la audiencia, el juez se negó y el caso llegó a la Corte Suprema.

La Corte analizó si hay alguna base constitucional para el derecho del público en general a estar presente en el juicio criminal.

“Se concluye que no hay más remoto indicio de un derecho de acceso en favor del público en general. **La Constitución sólo garantiza el juicio público en favor del acusado.** La Corte reconoce el fuerte interés social en el juicio público, pero tal interés no significa un derecho independiente de acceso al juicio criminal. El derecho constitucional al juicio público es **del acusado**, según la *Sexta Enmienda*”.<sup>858</sup>

Al final de su pronunciamiento, la Corte reconoce que, bajo la 1ª Enmienda, la prensa y el público tienen un derecho de acceso al juicio criminal. **Sin embargo, ella no la autoriza a fallar en abstracto.** En el caso concreto que se le presentó, la Corte consideró correctos los argumentos del juez de la vista preliminar que denegó a la prensa la transcripción del ocurrido en la audiencia. El juez resolvió ponderando los dos bienes en colisión - por un lado, el derecho constitucional de la prensa y el público, y por otro, el derecho constitucional de la acusación a un juicio justo - , para inclinarse finalmente, como es lógico, por este último. Es decir, en el caso concreto, pesó más en el juez el derecho individual a un juicio justo e imparcial que el derecho colectivo del público y la prensa a acceder al juicio.<sup>859</sup>

De aquí surgen, como de tantos otros precedentes, que el derecho del público en general y de la prensa en particular a **acceder a los jurados** no es absoluto, **sobre todo luego de la *Voirdire***. Debe ser moderado por el derecho de la acusación a un juicio justo e imparcial con que lo ampara la 6ª Enmienda. Las Cortes han favorecido una presunción **ius tantum** de apertura en lo que respecta al acceso de los medios a los jurados. La carga de destruir dicha presunción la tiene el acusado, quien debe demostrar, mediante prueba en contrario, que existen concluyentes razones para no franquearles a los medios el acceso a los jurados, una vez que éstos ya han sido seleccionados y el panel de finitivamente conformado.<sup>860</sup>

Sin embargo, el hecho de que los medios puedan acceder a los jurados no significa que puedan preguntarles cualquier cosa a los jurados, como tampoco éstos podrán hablar de lo que quier

<sup>858</sup> CHIESA APONTE, Ernesto: “*Derecho procesal penal...*”, opcit., vol III, p. 126..

<sup>859</sup> *Garnett Co. V DePasquale*, 443, U.S., 368 (1977), ap VI ps 391 a 393.

<sup>860</sup> Para una interesante discusión del derecho de los medios a poseer los nombres de los jurados luego de conformado el panel, véase el fallo *United States v Wecht* 537 F.3d 222 (3d Cir. 2008). También, véase a la autora PICCO, Kaitlin: “*By Any Other Name: The Media’s First Amendment Right of Access to Juror Names*”, (2009) 82 Temple Law, Arizona, USA, al comentar el fallo *United States v Wecht* 537 F.3d 222 (3d Cir. 2008).

an, aunque así lo deseen. Las Cortes han impuesto, en el peculiar sistema del *common law* con la fuerza obligatoria del precedente, severas restricciones al contenido de la entrevista posterior a un jurado como forma de adecuar el derecho de la 1ª Enmienda con el de la 6ª Enmienda.

### Límites del derecho al acceso a los jurados

De acuerdo a las instrucciones que hemos visto, los jurados no pueden ser forzados a hablar con nadie de su servicio como tales. Sin embargo, nada les impide hablar con quienes ellos deseen, si es que así lo quieren.<sup>861</sup> Incluso, en el 98% de los casos de rutina que procesa un sistema judicial cualquiera (que no tienen la más mínima resonancia mediática), los abogados defensores y de la fiscalía suelen acercarse a los jurados para conversar respetuosamente con ellos sobre el caso, sobre todo cuando lo pierden. Lo hacen esperando que los jurados les hagan una devolución acerca de cuáles fueron sus defectos de litigación, dónde es que fallaron, qué cosas deberían rever en sus futuras presentaciones, etc.<sup>862</sup> En el resto del mundo esto está totalmente prohibido, y es muy lógico que así sea. Sin embargo, nada impide que esto pueda suceder en los EE.UU., pero bajo muy estrictas condiciones de supervisión de la Corte y principios de deontología forense que hacen a la ética de la abogacía.<sup>863</sup> Así se refiere a la cuestión el poderoso Colegio de Abogados de Estados Unidos (*American Bar Association*): "No es fácil que sea un buen jurado, y los abogados no deberían, en sus esfuerzos por representar a sus clientes, hacer cualquier cosa que tienda a hacer a un más difícil obtener un jurado cualificado".<sup>864</sup>

El principio fundamental en este contexto es que nadie puede obligar o forzar al jurado a hablar del caso. Si ello sucede, el periodista, abogado o particular que lo intenta puede ir a prisión por obstrucción.

---

<sup>861</sup> La corte está también libre de instruir a los jurados sobre que "pueden hablar o quedarse callados tal como ellos lo deseen". *U.S. v. Sherman*, 581 F.2d 1358, 1361, 1362 (9th Cir. 1978).

<sup>862</sup> cf. *la guía de North Carolina sobre ética profesional y quejas* (North Carolina Comm. on Professional Ethics and Grievances), Op. 337 (1983): **los abogados pueden entrevistar a los jurados sólo con el propósito de mejorar sus técnicas de litigación en juicio.**

<sup>863</sup> Los jueces, sin embargo, adoptan una posición muy estricta. Ver "*Rakes v. United States*", 169 F.2d 739, 745-46 (4th Cir.), cert. denegado, 335 U.S. 826 (1948); "*United States v. Balistreri*", 577 F. Supp. 1532, 1549, 1550-51 (E.D. Wis. 1984). En *Rakes*, el juez Prettyman estableció:

"Si los jurados son conscientes de que serán sujetos a interrogación o indagación hostil acerca de lo que ocurriera y por qué en el jurado, serán influenciados sin remedio en algún punto por dicho anticipado fastidio. Las Cortes no permitirán que esa potencial influencia invada el jurado. Aquel que haga estudiadas averiguaciones sobre los jurados acerca de lo que ocurrió, obra a su exclusiva cuenta y riesgo de ser arrestado por obstrucción a la administración de justicia. 169 F.2d at 745-46.

<sup>864</sup> American Bar Association, Comité de Ética Profesional y Quejas, opinión 319 (Common Professional Ethics and Grievances), Formal Op. 319 (1967).

rucción a la administración de justicia. El juez, luego del juicio, específicamente instruye a los jurados de que, antes de cualquier presión de este tipo, lo pongan en su conocimiento. Se exceptúan, por supuesto, los casos que hemos visto en donde los jurados pueden ser interrogados post veredicto en audiencias públicas sobre influencias extrínsecas o intentos de soborno o presiones externas que hayan afectado al veredicto.

Tal como lo expresa la Asociación de Magistrados de Norteamérica, así como la 1ª Enmienda garantiza el derecho a la libertad de expresión, también se extrae de ella **la garantía constitucional individual a no expresarse** que, como toda garantía, se ejerce *erga omnes*.<sup>865</sup> Es por ello que los jueces norteamericanos les dan esta instrucción final a los jurados, alentándolos a que es mejor que no hablen del caso con ninguna persona, **por que nadie los puede obligar a ello**.

A veces los jueces toman ciertas medidas adicionales que van más allá de sugerirles o advertirles a los jurados que es mejor evitar hablar del caso con la persona que fuere. Estas medidas, por lo general, han sido para todo tipo de presentaciones judiciales en contra, precisamente por el derecho del jurado a expresarse libremente y el derecho de la prensa al acceso a la información. La colisión es prácticamente inevitable, ya que, cada vez que se realiza un juicio y **durante él**, el interés de la corte en la administración de justicia generalmente se impone a los derechos de expresión. Por ello, los jueces tienen la autoridad para impedir que la prensa entreviste a los jurados sobre los procedimientos para imponer restricciones.<sup>866</sup>

Ejemplos de estas restricciones pueden ser<sup>867</sup>:

- Mantener en secreto los nombres y las direcciones de los miembros del jurado.
- Prohibir cualquier tipo de entrevista de los jurados con ninguna persona o medio.
- Prohibir las entrevistas sobre las deliberaciones, pero no sobre el veredicto.
- Prohibir la revelación de cómo votaron los jurados no entrevistados.<sup>868</sup>
- Prohibir las entrevistas a un *hungry jury* (jurado estancado) que provoque la anulación del juicio, hasta que el caso haya sido juzgado de nuevo.

<sup>865</sup> AJS, *American Judicature Society* [http://www.ajs.org/jc/juries/jc\\_privacy\\_exjurors.asp](http://www.ajs.org/jc/juries/jc_privacy_exjurors.asp).

<sup>866</sup> Un buen ejemplo de ello lo encontramos en *in re Stone*, 703 P.2d 1319, 1322 (Colo. App. 1985). Allí se sostuvo que “una vez que el juicio ha empezado, los derechos de la prensa según la 1ª Enmienda no se extienden a permitir la comunicación con los jurados, quienes han sido exhortados a no discutir el caso pendiente”.

<sup>867</sup> AJS, página web. *op.cit.* supra nota 145.

<sup>868</sup> “*Journal Pub. Co. v. Mechem*”, 801 F.2d 1233, 1236 (10th Cir. 1986). Allí, por ejemplo, se sostuvo que el juez del juicio está habilitado a decirles a los jurados “*quien debe discutir los votos específicos y las opiniones de los jurados que no han sido entrevistados, de modo de alentar la más libre deliberación en el jury room.*”

Como veremos, en Norteamérica son usualmente revocadas en apelación las medidas que prohíben que los jurados concedan cualquier tipo de entrevistas con la prensa, debido a que ello restringe muy fuertemente derechos constitucionales. Se reconoce, igualmente, que ellas prácticamente nos son y decretadas por ningún juez a nivel federal.<sup>869</sup> En los estados locales, en cambio, la situación varía mucho. Por ejemplo, en el Estado de Connecticut, la obligación de secreto del jurado es total y absoluta, al igual que lo podría ser en Inglaterra o en la Argentina.

Peró no corren igual suerte el resto de las medidas que hemos visto, pues ellas merecen un trato completamente diferente por parte de las cortes de apelaciones, las más de las veces en favor de la imposición de restricciones a la prensa. Lo cual es lógico, ya que la afectación potencial del derecho al acusado a un fair trial es más intensa cuando el juicio está en pleno curso que cuando ya finalizó.<sup>870</sup>

### C. La doctrina legal del 5° Circuito

#### Las tres sentencias del 5° Circuito

La Corte Federal de Apelaciones de los Estados Unidos está dividida en trece circuitos con distinta competencia territorial. La Corte del 5° Circuito abarcó durante mucho tiempo a gran parte del sur de los Estados Unidos (Louisiana, Mississippi, Texas, Florida, Georgia, Alabama) y es una de las más famosas y prestigiosas del país, ya que fue la responsable del formidable avance de los derechos civiles de los afroamericanos en las difíciles épocas de la segregación racial.

La Corte del 5° Circuito es la que ha sentado el precedente más respetado en torno al problema de la libertad de expresión y la regla del secreto del jurado. Lo ha hecho a través de tres sentencias muy conocidas en Estados Unidos de la década del '80 que, prácticamente, son la guía para cualquier juez norteamericano sobre la cuestión. Ellas son "*Express News Corp.*", "*Harrelson*" y "*Haeberle v Texas International Airlines*".

Mirados en perspectiva, con estos tres casos la Corte Federal de Apelaciones del 5° Circuito redefinió el rango y el alcance del derecho que tiene la prensa a entrevistar a los jurados tras el veredicto. La doctrina legal emergente de estos tres trascendentes

---

<sup>869</sup>U.S.v.Sherman, 581F.2d1358, 1361(9thCir.1978). Endicho precedente, la Corte desarrolló la **presunción de aperturay** señala que las limitaciones post veredicto para entrevistar jurados se presumen inválidas por restringir la expresión. La parte que busca un orden judicial que impida el contacto del jurado con la prensa debe demostrar que "la actividad que se busca restringir supone un claro y presente peligro o una grave e inminente amenaza a un interés protegido o disputa. También debe demostrar que la restricción debe ser la mínima posible y que no hay ninguna otra alternativa disponible que tenga un impacto menor en las libertades que consagra la 1ª Enmienda".

<sup>870</sup>Pero "la amenaza a la justicia causada por los medios y los noticieros que contactan a los jurados es mucho más alta que la del juicio que dura él." **Journal Pub. Co. v. Mechem**, 801F.2d1233, 1236(10thCir.1986)

fallos evidencian un delicado balance entre la garantía de la 6ª Enmienda a un juicio justo e imparcial con la protección de la prensa libre que garantiza la 1ª Enmienda. Los jueces pueden restringir el tiempo y el lugar de las entrevistas a los jurados, pero no pueden prohibir dicho contacto totalmente.<sup>871</sup>

Todo comenzó en 1982 cuando una corte de distrito impartió la siguiente regla:

*Ningún abogado, ni parte alguna en una demanda, ni cualquier otra persona, por sí o a través de un investigador u otra persona actuando por ellas, podrá en ninguna caso entrevistar, examinar o interrogar a ningún jurado, o a sus parientes o a sus amigos o socios, sea mientras dure el juicio, o con respecto a las deliberaciones o al veredicto del jurado, excepto que tengala a nuencia de la corte concedida a demostrar una buena causa.*

El diario *Express News* solicitó al juez permiso para entrevistar a los jurados, lo que le fue denegado en base a esta regla y así llegó hasta la Corte de Apelaciones, que revocó dicha regla y autorizó la entrevista. Sostuvo, con el voto cantante del juez Rubin, que la norma era

“*excesivamente extensa*”

y que, además, vulneraba el derecho de la prensa a recolectar información garantizada por la 1ª Enmienda. Pero lo más importante no era esto, sino la línea de razonamiento que empleó el juez Rubin. El juez sostuvo que había que distinguir con suma claridad la línea de autoridad que impide a los litigantes y a sus abogados interrogar a los jurados, **con el interrogatorio que sí se puede hacer la prensa**. Los litigantes, por lo general, quieren acceder a los jurados para interrogarlos en busca de pruebas de conducta que les permitan luego impugnar un veredicto que les fue desfavorable. En este caso, *Express News* le propuso al juez entrevistar a los jurados con fines pura y exclusivamente

informativos.<sup>872</sup> Pero en de, dichas entrevistas no amenazaban en modo alguno la autoridad de los jueces de juzgar el material del veredicto. El juez Rubin y la corte en plenitud no entendieron que el método de test que debía seguirse era muy simple: al considerar un pedido de entrevistas a los jurados, los jueces deben examinar si hay un *interés público convincente* y bajo una regla que debería limitar la prohibición estrictamente cuando se busque *prevenir una amenaza a la administración de justicia*.<sup>873</sup> Según los jueces, en *Express News* no había ninguna duda que el derecho del acusado a un juicio imparcial (6ª Enmienda) es indiscutiblemente un interés público convincente, pero fracasaba en el segundo punto del test, dado que la regla

<sup>871</sup>BACHARACH, Robert E.: “*Posttrial Juror Interviews by the Press: The Fifth Circuit's Approach*”, 62 Wash. U. L. Q. 783 (1984), USA, p. 783.

<sup>872</sup>In re *Express News Corp.*, 695 F.2d 807 (5th Cir. 1982).

<sup>873</sup>In re *Express News Corp.*, 695 F.2d at 810.



laatacadaeraexcesivamenteamplia. Aúncuandolosjuradosestuvieranansiososydeseososde hablarconlaprensa,lareglaselosimpedía. Pero,alfinaldelfallo*ExpressNews*,laCorteesbozóel argumentoquedesarrollaríaunaño mástardeen*Harrelson*: allísugirieronque los jueces noseopondríaunaareglaqueprohibieraalosjuradosentrevistadosardetallesdequédijeronycómovotaronlosdemásjurados.

En1983,laCortedel5ºCircuitodictael fallo*U.S.vHarrelson*<sup>874</sup>yempiezaaestableceronmuchamásclaridadloslímitesalaprensa. Aquílosjuecesconfirmaronladecisióndeljuezedel distritoquerechazólos “reiteradospedidosdeentrevistasdestinadosainquirirenlosvotosdelosdemásjurados”. LaCorteconsideróqueeljuezesahabíamovidentrodelosestrictosmárgenesqueellahabíaimpuestoen*ExpressNews*yquetalesentrevistassuponíanunaamenazaalaproteccióncontraelcosodelosexjuradosyalaconfidencialidaddelasdeliberacionesdeljurado.<sup>875</sup> Enelfalloanterior,laCortehabíadispuetounasuertedecierto permisoengeneralparaelaccesodelaprensaaljurado. Peroen*Harrelson*,lamismaCortenodudóenenfatizarque losjuecesdeldebatetienenladiscreción paralimitartalacceso,conformeasuautoridaddesupervisiónsobreelejurado.

Contemporáneamente,numerososotrosprecedentesdelpaísyestaban imponiendorestriccionesmásseveras. Porejemplo,unjuezexigióquetodaslasentrevistasalosjuradoslofuera nbajosusupervisiónyllegóadecirlosiguiente: “unjuezedel distritotieneelpoder,yavecesel debe r,deordenarquetodalainvestigaciónpost-debatedelosjuradosdebaestarbajosusupervisión”.<sup>876</sup>

Finalmente,en1984laCortedictaelúltimoprecedentedelatrilogía,*HaeberlevTexasInternational Airlines*<sup>877</sup>,quetienedeparticularvalorelhechodequeaquínoestáinvolucradalaprensa,sinoelabogadodelaparteperdedorainvocandola1ªEnmienda. Setratódeunlitigiocivilen elcualelejurado,medianteunveredictoespecial,dictaminóencontradetressociedadeslimitadas. Elapelantelepidióaljuezedeljuiciopermisoparainterrogaralosjuradospara “aprender” delasrazonesquetuvieronparasudeterminaciónenelmismo. Recordemosque, enelveredictoespecialdeljuiciocivil(únicocasoenqueseloadmite),eljurado debe responder consusargumentosalaspreguntasqueleformulaeljuez. Comoesdesesperar,eljuezeleprohibióabsolutamentealabogadodichointerrogatorio. LaCortedel5ºCircuitolorespaldóyrefutóelargumentodelapelantesobre la1ªEnmienda. EsnuevamenteeljuezRubinquendiferencióestecasodeladoctrinal

<sup>874</sup>UnitedStatesvHarrelson,713F.2d1114(5thCir.1983).

<sup>875</sup>UnitedStatesvHarrelson,713F.2d1118(5thCir.)

<sup>876</sup>UnitedStatesv.Cauble,532F.Supp.804,808(E.D.Tex.1982)

<sup>877</sup>HaeberlevTexasInternationalAirlines,739F.2d1019(5thCir.1984).

alde *Express News*. Allí se trataba “del derecho “primordial” del público a obtener información. Pero el abogado de Haerber les **ólo buscaba la información para su propio beneficio**. Si bien se reconoce que el interés de la prensa tiene alguna dimensión constitucional, es secundario al interés público de preservar la privacidad del jurado y de promover la administración de justicia”.<sup>878</sup>

De este modo, estas sentencias delinear con claridad el delicado balance entre los derechos garantizados por la 1ª y la 6ª Enmienda. **Existe un derecho constitucional de acceso de la prensa a los jurados, pero si que ello implique el acceso a los mismos, la revelación de las deliberaciones o a que digan cómo votaron los demás.**

La Corte del 5º Circuito halló así un equilibrio sobre un punto práctico muy difícil de resolver, lo que es más sabio aún, trazaron las líneas directrices de actuación y le dejaron su aplicación a los jueces del juicio. Le hubieras sido muy difícil a la Corte sostener en Estados Unidos una prohibición total de las entrevistas a los jurados, sin afectar el prestigio del sistema de jurados. Si se hacen con estos límites, no hay temor alguno en que se vea amenazado el sistema. Es cierto que un control de la indagación por la prensa socavaría la integridad de los veredictos del jurado y que la exposición de cada detalle de la deliberación destruiría la confianza pública en el mismo. Pero eso, el acceso de la prensa a los jurados **bajo la condición de que no se indaguen sobre la deliberación ni cómo votaron los demás jurados** permite que los medios informen al público y que, además, **las discusiones entre los jurados permanezcan en el jury room y no, en cambio, en los periódicos o en los programas de TV.**<sup>879</sup>

*“La protección especial del proceso deliberativo promueve la libertad de pensamiento, ya que la noción de un exhaustivo e implacable intercambio de ideas yace en el corazón del sistema de jurados. La exposición de las palabras de los jurados y de sus votos golpearía al sistema en sus raíces. Igualmente importante es la necesidad de proteger a los jurados de la cosa que, por haber sido elegidos por el Estado para participar en un proceso judicial, los jurados gozan del derecho a cierta privacidad”.*<sup>880</sup>

La realidad es que prácticamente ningún juez anglosajón admite como evidencia para impugnar la irrevocabilidad de un veredicto las declaraciones de los jurados en los medios, sobre todo cuando en ellas alegan irregularidades o inconductas durante la deliberación.<sup>881</sup>

<sup>878</sup> Haerber *lev Texas International Airlines*, 739 F.2d 739 F.2d at 1022. (5<sup>th</sup> Circuit).

<sup>879</sup> BACHARACH, Robert E: “*Posttrial*....”, *opcit*, p. 788.

<sup>880</sup> Id. BACHARACH.

<sup>881</sup> Las Cortes son absolutamente reacias a admitir reportajes a jurados como evidencia. Ver,

El mensaje es claro: libertad de prensa, **sí**. Informar al público, **sí**. Usar los medios para anunciar un veredicto, **no**.

#### **D. Un caso de libertad de prensa y jurados en Inglaterra y la CEDH (el caso *Attorney General v Associated Newspapers Ltd* de 1994).**

Será muy ilustrativo comparar todo este gran desarrollo acerca de la relación entre la libertad de prensa y la regla del secreto del jurado en Norteamérica con un caso muy importante ocurrido en Inglaterra en 1994 (*Attorney General v Associated Newspapers Ltd [1994] 2 AC 238*). De esta manera, podremos ver las diferencias que existen entre dos países con una relación tan especial entre ellos como Inglaterra y los Estados Unidos.

Inglaterra fue, indiscutidamente, el primer país de Europa en desarrollar las libertades y las garantías constitucionales que hoy son parte de la cultura de Occidente. Entre ellas, se encuentran la prensa libre y el juicio por jurados.

Inglaterra posee actualmente poderosos medios periodísticos y la prensa amarillista más invasiva del mundo. Parecería que estuvieran dadas todas las condiciones como para que los resonantes casos mediáticos que procesa cotidianamente el sistema judicial inglés estuvieran los fundamentos exactos para que los jurados sean presas apetecibles del interés periodístico por entrevistarlos. Sin embargo, ya hemos visto que la regla del common law y el art. 8º de la *Contempt of Court Act de 1981* prohíbe terminantemente **cualquier tipo de violación a la regla del secreto del jurado**. En este caso, la Cámara de los Lores tuvo que interpretar dicha regla en relación a si estaba prohibido el contacto de los exjurados con la prensa, **sin que ello importase en absoluto a la libertad de expresión**.

El caso tuvo una altísima notoriedad pública. Un conocido político fue absuelto por un jurado del cargo de instigación al asesinato. Una revista sensacionalista inglesa publicó los detalles de la deliberación del jurado y de cómo se alcanzó el veredicto. Algunos miembros del jurado habían contado su experiencia al tercer día. Éste se los dio un periodista, que escribió un artículo firmado por él y publicado por la revista. El juez del caso le impuso una severa multa a la revista, a su editor y al periodista por violar el art. 8º inciso 1º de la Convención, y así se le dio origen a la apelación hasta la Cámara de los Lores (y luego a la Corte Europea de Derechos Humanos). La argumentación en defensa de la pena impuesta estuvo a cargo del Fiscal General.

---

“*State v. Larson*”, 281 N.W.2d 481, 484 (Minn.), certiorari denegado, 444 U.S. 973 (1979); véase también “*United States v. Jaffe*”, 98 F.Supp. 191, 194 (D.D.C. 1951) donde claramente establece que “los artículos periodísticos son generalmente inadmisibles”.

apelante alegó que, según el artículo 8º, sólo tres conductas estaban prohibidas expresamente por dicha norma:

- a) obtener información **directamente** de un miembro del jurado;
- b) revelar la información como miembro del jurado; y
- c) solicitar la información a un miembro del jurado.

El punto central de la apelación era si el verbo típico “revelar” o “divulgar” (en inglés, “*to disclose*”) también alcanzaba con su prohibición a información proporcionada **no directamente** por un jurado, sino por un tercero ajenos a él. También se argumentó que la letra del art 8º no prohibía **expresamente** la publicación de dicha información en una revista.

La Cámara de los Loes rechazó la pretendida interpretación restrictiva del verbo “revelar” o “divulgar” propuesta por el apelante.

El voto mayoritario estuvo a cargo de Lord Lowry quien, sintéticamente, sostuvo que

*“la restricción sobre la revelación de información acerca de las deliberaciones de un jurado se aplica e incluye a la información inocentemente recibida, **ysu publicaciónes un delito**. Esta Casa de los Loes intentó identificar el daño que se busca evitar y que fueran las razones específicas por las que se dictó la **Contempt of Court Act**, llamada a la atención sobre el Informe de la Comisión Departamental de Servicio de Jurados de 1965:*

*“Estamos de acuerdo con nuestros testigos cuando dijeron que, si tales revelaciones fueran realizadas, en particular a la prensa, los jurados yanos sentirían libres de expresar sus opiniones con franqueza cuando el veredicto estuviera siendo objeto de debate, por temor a que lo que dijeron podría hacerse público en el futuro”. El artículo 8º está destinado a mantener inviolables los secretos del jury room **en interés de la justicia**. Creemos que sólo si quisieramos castrar el propósito del Parlamento en dictar la ley, podríamos darle una interpretación que sostenga que la amplia divulgación ocurrida en este caso no infringió dicha norma”.*

Este mismo caso -y la validez convencional del art 8º de la Contempt of Court Act- llegó hasta el **Tribunal Europeo de Derechos Humanos**. El editor de la revista sostuvo que la decisión de la Casa de los Loes de multar los por publicar material proveniente de las deliberaciones del jurado conculcaba su derecho a la libertad de expresión. La queja fue declarada inadmisible.

*“La Comisión concuerda con que las multas aplicadas al quejoso eran equivalente a una injerencia con su libertad de expresión y también concuerda en que dicha injerencia estaba “prescripta por la ley”. Sin embargo, en conexión con la cuestión acerca de si dicha injerencia tenía un fin legítimo, la Comisión sostiene, y el demandante efectivamente*

*telos aceptados, que el fines mantener la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial. Agregamos que el término "Poder Judicial" comprende a toda la maquinaria del sistema de justicia, incluyendo el correcto funcionamiento del sistema del jurado (cf., Euro. Court H. R., Sunday Times juicio del 26 de Abril 1979, Series Ano. 30, p. 34, para. 55). Es un importante elemento del sistema que los jurados puedan expresarse libremente en el jury room sin temor a divulgación externa de sus puntos de vista y opiniones. **Incluso hasta en este punto, la ley también sirve para proteger también los derechos individuales de los jurados.** En conexión con el art 8° de la Contempt of Court Act, la Comisión observa que el sistema de jurados en el Reino Unido está fundado en la premisa que los jurados puedan expresarse libremente en el jury room a sabiendas que lo que digan no será utilizado afuera. Si un jurado pensase que lo que vaya a decir puede posteriormente ser hecho público, es muy posible que tenga más en cuenta en su mente el futuro so que podría darsele esas palabras, que al propio caso que tiene antes. La limitación de prohibición de revelaciónes entonces es vista como una inevitable protección a los jurados, y que por ello sea "necesaria" en una sociedad democrática que ha decidido conservar esta particular forma de juicio por jurados. La Comisión agrega que no fue llamada a decidir sobre la compatibilidad del art 8° con el artículo 10, en circunstancias como ésta que involucran una condena por investigar los métodos del jurado, y establece: "El presente caso tiene que ser poco que ver con las revelaciones de las deliberaciones del jurado en un caso específico de consideración de interés público, que incluye declaraciones de ciertos jurados concernientes a las opiniones y actitudes de los otros miembros del jurado. **Los demandados eran perfectamente conscientes que la información que publicaron era muy sensible, y debieron haber tenido en cuenta que su divulgación podría poner a los jurados individuales en una posición ingrata y odiosa**". La Comisión encuentra que, en las circunstancias del presente caso, la interferencia con la libertad de expresión de los demandados no puso al Estado más allá del margen de apreciación del que éste goza".<sup>882</sup>*

En otras palabras, el acercamiento a la cuestión por parte del máximo órgano judicial inglés y de la CEDH es contundente en cuanto a su defensa de la regla del secreto del jurado cuando ésta es desafiada por la prensa y es más restrictivo o aún que el de sus pares norteamericanos.

Las conclusiones de la CEDH son muy importantes, en cuanto a que reconoce que la libertad de expresión no es un derecho constitucional absoluto y que los Estados, como en este caso, gozando de cierto margen para afectarlo (reglamentarlo) en una sociedad democrática. Ni siquiera la absurda maniobra intentada por la revista Vera la CEDH. En efecto, pretender escapar a la prohibición del art 8° de la ley y del common law baj

<sup>882</sup> Associated Newspapers Ltd v United Kingdom, ECHR, 1° de marzo de 1994.

o el artificio de que la información no fue proporcionada **directamente** por el jurado, sino **indirectamente** por un tercero, es la y llanamente una falta grave a la profesión periodística. El periodista no debió haberse contentado con la revelación que le hizo el tercer jurado, sino que debió haber chequeado a las fuentes del mismo, es decir, a los jurados informantes. Como no podía hacer lo por la clara prohibición legal, no tuvo ningún reparo en contentarse con esta suerte de “*hearsay*” (*dichos dedichos*) y publicar a una sí la nota, a riesgo de ser inexacto y de poner en una situación más que embarazosa al resto de los jurados que, de buena fe, habían concurrido a un juicio tan difícil de cumplir con su cargo pública.

### § 7. Aspectos constitucionales. Ratificación de la Regla del Secreto por la CEDH (Fallos *Gregory vs UK* y *Sanders vs UK*).

La regla del secreto del jurado clásico fue tratada **de manera directa** por la Corte Europea de Derechos Humanos entre 1998 y 2000, como componente básico y esencial del juicio por jurados. Lo hizo a partir de los fallos *Gregory vs UK* (1998) y *Sanders vs UK* (2000). Pocos años después, la CEDH se pronunció de manera *indirecta* sobre la Regla del Secreto, cuando tuvo que lidiar con los planteos de falta de motivación de los veredictos en los precedentes *Taxquet* (2010) y *Judge* (2011). En los citados precedentes, la CEDH ratificó la absoluta adecuación convencional y constitucional de la Regla del Secreto del Jurado (*planteo directo*) y la no exigencia de motivación al jurado popular (*planteo indirecto*).

Tanto *Gregory* como *Sanders* representaban situaciones en que, **durante** las deliberaciones, pero **antes** de rendido el veredicto, el juez recibió notas de un jurado que se quejaban de posturas racistas de otro colega.

Por ejemplo, en *Gregory*, el juez recibió la siguiente nota en plena deliberación:

*“Jurado mostrando connotaciones racistas. Un (1) miembro a ser excusado”.*

En *Sanders*, la juez recibió esta queja por nota de una mujer del jurado:

*“He decidido que no puedo permanecer en silencio por más tiempo. Por un determinado tiempo durante el juicio, he estado preocupado porque algunos compañeros del jurado no están tomando en serio sus deberes. Por lo menos dos de ellos han estado haciendo públicamente comentarios y bromas racistas, y yo temo que vayan a condenar a los acusados no por la evidencia sino porque son asiáticos. Mi preocupación parte de que, por lo tanto, los acusados no recibirán un veredicto justo. Por favor, ¿podrían decirme qué puedo hacer en esta situación?”.*

Se trataban de presuntas irregularidades intrínsecas al proceso deliberativo que, como correctamente entendieron los jurados de las instrucciones del juez, pusieron en su conocimiento apenas sucedidas y **antes** de emitirse el veredicto. Eso les permitió a los jueces un margen de maniobra apreciable para lidiar con la investigación de dichas presuntas inconductas, **sin afectar la regla del secreto y sin llegar a la extrema solución de disolver el jurado o de proceder a un interrogatorio testimonial para averiguar quién fue.** En estos casos, ya es costumbre que el juez consulte **siempre** con las partes el procedimiento a seguir, busque consensos y decida el curso de acción. Por lo general, el juez opta por llamar al jurado a la sala, instruirlo de nuevo, preguntarles si pueden seguir adelante o, en los casos más difíciles, excluir a un jurado y continuar con once si hay acuerdo de partes. Los jueces son muy cautos al recibir esta clase de notas ya que saben, por experiencia, que puede haber enconos o enojos entre los jurados que, quizás, se diriman con denuncias falsas o exageradas de prejuicio para que el juez remueva del panel a tal o cual jurado. Un juez experimentado debe ser muy cuidadoso ante esta posibilidad. Jamás debe dejar llevarse a la ligera por las notas que reciba, por más impactantes que sean. Después de todo, como muy bien apunta la CEDH, el juez estuvo viendo todo el juicio, al igual que las partes y observando constantemente a los jurados. Eso es invaluable para tomar una correcta decisión ante la sospecha de cualquier irregularidad. Desde este punto de vista, *Gregory* y *Sanders* son un buen ejemplo docente acerca de cuántas cosas puede hacer un juez para erradicar cualquier prejuicio en respeto absoluto a la Regla del Secreto.

Finalmente, a pesar de las soluciones distintas (confirmando en *Gregory* y revocando parcialmente en *Sanders*), la Corte Europea ratificó la absoluta validez constitucional y convencional de la Regla del Secreto del Jurado británica, símil a todas las que rigen en el *common law* y en Argentina.

*43. La Corte señala desde el principio que es de importancia fundamental en una sociedad democrática que las Cortes inspiren la confianza en el público y, sobre todo, en lo que se refiere a los procedimientos criminales, en el acusado.... A tal fin, ha sostenido continuamente que un tribunal, incluyendo el jurado, debe ser imparcial desde un punto de vista subjetivo, y también objetivo...*

*44. La Corte observa que no estuvo controvertida la inexistencia de pruebas de parcialidad actual o subjetiva de parte de uno o más jurados. También fue aceptado, tanto por el demandante como por el Gobierno, de que no era posible bajo la ley inglesa que el juez del juicio interrogara a los jurados sobre las circunstancias que dieron lugar a la nota.... La Corte reconoce que la norma que regula el secreto de las deliberaciones del jurado es un aspecto crucial y legítimo de la ley de enjuiciamiento inglesa, que sirve para*

*reforzarelpapeldeljuradocomoelúltimoárbitrodeloshechosyparagarantizarla  
sdeliberacionesfrancasyabiertasentrelajosjuradosobrela prueba  
quehanescuchado”.*<sup>883</sup>

## § 8. Conclusiones.

Por estoscarrilestransita el debate sobre el secreto de las deliberaciones del jurado en la Corte Europea, los Estados Unidos y el resto del *common law*. Del mismo modo que sus pares ingleses, la cuestión de mayor amplitud en los Estados Unidos

nisiquierarozounescenarioendondedebaabdicarsedelsecretodelveredictoni, mucho menos, con motivación externa de sus razones. Se trata, simplemente, de un gran esfuerzo intelectual por determinar con precisión las excepciones que autorizan recibir el testimonio al jurado luego del mismo.

En este punto, tanto los jueces supremos ingleses como los norteamericanos son concluyentes: la deliberación de los jurados, sus procesos mentales y emocionales y las razones que llevaron a alcanzar lo que dan por completo fuera de cualquier tipo de escrutinio y control **que involucre el testimonio al jurado** una vez rendido el veredicto. Antes de ello, es posible tomar medidas por parte del juez. Luego de ello, y solamente por excepción, se admitirá el testimonio del jurado, pero nunca sobre la deliberación, sino sobre las influencias extrínsecas o presiones externas que hubieran sucedido.

En el caso *Tanner*, la disidencia entre los jueces O’Connor y Marshall sobre si el uso de drogas y alcohol es una influencia extrínseca o intrínseca. Nuevamente, y al igual que en el fallo *Rv Connors* y *Rv Mizra*, el voto disidente nisi quiera a lude al pregunta fundamental que hubiera aclarado todo: ¿por qué los quejosos jurados Absuly Hardynodijeron nada **antes** del veredicto? El juez los conminó específicamente a ello antes si quiera que se retirara a deliberar, con lo cual tuvieron tiempo y oportunidades de sobra para hablar sobre el presunto empleo de drogas y alcohol que no fueron observados por nadie en el tribunal, nisi quiera por el abogado de la defensa.

Más allá de esto, lo que subyace a toda esta doctrina legal desiglos sobre el secreto del jurado (y por ende, de la inmotivación de su veredicto) es la confianza absoluta en el jurado ciudadano como órgano decisor, con plena capacidad para tomar decisiones racionales y para alcanzar veredictos justos. Pero dicha confianza se reduce a un auto de fe, tal como opinan algunos de sus detractores. Eso sería menospreciar a países de tanto

---

<sup>883</sup> In re *Gregory vs UK* de 1997 (ECHR).



desarrollo institucional, que difícilmente toleren que sus sistemas judiciales vayan a reposar sobre la irracionalidad y la incerteza. Es cierto que hay un componente subjetivo importante que desde hace siglos lleva a las comunidades del Commonwealth, a sus abogados, sistemas judiciales y público en general a confiar mucho más en el juicio de sus pares que en el juicio del Gobierno. Pero dicha confianza se sustenta sobre bases concretas, racionales y por el desempeño histórico de los jurados en defensa de los derechos humanos y políticos.

Nuestra tesis prosigue demostrando que la laconía de decisión de los jurados - esencial para que existan como tales - se ve suficientemente equilibrada con la estructuración de un sofisticado mecanismo de control de partes dentro del procedimiento, sea penal o civil. Estamos estudiando cómo el juicio adversarial de neto corte anglosajón tiene tantos controles - muchísimos más que el juicio mixto europeo continental de la actualidad - y tanta publicidad a favor de las partes, que compensan cualquier "problema" que su veredicto inmotivado pudiera acarrear. No existe, ni existió en toda la historia del *common law*, algún aspecto del secreto que el juez o el jurado que hay impedido a las partes controlar con la máxima amplitud posible la toma de decisiones racionales por el órgano ciudadanamente de juicio.

La académica de la Universidad de Stanford, Barbara A. Babcock, envió una recordada carta de lectores al periódico New York Times en el año 2002. Hizo hincapié en por qué debía preservarse a toda costa el secreto del jurado - **base fundamental para un real y efectivo independencia judicial** -, cuando criticó la conducta de la cadena de noticias ABC que, con la ayuda del juez para un show de TV en horario central con fines educativos, introdujo una cámara en la sala de deliberaciones de un jurado civil de Arizona. Su breve carta se titulaba "**Preservando la privacidad del jurado**". Consóloleerla, el lector se dará cuenta de su erudición y de un poder de síntesis que concluyen de la mejor manera con el estudio de la Regla del Secreto del Jurado. La Regla del Secreto -y su contracara externa de la inmotivación- "es" la máxima salvaguarda de rendimiento para el aseguramiento de la garantía de la deliberación democrática.

*"Como abogado litigante desde hace muchos años, profesor de derecho procesal penal y decidor de jurado estadounidense, me horrorizan las cámaras de TV en la sala del jurado. Registrar la deliberación podría cambiar la naturaleza del jurado de manera impredecible"*

*eyquizás inconstitucional. Yaunque las entrevistas - luego del veredicto - a los miembros del jurado por parte de los medios de comunicación u otros se ande por sí también muy problemáticas, el filmar las deliberaciones mientras se desarrollan - y luego ponerlas a laire por televisión para toda la Nación con fines de entretenimiento - lleva estas preocupaciones a un nuevo y muy distinto nivel.*

**La Carta Magna garantiza que un grupo de ciudadanos comunes se interponga entre el Estado y un acusado criminal. El sistema resultante está lejos de ser perfecto, y los errores de cualquier jurado en particular son muy visibles. Sin embargo, la mayoría de las personas que han experimentado directamente a los jurados y la mayoría de los errores que han estudiado la institución, creen en el sistema de jurados. Ellos lo ven no sólo como un símbolo histórico de la democracia, sino también como una institución práctica que hace bien su trabajo.**

*Sin embargo, para funcionar es un necesario rol de intermediario, un jurado debe ser **completamente independiente**: del Estado, de las partes y de la propia comunidad. Se presenta como un grupo de desconocidos, ignorantes del caso y de sus participantes. Se reúne exclusivamente para este sólo asunto, nunca será de nuevo reconstituido oficialmente y nunca tendrá que rendir cuentas por su veredicto. **Un aspecto igualmente importante de la independencia del jurado es que delibere en secreto y no tiene que defender ni justificar el proceso por el que alcanza su decisión.***

*Incluso en una sociedad abierta como la nuestra, **la confidencialidad es a veces necesaria** para ventilar de manera plena ciertas cuestiones. No podríamos pensar en filmar la deliberación de los jueces de la Suprema Corte de Justicia, por ejemplo, o una sesión estratégica del Legislativo para sellar un acuerdo. En tales contextos, los participantes necesitan la libertad para probar posiciones y revelar sus incertidumbres - cosa que muy difícilmente suceda delante de una cámara.*

*Además, muchos jurados potenciales no querrían servir si existe la posibilidad de que sus deliberaciones puedan hacerse públicas. Después de todo, para la mayoría de los jurados ciudadanos es un área poco familiar, cargada con la posibilidad de errores. **Nadie querría quedar como un estúpido o decir algo impopular en la televisión nacional**; muchos otros posibles jurados verían como una posibilidad de convertirse en figuras públicas, aunque sólo sea por un corto tiempo, como otra razón para no servir. Hay también muchas de estas razones, que incluyen una compensación inadecuada y el duro trabajo que hay que hacer.*

*Por supuesto, los jurados podrán consentir en que haya cámaras en la sala del jurado, tal como lo hicieron en Arizona. Pero no podrán prevenir todas las consecuencias de la grabación de su trabajo en video. En poco tiempo, por ejemplo, los abogados defensores buscarán la cinta de la deliberación completa, para plantear cuestiones acerca de los errores del jurado.*

*En contra de estas consideraciones, está la opinión de que el gobierno democrático debe ser abierto y que ver a los jurados en acción sería educativo. Sin embargo, como otros programas judiciales lo demuestran -*

*nosólo los juicios que se emiten por el canal de TV de la Corte-, sino los “reality shows de TV” que revelan las conversaciones entre los abogados y los testigos- es posible educar al público sin mostrar las deliberaciones del jurado. Por último, e stá el argumento de que la oportunidad de estar en la televisión en realidad podría atraer a algunos a servir como jurado, aunque si esta atracción es beneficiosa para el sistema judicial es sumamente discutible.*

*En la década de 1950, una oleada de protestas en todo el país siguió a la revelación de que investigadores en derecho habían (con autorización judicial) grabado a seis jurados en casos civiles para un estudio académico.<sup>884</sup> Debido a las secuelas del controveria, el Congreso aprobó una ley convirtiendo en delito “a aquél que grabare, escuchare u observare las deliberaciones del jurado” en las cortes federales.*

*El episodio reveló una profunda creencia compartida de que nadie, ni siquiera con la mejor intención, debe invadir el santuario del jurado. Sobre esto el consenso todavía existe, es difícil decir. Pero creo que vale la pena preguntarnos si queremos correr el riesgo de dañar a una de las más sagradas instituciones democráticas de este país, en aras de un entretenimiento de verano de pocas semanas.<sup>885</sup>*

## Capítulo 14°

### Composición plural y aleatoria. Accidentalidad del jurado

#### § 1. *Salvaguarda n° 4.* La composición plural y aleatoria del jurado.

Al número de doce jurados, a la exigencia de unanimidad y a la Regla del Secreto se suma ahora la cuarta salvaguarda que garantiza una deliberación de una riqueza y calidad fuera de lo común en los sistemas judiciales, como es la que entablan normalmente los jurados: nos referimos a la diversidad social del panel de jurado ciudadano.

Los jurados en Argentina son sorteados aleatoriamente -y sin ninguna manipulación- del padrón electoral. El sorteo es anual y -dado el carácter obligatorio de las elecciones en nuestro país- todos los ciudadanos mayores a los dieciséis años, sin ningún tipo de discriminación, están inscriptos en esas listas electorales. Los propios académicos del *common law* destacan esta ventaja competitiva de Argentina con relación al sorteo anual aleatorio de sus jurados. En Estados Unidos, por ejemplo, no existe un único listado en donde todos los ciudadanos estén representados. Las elecciones no son obligatorias y no todos poseen autos (que es la otra gran base de ciudadanos desde donde se sortean los jurados). Por esa razón, dichos países enfrentan

<sup>884</sup>No eran otros que Calvin & Zeisel.

<sup>885</sup>BABCOCK, Barbara A.:

“Preserving the jury’s privacy”, New York Times, USA, edición del 24 de julio de 2002.

serios y conocidos problemas en la integración plural de sus jurados, por un lado, y cierto margen de manipulación en las listas de sorteo. La consecuencia más notoria fue la exclusión sistemática de las mujeres, demás minorías raciales y etarias de los paneles de jurados y, por consiguiente, la pérdida de valiosos puntos de vista comunitarios en la deliberación. Los veredictos resultantes de estos jurados irrepresentativos han sido fuente de recurrentes disturbios raciales y políticos.

Durante siglos y hasta bien entrados los años '70, los jurados fueron nada más que varones, de raza blanca, con primario completo y de ingresos medios a altos. Exactamente la misma procedencia social y de género que la justicia profesional actual. El recordado film de 1957 *Doce Hombres en Pugna* es un buen ejemplo de esta realidad: doce varones adultos, blancos y empleados o comerciantes en su mayoría. En cambio, mujeres, indios, afroamericanos, jóvenes y otras minorías tenían prohibido ser jurados. En Inglaterra, el jurado estaba integrado por varones comerciantes o campesinos. Afuera del jurado (y del voto) quedaron las mujeres, los indios, los negros, los jóvenes, los que no tenían trabajo, los que sufrían alguna enfermedad psíquica o física, etc.

Si lo pudiéramos llamar en inglés, diríamos que constituía *an unfair cross section of the community*; es decir, una **representación injusta e inequitativa de la comunidad**. ¿Cuántos negros e indios fueron condenados en Estados Unidos por jurados exclusivamente integrados por blancos? ¿Cuántas mujeres fueron condenadas por jurados que sólo admitían varones en el panel? ¿Cuántos pobres fueron condenados por jurados que debían ser propietarios o comerciantes? ¿A cuántas personas se les privó del derecho a ser jurados por sufrir de algún problema físico o psíquico? Y así podemos seguir con una larga lista histórica de discriminación racial, machista y clasista que llegó a su fin con el irrefrenable Movimiento por las Libertades Civiles y la Lucha contra la Segregación Racial en los años '60, encabezado por MartinLutherKing, MedgarEvers, EmmettTill y tantos otros. También contribuyeron los movimientos de dignificación de la mujer, entre los cuales Argentina sobresalió al instituir el voto obligatorio femenino con EvaPerón en 1950. Como resultado de esos movimientos sociales, las mujeres accedieron al voto y a los paneles de jurados en casi todo el mundo.

A partir de allí, las leyes terminaron con esa ignominia y ampliaron la posibilidad de ser jurado a todo el pueblo, sin distinción de clase, raza, género, escolaridad, empleo, etc. Los paneles de jurados se empezaron a poblar de mujeres,

jóvenes, indios, negros, pobres, obreros, desocupados, personas con capacidades extraordinarias, con escolaridad mínima y/o integrantes de cualquier minoría.

Esto fue posible, entre otras cosas, por la pertinaz lucha de los abogados defensores que, con gran creatividad y compromiso, comenzaron a interponer **recursos contra esta zona inexplorada del procedimiento**. El agravio central era que el jurado extraído de listas o paneles integrados **exclusivamente** por hombres, de raza blanca y de cierta posición económica vulneraba el principio de igualdad entre todas las personas de la Constitución. El requisito de una representación justa de la comunidad era inexistente y derivaba de la discriminación de negros, hispanos, mujeres y jóvenes en la confección de las listas para integrar el jurado. El veredicto de culpabilidad rendido por un jurado elitista de blancos no era, entonces, imparcial y autorizaba su nulidad y la realización de otro juicio con un jurado verdaderamente de sus pares. De nada importaba que el acusado fuera negro, blanco o mujer. El jurado no era representativo por discriminación y exclusión sistemática de esos grupos de las listas de jurados.

Los fallos de las Cortes y las leyes posteriores -que reflejaron estas luchas civiles- fueron dejando sin efecto estas prohibiciones, **al menos desde el aspecto declarativo**. Por ejemplo, recién en enero de 1975 la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos dictaminó que era inconstitucional la exclusión de mujeres del jurado.<sup>886</sup> Esa misma Corte había declarado en 1880 inconstitucionales a todas las leyes que prohibían a los afroamericanos desempeñarse como jurados.<sup>887</sup> A pesar de todo esto, la realidad indica que dichos actores sociales continúan sufriendo, en algunos casos, una fuerte discriminación. John Gastil lo explica con gran claridad<sup>888</sup>:

*Sin embargo, por diversas razones –de las cuales el racismo institucionalizado no es la menor- los afroamericanos continuaron siendo sistemáticamente excluidos de los jurados estadounidenses en muchas zonas del país, y no sólo en los que antiguamente fueran los Estados Confederados. Los métodos de esta discriminación variaron desde las reglas para confeccionar los padrones de potenciales jurados hasta las objeciones de rutina de los abogados para con la admisión de jurados afroamericanos individuales<sup>889</sup> (del mismo modo, el*

---

<sup>886</sup> In re *Taylor vs. Louisiana*, 419 EE.UU. 522 Corte Suprema de EE.UU. (1975), que eliminó toda prohibición a que las mujeres fueran jurados.

<sup>887</sup> In re *Strauder v. West Virginia* 100 U.S. 303 (1880), que estableció que una ley estadual que excluía a los afroamericanos de los jurados violaba la cláusula de la garantía de igualdad ante la ley de la 14ª Enmienda. Sin embargo, la presencia efectiva y normal de afroamericanos en los paneles de jurados no se efectivizó sino hasta bien entrados los años '70.

<sup>888</sup>HANS, Valerie P. y GASTIL, John: “*El juicio por jurados: Investigaciones sobre la deliberación...*”, op. cit., 2014, p. 133

<sup>889</sup> ABRAMSON, Jeffrey: “*We the jury...*”, op. cit., 1994, ps 105, 108-12.

*sexismo institucionalizado impidió que muchas mujeres sirvieran en como jurados).*<sup>890</sup>

Antes de estudiar el impacto de la diversidad social del jurado en sus deliberaciones, es imprescindible el análisis de cómo se llega a esa pluralidad. De allí que debamos detenernos en las varias garantías constitucionales que ya hemos estudiado -la imparcialidad, la aleatoriedad en la elección, juez natural y vecindad- pero que ahora confluyen en otra e indiscutible garantía moderna derivada del juicio por jurados: la exigencia de que el panel de los jurados represente una sección justa y equitativa de la comunidad (CN, 118). No otra cosa más que eso es el jurado: el juicio de los “*pares*” del acusado.

#### **A. Garantías de no discriminación, representatividad y aleatoriedad: la cuestión en Estados Unidos y sus diferencias con Argentina**

Si bien los jurados norteamericanos y del resto del *common law* han hecho grandes avances en la democratización y pluralidad de sus jurados, se mantiene incólume en Estados Unidos un principio cardinal: la justa y equitativa representatividad de la comunidad -como garantía constitucional- debe situarse en las listas desde donde se sortean aleatoriamente los jurados. La garantía llega hasta allí **y no se extiende al panel del juicio**. El jurado que surja como consecuencia de ese sorteo no manipulado y del litigio en la audiencia de *voir dire* debe ser aceptado por las partes, aun cuando pueda no ser considerado como representativo de todas las visiones. El principio es que nadie tiene derecho a un jurado en particular. El derecho es a un jurado imparcial extraído de una base representativa de la comunidad.

Para que un acusado pueda gozar **efectivamente** de la protección del juicio por jurados que simbolizan el *juicio de los pares* y del *jurado de vecindad* de la Constitución de Estados Unidos<sup>891</sup>, es necesario que **el proceso de selección del jurado** asegure por ley dos requisitos importantísimos:

- 1) una representación justa y equitativa de la comunidad del lugar del hecho (*fair cross-section of the community*) y,
- 2) que nadie sea excluido de participar como jurado a base de discriminaciones por sexo, color, raza, edad, religión, etc. Este requisito se extiende en

---

<sup>890</sup> VIDMAR, Neil & HANS, Valerie: “*American Juries*”, op. cit., 2007, ps 73-74.

<sup>891</sup> CHIESA APONTE, Ernesto: “*Derecho procesal penal...*”, op. cit., vol. II, p. 196: “*Lo realmente importante es atender a los fines del juicio por jurado: interponer entre acusado y acusador el sentido común de un grupo de legos, los pares del acusado*”

Estados Unidos a la confección previa de los padrones y al momento del *voir dire* (recusaciones con y sin causa).

La Argentina requiere lo mismo. Ello no sólo es una garantía fundamental del individuo sometido a juicio (CN, 24, 118), sino que también opera como cláusula anti-discriminatoria para ejercer el derecho constitucional que todo ciudadano tiene a ser jurado (CN, 16, 37 y 43). Pero, como enseguida veremos, Argentina exige un plus adicional y extiende la representatividad no sólo al proceso de selección, sino también hacia la integración efectiva del panel del juicio, al menos en la cuestión del género y, parcialmente, en la cuestión indígena.

Reiteramos: hasta hace sólo 40 años, los jurados en el mundo eran sólo varones mayores y de raza blanca. Es decir, una fracción minoritaria de la comunidad. Así pasó durante siglos, no sólo con el jurado, sino con el derecho al voto y el derecho a ocupar cargos públicos, que quedaron impedidos para franjas sociales enteras.

La Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, en un fallo anterior a la Segunda Guerra Mundial, ya configuraba lo que iba a ser el futuro de este crucial aspecto del sistema:

*“El funcionamiento apropiado del sistema de jurado y, por supuesto, de nuestra democracia misma, exige que el jurado sea “un cuerpo verdaderamente representativo de la comunidad” y no un órgano de algún grupo o clase especial”*.<sup>892</sup>

Las diferencias entre el modelo de Estados Unidos y la Argentina en este punto son sutiles, pero muy importantes. El tiempo y las investigaciones empíricas dirán cómo ellas impactan en el funcionamiento efectivo de sus jurados. ¿Cuáles son esas diferencias? Para decirlo en palabras simples: Argentina impone **por ley** en todas sus provincias un jurado de doce miembros integrados por seis mujeres y seis varones. Cuando además haya un acusado indígena, seis de los jurados deben pertenecer a la nación indígena de origen.

En Estados Unidos y en el resto del *common law* no existe ni por asomo una norma de tales características. Allí se sostiene que la exigencia constitucional de una representación justa de la comunidad (*fair cross-section of the community*) abarca nada más que a las listas desde donde se extraen anualmente los jurados. Esas listas deben ser una base lo más amplia y sin discriminaciones posible, como es nuestro padrón electoral. Pero en Estados Unidos nadie tiene derecho **después** a un jurado

---

<sup>892</sup>*Glasser v United States*, 315 U.S. 60 (1942) de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos.

especial en particular: el requisito de representatividad no alcanza a las personas que finalmente integren el panel que vaya a juzgar al acusado.

La exigencia en Estados Unidos es que a los potenciales jurados convocados para el caso concreto -de los cuales quedarán los doce titulares y los suplentes tras la audiencia de selección- **se los debe elegir al azar y aleatoriamente desde una base lo más representativa de la comunidad, para evitar cualquier tipo de manipulación destinada a “proveerse” ex-post de los jueces que juzgarán el caso concreto.**

A los doce elegidos se les exigirá, en su juramento o promesa al iniciarse el juicio, que sean imparciales, más no representativos. Hubo intentos de exigir en E.E.U.U. que la representatividad se extendiera **también** al jurado de doce, pero la Corte norteamericana lo rechazó bajo el argumento de los peligros en manipular la integración del jurado en cada caso concreto.<sup>893</sup> La Corte en 1990 “*exigió que el jurado finalmente seleccionado no tiene que ser representativo de la comunidad, pero sí imparcial*”.<sup>894</sup>

La cierto es que Inglaterra y Estados Unidos, aún en pleno siglo XXI, todavía tienen problemas muy serios en la integración plural de sus jurados. El mundo entero recuerda los disturbios raciales de 1992 en Los Ángeles que dejaron 60 muertos durante seis días. Buena parte de Los Ángeles tuvo que ser reconstruida. El estallido social se desató inmediatamente después de conocerse el veredicto de *no culpable* de un jurado. Así de sencillo. Un jurado compuesto abrumadoramente por blancos anglosajones absolvió a los cuatro agentes de policía que le propinaron una feroz paliza al taxista negro Rodney King. La golpiza fue íntegramente videofilmada por un aficionado y constituyó la prueba central del juicio. A pesar de semejante prueba de cargo, los policías fueron declarados no culpables. ¿Cuál había sido el real problema? Los factores fueron múltiples y complejos pero, en lo que a esta tesis interesa, los potenciales jurados habían sido reclutados de las listas del Valle de San Fernando, un distrito de Los Ángeles mayoritariamente blanco, anglosajón y latino. Ningún afroamericano integró el jurado.

---

<sup>893</sup> Como sucedió en tantas épocas, como la *Editio* en Roma o los agentes de Napoleón, que siempre terminaban siendo elegidos jurados.

<sup>894</sup>Holland v Illinois, U.S. 110 S. Ct., 803 1990.



Asiáticos, hispanos, afroamericanos y otras minorías son todavía subrepresentadas en el *common law*.<sup>895</sup> En parte por la falta de listas que incluyan a todos sin excepciones y, también en parte, por el abierto racismo en todos los niveles de esas sociedades. El sistema judicial no podía ser la excepción. La audiencia de *voir dire* es el lugar en donde suelen quedar fuera del jurado las minorías.<sup>896</sup> John Gastil describe con crudeza esta realidad:

*“Los jurados integrados sólo por blancos continuaron dándose en muchas cortes, algo profundamente insultante para muchos afroamericanos que eran convocados -pero jamás elegidos- para servir en el panel definitivo de jurados. En 1984, una persona que de forma anónima escribió una carta a la Fiscal de Distrito Elizabeth Holtzman, y que se describió a sí mismo como “un trabajador común”, se quejó respecto de su experiencia ante la corte del Condado de King, en Nueva York:*

*“Había al menos sesenta o setenta personas enviadas a la Sala 574 para elegir un jurado de doce más dos suplentes. La mayoría de los grupos enviados eran negros... El juez afirmó que lo que la ley requería de nosotros como posibles jurados era sentido común y nuestra promesa personal de ser justos e imparciales. Luego de eso, comenzó la selección. No hizo ninguna diferencia para el juez, el fiscal o el abogado del acusado que la mayoría de los potenciales jurados fuéramos negros. Se las arreglaron para elegir trece blancos y un **segundo** suplente negro, asegurándose un jurado compuesto exclusivamente por blancos... Y es así que le pregunto, Sra. Holtzman, si nosotros los negros no tenemos sentido común y no sabemos cómo ser justos e imparciales, ¿para qué enviarnos esas citaciones? ¿Por qué estamos sujetos a multas de u\$s 250 si no nos presentamos y nos respondieron que es nuestro deber cívico cuando pedimos que se nos excuse? ¿Por qué molestarse en citarnos a estas cortes y luego pasarnos por alto como a un grupo de ingenuos o, mejor aún, como a niños ignorantes? Podríamos estar en nuestros puestos de trabajo o en escuelas tratando de mejorarnos, en lugar de estar en estas salas de tribunales mientras se burlan de nosotros.”<sup>897</sup>*

**Argentina ha ido más allá:** sus leyes dan a entender que el ideal de imparcialidad y de democratización se alcanza con una representación justa y equitativa de la comunidad extendida lo más posible al panel de jurados. Por eso exigen seis varones y seis mujeres en sus jurados. Al igual que en los Estados Unidos,

---

<sup>895</sup> Aunque también se da un fenómeno inverso. SUNWOLF: “*Practical jury dynamics2*”, op.cit., 2007, p. V. Risueñamente, la autora puso un recuadro en su libro bajo el pomposo título de “*Grandes Momentos del Sistema de Jurados Anglosajón*” y describe hitos del jurado de todos los tiempos. En 1993, en Nueva York, un oficial de custodia corrió desesperado a decirle al juez que los jurados estaban en el *jury room* deliberando.... **en castellano**.

<sup>896</sup> Las películas de Hollywood judiciales de los últimos treinta años muestran a jurados con una gran diversidad en todo sentido. El cambio cultural ya ocurrió, aun cuando todavía subsistan serios problemas.

<sup>897</sup> HANS, Valerie P. & GASTIL, John: “*El juicio por jurados: Investigaciones sobre la deliberación...*”, op.cit. 2014, p. 135.

tal representatividad deberá ser asegurada *ex ante* de una base de potenciales jurados que incluye a todos sin discriminación.

**Esta base está garantizada por la herramienta más formidable de la democracia argentina, que es el padrón electoral.** Por las características de nuestro sistema democrático, en el padrón electoral figuran absolutamente todas las personas mayores de 16 años, sin distinción de ninguna clase, **ya que el voto en Argentina es obligatorio.** Al efectuarse el sorteo de los jurados de esta base, no hay posibilidad alguna de exclusión. Como vimos, no hay tal base en los Estados Unidos o el *common law*; de allí sus recurrentes problemas de representatividad y exclusión. Numerosas franjas poblacionales, grupos religiosos, sociales, políticos y/o raciales quedan fuera de las posibilidades de ser jurados o con una muy baja representación en relación al número total que dicho grupo ostenta realmente en la comunidad. El defensor tiene allí una sólida posición para impugnar la condena, si logra probar la subrepresentación y que ésta no se debió al azar, sino que fue sistemática y producto de errores administrativos en la confección de las listas.

El fallo histórico y definitivo por excelencia de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos respecto de este último punto fue *Taylor v Louisiana* del año 1975. El defensor de Taylor alegó que no podía ser que, en una comunidad donde el 53% de las personas eran mujeres, sólo un 10% del listado de potenciales jurados eran mujeres. Cuando se sorteó su jurado al caso concreto, no salió ninguna mujer. Lejos de enarbolar una lucha feminista, la defensa de Taylor alegó que el jurado de doce varones no era representativo de la comunidad. La Corte Federal revocó la condena y consolidó definitivamente el principio cardinal que nadie podrá excluir a las mujeres del jurado, ni a ningún otro grupo político, social, racial, religioso, etc, sin que ello implicara una violación flagrante a la Constitución. No sólo habla el fallo de exclusión total de un grupo, sino, también, parcial. Lo que se puede cuestionar en el recurso es la exclusión total o la subrepresentación sistemática (no azarosa) de un grupo distintivo:

*“...lapresenciadeunarepresentaciónjustadelacomunidadenlospaneles, padron solistas decandidatosajuradosdeloscualesseextraeelpequenõjuradodedoce, es esencial para el cumplimiento de la garantía de la 6ª Enmienda a un jurado imparcial en una acusación criminal”*  
*Si la protección al juicio por jurados obedece a interponer al jurado como representante del Pueblo entre el fiscal y el acusado, el jurado ha de ser, justamente, representativo de la comunidad.*<sup>898</sup>

---

<sup>898</sup>Taylor v Louisiana, 419, U.S. 522, 526 (1975) de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos.

La garantía en Estados Unidos, entonces, es que la selección del jurado se haga sobre la totalidad de la población y con las mínimas restricciones. **El sorteo posterior desde las listas disponibles y la composición final del jurado no están alcanzados por ella, como sí lo están por las leyes argentinas.**

El mismo fallo *Taylor v Louisiana* pone en claro esta distinción fundamental:

*“Debe ser enfatizado que, al sostener que el jurado de doce debe ser extraído de una fuente justamente representativa de la comunidad, no estamos imponiendo ninguna exigencia que los jurados de doce efectivamente elegidos deban reflejar la comunidad y o los varios y distintivos grupos de la población. Los acusados no tienen derecho a un jurado con una particular composición...pero los bolilleros o pools con nombres de jurados, los paneles o padrones de donde los jurados son extraídos no deben de ninguna manera excluir sistemáticamente a grupos distintivos de la comunidad y, por ende, fracasar en la necesidad de que sean razonablemente representativos”.*<sup>899</sup>

#### **B. El jurado indígena argentino. El juicio a Relmu Ñanku y a los líderes mapuches en Neuquén.**

Sin las tensiones raciales de otros países, Argentina decidió imponer por ley la igualdad de género en sus jurados y, en caso de acusados indígenas, con mitad del jurado compuesto por indígenas de su misma tribu. Al igual que Estados Unidos, han dejado librado al sorteo del padrón electoral y al litigio en la audiencia posterior de selección la conformación definitiva del panel de jurados, pero **bajo esos parámetros obligatorios**. Se trata de una experiencia única a nivel mundial<sup>900</sup> que, en Argentina, goza de una alta aceptación social y política. Además, es mirada con genuino interés y cierta admiración por los académicos del *common law*. Varias provincias argentinas contienen en su seno a pueblos originarios con poblaciones importantes en número. Estos grupos no son considerados minorías, sino como Pueblos preexistentes al Estado Argentino. Un gran líder Wichí, Lecko Zamora, dice con acierto: *“mi pueblo tiene doce mil años de presencia en este lugar. El Estado argentino, sólo doscientos”*.<sup>901</sup> El legislador argentino, al observar como los indígenas en particular continúan siendo

<sup>899</sup>Taylor v Louisiana, 419, U.S. 522, 531 (1975)

<sup>900</sup> Ver igual la *doctrina de los jurados mixtos* descripta por CONSTABLE, Marianne: *“The Law of the Other: The Mixed Jury and Changing Conceptions of Citizenship, Law and Knowledge,”* University of Chicago Press, 1994: allí la autora explica esta doctrina de la mixtura: ella permite que los residentes extranjeros llevados como acusados o demandados a un juicio en países del *common law* sean juzgados por jurados compuestos mitad por nativos del país y la otra mitad por residentes extranjeros.

<sup>901</sup> ZAMORA, Lecko: *“Ecos de la Resistencia”*, Instituto de Cultura de la provincia del Chaco, (Colección Pajlhayis Kajiayaj Pak. La luz de nuestros ancestros), 2009.

fuertemente subrepresentados en los países con jurado clásico, decidieron darle un estatus particular a las naciones originarias que habitan su territorio.

Neuquén, Río Negro y Chaco son las tres provincias que han instituido esta modalidad.

*ARTÍCULO 4° ley 7661 del Chaco: INTEGRACIÓN DEL JURADO CON PUEBLOS INDÍGENAS.*

*Cuando se juzgue un hecho en donde el acusado y la víctima pertenezcan al mismo pueblo indígena Qom, Wichi o Mocoví, el panel de doce jurados titulares y suplentes estará obligatoriamente integrado en la mitad por hombres y mujeres de su misma comunidad de pertenencia.*

*ARTÍCULO 198 inc 6) CPP Neuquén. Integración plural.*

*El jurado deberá quedar integrado, incluyendo los suplentes, por hombres y mujeres en partes iguales. Se tratará de que, como mínimo, la mitad del jurado pertenezca al mismo entorno social y cultural del imputado. Se tratará también, en lo posible, que en el panel de jurados haya personas mayores, adultas y jóvenes.*

Una de las razones para normas de estas características es que, a pesar del hecho de que todos los ciudadanos indígenas estén registrados en el padrón electoral, la posibilidad estadística de que muchos -o siquiera alguno de ellos- salga sorteado para un jurado es muy baja. Por ello, para darle especial consideración a estos Pueblos y a que en la deliberación tengan lugar sus ancestrales estándares comunitarios, los legisladores diseñaron un sistema que garantiza una fuerte representación tribal en el jurado. En la provincia del Chaco, las tres naciones indígenas Qom, Wichí y Mocoví están censados íntegramente en listas oficiales y, por ello, no hay lugar alguno para la manipulación. La ley indica que los jurados indígenas serán sorteados anualmente y de manera azarosa desde esas listas. Las garantías básicas que estamos estudiando permanecen intocadas.

El sistema tuvo su debut en Neuquén en 2015 con un caso resonante que tuvo repercusión mundial. Por primera vez en la historia, un jurado “intercultural” juzgó a una líder mapuche, llamada Relmu Ñanku, y otros dos caciques. Se trató de una experiencia sin precedentes en Latinoamérica, ya que seis de los doce miembros del jurado fueron mapuches.<sup>902</sup>

La fiscalía pidió 15 años de prisión para la mujer, madre de tres niños, que es una referente de la comunidad Winkul Newen ubicada en el paraje Portezuelo Chico, a

---

<sup>902</sup>HARFUCH, Andrés, BILINSKI, Mariana y ORTIZ, Liliana Andrea: “El jurado indígena en Argentina”, en prensa. Paper presentado en la Conferencia Internacional de Law & Society, Nueva Orleans, Estados Unidos, junio de 2016.

unos 30 kilómetros de Zapala, en Neuquén. Debajo de sus tierras ancestrales hay pozos petroleros de gran valor, lo cual ha generado numerosos pleitos con las compañías petroleras. A la mujer la acusaron de haber atacado a la oficial de justicia Verónica Pelayes durante un procedimiento desarrollado en territorio indígena. El 28 de diciembre de 2012, Pelayes se presentó, junto a un grupo de agentes, seguridad privada y una retroexcavadora, en la propiedad mapuche con una orden emitida por la Justicia Civil de Zapala para permitir el avance de los trabajos de la petrolera Apache, que por entonces operaba en la zona. Los mapuches habían puesto tranqueras y alambrados que impedían la explotación petrolera en el área, argumentando que contaminaban sus tierras con los derrames causados por el fracking. A pesar de la orden, los integrantes de la comunidad resistieron con piedras el avance de las máquinas. Una de las piedras presuntamente arrojadas por los mapuches impactó en el rostro de la funcionaria -que iba dentro de un auto- rompiéndole el tabique y desfigurándole parcialmente el rostro. Pelayes identificó a Relmu Ñanku y también fueron inculcados por los ataques los líderes mapuches Mauricio Raín y Martín Maliqueo.

En un principio, la fiscal Sandra González Taboada cursó la denuncia como “lesiones”, pero luego la carátula cambió a “tentativa de homicidio y daño agravado”. Una acusación que implicó una pena mucho más severa y el juzgamiento por jurados. Durante el juicio, la fiscalía fracasó en producir las piedras con que se habría producido el ataque y en testigos directos adicionales de que Relmu Ñanku fue quien efectivamente arrojó la piedra que causó la herida. El jurado que tuvo que determinar su inocencia o culpabilidad se integró, como marca la ley, con seis mapuches y seis ciudadanos comunes no mapuches. Además, sus abogados lograron que el proceso fuera traducido en simultáneo en Mapuzungun, que es la lengua originaria del pueblo mapuche. Destacadas figuras de la cultura y militantes por los derechos humanos, entre ellos, Afolfo Pérez Esquivel, Nora Cortiñas de las Madres de Plaza de Mayo y Osvaldo Bayer concurren durante todo el juicio. Amnistía Internacional repudió la imputación y envió un veedor al juicio. Tras cuatro días de juicio y cinco horas de deliberación, el jurado alcanzó un veredicto unánime de *no culpable*. La noticia recorrió el mundo, en gran parte, por la existencia de un jurado pluricultural. Un mérito indiscutido de la legislación argentina con jurados.

En resumen, la exigencia de igual número de hombres y mujeres, de mitad de indígenas si el acusado lo es, y de un padrón electoral completamente inclusivo

incrementan en Argentina la capacidad de lograr el ideal democrático de justicia equitativa que viene de la noción del jurado como un cuerpo representativo de la comunidad. Este enfoque maximiza el ideal del jurado como un adjudicador de los hechos imparcial.<sup>903</sup>

### **C. Integración plural: superior calidad deliberativa. Combinando los recursos de cada jurado.**

La superioridad del juicio por jurados en este punto es prácticamente incontestable. No hay sistema profesional que logre igualar la calidad de su deliberación y, por ende, de su veredicto. Argentina recién está comenzando su tradición juradista pero, en el *common law*, pocos discuten ya que el jurado promedio es un tribunal adjudicador tanto o más competente que el tribunal promedio con jueces profesionales. ¿De dónde procede esa habilidad tan singular?

La profesora de Michigan, Phoebe Ellsworth, sostiene que, cualquiera sea la ventaja que posea el jurado frente a otros sistemas de enjuiciamiento, ella debe ser hallada en la función que cumplen dos de sus atributos principales: **el altísimo número** de jueces ciudadanos y **su interacción**. El hecho de que el jurado deba estar compuesto por doce personas de diferentes extracciones, experiencias y perspectivas provee de una inestimable protección frente a sentencias basadas en puntos de vista unilaterales o idiosincráticos sobre los hechos de un caso. No sólo que el jurado ostenta tan alto número de juzgadores, sino que, además, deben ser seleccionados de un modo que conforme el ideal del jurado como representativo de la opinión comunitaria. La gran habilidad y ventaja comparativa del jurado hay que encontrarla entonces en su capacidad única para reflejar en el veredicto **todas, absolutamente todas** las perspectivas, experiencias y valores de la gente común de la sociedad donde el hecho ocurrió. Nada de esto puede ser garantizado en la sentencia de jueces profesionales, por su bajo número y porque su estatus social de pertenencia es siempre el mismo. Sus puntos de vista, comparados con los del jurado, son siempre minoritarios.<sup>904</sup>

Otra investigadora norteamericana, como Shari Diamond, sostiene que el rasgo que más la impresiona del jurado es la habilidad única que tienen como cuerpo judicial - más allá de ser doce extraños- para combinar las experiencias de vida y los recursos propios que cada uno de ellos posee. Cada individuo del jurado trae al jurado la historia

---

<sup>903</sup>HARFUCH, Andrés; BILINSKI, Mariana & ORTIZ, Andrea Liliana: “*Argentina’s Indigenous Jury*” (en prensa). Ponencia presentada en la Reunión Anual de *Law & Society*, Nueva Orleans, junio 2016.

<sup>904</sup> ELLSWORTH, Phoebe C.: “*Are Twelve Heads....*”, op. cit., 1989, Introducción, p. 205.

de su vida, las experiencias por las que atravesó y las vivencias que experimentó. En la deliberación, emplean todos esos recursos para resolver el caso, multiplicados y combinados por doce.

*“El resultado es que se desempeñan mejor que cualquier individuo y, lo que es más impresionante, de modo más convincente que un juez promedio. El hecho es que los jurados poseen sus propios recursos y los emplean. Eso es lo más fascinante. Ver cómo ellos se valen de sus experiencias de vida y de sus recursos. Por ejemplo, si pensamos en los primeros juicios por jurados de Neuquén, y en cómo los jurados hablaron entre ellos sobre el homicidio simple que debieron juzgar. Observamos a los jurados conversar sobre cómo se comportan las personas cuando toman alcohol en un boliche bailable. El conjunto de todas esas experiencias de cada uno de los doce miembros del jurado, que es compartido, combinado y discutido intensamente en la deliberación, es algo que no puede siquiera ser replicado por un juez técnico. Allí radica el misterio del jurado y, por qué no, del más impactante de sus rasgos”*.<sup>905</sup>

La pluralidad y la representatividad en un jurado son entonces muy importantes porque aseguran *“la esencial naturaleza del jurado como un tribunal que corporiza el más amplio ideal democrático”*<sup>906</sup>, sino que, además, afecta de manera directa a su capacidad como determinador de los hechos. Si un sistema legal fracasa en integrar en los paneles de jurado a todas las visiones comunitarias posibles, o de segregar a algún grupo en particular (a las mujeres, a los indígenas, a los jóvenes, a las minorías raciales, etc), entonces produce el efecto no querido de privar a la sociedad y a la deliberación del jurado de perspectivas diferentes sobre los mismos hechos del caso. Algunos de esos puntos de vista pueden llegar a ser extremadamente importantes. De allí las grandes críticas a los jurados de menos de doce personas o a los que excluyen a los jóvenes de entre 18 y 21 años, ya que sub-representan a vastos grupos sociales y empobrecen la calidad de la deliberación.

La exigencia de la CN, 118 de que los jurados provengan del lugar donde el hecho se cometió -o requisito de vecindad- obliga a que el panel de jurados haya sido extraído de una base en la que esté representada, de manera justa y equitativa,  **toda la comunidad de vecinos del lugar del hecho**. Es un requisito constitucional que acerca al veredicto del jurado al ideal de imparcialidad más que cualquier otro sistema. La concepción tradicional en el *common law* define a la imparcialidad cuando, frente al

---

<sup>905</sup> DIAMOND, Shari: *“Las múltiples dimensiones del juicio por jurados: estudios sobre el comportamiento del jurado”*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2016, p. 15 y ss.

<sup>906</sup> ELLSWORTH, Phoebe C. & GETMAN, Julius: *“Social Science in Legal Decision-making”*, en *Law And The Social Sciences* 596, L. Lipson & S. Wheeler editores, 1986.

caso concreto, un jurado es genuinamente capaz de deponer sus propios intereses y preconcepciones y de decidir el caso exclusivamente sobre la prueba presentada en corte abierta. Es decir, los jurados debían ser independientes no sólo de los dictados de los demás, sino también de sus propias opiniones y prejuicios. Como bien señala, Jeffrey Abramson, “los jurados debían exhibir una actitud mental de apropiada indiferencia”, tal cual el lenguaje empleado por su Corte Suprema de Justicia.<sup>907</sup>

Según el mismo autor, el ideal de una representación justa y equitativa de la comunidad rechaza esta noción clásica -y tan difícil de conseguir- de deliberación imparcial. Por el contrario, la noción más moderna, más democrática -y más humanamente posible- de imparcialidad visualiza a los jurados como portadores inevitables de las diversas perspectivas e intereses de su pertenencia a determinada clase social, género, religión, orientación sexual, edad, raza, etc. Las deliberaciones son consideradas más imparciales, entonces, cuando las diferencias entre grupos no son eliminadas sino, por el contrario, son invitadas, promovidas, abrazadas y justa y equitativamente representadas.

*“Eliminar apotenciales jurados sobre la base que traerán al jury room sus prejuicios de grupo es no comprender la tarea democrática del jurado, que no es otra cosa que representar con exactitud la diversidad de puntos de vista que existen en una sociedad heterogénea....  
Si el jurado está adecuadamente balanceado como para cumplir la tarea de manera representativa, entonces será imparcial como un todo, a uncuando ningún jurado individualmente lo sea”.*

Para ello, la meta democrática del ideal de imparcialidad que proviene de la noción del jurado como representación justa y equitativa de la comunidad es, precisamente, darle voz y representación a todos los grupos y realzar la calidad de la deliberación, al traer al panel de jurados las diversas percepciones y miradas que puedan existir sobre la prueba.<sup>908</sup>

#### **D. Conclusiones empíricas sobre la heterogeneidad del jurado.**

---

<sup>907</sup> ABRAMSON, Jeffrey: “We, the Jury....”, op. cit., p. 100 y ss.

<sup>908</sup> DWYERS, W.: “In the hands of...”, op. cit. p. 152: “doce cabezas son siempre mejores que una, pero no sólo porque doce jurados actuando colectivamente son más perceptivos que el juez. El jurado trae fresca energía y una corriente de sentido común, de equidad elemental, al torrente de la justicia; no solamente trae inteligencia grupal sino valores comunitarios. Los equilibrios entre la libertad y las atribuciones de la policía, entre la empresa de negocios y la responsabilidad de los consumidores, entre el derecho a indemnización de una persona lesionada y la probable capacidad de pago del demandado, todas ellas son sacudidas por la consciencia comunitaria. Los resultados en un caso particular pueden ser debatibles, pero están grandemente legitimados si provienen de un jurado”.



Uno podría hacerse legítimamente la siguiente pregunta: ¿no es acaso una invitación a la absolución permanente que los indígenas sean juzgados por una mitad del jurado indígena? ¿o mujeres, por mitad de mujeres; o afroamericanos por mitad de un jurado afroamericano? Craso error. Los científicos sociales también realizaron otra constatación empírica: **los grupos nunca votan en bloque en un jurado, salvo muy raros casos**. Ese es otro prejuicio que es fácilmente controvertible con el simple cotejo de casos decididos en cualquier parte del mundo. Ha habido mujeres que fueron condenadas en forma unánime por jurados integrados en su mayoría por mujeres y así podemos seguir enumerando casos similares de todos los tipos. La fuerza de la prueba (asociada inevitablemente a la habilidad de los litigantes en un contexto de verdadera adversarialidad) y la valoración de la justicia de la ley aplicable al caso continúan siendo la causa de los veredictos del jurado. Independientemente del grupo al que pertenece el acusado.

En cambio, los hallazgos científicos corroboran que **los jurados que marcan la diferencia en la deliberación son aquellos que, sin importar a qué grupo social pertenecen, se convierten en los así llamados “jurados persuasivos”**. Ellos son siempre los que terminan por inclinar la balanza, ya que, para poder resonar en los demás, por encima de los límites de las diferencias de clase o de grupos, ellos mismos deben abandonar argumentos que dependan exclusivamente de sus prejuicios particulares, de sus propias perspectivas o de sus estatus social de pertenencia. Siempre van más allá y exploran otras posibilidades para convencer al resto.<sup>909</sup>

John Gastil es, entre los teóricos de la deliberación, quien más ha estudiado este punto.<sup>910</sup> La diversidad política y social de los jurados favorece, en primer lugar, un escrutinio mucho más agudo de las instrucciones del juez. Esto se traduce en algo concreto: en el *jury room* de un jurado verdaderamente plural habrá diferentes interpretaciones de la ley penal aplicable y de la prueba del juicio, pero *“nada de eso precluye la percepción de que es posible deliberar y confluir unánimemente en un terreno común. Tales resultados dan apoyo a los teóricos de la deliberación que enfatizan una y otra vez la necesidad de la diversidad grupal para estimular la exposición a nuevas ideas y opiniones”*.<sup>911</sup>

---

<sup>909</sup> ABRAMSON, Jeffrey: *“We, the jury...”*, op. cit., p. 102.

<sup>910</sup> También HANS, Valerie: *“Representación a través de la participación: un análisis multinivel de las deliberaciones del jurado”*, en el libro junto a John Gastil *“El juicio por jurados: Investigaciones sobre la deliberación...”*, op.cit., 2014, p. 81 y ss.

<sup>911</sup> GASTIL, John: *“Do juries deliberate?”*, op. cit., p. 354.

He aquí la riqueza única de la deliberación de los jurados y de cómo su composición plural es otro de los reaseguros más importantes de la deliberación.

## § 2. *Salvaguarda n° 5. La accidentalidad del jurado.*

La quinta y última salvaguarda de la deliberación del jurado es su accidentalidad. La histórica confrontación política entre los jueces y los jurados en la Europa continental post Revolución Francesa la veremos ampliamente en la Parte III de esta tesis. En la Parte I, en cambio, estudiamos el modo y la forma que asumió este enfrentamiento *jueces vs jurados* en el *common law*. Gran parte de ese debate pone el eje, aún hoy, en las ventajas que, para la imparcialidad y la libertad de conciencia frente al caso, tiene el hecho de que los jurados sean **jueces ciudadanos accidentales que no pertenezcan al Estado**. Una persona promedio será jurado quizás una sola vez en su vida, tal vez dos. No más que eso. No dedicará su vida al oficio de decidir juicios, como sí lo hacen los jueces técnicos. Las más notorias desventajas de la justicia profesional - señaladas por los filósofos y los penalistas del Iluminismo y del siglo XIX- es la peligrosa costumbre que engendra en el ánimo del juez la tarea cotidiana de juzgar a los demás.<sup>912</sup> Allí radica otro de los puntos cruciales para la confianza popular en los veredictos del jurado: su no pertenencia al Estado representa el máximo acercamiento al ideal de independencia e imparcialidad del juzgador. Los teóricos de la Revolución Francesa insistieron, una y otra vez, en que todo Pueblo que deseara ser verdaderamente libre jamás podía entregar el juzgamiento de las personas a un cuerpo profesional permanente.

Montesquieu lo expresa bellamente:

*“El Poder judicial no debe dársele a un Senado permanente, sino ser ejercido por personas salidas de la masa popular, periódica y alternativamente designadas de la manera que la ley disponga, las cuales formen un tribunal que dure poco tiempo, el que exija la necesidad. De este modo se consigue que el poder de juzgar, tan terrible entre los hombres, no sea función exclusiva de una clase o de una profesión; al contrario, será un poder, por decirlo así, invisible y nulo. No se tienen jueces constantemente a*

---

<sup>912</sup> WHITMAN, James: *“Orígenes de la duda razonable: raíces teleológicas del proceso penal”*, traducción de Nicolás Schiavo, Colección de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Palermo, Buenos Aires, Argentina, 2016. Este imperdible libro nos habla de cómo los jurados ingleses del Medioevo tenían terror de juzgar a los demás, debido a que eran profundamente cristianos y a que las penas, de ordinario, eran de muerte. *“La culpa de la sangre”*, la llama el autor. Si bien el libro nos habla de los orígenes de la hoy garantía constitucional de duda razonable, también lo es de este rasgo de la accidentalidad de los jurados. *“En el proceso penal del pasado cristiano, había mucho más en juego que el destino de los acusados. También estaba involucrado el de aquellos que estaban sentados juzgando. La famosa sentencia de San Mateo -¡No juzgues si no quieres ser juzgado!- tenía un significado concreto: condenar a un acusado inocente era considerado, en la tradición cristiana antigua, como un pecado mortal.... Juzgar era el equivalente a construirse una mansión en el Infierno”*.

*la vista; podrá temerse a la magistratura, no a los magistrados”.*<sup>913</sup>

Inclusive, las propias leyes de jurado del mundo prohíben por tres años a una persona repetir su experiencia como jurado. Se evita así la *profesionalización* de la deliberación. La accidentalidad realza la calidad deliberativa; la permanencia la devalúa. Las investigaciones empíricas revelan siempre lo mismo: que quienes son jurados se ven embargados por una enorme responsabilidad cuando tienen que juzgar a un par. Dicho sentimiento, que es crucial -por ejemplo- para decidir un estándar de duda razonable ante una eventual debilidad de la prueba de cargo, deriva sin dudas de su accidentalidad como jueces. Y, también, de reconocer que esa será quizás la única vez en su vida que decidirán los destinos de una persona. Quienes ofician de jueces rara vez pueden honestamente sostener lo mismo, debido el inevitable anestesiamiento que produce su profesión diaria. Desde este punto de vista, las deliberaciones de los jurados y de los jueces son incomparables. La accidentalidad del jurado, además de la frescura de la discusión, agrega otro punto clave: le quita a las deliberaciones toda especulación en el resultado del juicio. Los jueces permanentes pueden perder sus puestos, sus carreras y comprometer sus ascensos, dependiendo del fallo que dicten. No hay manera de impedir que esos factores afecten, en mayor o menor medida, la deliberación en perjuicio de una de las partes en el juicio profesional. En el jurado, tal cosa es imposible. La accidentalidad es sinónimo de la máxima libertad de decisión frente al caso que pueda encontrarse en los sistemas judiciales.

El juez profesional es el Estado. Ambas notas características, la *estatalidad* y la figura misma del *juez profesional* nacieron con la Inquisición, al servicio de la centralización del poder de castigar en la persona del Rey. La tremenda crítica ilustrada hacia la justicia profesional -y su apoyo decidido al jurado como su contracara- tenía el fin político de derrotar a los jueces permanentes de la Inquisición y a la Monarquía. Los jueces profesionales de la élite eran, para los ilustrados, el sinónimo mismo del Absolutismo. Los jurados, en cambio, representaban todo lo contrario a la maquinaria judicial del *Ancien Régime*.<sup>914</sup> El inevitable contraataque de los reaccionarios se centró

---

<sup>913</sup> MONTESQUIEU: “*Del espíritu de las leyes*”, Libro Décimoprimer, Capítulo VI, Ed. Porrúa, México, 1982, p. 105.

<sup>914</sup> BINDER, Alberto: “*Crítica a la justicia profesional*”, op.cit. , 2013, p. 62: “*La discusión moderna sobre los jurados —es decir, la que comienza, en sentido amplio, alrededor de la Revolución Francesa de 1789 y su pensamiento precursor— nace, principalmente, como una profunda crítica a la justicia profesional, indisolublemente ligada al modelo inquisitorial. Aún en la tradición inglesa, el desarrollo de los jurados está vinculado a la larga lucha entre la justicia del rey (y sus funcionarios) y las justicias locales, cuya expresión más clara era el juicio llevado a cabo por los pares y la aplicación de la ley de la*

en denostar al jurado precisamente por su carácter lego y accidental. Buscaron asociar al jurado con la autocracia y al juez técnico con la racionalidad: “¿por qué dejar el juzgamiento de las personas en manos de las emociones del vulgo, frente al entrenamiento y preparación de jueces doctos? La supuesta superioridad de los jueces técnicos frente a los jurados es otro de los grandes mitos de la judicatura del *civil law* que todavía hay que derribar. Es exactamente al revés.”<sup>915</sup>

Alberto Binder nos señala cómo los ecos de esta discusión por el poder llegaron hasta nuestros días en la Argentina:

*¿Por qué nos deben juzgar ciudadanos? La pregunta central es diferente: ¿Cómo evitamos ser juzgados, exclusivamente, por un cuerpo reducido y permanente de personas cuyo único oficio es juzgar a los demás?, ¿si el poder penal es siempre peligroso, no lo hace más peligroso el que quede en manos exclusivas de ese cuerpo pequeño y permanente de funcionarios?*<sup>916</sup>

La estatalidad del juez profesional es fuente eterna de sospecha en todos los Pueblos, tal como lo señalaron Carrara, Mittermaier, Filanghieri y tantos otros. Es un dato incontrastable que no requiere ninguna confirmación empírica. Adicionalmente a esa característica, está la forma que han adoptado las organizaciones judiciales de América Latina y Europa continental. Las rémoras de las organizaciones fijas de jueces, de la organización judicial “feudal”, el carácter de *permanente* de los jueces técnicos, su bajo número (tres o uno) y la no exigencia de unanimidad para enviar a la cárcel a una persona en sus formaciones colegiadas es un contexto propicio para la *no deliberación*. Todas las notas características de los jurados, pero muy especialmente su accidentalidad, son el resguardo para deliberaciones de superior riqueza y calidad.

### **§ 3. Conclusiones sobre la deliberación. Efectividad. Opinión judicial.**

---

Tierra”.

<sup>915</sup> BINDER, Alberto: “Crítica a la justicia profesional”, op.cit. , 2013, p. 61: “Se acepta como obvio que el profesional está mejor preparado para aplicar la ley y llevar adelante los juicios. Sin embargo, en la práctica de nuestros tribunales, debemos insistirles a los jueces ideas muy elementales, tales como que la leyes superiores, es decir las normas constitucionales, se aplican con superioridad a las leyes dictadas en su consecuencia, o que cuando las leyes ponen un plazo es para cumplirlo (por ejemplo, si dice “tres meses” esa frase no significa “tres años”, o cinco, o diez...), que los jueces no pueden hacer de acusadores, o que el juicio debe ser oral y público y no alcanza con firmar un acta que así lo dice, o que si la ley dice que se deben hacer audiencias eso significa una audiencia hecha por el juez y no por el secretario o un empleado, o que si se cita a todos a una hora deben estar en la sala de audiencia a esa hora (porque también se cita a otras personas) o que hay que ir a trabajar todos los días... En fin, podría cubrir páginas con ejemplos palmarios de la falta de profesionalismo y de descuido en la aplicación de la ley, que no es un mal de la actualidad sino que ha sido una constante de nuestros cuerpos de jueces permanentes.”

<sup>916</sup> BINDER, Alberto: “Crítica a la justicia profesional”, op.cit. , 2013, p. 63.

Finaliza aquí el estudio del quinto dispositivo de control judicial y de partes sobre el veredicto y sus cinco salvaguardas: la deliberación del jurado, que es el gran estabilizador racional de la decisión ciudadana y el factótum de la verdad como construcción social y colectiva. La deliberación del jurado es, por lejos, el segmento del juicio más significativo en que los jurados refinan su decisión final. Los estudios empíricos concluyen en la sujeción abrumadora del jurado a la prueba del juicio en sus deliberaciones, lo cual redundará en un mayor control y estabilidad del veredicto.<sup>917</sup> En síntesis, los jurados no sólo que deliberan de manera inevitable, sino que lo hacen de manera sumamente efectiva.

A modo de cierre, Gobert afirma:

*“Procesos superiores de toma de decisión conducen a decisiones de superior calidad... La heterogeneidad del jurado, la neutralización del prejuicio individual a través de la dinámica grupal, las fuerzas sinérgicas que generan una multiplicidad de perspectivas, un proceso dialéctico que testea varias teorías posibles del caso y elimina a aquellas que están pobremente concebidas, todo ello da apoyo a la preferencia por los veredictos del jurado antes que los del juez.”*<sup>918</sup>

Estas características son la gran fuente del respeto que los jueces tienen por el jurado en el *common law*; el mismo que lentamente empiezan a percibir los jueces argentinos. ¿Cómo es que ven los jueces al jurado? William Dwyer, juez federal y

---

<sup>917</sup> DEVINE, Dennis: “*Jury decision making...*”, op.cit., 2012, p. 122 y ss. Es imposible en esta tesis describir todos los estudios que revelan la sujeción del veredicto y las deliberaciones del jurado a la prueba del juicio. Pero sí podemos enumerar las variables con que los investigadores encuestaron a jueces y jurados sobre este ítem. El lector podrá darse así una idea de la cantidad de material que confirma empíricamente la relación inescindible entre **deliberación/veredicto/prueba**: “*El jurado y la prueba. ¿En qué porcentaje se guía el jurado por la prueba?* Índice SOE (Solidez de la Prueba o Strength of Evidence), medido en jurados reales y jueces. Variables sobre cada tipo de prueba:

- #. Características del testigo presencial (edad, confianza, consistencia).
- #. Características del perito experto. Variaciones (el educador benevolente; el pontificador superfluo). Sus credenciales académicas.
- #. Peritaje sin oposición y con oposición.
- #. Forma y Contenido específico del testimonio del perito: general vs específico; clínico vs actuarial.
- #. Opinión del perito sobre la fiabilidad del testigo presencial.
- #. Índice SOE en los jurados: la prueba científica (ADN, factor sanguíneo, cabellos).
- #. El impacto de la confesión del acusado
- #. Las pruebas demostrativas visuales (fotos impactantes, diagramas, simulaciones de imágenes por computadora).

<sup>918</sup> GOBERT, James: “*Justice...*”, op.cit., p. 94. Gobert igualmente da contenido al adjetivo “*superior*”. Las decisiones **del jurado o del juez** serán superiores en tanto y en cuanto sean justas y prevengan cualquier clase de injusticia. Los veredictos de los jurados son preferibles por todos estos factores únicos que ellos poseen pero, además, porque han demostrado ser justos. La muy alta tasa de 78% de acuerdos *juez/jurado* medida por Kalven & Zeisel en los años '50 y por HANNAFORD-Agor y otros en 2000 confirman este punto.

escritor, se encargó de reunir muchas de las opiniones vertidas por varios de sus colegas jueces a lo largo de los años:

*Juez Jack Weinstein, Brooklyn, Nueva York: “Nuestros jurados -que son de diversos orígenes y grupos étnicos- son excelentes”.*

*Jueza Ann Claire Williams, Chicago, Illinois: “Los jurados se dedican por entero a su tarea, y se desempeñan bien aún en casos complejos. Su nivel de competencia está directamente relacionado al trabajo de los abogados: si los abogados lo hacen comprensible, los jurados lo entienden. Son justos y siguen la ley. Tuvimos casos con impacto racial, pero jamás vi un solo veredicto afectado por racismo o cualquier otra forma de discriminación”.*

*Juez Lyle Strom, Omaha, Nebraska: “De cientos de juicios por jurados, puedo contar con pocos dedos de la mano los veredictos que para mi no tuvieron sentido. Todos los demás fueron razonables. Tanto en casos simples como complejos, doce jurados hacen un destacable buen trabajo, arribando a la respuesta correcta”.*

*Juez William Wayne Justice, Austin, Texas: “Los jurados en nuestro país se suponen que son un virtual microcosmos de nuestra comunidad política democrática, compuesto por personas de variadas razas, etnias, culturas, riqueza y género. En un aplastante número, los veredictos de estos jurados son justos. Es cierto, sin embargo, que jurados individuales, de tanto en tanto, no operan correctamente; pero a este respecto, meramente reflejan una sociedad imperfecta”.*<sup>919</sup>

---

<sup>919</sup> DWYER, W: “In the hands of..”, op cit, p. 137.

**PARTE III**  
**El veredicto del jurado y la verdad**

**Capítulo 15°**  
**Sistemas sin motivación y sistemas con motivación**

**§1. Necesaria introducción epistemológica, política, histórica e ideológica.**

Los recientes fallos de la CEDH “*Taxquet*” v. *Bélgica*” y “*Thomas Judge vs UK*” han devuelto al paleo el recurrente tema acerca de la motivación del veredicto del jurado en los países herederos de la cultura inquisitorial. La CEDH finalmente resolvió, como en tantos otros precedentes anteriores, que el veredicto del jurado clásico es perfectamente constitucional y que cuenta con múltiples salvaguardas para que los acusados sepan por qué los condenaron y para su normal revisión.

La CEDH también decidió tres cosas importantes en el fallo *Taxquet* que van directamente al núcleo de nuestra tesis:

a) que los sistemas de justicia que se rigen por el sistema de jurado clásico -con íntima convicción y veredicto general- constituyen un *fair trial* con garantías procesales suficientes para respetar las normas de las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos;

- b) que no se le puede exigir motivación a los veredictos y
- c) que los fundamentos del veredicto del jurado –por hechos y derecho- se encuentran en la acusación del fiscal y en las instrucciones del juez.

2. Además, de la jurisprudencia de esta Corte resulta que **al aplicar el test de fair trial (juicio justo) en los casos ante jurados**, la Corte asegura que el funcionamiento del sistema de jurados está regido por ciertas garantías procesales que considera como suficientes para asegurar un juicio justo. **Las garantías incluyen, en particular, la inclusión en la acusación y/o en las preguntas al jurado de una descripción precisa de los hechos relevantes y de las disposiciones legales aplicables, los cuales son necesarios para clarificar la base jurídica sobre la que se persigue la condena de los acusados, y la asunción de un papel central por parte del presidente del tribunal para garantizar que los procedimientos judiciales se llevan a cabo de manera justa y que se han dado las instrucciones adecuadas al jurado.**<sup>920</sup>

La cuestión se discute con distinta intensidad según el área del mundo en que tengamos lugar. En los países del Commonwealth, el tema es literalmente inexistente.<sup>921</sup> Se debate con amplitud todo lo relativo al jurado, inclusive hasta su propia utilidad, pero la discusión acerca de la no motivación del veredicto es realmente marginal y, como veremos más adelante, corre por otros riles completamente distintos a los argumentos que se esgrimen en otros lugares.

En Europa continental, especialmente en Francia (que se rigió por un jurado escabinado desde la época de Vichy, pero que juzga con íntima convicción) y en Bélgica – que cambió a tropelladamente su sistema – donde la discusión es más intensa, tal como se refleja en la jurisprudencia de la CEDH. Rusia y Georgia poseen un sistema de jurado clásico con veredicto general igual al de Argentina y de todos los países del *common law*.

La doctrina legal de la CEDH en *Taxquet*, *Judge* y otros precedentes ha afirmado la total coherencia interna y externa del proceso termina

<sup>920</sup> Voto del juez noruego Jebens en *Taxquet vs Bélgica* (CEDH, ap. 2 y 3): “...los veredictos del jurado no están acompañados de razones. Si esta Corte exigiera a los jurados que dieran las razones de sus veredictos, no sólo estaría contrariando su propia jurisprudencia sino también, y mucho más importante, socavaría la existencia misma del sistema de jurados...”.

<sup>921</sup> DAMAŠKA, Mirjan: “*Free proof and its detractors*”, 1995, Yale Law School Faculty Scholarship Series, Paper 15 78, USA, p. 347: “En los países del *civil law*, la libre evaluación de la prueba ha sido elevada al rango de principio regulador de considerable importancia en la argumentación legal contra las reglas vinculantes de peso probatorio. En los países del *common law*, por el contrario, la prueba libre carece de un estatus normativo y ni siquiera existe como término”.



doenunsistemadejurado clásico con las convenciones internacionales de derechos humanos. No sólo eso, sino que el veredicto del jurado permite atender las exigencias de una amplia revisión de la sentencia condenatoria penal que abarquetantolos hechos como el derecho. La CEDH reconoce lo que es obvio: los sistemas con *jurado clásico* y los sistemas con *jueces técnicos* son diferentes, tienen peculiaridades distintas, poseen institutos propios que se hallan en unos más no en los otros y, por ende, deben ser siempre analizados por separado y a la luz de dichas características peculiares. Cada uno de ellos tiene su lógica, su coherencia interna, una historia muy importante detrás y una razón de ser distintiva. Del mismo modo en que sería un despropósito exigir que pudieran ser recusados sin causa hasta diez o veinte potenciales jueces técnicos en un juicio profesional, o que su sentencia no expresara sus motivos, es igual de alienante la exigencia de motivación del veredicto del jurado.

Esta Parte III de la tesis, demostrada ya la superioridad del juicio por jurados en términos de control, su calidad en la determinación de los hechos y posterior decisión y el *estilo acusatorio de fundamentación* (que recae íntegramente en el acusador), tiene por fin discutir abiertamente con los motivacionistas el último cliché que han enarbolado en contra del jurado. Efectivamente, las tesis radicales que han llevado hasta la exageración la necesidad de motivación asocian al juicio por jurados, y al ideal adversarial que lo sustenta, con el abandono de la búsqueda de la verdad. Según esta visión tan sesgada, el único sistema capaz de asegurar la verdad sería el proceso ante jueces técnicos, vinculados a la averiguación de la verdad y con obligación de motivar posteriormente por escrito.

Poner la cuestión en estos términos suena casi absurdo, pero demostraremos que así son los planteos que se hacen en el *civil law* (aunque haya matices de moderación). Cuando exponía esta parte de la tesis durante mi estancia de investigación en la Universidad Cornell de Nueva York, los profesores estadounidenses no podían salir de su asombro. La profesora Shari Diamond, por caso, hasta pareció perturbada. Sus palabras resumían la postura de casi todos los interlocutores que consulté: “*Nuestro sistema judicial con jurados está completamente orientado a determinar la verdad*”.

A lo largo de esta tesis estamos analizando el método acusatorio en su plenitud: **la fundamentación de la verdad para una condena recae siempre en el acusador.** Frente a esa actividad se pronuncia el jurado o el juez técnico, positiva o negativamente según haya considerado fundamentada o no la acusación.

En la Argentina, la inminencia del establecimiento del juicio por jurados en su variante clásica para todo el país ha disparado toda clase de argumentos opositoros de cierta parte de los penalistas, con especial énfasis en la crítica a su veredicto general y en el fallo de la CIDH “*Herrera Ulloa*” y su correlato local, el fallo “*Casal*” de la CSJN.

Lo que sigue en la presente sección es un intento por refutar esta posición, exactamente la misma que se dio en la Europa del siglo XVI. Cuando el jurado irrumpió con gran fuerza en el continente europeo. Pero dado que, tanto entonces como ahora, no se trata de una simple toma de posición jurídica, sino de una reacción política que expresa una honda incomodidad cultural, será preciso tener en cuenta todos los factores que contribuyen a su rechazo. Ellos son de naturaleza epistemológica, ideológica, normativa y constitucional.

## **§2. Dimensión epistemológica de la discusión. El error inicial y la visión de Damaška.**

En esta época globalizada y multicultural, signada por una velocidad en la transferencia de información inimaginable hace algunas décadas, se ha visto reforzado un equívoco histórico pertinaz en torno a los sistemas procesales. Nos referimos al error común y frecuente de valorar un sistema procesal de determinadas instituciones de un sistema procesal desde concepciones epistemológicas e ideológicas diferentes.

Dicho en otras palabras y respecto al veredicto del jurado: es un error plantearle al jurado clásico ciertas exigencias, como la motivación, que son propias del entorno cultural diferente en el que uno vive, piensa, razona y actúa, **pero que nada tienen que ver con su estructura, su funcionamiento ni su origen histórico.**

Así como para el sistema procesal anglosajón es incomprensible que las decisiones se tomen por escrito y en un expediente, es lógico que el sistema europeo continental -que no es acusatorio ni adversarial, sino mixto- se incomode ante la idea de una sentencia sin el desarrollo escrito de las razones en que se funda.

Son sólo dos ejemplos acerca de la brecha cultural que separa a ambos sistemas.

Ha sido la obra de Mirjan Damaška quien más ha echado luz sobre la comparación, los puntos de encuentro y las incomprensiones entre los sistemas procesales del *civil law* y los del *common law*. Que, en realidad, son dos formas absolutamente distintas de organizar el Estado. Vistas así las cosas, el juicio por jurados,

implantado en un sistema del *civil law*, genera tensiones de gran magnitud, que sólo una contribución como la de Damaška nos puede ayudar a dimensionar en su exacto punto.

El *civil law* de Europa continental alumbró el *Ideal Jerárquico*, profesionalizó a los funcionarios judiciales, los organizó jerárquicamente de manera estricta e impuso normas técnicas para tomar decisiones. La maquinaria de justicia centralizada y verticalista de Europa continental y de América Latina busca la verdad bajo estas condiciones. Damaška se pregunta: “*En primer lugar, ¿cuáles son las implicaciones principales de la profesionalización, la ordenación vertical de funcionarios y el apego a la forma de toma de decisiones técnica que caracteriza a la visión jerárquica del poder?*”<sup>922</sup>

El *common law* anglosajón, en cambio, dio luz al *Ideal Paritario*. Un sistema judicial que se estructura en base a funcionarios legos (jurados, jueces de paz, *magistrates* ciudadanos y, relativamente, muy pocos jueces profesionales, muchos menos que los del continente). Signados por la distribución horizontal del poder entre ellos y con un método de toma de decisión bajo criterios de justicia substantiva (no técnico-legalista). Esta maquinaria de justicia angloamericana (*amorfa*, según Damaška, por comparación con la enorme burocracia del *civil law*) también busca la verdad, pero bajo premisas muy diferentes. Otra observación del profesor croata-estadounidense: “*como anticipación quisiera sugerir que el carácter de poder que invoca este ideal contiene pocas cosas que impresionarían o sorprenderían a los ciudadanos de Ática o a los romanos del período clásico o -si el lector refrena su incredulidad- a los que estén acostumbrados al funcionamiento de la maquinaria legal angloamericana tradicional*”.<sup>923</sup>

---

<sup>922</sup>DAMAŠKA, Mirjan: “*Las Caras...*”, op. cit., p. 37 y ss: “*al analizar esto surgen perfiles de un ambiente institucional que el órgano tradicional angloamericano que toma decisiones rechazará profundamente...*”. Más adelante, el autor entrega certeras descripciones del Ideal Jerárquico del *civil law*: “*hace rígida la demarcación entre los de adentro los de afuera...*”; “*sus trabajos dan lugar a la rutina y la especialización de tareas...*”; “*los juicios se transforman en pronunciamientos de una entidad impersonal (una curia)*”, “*el poder viene de arriba y se derrama en los niveles inferiores...*”; “*cuando los profesionales están estratificados en una cadena de subordinación (el segundo parámetro del ideal), son presionados por lo tanto hacia la unidad y la obediencia...*”, “*el ideal vertical del proceso legal es el legalismo lógico...*”; “*la propiedad de la decisión queda evaluada en términos de fidelidad a la norma aplicable*”.

<sup>923</sup> DAMAŠKA, Mirjan: “*Las Caras...*”, op. cit., p. 45 y ss. Más descripciones del Ideal Paritario: “*existen pocas líneas precisas y evidentes que separen a sus funcionarios y sus actitudes hacia la toma de decisiones del resto de la sociedad...*”; “*idealmente se da el poder a legos...en el aparato judicial los de adentro y los de afuera no se distinguen con precisión...*”; “*los veredictos, sentencias o cualquier determinación de poder no son concebidos como pronunciamientos de un órgano independiente de los individuos que lo conforman...*”; “*se desarrolla una relación simbiótica entre la casta de los*

La mencionada revolución informática ha puesto a disposición de la humanidad una inimitable cantidad de información escrita y audiovisual que está operando muy fuertemente sobre este fenómeno en las dos direcciones: tanto ayudando a comprender y poner en contexto las distintas culturas, como también profundizando los errores de juicio.

No puede dejarse de enfatizar que los sistemas procesales son todos diferentes, **que man tienen con la búsqueda de la verdad aproximaciones epistémicas muy distintas** y, fundamentalmente, están sustentados en ideologías de la justicia que difieren por completo.

El vínculo entre epistemología y proceso ha tenido un desarrollo extraordinario en los últimos tiempos y ha ayudado a clarificar muchas cosas pero, a la vez, ha abierto nuevos frentes de intenso debate, sobre los cuales no parece haber ningún tipo de consenso.

Las herramientas teóricas que brinda la epistemología sirven para determinar si el proceso (civil o penal) es o no un instrumento epistemológico válido y racional para descubrir y establecer la verdad de los hechos discutidos. O si sólo lo es en forma parcial, o aproximativa. O, contrariamente a lo que piensan varios de los autores que citaremos en este capítulo, si el proceso puede ser útil para la solución pacífica de los conflictos u otros fines adicionales, de tanto o mayor valor que el del establecimiento de la verdad.

*“Parece sensato discutir acerca de una función epistémica del proceso, considerándolo como un conjunto estructurado de actividades encaminadas a obtener conocimientos verdaderos sobre los hechos relevantes para la solución de la controversia.”<sup>924</sup>*

El desafío siempre se planteó en estos términos: ¿Cuál de los dos grandes sistemas procesales de Occidente es el más apto epistémicamente para averiguar y determinar la verdad de los hechos del caso? ¿El sistema adversarial anglosajón o el jurado clásico del *Ideal*

---

*profesionales no autoritarios y los no profesionales en posición de poder”; “amplia distribución de poder entre funcionarios legos que, en líneas generales, son iguales: sin que uno sea claramente superior al otro, en esencia sólo existe un estrato de poder”; “en contraste con el aparato jerárquico, todos los decisores de una configuración horizontal del poder permanecen cerca de las situaciones concretas de la vida”, “los órganos decisorios originales son como dioses del Olimpo -libres y poderosos pero, de algún modo, subordinados a Zeus”; “ el ideal paritario rechaza cualquier enfoque de la toma de decisiones que requiera la aplicación de normas divergentes de las normas éticas, políticas o religiosas imperantes...o que los impulsen a alcanzar resultados que no se apoyen en el sentido común”; “a los legos no les gusta verse limitados por criterios técnicos, no sólo porque no siempre los comprenden, sino porque pueden dictar resultados que no se ajusten bien a sus ideas acerca de la solución apropiada de un caso”.*

<sup>924</sup>

TARUFFO, Michele:

*“Simplement la vérité. Le juge y la reconstruction des faits”*, Ed. Marcial Pons, 2010, p. 155.

*Paritario o el sistema mixto europeo continental con jueces profesionales o con escabinos del Ideal Jerárquico?*

La respuesta a este interrogante fundamental, si es que la hay, depende de algunos factores. Al lector quizá puede parecerle ingenuo plantear la antinomia en estos términos.<sup>925</sup> Sin embargo, se la han planteado y la han intentado responder juristas muy importantes.<sup>926</sup> Ese es el caso de John Langbein, investigador norteamericano que, sin embargo, siempre consintió al modelo continental europeo de Alemania y ha criticado al sistema adversarial con jurados de su país. Langbein calificó de “hazaña” la estatalización del proceso penal llevada a cabo en el *civil law* a partir del Medioevo. Según su peculiar visión, los funcionarios públicos encargados de investigar un crimen quedaron así obligados de manera indefectible a buscar la verdad, a diferencia del *common law* inglés en donde, siempre según Langbein, nadie estaba interesado en la verdad ni nadie era responsable por ella.<sup>927</sup>

Lo que para Langbein era una hazaña y un gran logro del proceso europeo continental que los jueces están obligados a buscar la verdad es algo sumamente discutible, diríamos trágico, para el pasado, presente y futuro de los sistemas de justicia latinoamericanos heredados de esa tradición. De ello damos cuenta ampliamente en este libro. Como también es una provocación afirmar, con tanta liviandad, que en el modelo adversarial con jurados a nadie le interesa la verdad.

*“El sistema adversarial presupone que el medio más efectivo de determinar*

---

<sup>925</sup> LANGER, Máximo: “La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo”, *The Long Shadow of the Adversarial and Inquisitorial Categories*, in *Handbook on Criminal Law*, edited by Markus D. Dubber and Tatjana Höernle, Oxford University Press, 2014, p. 35: “En vez de comenzar por preguntarnos cuál de los sistemas es normativamente superior al otro, deberíamos plantearnos cuáles deberían ser los principios y fines del proceso penal, y luego discutir cuál sería la mejor forma de implementarlos en jurisdicciones específicas”.

<sup>926</sup> MITTERMAIER, Carl: “Tratado de la prueba...”, op. cit., 1877, p. 87. “Aunque, siguiendo el plan de este libro, notengamos sin una pregunta que hacernos con respecto al **Jurado**, a saber, si no estando circunscrito a la prueba legal, merecía las preferencias sobre la institución de los Jueces regulares, y si es mejor y más seguramente apto para el descubrimiento de la verdad.”

<sup>927</sup> LANGBEIN, John: “The origins...”, op. cit., p. 341 y ss: “La “hazaña” del proceso criminal continental fue la de convertir a la investigación criminal en una función pública, lo que permitió que quienes adjudicaban la responsabilidad criminal en los sistemas legales europeos de justicia tuvieran el deber de buscar la verdad. Pero este programa desbarrancó estrepitosamente al quedar sujeto a un estándar imposible de prueba -los dos testigos presenciales- y “**al cruel y estúpido subterfugio de la tortura judicial**. La gran lección que dejó la amplísima sujeción por siglos de Europa con la tortura judicial fue que la búsqueda de la verdad también podía ser hecha de muy mala manera. Buscar la verdad no garantizaba encontrarla. Lejos de ver en el procedimiento europeo un modelo a emular, los **ingleses vieron en la experiencia europea una justificación adicional al camino en que ya se hallaban, al integrar un procedimiento criminal en el que nadie era responsable por buscar la verdad**”.

*la verdad es poner en manos de un experimentado abogado por cada parte la responsabilidad de investigar y de presentar los hechos desde una perspectiva parcial. Así se maximiza la posibilidad de que todos los hechos relevantes salgan a la luz y sean puestos ante el definitivo juzgador de los hechos de la manera más persuasiva posible”.*<sup>928</sup>

En primer lugar, es parte de la literatura jurídica de todos los tiempos el hecho de que el propio concepto de verdad es inasequible y que sólo podremos contentarnos con obtener un concepto de verdad recortado o parcial, lo cual ya de por sí es un advisory de aguas definitoria entre estos dos sistemas.

*“La imposibilidad de formular un criterio seguro de verdad de las tesis judiciales desde que el hecho de que la verdad “cierta”, “objetiva” o “absoluta” represente siempre la expresión de un ideal inalcanzable. La idea contraria de que se puede conseguir y aseverar una verdad objetiva o absolutamente cierta es en realidad una ingenuidad epistemológica”.*<sup>929</sup>

Por ende, los libros de filosofía del derecho y del proceso penal o civil abundan en referencias a conceptos parciales de verdad de los que parten para edificar sus teorías: la verdad formal, la verdad procesal, la verdad consensual, la absoluta, la relativa, la real, sin que parezca haber acuerdo alguno ni que alguna vez lo vaya a haber.

Más adelante, haremos referencia a cuál es el concepto de verdad que sustentando los principios de la motivación judicial, cuyas irreductibles posturas los llevan, con total lógica, a concluir en la abolición del jurado.

En segundo lugar, es necesario verificar cuál y qué tan intensa es la relación con esa verdad relativa que tienen ambos procedimientos y, fundamentalmente, **en qué ideología de la justicia se sustentan.**

### **A. Diferencias evidentes entre los dos sistemas**

Clásicamente, es sabido que el sistema continental europeo o romanocanónico-inquisitivo o actualmente mixto-híbrido de la averiguación de la verdad **la meta absoluta e histórica** del procedimiento penal durante cinco siglos cinco siglos que duró la Inquisición.<sup>930</sup> La búsqueda de esa verdadera e íntegramente llevada a cabo de of

<sup>928</sup> FREEDMAN: “Professional Responsibilities of the Civil Practitioner”, en *Education in the professional responsibilities of the lawyer* 151, 152 (D. Weckstein ed. 1970).

<sup>929</sup> FERRAJOLI, Luigi: “Derecho y...”, op. cit. p.50

<sup>930</sup> MAIER, Julio B.J.: “Fundamentos, Tomo I”, op. cit., p.663.

icioporunjuezprofesionalqueconcentratodoelpoder.Elprocesociviltambiénfueseriamen  
taefectadoporestanuevamodalidadcultural. Nunca volvió a recuperarse.<sup>931</sup>

Lossistemasacusatoriosdel*commonlaw*tambiénpartieronhistóricamentedeideologí  
asenlasqueladeterminacióndelaverdaderaigualmenteunodelosfinesdelprocedimiento.**Per  
olasdiferenciaseranfundamentales:**laverdadnoeraperseguidaporunjuezinquisidor,sinoq  
ueteniaqueserestablecidapor el acusador ante  
unjuradoimparcialdedocevecinos,trasunjuiciooralypúblicoenelquelaprueba de la  
acusación era sometida a un litigio de  
partesanteunjueztéciconneutral.Regularondesdesiempresistemaelprincipiodispositivoy  
eldeoportunidad. La verdad siempre estuvo asociada a la prueba de la acusación; y ni la  
producción de la prueba ni la acusación provinieron nunca del juez o del jurado.<sup>932</sup>

### **B.FuncionesadicionalesdelProceso**

JulioMaierestablececlaramente lasfuncionesmateriales-nosólolaverdad-  
quepersigueunproceso**adversarialyconjurados**comoelqueestablecenlaConstituciónArge  
ntinaymuchasotrasdelcontinente:**a)**larealizacióndelderechomaterial(penalocivil);  
**b)**laprotecciónpersonalcontralavenganzadesangredelofendidoycontraelabusolimitadodel  
poderdelEstado;y,también,**c)**larecomposicióndelapazjurídicaatravésdeunasentenciaquep  
onefinyculminaelflucto.<sup>933</sup>

Laverdadprocesalnoeselcentro**exclusivo**delprocedimientoyesto, de por sí, es  
unacompleciónepistemológicamuyimportante. Nos dice  
elprocesalistacivilitaliano,MicheleTaruffo,

*“esnecesariotenerpresentequel descubrimientodelaverdadesunfinesencialde  
lprocesoyunacondiciónnecesariadelajusticiadeladecisión,**peronoeselúnico**  
**nqueelprocesopersigue.**Enconsecuencia,**lafunciónepistémicaqueelprocesop  
uedecumpliesmuyimportante,peronoeslaúnica.**Elprocesoes, enrealidad, tam*

<sup>931</sup> En materia civil, el procedimiento era un poco diferente, con mayor preeminencia de las partes pero con un juez profesional con poderes probatorios de oficio. A diferencia del sistema del *common law*, el proceso civil era escrito, lo cual desmiente la tajante aseveración de Taruffo de que el procedimiento civil medieval jamás fue afectado por la Inquisición (cfr TARUFFO, Michele: “*Simplemente...*”, op.cit., p. 44). Lo fue y ampliamente, ya que el proceso civil se volvió discontinuo, escrito y por expediente, sin jueces populares y con pruebas legales, todas características propias del sistema inquisitorial, muchas de las cuales aún perduran al día de hoy.

<sup>932</sup> LIND, Allan, THIBAUT, John & WALKER, Laurens: “*Discovery and presentation of evidence in Adversary and Nonadversary Proceedings*”, 71 Michigan Law Review 1129-1143, 1973: “*Los experimentos conducidos para evaluar la capacidad de los sistemas adversariales angloamericanos de producir decisiones objetivas y racionales revelaron que la estructura del rol del adversary aparece como más congruente con la decisión política de exigir una prueba apabullante antes de que un veredicto pueda ser rendido*”

<sup>933</sup> MAIER, Julio: “*Fundamentos...*”, op.cit., p.84yss.

*biénun* *”lugar”*  
*enelqueseaplicannormas,serealizanvalores,seasegurangarantías,sereconoce  
nderechos,setutelanintereses,seefectúaneleccioneseconómicas,seenfrentanpr  
oblemassociales,seasignanrecursos,sedeterminaeldestinodelaspersonas,setu  
telalalibertaddelosindividuos,semanifiestalaautoridaddelEstado.....yeresuel  
vencontroversias.**Segúnseadoptenperspectivasqueprivilegianunauotradeest  
asfunciones,seasumendiferentesideologíasdelproceso.**<sup>934</sup>*

Latensiónestáinevitablementeinstalada:segúnsealaideologíaqueprevalezca,elsiste  
maprocesalestará más cerca o más lejos de la verdad. En un sistema que priorice la búsqueda de la  
verdad en detrimento de cualquier otro fin del proceso, la aproximación epistemológica  
del mismo será alta. Si, por el contrario, se prefiere ver al proceso como un escenario para resolver  
en controversias entre las partes, pues el contenido de verdad del mismo será más bajo.

En otras palabras: la solución pacífica del conflicto, la protección de la persona contra los  
abusos del poder privado o estatal o cualquier otro de los fines enunciados del proceso **quenoseal  
averdad** son, para estos autores, **razones contraepistémicas**. Pero como se trató de fines claves  
que el Estado ha tenido en cuenta al diseñar el procedimiento, la tensión, el conflicto y la disputa en  
tre la ideología y la verdad son muy fuertes.

Un ejemplo de lo irreductible de esta posición lo da el pensamiento de Mirjan Damaška, que  
uiensostiene que es imposible que un sistema de justicia pueda satisfacer simultáneamente fines  
de verdad y fines de solución de disputas. O lo uno, o lo otro. De hecho, afirma que un procedimiento  
o adversarial, en donde el monopolio de las pruebas lo tienen las partes, no puede estar nunca orien  
tado hacia la búsqueda de la verdad. Sencillamente porque a las partes no necesariamente les inte  
resa la verdad, cuanto ganar el pleito.<sup>935</sup>

Contrariamente a tan fuerte dicotomía, muchos teóricos del sistema adversarial  
han puesto el eje que a la verdad se llega siempre con mejor información sobre los  
hechos. Y en este punto, no andan con vueltas acerca de la superioridad incuestionable  
del *adversary* para obtener la mejor información posible de los hechos del caso.  
Precisamente porque proviene de sujetos contraepistémicos enfrentados.

*“La mayor ventaja atribuida al sistema adversarial angloamericano es que  
los abogados del sistema adversary proveen mucho mejor descubrimiento  
de pruebas y transmisión de información a los que deben tomar la decisión  
legal, que lo que hacen los abogados en un sistema inquisitorial”.*<sup>936</sup>

<sup>934</sup>TARUFFO: “*Simplemente...*”, p.156

<sup>935</sup>DAMAŠKA, Mirjan: “*Evidence Law adrift*”, Yale University Press, USA, 1997, p.130 y ss.

<sup>936</sup>MORGAN, E: “*Some problems of proof under the Anglo-American system of litigation*”, 3, 1956.  
BARRET, Edward F.: “*The adversary system and the ethics of advocacy*”, 37, Notre Dame Law, 479,



### C.

**Respuesta provisional** al gran interrogante acerca de cuál de los dos sistemas resuelve mejor el problema de la verdad:

La tensión entre epistemología e ideología del proceso es de imposible resolución. El propio Taruffo admite que tanto el jurado como el juez profesional tienen serias fallas epistemológicas y que en los dos sistemas hay normas que evidencian que prevalece la ideología por sobre la epistemología.<sup>937</sup>

Para poner el conocido ejemplo relativo a las pruebas de los hechos. El sistema de libres convenciones no es absoluto. Un juez o un jurado no podrán valorar ciertos tipos de pruebas por decisión de la propia ley. En realidad, es un residuo del sistema de pruebas legales insertadas dentro de un proceso con libre intimación que prohíbe al jurado o al juez formarse convicción alguna. Por ejemplo, prohíbe que un contrato se pueda probar con testigos, permiten que un funcionario con inmunidades y privilegios no vaya a juicio y declare por escrito, permiten que un agente de inteligencia no declare para no revelar secretos de Estado, prohíbe el testimonio de niños de muy corta edad o de quienes en la relación de matrimonio o parentesco con alguna de las partes, etc.<sup>938</sup>

Quizás estas pruebas sean de absoluta relevancia para averiguar la verdad y esclarecer el caso. Quizás sea la única que vio al criminal. Quizás sea el contrato que se contrata o es falso. Sin embargo, esas pruebas no podrán ser rendidas y ni el jurado ni el juez togado las podrán considerar. Se trata de normas claramente contraepistémicas que hacen ceder la verdad real de la decisión en aras de consideraciones ideológicas de otro tipo, tan válidas como la propia averiguación de la verdad.

Pero lo que nos interesa aquí, por ahora, es reconocer que **ambos sistemas son, en su propia génesis, epistemológicamente imperfectos y que esos vacíos epistémicos son resueltos, invariablemente, con decisiones políticas del constituyente y del legislador.**

---

481, 1962.

<sup>937</sup> TARUFFO, Michelle: “*Simplemente*”, p.176.

<sup>938</sup>

TARUFFO, Michelle: “*La Prueba de los Hechos*”, Ed Marcial Pons, 2010, p.468 y FERRAJOLI, Luigi: “*Derecho y Razón*”, Editorial Trotta, España, 1989, p.59.

Conlocual no es fácil afirmar que sea “*mejor*” un proceso penal o civil ante un juez profesional que motive ante un jurado que motive. En todo caso, entrarán aquí a jugar las preferencias subjetivas, la idiosincrasia cultural y las legítimas opciones político-ideológicas que adopten los Estados para decidir cuál de los dos sistemas es el que adoptarán.

Nuestra Constitución Nacional y la de la mayoría de los países iberoamericanos hizo una opción expresa en favor de la instauración del juicio por jurados *entodosusramosdelegislación* (art 24 CN) y especialmente en materia penal (art 118 CN).<sup>939</sup>

### §3. Las ideologías de la justicia y los sistemas procesales

Nos sólo fue nuestra Constitución la que hizo esta opción por el jurado. Prácticamente todo el movimiento constitucional surgido tras la Revolución Francesa y las ideas de la Ilustración consideraron al **jurado inglés** el instrumento fundamental para el establecimiento de una justicia democrática y republicana.

La Recepción del jurado inglés en Europa fue hecha con la deliberada intención política de los revolucionarios de romper definitivamente con el odioso y cruel sistema de justicia imperante. Por primera vez tanto los siglos resonaban en el continente términos perdidos y olvidados en el fondo de los tiempos que llegaron con el jurado de Gran Bretaña: principio acusatorio, principio dispositivo, sistema adversarial, defensa en juicio, juicio público, participación popular.

Fue un viaje de ida. El *Ideal Jerárquico*, que con tanta precisión describiera Damaška, se caía a pedazos en la Europa autoritaria y pedía a los gritos el auxilio del *Ideal Paritario* inglés democrático. No hubo, por el contrario, viaje de vuelta alguno. El *common law* jamás tuvo necesidad -en toda su historia- de adoptar el modelo jerárquico del *civil law*. Si bien alguna influencia del *civil law* existe en algunas regiones de los países anglosajones, no alcanza ni siquiera para considerarlas con entidad.<sup>940</sup>

---

<sup>939</sup> Casi todas las Constituciones de los países iberoamericanos tras el proceso emancipador del s. XIX contemplan el juicio por jurados.

<sup>940</sup> Claro que en el *common law* existen leyes codificadas y estatutos que, en cierto punto, han cristalizado a las inmemoriales normas consuetudinarias de carácter comunitario. Pero, como afirma bien Damaška, al hablar de la existencia de leyes y reglamentos en el Ideal Paritario anglosajón, “...es cierto que los reglamentos impuestos desde fuera del aparato oficial (por ejemplo, la legislación) pueden contribuir a la uniformidad de la toma de decisiones, **aunque el impacto de ese reglamento no se debe exagerar. Los decisores libres de un control superior conservan “la posibilidad de desobedecer” o anular el mandato del reglamento**”. DAMAŠKA, Mirjan: “Las Caras...”, op. cit., p. 49.

También es cierto que hay rasgos del *civil law* en las regiones francófonas de Canadá (Québec, Montreal), en las hispano-francesas de Estados Unidos (Oregón, Louisiana, California) y algunas innovaciones en

El cambio fue dramático; similar a un verdadero choque entre transatlánticos. “*Importado por medio de las bayonetas francesas*”, como solía expresar Carmignani<sup>941</sup> su temor, perplejidad, desorientación y rechazo ante este nuevo y desconocido paradigma de justicia que llegaba con el jurado y la expansión de la Revolución Francesa en el continente.

### A. La ideología del *adversary* inglés. Tesis radicales

Semejantes reacciones de algunas de las mentes más brillantes del derecho europeo de esos tiempos eran comprensibles. La colisión de culturas fue formidable, al punto tal que ni los europeos ni los iberoamericanos han terminado de reponerse, ni han logrado asimilarla. Es entendible: han pasado apenas 237 años desde el 14 de julio de 1789. Visto en perspectiva histórica, es muy poco tiempo.<sup>942</sup>

La larguísima gimnasia de exclusión de las partes en el sistema inquisitorial de jón estado es por—cuanto no de terror a los pueblos de Europa continental y a sus colonias. Fueron casi cinco siglos en que la justicia estuvo a merced de un juez todopoderoso, orientado exclusivamente y **ensecreto** hacia la averiguación de la verdad del caso. El juicio público desapareció durante cinco siglos.

*El proceso inquisitivo asumió muy pronto, de hecho, carácter ordinario, difundiéndose después del siglo XVI en todo el continente europeo; generalizándose para todo tipo de delitos... organizándose según un complejo código de pruebas legales, técnicas inquisitivas, prácticas de tortura y cánones de enjuiciamiento; generando, y a su vez alimentándose, de aquella multitud de formalidades, de intrigas y laberintos inventados por las milicias togadas y las doctorales legiones que durante cinco siglos infectaron Europa, haciendo de la doctrina del proceso penal una especie de ciencia de los horrores.*<sup>943</sup>

Ernst Beling, uno de los grandes procesalistas penales de todos los tiempos, advirtió en 1928 exactamente lo mismo que Ferrajoli, aunque con terminología más ascéptica:

*“El sistema inquisitorio de la época pandectista se convirtió, en gran parte,*

---

Inglaterra (el tímido CPS o *Crown Prosecution Service*, lo más parecido a un Ministerio Público Fiscal centralizado). Pero ninguna de ellas ha alcanzado la magnitud del trasplante masivo desde el sistema del *common law* hacia Europa Continental.

<sup>941</sup> CARRARA, Francisco: “Programa”, op. cit., p.234.

<sup>942</sup>

DAMAŠKA, Mirjan: “Las Caras de la Justicia...”, op. cit. p.72. “Sir Thomas Smith, al intentar explicar en el siglo XVI el sistema procesal inglés a los franceses, era muy consciente de esta persistente divergencia de perspectivas en los responsables judiciales.

“*Judexes* lo que nosotros llamamos al juez”, recordaba, “pero nuestro sistema está distinto que aquellos que condenan o absuelven a un hombre culpable o inocente son llamados jueces, **sinodo** ce hombres”.

<sup>943</sup> FERRAJOLI, Luigi: “Derecho y Razón”, op. cit., p.566.

*en un instrumento del Poder, desconocedor de los intereses individuales. Así dijo Voltaire: <Les formes, en France, ont été inventées pour perdre les innocents>. Por el contrario, en Inglaterra se pone de relieve el hecho de que el proceso penal es un fair trial y que debe tratarse al acusado como a un gentleman. En este clásico país del liberalismo el proceso penal se aproxima al proceso civil, lo que significa un robustecimiento de la posición del acusado”.*<sup>944</sup>

Cuando irrumpen los principios del sistema acusatorio con jurados, el juez escorrido de escena y convertido en un servidor verdaderamente neutral, se decreta el monopolio de las partes en el juicio, se le imponen límites a la búsqueda de la verdad, el acusador cobra su antigua condición de ser un sujeto de derecho, se restablecen, tras siglos, el juicio oral y público, el principio de inocencia y se le confiere la decisión de los hechos a un grupo de doce personas del pueblo.

Es de imaginar el impacto, imposible de describir con palabras.

La reacción no se hizo esperar ya un sematiene.<sup>945</sup> Los críticos más feroces del sistema adversarial anglosajón y del jurado rechazaron al sistema que les había dado Inglaterra porque argumentaban que la **verdad allí no valía nada**. Que para la administración de justicia de los países anglosajones la determinación de la verdad no tenía ningún valor. Que el proceso era concebido como un escenario teatral con fines rituales de fuerte connotación simbólica en donde el valor central no era la verdad, sino la resolución del conflicto entre las partes ante un *umpire* neutral e imparcial, pero decidido por el “Pueblo” en la forma de un jurado de doce personas. Es síntesis, era el triunfo de la ideología por sobre la verdad, de la tesis del conflicto por sobre la tesis de la verdad.<sup>946</sup>

Son muchos los críticos del sistema adversarial. La mayoría son europeos, pero también hay norteamericanos, entre ellos John Langbein. De las diatribas más célebres y fundamentadas contra la *adversary* y su ideología está el delya mencionado Michele Taruffo, opositor aultranz del jurado y crítico

<sup>944</sup> BELING, Ernst: “*Derecho Procesal Penal*”, DINE Editora, Buenos Aires, 2000, p.21.

<sup>945</sup> DAMAŠKA, Mirjan: “*Las Caras de la Justicia...*” opcit, p.67. “*Más notable fue la inyección de un componente lego en la adjudicación: entanto que la justicia civil permanecía como antes-*

*provincia exclusiva de los jueces profesionales, sumo monopolio serompió cuando se juzgaron delitos más serios. Un jurado lego, tras plantado desde Inglaterra, compartiría la decisión con tres jueces profesionales.*

*Las fuerzas burocráticas nativas no tardaron en reaccionar contra el órgano trasplantado, proponiéndose expulsar o por lo menos neutralizar el cuerpo extraño. Semantuvo la creencia de que la administración de justicia es un área de prácticas especializadas en las cuales las afirmaciones vigorosas de divisiones no supervisadas equivalen a arrogancia”.*

<sup>946</sup> TARUFFO, Michele: “*Simplemente...*”, op. cit., p.126

del sistema adversarial. Discutiremos fuertemente sus ideas en esta tesis. Estos breves extractos de su obra ponen en foco la discusión:

*“La contienda individual entre quienes sostienen diversas versiones de un hecho no parece un buen método para determinar la verdad....”*

*En muchos contextos, una investigación neutral e imparcial podría parecer un método claramente preferible: como justamente ha puesto de relieve Mirjan Damaska, cualquier actividad racional de determinación de los hechos aspira a la neutralidad: es esperable que sus protagonistas sean actores desinteresados, más que celosos defensores del interés de una parte.*

*De estos sigue la absoluta irrelevancia de la veracidad o falta de veracidad de los hechos en que se funda la decisión. Si hay algo que no le interesa en modo alguno al proceso adversario, esto es, precisamente, la verdad. Es más, los intérpretes más rigurosos de la concepción adversarial del proceso recalcan que la verdad de los hechos no es un objetivo del proceso y no debe ser buscada....”*

*En el fondo, no se trata sólo de que la verdad no sea un valor: es evidentemente un **isvalor**.*

*Además, se ha demostrado históricamente que el proceso adversario nunca ha estado en condiciones de funcionar como método para la búsqueda de la verdad. Siempre ha ofrecido a las partes numerosas ocasiones para ocultar, distorsionar y manipular la verdad acerca de los hechos y no tiene ningún interés en una búsqueda neutral de la información útil para su determinación.*

*De estas consideraciones se sigue una conclusión unívoca. El proceso adversario es estructuralmente inadecuado, y resulta incluso fuertemente contraindicado, para la búsqueda de la verdad.<sup>947</sup>*

Es difícil imaginarse a todos los pueblos del Commonwealth sumidos en la mentira, la manipulación y en la injusticia, según los sugierentes istan radicales como esta. O, al revés, que la verdad y la justicia aniden exclusivamente en los sistemas mixtos-inquisitivos de Europa o América del Sur, gracias a los jueces “neutrales” que buscan la verdad. Es evidente que se trata de una noción exagerada y provocadora, pero que tiene el valor de ilustrar a la perfección la carga ideológica con que se juzga erradamente y en forma parcial al sistema adversarial y al jurado.

## **B. La ideología del sistema adversarial y la verdad. Tesis dominantes.**

---

<sup>947</sup> TARUFFO, M.: “Simplemente...” p.128 y 129.

Basta con sólo analizar las leyes inglesas y norteamericanas y la profusa bibliografía doctrinaria del mundo anglosajón para darse cuenta que la búsqueda de la verdad ha sido siempre uno de los objetivos primordiales del procedimiento, aunque obviamente no el único.

De hecho, el jurado inglés, en su lenta pero persistente evolución de siglos, fue el que reemplazó al sistema procesal de las ordalías por un sistema de pruebas *como mediocración racional del hecho discutido*. El misticismo de las ordalías dio paso a un jurado que debía determinar la verdad histórica de los hechos cuestionados. En vez del juicio de Dios, muchas veces crue e injusto, surgió el juicio de doce vecinos del lugar que, inicialmente, daban testimonio sobre la **laverdad** del hecho que habían conocido.<sup>948</sup> Con el tiempo, dejaron de ser testigos y pasaron a ser los jueces que establecían **laverdad** sobre esos hechos. Es innegable la orientación del sistema inglés de jurado hacia la verdad, pero en un marco adversarial que había sido borrado de la faz del continente en el siglo XII y que provocó el rechazo intuitivo, epitelial de las ansiosas corporaciones inquisitoriales y juristas del *Ancien Régime*<sup>949</sup> y que, hasta el día de hoy, aún se halla presente con fuerza en las críticas al veredicto del jurado y al jurado mismo.

La regla 102 de las Reglas Federales de Evidencia de Estados Unidos, el verdadero código de procedimientos y regulatorio de la prueba, dice textualmente: “*Estas reglas deben ser interpretadas para asegurar la imparcialidad en la administración, la eliminación de injustificables costos y de moras y la promoción del crecimiento y desarrollo de las reglas de evidencia con el fin de que la verdad pueda ser establecida y los procedimientos justamente determinados*”.

El profesor norteamericano John Henry Wigmore, al referirse al contraexamen *cross examination* característica del sistema adversarial, escribió: “*es el gran jefe legal más grande jamás inventado para buscar la verdad*”.<sup>950</sup> La proposita

<sup>948</sup> Sobre este tránsito del jurado como testigos del hecho a luego ser los jueces del caso cfr. HANBURY, H. G. “*English Courts of Law*”, Oxford University Press, 1967, pp. 119 y ss y PLUCKNETT, Theodore: “*A Concise History of the Common Law*”, 5a. ed., 2010 pp. 106 y ss.

<sup>949</sup> THAMAN, S.: “*Questions of facts and law...*”, op cit, p. 416: “*Y con la intervención del juez, llegó la politización del derecho penal, su centralización y su sometimiento al poder de la Metrópoli; en efecto, a su cientificismo. Los jueces, representantes del Rey, se convirtieron en los custodios de la ley, en esencia, autorizándolos a controlar y a dirigir a los juzgadores de los hechos, el jurado. En Europa continental los cuerpos consuetudinarios para la toma de decisión fueron despalzados por los jueces, representando los poderes duales de la Monarquía y la Iglesia. Al contrario de los jueces ingleses del common law, cuyos precedentes legales incorporaban masivamente la ley consuetudinaria, los jueces continentales actuaban más como sacerdotes, cuyo deber de averiguar la verdad tenía un trasfondo religioso, aún cuando fueran jueces del Rey más que eclesiásticos. La ley se tornó una ciencia de la verificación de la verdad, algo que sólo los especialistas podían hacer; vgr, los jueces, no las personas legas*”.

<sup>950</sup> WIGMORE, John Henry: “*A treatise on the Anglo-American System of Evidence in trials at common law*”, Vol 1, 3ª ed revisada, Boston-Toronto, Little Brown and Company, 1983.

definición de  
veredicto, con la cual un jurado concluye su deliberación, es, precisamente, “decir la verdad”.

Lo característico del sistema adversarial es, sin ser epistemológicamente perfecto (como tampoco lo es el sistema continental de juez profesional), está diseñado sobre la base de la confianza en que la competencia adversarial entre partes ante un juez neutral producirá una información de altísima calidad que redundará en mayores aproximaciones a la verdad procesal como forma de resolver con justicia el conflicto.<sup>951</sup>

Es posible que en ninguna de las dos partes se estructure un relato que refleje la “verdad” de los hechos. Sin embargo, la propia lógica del enfrentamiento es proclive a que se descubran las mentiras, lo que se oculta, lo que se ha omitido, los defectos de la teoría del caso de la contraparte, etc. Es por demás interesante detenernos en la mirada con que ven nuestro sistema de justicia la mayoría de los teóricos del *common law*, a pesar de que algunos pocos de ellos, quizás desencantados con el sistema de su país, insistan en encontrarle virtudes. Es el choque entre el Ideal Jerárquico y el Ideal Paritario de Mirjan Damaška.

*“En un sistema adversarial, tanto el juez como el jurado determinan los hechos en forma neutral y pasiva. Examinando apasionadamente la evidencia presentada por las partes con el objetivo de resolver la disputa entre ellas. Quien determina los hechos no debe involucrarse en la presentación de los argumentos, de manera de evitar una decisión anticipada. La exigencia anglo-americana de que quien establece los hechos sea pasivo e imparcial contrasta con las exigencias de otros sistemas legales. Por ejemplo, la mayor parte de los países europeos emplean el método inquisitorial, en el cual el juez investiga los hechos, examina a los testigos y toma la decisión. Los jurados no son favorecidos en un tribunal inquisitorial y las partes están mínimamente involucradas en el proceso de determinación de los hechos. El principal énfasis en un corte europeo es la búsqueda de la verdad, mientras que en un corte anglo-americano, la verdad es auxiliar al objetivo de la más justa resolución de la disputa. Se ha sugerido que el sistema inquisitorial, consumetado en encontrar la verdad, es un sistema legal más justo y equitativo.*

*No obstante, los partidarios del sistema adversarial sostienen que la verdad es más proclive a emerger sólo cuando todas las facetas de una controversia han sido vigorosamente presentadas. También señalan que el sistema inquisitorial tiene sus propias deficiencias, que incluyen el abuso y la corrupción. Los jueces europeos deben asumir todos los roles en un juicio: determinar los hechos, recolectar la evidencia, interrogar y decidir. Debido a estos roles en conflicto, los jueces europeos pueden tener que juzgar un caso en su fuerza para organizarlo y disponer de él. Las cortes inquisitoriales son, por lo tanto, más insensibles a los derechos individuales que las cortes adversariales. Y los jueces inquisitoriales, que son burócratas gubernamentales (más que parte de una judicatura independiente), pueden identificarse más*

<sup>951</sup>DUCE, Mauricio & BAYTELMANN, Andrés: “Litigación penal...”, op. cit, 2005, p. 43.

*sconel gobierno que con las partes. Los críticos del sistema inquisitorial dicen que e provee muy poco control, sin ninguno, a un exceso del Gobierno e invita a la corrupción, al soborno y al abuso de poder.*<sup>952</sup>

#### §4. El jurado ante la cerril mirada mixto-inquisitiva.

Pero es imprescindible que, cuando se analiza el fenómeno del juicio por jurados, se tenga siempre presente la ideología en la cual nació y se desarrolló. No hay discusión alguna que el jurado clásico, tal como lo conocemos, es un producto genuino del derecho común inglés, que conservó intactas las bases del enjuiciamiento acusatorio puro de la Antigüedad. Se desarrolló allí, en aislamiento insular que evitó todo contacto con el Imperio de Carlomagno en la Baja Edad Media y, luego, con la Inquisición.<sup>953</sup> Desde que entró a la isla con los normandos del Rey Guillermo El Conquistador en 1066, pasaron cerca de ocho siglos hasta que alcanzó su formato actual. Luego, la historia conocida: pasó a las colonias inglesas y se afirmó definitivamente en los Estados Unidos y en gran parte de Europa.

Desde este ángulo, es interesante observar cómo las críticas al carácter inmotivado del veredicto del jurado que se efectúan desde nuestro margen llevan el signo típico de la natural incomodidad que cualquier ser humano experimenta cuando se resiste a aceptar los postulados de otra realidad cultural e ideológica.<sup>954</sup>

---

<sup>952</sup> *West's Encyclopedia of American Law* en [www.answers.com/topic/adversarial-system](http://www.answers.com/topic/adversarial-system).

<sup>953</sup> PIRENNE, Henri: “*Mahoma y Carlomagno*”, Alianza Editorial, Madrid, 1970, p. 115. Pirenne describe con precisión un dato fundamental: tras la caída del Imperio Romano de Occidente, la vida no cambió tanto en los siglos posteriores. El Imperio de Carlomagno lo sustituyó, aunque de manera diferente y peculiar. Carlomagno consolidó su Imperio en prácticamente toda Europa, salvo España (en mano de los Moros), parte de la Germania hasta el Río Oder (que eran sólo tributarios) e Inglaterra. “*Mírese por donde se mire, el período establecido por los bárbaros en el Imperio no ha introducido en la historia nada absolutamente nuevo... En resumen, el carácter esencial de la Romanía sigue siendo mediterráneo. Los países fronterizos que han permanecido germánicos e Inglaterra no desempeñan aún el menor papel... Considerando las cosas como son, la gran novedad de la época es un hecho político: una pluralidad de estados sustituye en Occidente a la unidad del Imperio Romano. Y eso es sin duda considerable. El aspecto de Europa cambia, pero su vida en el fondo permanece inmutable. Esos Estados, a los que se llama nacionales, no lo son en absoluto, sino simples fragmentos del gran conjunto al que han sustituido. Sólo hay una transformación profunda en Britania.*”

*En Britania no queda nada del Estado Romano con su ideal legislativo, su población civil, su religión cristiana, sino una sociedad que conserva entre sus miembros el lazo de sangre, la comunidad familiar con todas las consecuencias que esta entraña en el Derecho, la moral, la economía, un paganismo aliado con cantos heroicos; eso es lo que constituye la originalidad de esos bárbaros que han hecho retroceder al viejo mundo para tomar su lugar. Los invasores anglosajones han pasado directamente del ambiente germánico al Imperio, sin haber sufrido la influencia romana... Han seguido siendo por tanto ellos mismos; el alma germánica, el alma nórdica, el alma bárbara...”*

<sup>954</sup> THAMAN, S.: “*Questions of facts and law...*”, op. cit., p. 417: “*Mientras la ley continuaba con sus pretensiones de volverse científica, chocó con la arcaica presencia del jurado, especialmente en la Europa continental, en donde esta antigua institución consuetudinaria fue percibida como un baluarte de la democracia y un instrumento revolucionario contra la monarquía absoluta. Una vez introducidos en*



Más allá de la fugaz experiencia del jurado clásico galés en Chubut en el siglo XIX<sup>955</sup>, del jurado escabinado cordobés que rigió desde 2005 y de la sostenida práctica en Neuquén y la provincia de Buenos Aires (que ya lleva más de cien juicios a la fecha), la Argentina desconoce la institución. Desde nuestro punto de vista, el inevitable hecho de estar inmersos en otra realidad cultural, completamente diferente a la que dio origen al jurado clásico, está presente en forma decisiva y errada en el reclamo de motivación del veredicto, reeditando un debate que ya se dio hace dos siglos en la Europa post-revolucionaria y que es retomado por la CEDH en *Taxquet y Judge*.

Quienes exigen lo contrario al razón de ser mismo del jurado, como es el de que éste **exprese por escrito** sus fundamentos, lo hacen desde un entorno cultural muy fuerte y del que es, sino imposible, por lo menos muy difícil desentrañarse. Dicho entorno fue el de un sistema judicial tan obsesionado por alcanzar la verdad a cualquier precio que durante siglos **abolió el juicio público o la oralidad**, expulsó a los jurados del proceso, suprimió el interés de la víctima, la noción del acusado como un sujeto de derechos, la presunción de inocencia, concentró todo el poder en un juez inquisidor nombrado por el monarca, **proscribió la libertad de valoración de la prueba**, optó por un sistema de prueba legal cuya prueba madre era la confesión por tortura, **impuso un modelo de sentencia escrita** que debía tener el desarrollo de las razones de hecho y de derecho que expresaran haber alcanzado la verdad sobre el hecho investigado e inventó el recurso de apelación con “*efecto devolutivo*” para controlar posteriormente de una enorme burocracia de “jueces superiores”, organizados de manera autoritaria, piramidal y jerárquica y que aún insiste en desaparecer.<sup>956</sup>

---

*Francia y, luego, gradualmente en la mayoría de los países del continente europeo, la división de tareas entre los nuevos jurados y el entrenado juez (Real) profesional tenía que ser articulada. Muchos prefirieron el modelo puro inglés, en el que el jurado decidía la culpabilidad y el juez imponía la sentencia. Pero otros no quisieron abandonar su novel Rechtswissenschaft (ciencia jurídica) y dejarle la imputación de culpabilidad a personas legas sin preparación. **Esta disputa doctrinaria fue una máscara para una verdadera disputa política.** ¿Lograrían las centralizadas instituciones judiciales (e, indirectamente, la Monarquía) mantener su control sobre la administración de justicia? ¿o sería la incipiente burguesía (desde que casi todos los jurados tenían que ser propietarios, educados, etc. con derecho a voto) quien lograría afirmar su poder como jurados?*

<sup>955</sup>ZAMPINI, Virgilio: “**Chubut Siglo XIX. Una década del juicio por jurados**”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Editorial AD-HOC, Buenos Aires, 2002, Vol. 8 n° 14, p. 343.

<sup>956</sup>DWYER, W: “*In the hands of...*”, op. cit, p 156: “*Un sistema continental reposa en la codificación y en un abrumador poder centralizado, implementado a través de jueces que no ejercieron como abogados, sino que se moldearon como servidores estatales entrenados para ser jueces de por vida. Carece del enfrentamiento entre partes que nos distingue, no tienen jurados ni tampoco abogados poderosos. El proceso no es visto como un conflicto de partes, sino como una encuesta oficial hacia la averiguación de la verdad; por tal razón es llamado inquisitorial...*”

No hay otra manera de graficar este sistema, al que Langbein considera insólitamente una *hazaña*. Provenimos de él y en él nos hemos formado y desarrollado. Hasta quienes luchamos desde hace décadas por reemplazar el proceso inquisitivo mixto por el que prevé la Constitución Nacional (art 24, 75 inc 12, 118 y 126), no podemos, a veces, no ser asaltados por dudas y confusiones que tienen su origen, exclusivamente, en nuestra pertenencia a este otro entorno cultural.

Obvio que los rasgos más feroces del sistema inquisitivo ya no están. Nos referimos al torturador como medio lícito de averiguar la verdad, a la confesión como prueba central del proceso, al apurador legal, a la reaparición con fuerza de la víctima, a considerar (recién ahora) al recurso como una garantía exclusiva del acusado y a la consideración del imputado como una persona con derechos.

Pero el resto de las características prácticamente no ha variado, aún en pleno siglo XXI: la oralidad y la publicidad, salvo excepciones, tienen un lugar completamente marginal. *Media oralidad o media publicidad*, según la pluma de Ferrajoli.<sup>957</sup> Hay países enteros, europeos y latinoamericanos, que todavía insisten con el juez instructor y con el juez de juicio con amplios poderes probatorios de oficio.<sup>958</sup> La prisión preventiva es la regla, la libertad la excepción. El lenguaje jurisdiccional es incomprensible para el acusado y para el pueblo que brilla en los escritos y en las sentencias. Es imposible abolir el expediente de la instrucción y la organización judicial autoritaria porgeñada por el Rey Sol que continúa en cólume. Pero, además, hay otro tipo de diferencias, más ocultas y escondidas, pero no menos importantes.

### §5. Diferencias evidentes entre ambos sistemas

Una diferencia también advertida, pero insuficientemente valorada en todas sus dimensiones entre los sistemas del *common law* y del *civil law* radica en que, con el argumento de perseguir “más eficientemente la verdad”, el aparato de justicia europeo continental decretó la supresión total de la oralidad y la publicidad en materia civil y penal. El caso se dirimía por escrito, en secreto y en un expediente. Mirjan Damaška lo dice con toda claridad:

*“El primer obstáculo para una regla de la prueba por referencia escrita fue la importancia elevada que el derecho romano-canonico le asignó al expediente oficial del caso. El aparato judicial jerárquico, iniciado por la Iglesia de Roma, reposaba en este vínculo de información para conectar a los funcionarios participantes del proceso en sus varios niveles. Incluso en un*

<sup>957</sup> FERRAJOLI, Luigi: “Derecho y razón”, opcit., p. 616.

<sup>958</sup> Retienen todavía la figura medieval del juez de instrucción Estados modernos tales como España, Francia, Portugal, Holanda, Grecia y Argentina a nivel federal y varias de sus provincias.

*solonivel, el procedimiento episódico requería documentación escrita para permitir al juez refrescar sumemorias sobre lo que había acontecido con anterioridad. Los tribunales incluían en ese expediente actas de la declaración del testigo, y los jueces usaban con regularidad esas actas como prueba....*

*Varios rasgos de la justicia italiana del Renacimiento mitigaron los peligros e pisté micos de usar el expediente con propósitos probatorios.*

*En los procedimientos importantes, se obligaba también al escribiente a registrar la expresión facial y todo el lenguaje corporal del testigo para proporcionar al tribunal un cargo de decidir un sustituto a la prueba de conducta.<sup>959</sup>*

El universo del *common law*, entre otras cosas gracias a la presencia del jurado, nunca fue afectado por este flagelo, esta forma ridícula y antinatural de hacer un juicio. Era imposible sentar a un jurado de vecinos a leer las actas de un expediente u observar los dibujos de los rasgos faciales de un testigo que no había declarado ante ellos, sino quiénsabecúantos años antes ante un escribiente.

La decisión política de determinar con la oralidad y la publicidad tomada en el más alto nivel del Poder Eclesial y Real de la Edad Media tuvo efectos profundos y perdurables hasta hoy en la organización judicial, en el modo en que se estructura el juicio y en la enseñanza del Derecho en las facultades.<sup>960</sup> En suma, modeló una cultura completamente diferente de concebir un proceso judicial. Es la tesis de este libro mostrar los condicionamientos que esta cultura tiene no sólo para aceptar al jurado y a su veredicto, sino al sistema adversarial mismo y al juicio oral y público.

No debes sorprender a nadie que los sistemas de justicia más desarrollados, con mayor vocación por las continuas reformas prácticas, ágiles y de gestión sean los del mundo anglosajón.<sup>961</sup> Allí existe desde hace siglos una cultura de litigación y de enseñanza del derecho concentrada en el

---

<sup>959</sup> DAMAŠKA, Mirjan: “De la prueba por referencia y sus análogos”, Revista Nueva Doctrina Penal, 2004/B, p. 445, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p.445y446.

<sup>960</sup> QUINTERO, Jesús R.: “*El Jury y el Schöffengericht en el Código Orgánico Procesal Penal. Una aproximación histórica y política*”, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, julio 2000, p. 468: “*El sistema procesal histórico europeo al cual se hace referencia se origina en el proceso extra ordinem del Bajo Imperio, originalmente reservado al enjuiciamiento de los esclavos o malhechores de baja ralea, que se apartaba excepcionalmente del proceso acusatorio común. En el siglo XIII, el Papa Inocencio III adoptó este procedimiento inquisitivo, extra ordinem, como procedimiento ordinario, práctica que fue confirmada por el Concilio de Letrán y determina el desarrollo histórico que culmina en Francia con la Ordenanza de 1670*”.

<sup>961</sup> HALL, Daniel Hall; STROMSEN, Jan & HOFFMAN, Richard: “*Professional Court Administration: the Key to Judicial Independence*”, en Revista “*Sistemas Judiciales*” n° 5: “*Gestión judicial y administración de tribunales*”, CEJA, 2005.

juicio por jurados, en la audiencia oral y pública, todos ellos muy presentes en la vida comunitaria.

Por el contrario, los sistemas de justicia iberoamericanos y gran parte de los europeos continúan girando en torno del expediente escrito y de la organización judicial jerárquica, piramidal y autoritaria que gestó la opción política por el proceso por actas. Nisi quierapuede hablarse aquí verdaderamente de una “*cultura del litigación*”, ya que el incentivo mayor para que un abogado anuncie o no su habilidad profesional en una audiencia pública a la vista de todos, sin sus “contactos” y “redes” en secreto con las oficinas de jueces y sus delegados, alejados de la vista y el control popular.<sup>962</sup> Sus Universidades fueron el reservorio por antonomasia de la vigencia del sistema inquisitivo y sus estructuras judiciales han sido calificadas por Maier como “*feudales*”.<sup>963</sup>

#### **A. Expediente vs Audiencia. Proceso episódico vs. continuo**

Mirjan Damaškatrazó además otra diferencia muy importante entre los sistemas, íntimamente ligadas a la supresión de la oralidad. Se trata de aquella que distingue a los procedimientos episódicos o secuenciales (el sistema inquisitivo), de los continuos (el juicio del *common law*). La acepción usada en inglés por el autor es más ilustrativa: *episodic vs. one-shot proceedings*.

Es decir, en el sistema del *common law* con jurado civil y penal, el juicio era *one-shot*: toda la prueba debía producirse el día del juicio oral (*day-in-court*), lo cual era lógico para aprovechar la asistencia de los vecinos que componían el jurado. El juicio inglés de la Baja Edad Media era todavía bastante rudimentario, pero la tradición del *day-in-court* sigue teniendo una fuerza enorme en el mundo anglosajón. Por cierto que hoy está más atemperada con la regulación actual del principio de continuidad procesal, mediante el cual el juicio puede realizarse en fases durante algunos jornadas, pero no puede discontinuarse más de diez días.

#### **B. La destrucción de la garantía de la publicidad en el continente europeo.**

Por el contrario, el proceso romano canónico, al suprimir la oralidad, también eliminó al juicio, por lo que mal puede hablarse de procedimiento continuo. Todo el procedimiento se volvió episódico y mucho más prolongado. Este es otro de los eufemismos que normalmente incomod

<sup>962</sup> DUCE, Mauricio & BAYTELMANN, Andrés: “*Litigación penal: juicio oral y prueba*”, Fondo de Cultura Económica. México, 2005, ps. 10 y ss.

<sup>963</sup> MAIER, Julio B. J.: “*La reforma procesal penal...*”, op.cit., 2000, p. 11.

analosteóricosdelsistemamixtoeuropeo:elqueselesseñalequenopuedehablarseconpropiedaddeunjuicio “escrito”.**Eljuicio,oesoral, público y continuo,onoes juicio.**Sinembargo,durantesigloslosjuristasyprofesoresdederechoeuropeossereferíanalprocesoescrito, o a un puñado de audiencias mal hechas y discontinuadas, comoun “juicio” yseenseñabanenlasfacultadesdeleyeslasdiferenciasentreeljuiciooralyel “juicioescrito”.<sup>964</sup>

Elprocesocivilypenalescritodelcontinenteera (y es)unprocesoepisódico,en “cuotas”.

*“En el continente, por otro lado, “la audiencia decisiva” (juicio) era, meramente, una etapa de una secuencia en curso. Inclusive el “juicio” en sí mismo no era una cuestión continua: se desarrollaba en fases durante las cuales la evidencia era gradualmente reunida y examinada. El juicio continental aún se caracteriza por ese estilo “poco a poco”, especialmente en los casos civiles”.*<sup>965</sup>

Enestacostumbredesiglosdehacerlosprocesos “deapoco”,discontinuados,episódicosyporescritopuede encontrarselaraízdelademora,delcarácterlaberínticoeindescifrabledelproceso y delusodeltiempocomoverdaderaprivacióndelajusticiaparalaspertes.Damaška relató en qué se había convertido el proceso penal y civil europeo de la Edad Media. Dwyer nos da cuenta cómo está ahora, 800 años después, y los que todavía le encuentran virtudes a semejante proceder:

*“En el proceso civil, también, la práctica europea está centrada en el juez. En Alemania, por poner un ejemplo, la prueba de un caso civil es recolectada por el juez, no por los abogados. Los abogados pueden sugerir los nombres de los testigos a interrogar, pero no los pueden ni entrevistar ni instruir. El juicio no es un evento único, sino una serie de audiencias; cada paso que da el juez lo aduna al expediente del caso. El juez toma el testimonio; los abogados pueden hacer preguntas al final, pero no son los interrogadores principales. Cada testigo declara una sola vez, en vez de quedar sujeto primero a entrevistas volcadas en una deposición que luego son seguidas del testimonio en juicio público. Un acuerdo se discute mientras el caso prosigue; el juez puede ayudar al ir anticipando el probable resultado final. Cuando la prueba está terminada, los abogados argumentan oralmente o por escrito. Al argumentar, y distinguiéndose de quienes recolectan los hechos, los letrados funcionan como abogados. Los jueces luego rinden una sentencia escrita con la determinación de los hechos y su razonamiento. El profesor Langbein, admirador de la litigación civil alemana, sostiene que “sólo la inercia y los intereses establecidos*

<sup>964</sup> ODERIGO, Mario: “El lenguaje del proceso: tinta versus saliva”, Jurisprudencia Argentina 1961, n° 2, p. 40.

<sup>965</sup> DAMAŠKA, Mirjan: “Delapruébaporreferencia...”, op.cit., p.436y437.

*justifican la distorsión de cómo el adversary recolecta los hechos. El éxito del procedimiento civil alemán se alza como un reproche duradero contra los que sostienen que debemos seguir sufriendo a los embusteros adversariales para probar los hechos”.*<sup>966</sup>

Muy importante para esta parte de la tesis: la ideología fundante de un sistema como este nunca dejó de ser la subordinación de todo lo que se actúa en el proceso al fin último de la búsqueda de la verdad, aunque ya no como una meta absoluta del procedimiento tras el advenimiento del constitucionalismo moderno y de los límites que éste le impuso en respeto a la dignidad humana.

### C. Un agravo sospecha

La pregunta deviene inmediata: ¿hasta qué punto es posible sustraerse de este entorno cultural inquisitorio al valorar instituciones, como el jurado clásico, que provienen de sistemas judiciales que son la negación de todo lo antedicho?

O, dicho de otra manera, cuando se afirma -contando la ligereza que el veredicto general del jurado clásico de jure in defenso al imputado frente a una condena, por que desconoce la razón de hecho por la cual lo declararon culpable, ¿no es lícito preguntarse antes de afirmarse semejante cosa si los países anglosajones están entonces fuera de la legalidad internacional? ¿Es que acaso no advirtieron la cuestión? ¿Estuvieron todo este tiempo en estado de indefensión los habitantes de Inglaterra, Irlanda, Canadá, Estados Unidos, Australia, Francia, etc?

Las preguntas parecen ridículas, pero a ellas nos llevan las tesis de los partidarios que exigen que el jurado abdique su funcionamiento normal y motive sus decisiones. Si no está ni fuera de la ley ni sus habitantes indefensos, como efectivamente sucede<sup>967</sup>, ¿cómo es que han hecho?

¿No es acaso motivo de sospecha que precisamente esos países se han dado una tradición republicana y democrática muy superior en su devenir a la atribulada historia reciente de los países de Europa Continental, azotados por dictaduras y totalitarismos sólo superados tras la Segunda

<sup>966</sup>DWYER, W: “*In the hands...*”, op. cit., p. 156-157.

<sup>967</sup> Véase al respecto la reiterada doctrina legal de la Corte Europea de Derechos Humanos en defensa del sistema de jurado clásico; vgr “**Gregory v The United Kingdom**” (CEDH), (111/1995/617/707), **25 de febrero de 1997 ap 44**: “*La Corte reconoce que la norma que regula el secreto de las deliberaciones del jurado es un aspecto crucial y legítimo de la ley de enjuiciamiento inglesa, que sirve para reforzar el papel del jurado como el último árbitro de los hechos y para garantizar las deliberaciones francas y abiertas entre los jurados sobre la evidencia que han escuchado*”.

También, el ya citado caso “**Taxquet v Bélgica**” (CEDH) del 6 de octubre de 2010, ap 84: “*De acuerdo a ello, la institución del jurado popular no puede ser puesta en discusión en este contexto*”.

Guerra Mundial?

¿No sería correcto interrogarse primero cómo es que han hecho esos países, padres del constitucionalismo moderno y de la defensa en juicio, para superar tales obstáculos?

¿O no habría sido mejor investigar en profundidad el funcionamiento preciso de sus sistemas judiciales -mucho más sofisticados y con participación popular que los nuestros- y de la ideología que los sustentan?<sup>968</sup>

Pero antes volvamos un poco al problema de la verdad y de la motivación del veredicto en las tesis de Luigi Ferrajoli y Michele Taruffo y, fundamentalmente, al de la gran confusión que se generó con la *íntima convicción*. No tanto por el método en sí, que es inseparable del jurado, sino porque él fue empleado -increíblemente- por los jueces profesionales de Europa continental del siglo XIX. Fueron dos de los más grandes penalistas -y juradistas- europeos del continente del siglo XIX, Francesco Carrara y Carl Mittermaier, los encargados de develarlo.

## Capítulo 16°

### El pasaje del *jury inglés* a Europa y a nuestra Constitución.

#### Nace la *íntima convicción*.

En este capítulo veremos cómo el desordenado pasaje del jury a Francia -y al resto del continente europeo- provocó una hecatombe cultural, una gran confusión y un sinnúmero de equívocos, hoy presentes -en mucha menor medida- en el reclamo de motivación al jurado. Lo veremos en las posturas de dos contemporáneos, como Carrara y Mittermaier. Ambos fueron destacados juristas, irrestrictos defensores del jurado y de la *íntima convicción*. Los dos dejaron bien en claro que la motivación es incompatible con el jurado y que tal exigencia es, en cambio, imperativa para los jueces letrados. Más el ambiente en que desarrollaron sus ideas estaba muy enrarecido. El cataclismo de la *íntima convicción*, malentendida por todo el mundo, y hasta usada fugazmente por los

---

<sup>968</sup> DWYER, W.: “*In the hands of...*”, op. cit., p 157: “*La persecución penal europea, por más eficiente que sea en algunos países (no en todos), están basadas en una mirada mucho más tenue que la nuestra sobre las garantías constitucionales. Carecen de la protección que tenemos contra el hearsay (dichos de dichos) y contra inferencias de culpabilidad extraídas de los antecedentes del acusado. El juez puede recibir y valorar el hearsay, si cree que debe hacerlo. Los testigos son alentados a hablar por sí solos, en vez de ser interrogados. Pueden llegar a hablar media hora o más sin que nadie los interrumpa. Los abogados juegan un rol secundario. Una absolución no hace cosa juzgada en una corte europea, como sí lo hace en Estados Unidos.; el Gobierno puede recurrir y continuar la persecución contra el acusado. La separación entre el Gobierno y el acusado -la dignidad individual y autonomía frente al estado- no está preservada como en las cortes americanas. Nuestra acérrima defensa de los derechos individuales está reforzada por el sistema adversarial*”

jueces profesionales europeos del siglo XVIII y principios del siglo XIX, generó pujas intelectuales y políticas de primer orden. Parte de esa discusión, ya vieja, es pretendidamente enarbolada todavía para oponerse al jurado en América Latina.

### §1. La gran lucidez de Carrara frente al jurado y la íntima convicción.

Carrara es el jurista europeo continental liberal que mejor expresó las contradicciones que llevaban al signo de esta limitación cultural con respecto al jurado clásico y su veredicto general. Fue un defensor a ultranza de los jurados, al punto de tildar de “*repugnante y odioso*” un sistema de juicio penal administrado sólo por jueces profesionales.<sup>969</sup> Nunca antes nadie había sido tan lapidario con los jueces togados, con la sola excepción quizás de Beccaria y Voltaire. Y muy pocos de su talla, hasta ese momento, se habían animado a afirmar con tanto énfasis que el jurado constituía la quintaesencia de la libertad.<sup>970</sup> Mucho menos aún, a poner en práctica las consecuencias de dicha afirmación, que significaba quebrar el monopolio de cinco siglos de la justicia profesional sobre el veredicto y la sentencia penal.<sup>971</sup>

Sin embargo, Carrara tuvo que sobreponerse a los dichos de su propio maestro, Carmignani, y a un entorno judicial italiano mortificado con el sistema acusatorio con jurados que venía de Francia. Carrara jamás propició un jurado escabinado, ni propuso que el jurado abandonara la íntima convicción, como algunos autores parecen sugerir. Cuando él vivió y escribió su obra inmortal, el jurado clásico con veredicto general estaba plenamente vigente en Italia. Las citas a favor del jurado salidas de su pluma genial tenían como fin contrarrestar las implacables críticas vertidas por los nostálgicos de la Inquisición contra el jurado clásico de su Patria. No hay pasaje alguno de su *Programma* en que pueda encontrarse alguna indicación suya de que el jurado italiano debiera tomar el rumbo de un sistema con escabinos. Pero en Italia estaba vigente, al mismo tiempo que el jurado clásico, el fenómeno de los jueces letrados que juzgaban sin motivar, con íntima convicción. Carrara fue, en ese sentido, absolutamente

---

<sup>969</sup>CARRARA, Francesco: “*Programma*”, Vol. II, op cit., p. “*Lo cierto es que precisamente a este sistema de cosas pretenden llevar la justicia penal los que hoy proclaman entre nosotros que se elimine el jurado, para mantener la actual organización judicial y los actuales sistemas probatorios. Pero ese conjunto es tan, pero tan sumamente repugnante, que nunca, bajo ningún régimen civilizado y tolerable, ha tenido vida práctica completa en todas sus partes.*”

<sup>970</sup> CARRARA, Francesco: “*Programma*”, Vol. II, op cit., p.... “*Así lo creo, y juzgo además que los argumentos con que hoy se ataca a los jurados, llevan, cuando se aceptan, a la destrucción de toda libertad.*”

<sup>971</sup> CARRARA, Francesco: “*Programma*”, Vol. II, op. cit., p..... “*Los liberales conducirán al pueblo italiano por otros caminos, pero siempre bajo esta bandera, hasta llevarlo a quitarle la administración de la justicia penal a la autocracia gubernativa.*”



consecuente con los hallazgos de Mittermaier: motivación para las sentencias de los jueces profesionales e íntima convicción para los veredictos generales del jurado.

### A. La cérrima de la defensa del jurado de Carrara

Carrara quedaría para siempre en la posteridad por ser uno de los más grandes juradistas europeos de su tiempo. Defendió al jurado en una época y en un contexto muy difícil. Lo hizo con bravío y marea, poniendo al servicio de la causa juradistas y prosa inolvidable, sin medias tintas. Calificó de “odioso”, “repugnante”, “despótico” y “oligárquico” un sistema de justicia penal en manos exclusivamente de jueces profesionales, ciegos por la costumbre de juzgar a los demás por así ser su oficio y a quienes no vaciló en tildar de “mercenarios”, “agentes del gobierno”, “jueces a sueldo”, “autócratas”, “empleados del ejecutivo”, etc.<sup>972</sup> Así, enfrentó a las fuerzas políticas y judiciales de la restauración monárquica y conservadora, que rechazaban visceralmente al jurado y al sistema adversarial como un producto de importación anglosajona ajeno a su tradición, una ideología foránea. Tuvo que hacer, además, un gran esfuerzo académico para demostrar que su maestro Carmignani, quien lanzó terribles invectivas contra el jurado, el juicio oral y la íntima convicción, no era un recalcitrante conservador partidario de la Inquisición y las pruebas legales. Sin embargo, nada de eso le impidió escribir las páginas más memorables que alguna vez se recuerden a favor del jurado y en contra del juez profesional, símbolo perenne de la Inquisición. Veamos sólo algunos de los pasajes más recordados.<sup>973</sup>

*“Los sustancial de la diferencia entre los dos sistemas está en un solo concepto: o los juicios criminales deben ser ejercidos exclusivamente por individuos privilegiados, elegidos y subvencionados por el Gobierno (como empleados suyos), o deben ejercerse por ciudadanos libres. Llámense éstos jurados, o jueces populares y notables, o pases, o de cualquier otro modo, siempre serán jueces ciudadanos; y aunque a los otros se los llame consejeros o auditores, o lugartenientes, o de cualquier otro nombre, siempre serán jueces dependientes del gobierno”.*

*“Pero antes de esas averiguaciones prácticas, resuélvase este problema capital: ¿*

<sup>972</sup> CARRARA, Francesco: “Programma”, Vol. II, op cit, p. 396 y 397: “Por el aspecto de la justicia, los jurados dan ocasión a censura por su falta de conocimientos legales: **pero los jueces permanentes dan también motivo a la censura por la costumbre que contraen de ir buscando delincuentes y delitos. Que el reproche a los jurados puede eliminarse mediante buenas leyes orgánicas que restrinjan en verdad al mero hecho las cuestiones que se les propongan, mientras que el segundo reproche no tiene remedio, porque la naturaleza humana no cambia. Además, esa objeción va hasta las raíces mismas de los sistemas constitucionales y republicanos, pues, si se admite como cierta, que en el parlamento y en los comicios únicamente deberían tener asiento los legistas. ¡Dios nos libre de ellos!**”.

<sup>973</sup> Véanse todas las citas que siguen en CARRARA, Francisco: “Programma”, Vol. II, op cit, ps, 231, 232, 238, 240, 242, 249, 250 y 252.

¿quié tiene el derecho a juzgarse si uno merece o no merecer cárcel o trabajos forzados?  
**Los pueblos que sienten amor ardiente por la libertad, sintetizado en el célebre lema en inglés:**

**“a crust of bread and liberty” (dame un trozo de pan y la libertad), han luchado siempre por tener jueces ciudadanos. Los pueblos inertes, negligentes y enamorados de las servidumbres somnolientas, se han unido siempre a los déspotas, sean monarcas u oligarcas, para proscribir a los tribunales populares. Este hecho es elocuente y ome impugnationes”.**

*“¿Acaso no se sabía de hacer mucho que el cuadrilátero de las libertades constitucionales se levanta sobre la guardianía nacional, los jurados, la prensa libre y el parlamento?”*

*“Mas para que el poder judicial corresponda efectivamente a su sagrada misión, fin de la civilización verdadera, es preciso que esté, lo más que sea posible, emancipado del poder ejecutivo, y mantenido de una o de otra manera por las manos del pueblo”.*

***“Y ciertamente nunca he pertenecido a linajes de esos exaltados que ocultan los defectos jurídicos consiguientes al jurado ciudadano. Además, he consumido parte de mi vida en las palestras forenses, para olvidar los peligros de los jueces a sueldo, sin más freno que las órdenes del gobierno.”***

Carrara no fue el único. Antes que él, toda la Generación Ilustrada, con Voltaire a la cabeza (llamó a los jueces *los bueyes togados*), denunciaron el sistema oprobioso y odioso para cualquier Pueblo libre el dejar la suerte de las personas en manos exclusivas de jueces estatales **cuyo único oficio en su vida sea el de juzgar a los demás**. Casi cincuenta años antes que él, su coterráneo Cayetano Filangieri escribió otra de las más excepcionales defensas del jurado que se conocen en la Historia, permanentemente destacada por Alberto Binder en cuanta conferencia de jurado le toque:

*“Dar a un Senado permanente la facultad de juzgar; hacer más espantoso a los Pueblos el magistrado que la magistratura; confiar en pocas manos un ministerio, cuyas funciones exigen más integridad que luces, más confianza de parte del que ha de ser juzgado de conocimientos de parte de quien ha de juzgar; obligar al ciudadano a ser juzgado por ciudadanos que no tienen otro oficio, y a quienes la costumbre suele endurecer por efecto de sus errores, lejos de enseñarlos a preservarse de ellos; disminuir, o más bien anular casi enteramente el derecho precioso que debería tener todo hombre en las acusaciones graves de escluir (sic) no sólo a aquellos jueces que puedan ser manifestamente sospechados de parcialidad, sino también los que por causas levísimas no pudieran merecer su plena confianza; en una palabra, hacer de un arte que se resume todo al examen de los hechos, el patrimonio exclusivo (sic) de un cuerpo limitadísimo, es un método funesto y espantoso que han mirado con justo horror las naciones donde ha sido respetada la libertad civil del ciudadano. ¡Dichosa la nación en que las*

*leyes no fuesen ciencia! Utilísima es la ley según la cual todo hombre debe ser juzgado por sus pares”.*<sup>974</sup>

También Ferrajoli, Franco Corderoy, más ampliamente Michel Foucault, describieron con lujo de detalles hacia dónde llevó el sistema de la justicia profesional en Europa. Esto hay que recalcarlo cuantas veces sea necesario, ya que suele olvidárselo sugestivamente de los manuales de procedimiento penal de los juristas continentales. **No fue ni el jurado ni el sistema adversarial** quienes sumieron a Europa continental en la **ordalía** de sangrey fuego que desataron en el Tribunal del Santo Oficio, personajes nefastos como Torquemada- él sólo quemó a diez mil personas, la mayoría mujeres-, Bernardo Gui, Roberto Belarmino u ordenamientos espantosos como el *Malleus Maleficarum* o la Ordenanza Criminal de Francia de 1670.

Fue la justicia togada- usurpador del poder que desde siempre había detentado el Pueblo para juzgar a sus pares- la única responsable de tan terribles suplicios. Jamás un jurado popular hubiera coonestado semejantes inhumanidades contra sus pares, tal cual lo ha demostrado en todas sus historias sin importar el lugar del mundo en que haya existido. El Pacto entre el Monarca y la Iglesia que puso fin al sistema acusatorio en la Europa medieval inauguró el sistema inquisitorio tuvo al **ajusticiado profesional** como el brazo ejecutor de la persecución a los opositores políticos, disfrazándolos de herejes (tal el caso de Juan de Arco, Galileo Galilei, Giordano Bruno, Túpac Amaru en América del Sur, la Orden de los Templarios o el genocidio de los pueblos cataroy valdense en el Sur de Francia).<sup>975</sup> Quien mencionó explícitamente a esta alianza Iglesia-Monarquía sin ruborizarse fue Santo Tomás de Aquino.<sup>976</sup>

---

<sup>974</sup> FILANGIERI, Cayetano: “*Ciencia de la Legislación*”. Ilustrada con comentarios por Benjamín Constant. 3ra. edición, Madrid, 1836, p. 184.

<sup>975</sup> JONES, Robert: “*Abrief history of the Inquisition*”, Createspace, USA, 1998: “*Los caballeros templarios son, a la vez, las víctimas más famosas de la Inquisición papal, y un ejemplo excelente de cómo la Inquisición podía ser manipulada para beneficio personal y político.*”

<sup>976</sup> TOMÁS DE AQUINO: *Summa Theológica*, Volumen III, *La Segunda parte de la segunda parte*, edición digital <http://hjjg.com.ar/sumat/>, p.150 “*Así que, si los falsificadores de dinero y otros malhechores son inmediatamente condenados a muerte por la autoridad secular, mucha más razón hay para los herejes no sólo a ser excomulgados, sino a condenarlos a morir no bien sean declarados culpables de herejía. De parte de la Iglesia, hay misericordia que busca la conversión del descarriado. No condena de inmediato, sino sólo tras la primera y segunda amonestación, tal como lo manda el Apóstol. Pero si tras ello, aún*

Estos jueces seculares, perpetradores de estas atrocidades y del consecuente sistema de justicia que engendraron, fueron el blanco directo de la pluma carrariana.

### **B. Carrara y su defensa de la “*intima convicción*” del jurado.**

Carrara se enfrentó con un problema muy difícil de resolver. La ola revolucionaria venida de Francia no sólo trajo el juicio oral y público, el jurado y la supresión del sistema probatorio de las pruebas legales. También hizo llegar a las costas italianas una de las más grandes distorsiones que se dio al convulsionado y desordenado proceso político francés: el proceso mixto y el de los jueces profesionales que, liberada y a su función del corsé de las pruebas legales, confundieron (o se aprovecharon de) la naciente libertad de valoración de la prueba - el más antiguo método de valoración probatoria de la Humanidad, sepultada, proscripta y olvidada en el continente en el siglo XIII - con la reciente invención revolucionaria: la *intima convicción*. De este modo, los jueces profesionales comenzaron a valorar la prueba con el mismo sistema que empleaban los jurados franceses. Perfecto Andrés Ibáñez lo resume así: “*los jueces tomaron a la libre convicción por intima convicción*”, para ejercer así un poder perverso dado su condición de funcionarios del Estado y en tanto el proceso ante ellos carece por completo de los cuidadosos controles a los que está sometido el juicio por jurados.<sup>977</sup>

El establishment político y judicial italiano reaccionó con furia contra este descalabro, con Carmignani a la cabeza. Seopusieron cerrilmente al virus acusatorio, al proceso adversarial, al jurado y a la *intime conviction* que les llegó de Francia, estuviera en manos del jurado o del juez togado. Carrara sale a la defensa (difícil) de su maestro, pero sin caer en la trampa:

*“Es muy cierto que Carmignani fue enemigo del jurado, y yo mismo empecé por decirlo; más lo fue, no porque aborreciera la intervención de los ciudadanos en los asuntos públicos, sino porque (y conviene repetirlo y demostrarlo una vez más) era enemigo acérrimo de la forma con que por necesidad tienen los jurados que dar su voto condenatorio. Fue enemigo acérrimo del sistema de la convicción íntima, manifestada por una*

---

*insiste en su terquedad, la Iglesia, ya sin esperanza sobre su conversión, busca la salvación de los demás excomulgándolo y separándolo de la Iglesia y, además, lo envía por lo tanto al tribunal secular para ser exterminado de este mundo por la muerte”.*

<sup>977</sup> PERFECTO IBÁÑEZ, Andrés: “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal” en el libro “*En torno a la jurisdicción*”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007. “*Ocurre, sin embargo, que ese criterio de libertad... fue interpretado -por traslación mecánica de la experiencia del jurado inglés- como atribución al juez de la potestad omnimoda de valoración en un espacio vacío de reglas (no sólo legales) de estimación. En efecto, el juez profesional tomó la libre convicción por intima conviction, con el resultado de considerarse legitimado para actuar como lo haría un jurado popular”.*

*afirmación o una negación, sin ningún límite legal preventivo y sin ir acompañada de una motivación completa del hecho, forma de juzgar a la que solía dar el nombre de método de los cadíes, o jueces turcos. Siempre lógico y coherente, el gran maestro aborrecía lo mismo al cadí magistrado que al cadí ciudadano”.*<sup>978</sup>

Como era obvio, tras el apatín de la oposición racionalista, los reaccionarios del Continente sólo encubrían su verdadero fin, que no era otro que el de perpetuar el sistema inquisitorial vigente y resistirse como pudieran a los inevitables cambios. A esto se refería Carrara en su famoso pasaje en el que decía:

*“Bien comprendieron todo esto los que descubrieron que los combates contra la institución de los jurados eran los apuntes de la lucha preparada contra la libertad, y por este motivo dirigen ahora todos sus esfuerzos para eliminar del jurado la mayor parte de esa herencia francesa que desdichadamente aceptamos sin beneficio de inventario. Si uno quiere que una institución se consolide, es necesario que la despoje de los defectos que les dan pretexto a los enemigos para atacarla, y entonces la guerra política encontrará menos pretextos para disfrazarse bajo una bandera jurídica”.*<sup>979</sup>

Carmignani resumió esta gran contradicción. Él aborrecía a los jurados porque le parecía “salvaje” este nuevo invento francés llamado *intimaconvicción*. Pero la aborrecía porque la practicaban sólo los jurados (sistema que no aprobaba), **sinotambién los jueces profesionales**, que no daban razones de por qué habían absuelto o condenado a una persona. Llamó a este método “*la justicia del cadí*” o de “*los magistrados turcos*”. “*Porque quiere declarar culpable a muerte y de forma inapelable*”. El propio Carrara reconoce que su maestro, antes que esto, prefería el sistema de las pruebas legales y el juicio escrito.

*“Defiende el sistema de las pruebas legales, y mientras concede que, si se mantuviera el método (que llama salvaje) de la certeza moral del hombre, sería lógico que actuaran en él los jueces populares, afirma que sería monstruoso, contradictorio y llena de peligros concederle esa actuación a jueces togados, asalariados por el gobierno”.*<sup>980</sup>

En esta cita empieza a advertirse varios matices. Más allá de la adjetivación apocalíptica de Carmignani, y apartándose de la “etiqueta” de la *intimaconvicción*, ambos conceden **que la inmotivación consustancial al**

<sup>978</sup> CARRARA, Francisco: “*Programma*”, opcit., p.255.

<sup>979</sup> CARRARA, Francisco: “*Programma*”, Vol II, opcit., p.240.

<sup>980</sup> CARRARA, Francisco: “*Programma*”, Vol II, opcit., p.258.

**jurado popular**, pero que es inaceptable en un juez profesional por todas las razones expuestas en esta tesis.

Carrara lo manifiesta explícitamente y es aquí donde hay que empezar a rastrear los orígenes del posterior motivacionismo europeo del siglo XX, con Taruffo, Ferrajoli e Ibáñez a la cabeza:

*“el juez ciudadano lleva necesariamente a la convicción autocrática, mientras que el juez magistrado se presta indiferentemente a servirle a la convicción autocrática o a la razonada. Está claro que los enemigos de la primera tienen que hostilizar al **juez ciudadano que no admite otra forma**”.*<sup>981</sup>

*“Empero, todos los nobles esfuerzos de los autores no podrán unificar nunca la **verdad lógica con la certeza moral**, cuya única norma es, por naturaleza, la conciencia. Es muy fácil que el **sentimiento** tome las **apariencias de juicio** en el individuo que no está obligado a dar cuenta razonada de sus convicciones; por esto, el único medio para hacer verdadera la distinción entre la convicción del **legista** y la del **jurado**, es prescribirles a los jueces permanentes -a quienes el derecho positivo local les concede la facultad de juzgar por convicción íntima- el deber de dar cuenta sumaria de los elementos de prueba de donde han deducido sus convicciones.*

*Al jurado que se convence por **puro sentimiento** no puede exigírsele esa cuenta; pero aunque sea cierto que el juez permanente forma su convicción según las cánones de la hermenéutica legal, no tiene por qué repugnarle señalar las fuentes de aquélla, y nada se opone a que la ley así se lo imponga”.*<sup>982</sup>

Como vemos, Carrara advierte desde un principio que no puede exigírsele jamás motivación al jurado popular. **La motivación es siempre para el juez profesional, nunca para el jurado.** El veredicto del jurado no admite otra forma que la clásica forma de *culpable* o *noculpable*. Frente a este panorama, Carmignani optó por derogar el jurado en repugnancia con el método. Pero el maestro de Pisa nos cuenta en estos párrafos que la ley procesal italiana -al igual que la napoleónica- permitía a los jueces profesionales sentenciar sin decir por qué. No vaya a creer el lector que eso fue un fenómeno fugaz del siglo XIX. Hasta el año 1980, en los países centroamericanos como la República Dominicana, que adoptaron el muy influyente Código de Napoleón, los jueces técnicos simplemente decían “*culpable*” al

<sup>981</sup>CARRARA, Francisco: “*Programma...*”, Vol II, opcit, p.233.

<sup>982</sup>CARRARA, Francesco: “*Programma...*”, Vol II, opcit, p.404.

final de la parodia de juicio oral e imponían la pena. En resumen: un poder verdaderamente monstruoso e inhumano en manos de jueces gubernativos, con un juicio sin los controles que sí experimenta un jurado popular. Pero de allí a demonizar a la *intima convicción* como método para el jurado es un serio error. No podrá encontrarse en la obra carrariana una sola línea en contra de ella, sino al revés:

*“Pero cuando la civilización moderna no se pagó más de los progresos del siglo XIII ni de las tradiciones del proceso inquisitivo.....reconquistó su predominio el principio de la convicción íntima. **Este principio es completamente razonable si se une a la institución de los jurados.**”*<sup>983</sup>

Es cierto que Carrara advirtió -como lo vimos en la Parte II al tratar el veredicto unánime- que la deliberación de un jurado bajo la regla de unanimidad **es necesariamente racional** por la intensa discusión que en ella sucede.<sup>984</sup> Fue un contemporáneo suyo, tan europeo y tan decididamente juradista como él, como Carl Joseph Anton Mittermaier, el que terminó de definir las razones de la existencia de dos sistemas paralelos de juicio que deben coexistir con sus propias características: veredicto del jurado con íntima convicción (inmotivación) y sentencia del juez técnico con libres convicciones (motivación).

¿Cómo logró semejante proeza Mittermaier, en medio de tanta turbulencia política? Muy sencillo. Hizo lo que cualquier investigador de su talla hubiera hecho en nuestros días, pero que en aquellos tiempos era una quimera: estudió a fondo el sistema anglosajón en la propia Inglaterra y Escocia y se carteó con los mejores juristas norteamericanos, gracias a su total dominio del inglés. Tras varios viajes e intercambio epistolar, volcó luego sus conclusiones para la posteridad en tres libros memorables; uno traducido al castellano<sup>985</sup> y otros dos más específicos sobre el *jury trial* anglosajón, con edición francesa.<sup>986</sup> Estas obras son fundamentales para despejar este equívoco de exigirle motivación al jurado, que todavía algunos insisten en no ver.<sup>987</sup>

---

<sup>983</sup> CARRARA, Francesco: “*Programma...*”, Vol II, op.cit., p. 392 y 393.

<sup>984</sup> CARRARA, Francisco: “*Programma...*”, Vol II, op.cit., p. 483: “*La deliberación en cámara de consejo es lógica y necesaria cuando se adopta el sistema de la unanimidad, ya que ésta deben nacer del acuerdo de juicios, y este acuerdo no es posible si no se han discutido las opiniones divergentes....si se suprime el método de la unanimidad, la cámara de consejo ya no tiene sentido jurídico, antes bien se opone al sentido común, por la contradicción inevitable que hay entre manifestar las propias impresiones y modificarlas luego a causa de las impresiones ajenas*”.

<sup>985</sup> MITTERMAIER, Carl: “*Tratado de la prueba...*”, op. cit., 1877.

<sup>986</sup> MITTERMAIER, Carl: “*Das englische, schottische und nordamerikanische Strafverfahren*”, Erlangen, Alemania, 1851, que examina la administración de justicia penal en Inglaterra, Escocia y Estados Unidos.

MITTERMAIER, Carl: “*Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschworenengericht*”.

### C. Diálogo imaginario entre el joven Carrara y un juez inglés. La incompreensión inglesa del *juryfrançais* y su *intime conviction*.

Hagamos antes un ejercicio de asociación libre, de pura imaginación. Estamostratandodedesentrañarunodelosmásformidablesquívocosdetodalahistoriadelossistemas procesales. Un desencuentro lógico entre dos sistemas: el jurado inglés y sus *Rules of Evidence* y el jurado francés, su *Intime Conviction* y su aversión a las odiadas pruebas legales de la Inquisición. Imaginemos por un instante que Carrara efectivamente vivió algún tiempo en Inglaterra. Supongamos a un joven Carrara en sus primeros años de abogado, con unos 27 años aproximadamente, en los albores del convulsivo siglo XIX. Es enviado a Londres en intercambio académico por su maestro Carmignan para estudiar el sistema de justicia de los anglosajones. El siglo XIX representó en Inglaterra la consolidación del funcionamiento moderno de su sistema judicial. Tras observar muchísimos juicios por jurados, Carrara se acerca un día al juez de uno de esos juicios y le pregunta si el jurado inglés, al dar su veredicto sólo con las palabras “*culpable on culpable*”, está juzgando con íntima convicción.

Sin poder creer lo que escucha, queda perplejo cuando el juez le responde que no, que de ninguna manera. Quien el jurado inglés ni él mismo sabían hasta hoy de la existencia de esta “*íntima convicción*”, o en qué consistía ella, ni dónde algo así se aplicaba. Acto seguido, el juez inglés le pregunta con mucho interés al joven Carrara que lo ilustra al respecto.

Entonces, el viajero cuenta que, tras la Revolución Francesa, se implantó en Europa continental el jurado venido de Inglaterra. Como antes no había en Europa juicio oral alguno y se valoraban las pruebas con un sistema aritmético y obligatorio llamado pruebas legales que había dado lugar a muchas injusticias, la Revolución impuso el jurado inglés, el juicio oral y público y el reemplazo de las pruebas legales por el método propio del jurado que valora con total libertad las pruebas y emite un veredicto sin dar razones externas desus dichos. A eso se lo llamó *íntima convicción*. También le contó que este nuevo sistema de ausencia de motivación

---

t” (La oralidad, el principio acusatorio, la publicidad y el juicio por jurados”), Stuttgart, 1845

<sup>987</sup>Mittermaier no fue el único jurista alemán de aquella época en investigar el *jury trial* inglés. Véase, BIENER, Friedrich August: “*Das englische Geschwornengericht*” (El juicio por jurados inglés), Leipzig, Alemania, 1852.



n externa y de valoración de la prueba sin reglas preestablecidas -también llamado *impresiones* o *pruebas morales*- habiéndose generado airadas e intensas críticas en su país y en el resto de Europa. En gran parte porque los jueces profesionales también las empleaban discrecionalmente.

Por caso, quien lo enviara a Inglaterra en viaje de estudios, su propio maestro Carmignani, ilustre profesor y penalista de la ciudad italiana de Pisa,

*“ve en la sentencia por íntima convicción (que denomina la más caprichosa de todas las cualidades morales) la manifestación de una fuerza bruta, es decir, de la voluntad que sentencia lo que siente, y repite el dicho de Rousseau: cuando se razona se deja de sentir. Ve, en cambio, la manifestación de la razón, nada más, en las pruebas determinadas por la ley, que son un freno para las pasiones de los jueces.”*<sup>988</sup>

El juez inglés, intrigado, le pregunta al joven abogado peninsular que le da más precisión sobre esta íntima convicción. Decidido a impresionar a su interlocutor, el visitante extrae en un momento de papel, lo desenvuelve, se lo muestra y le dice:

**Carrara:** “Desde 1795 y hasta el día de hoy, el recinto de deliberación de los jurados está tapizado, bajo pena de nulidad, con esta famosa fórmula que usted puede leer aquí en grandes caracteres y que, además, ha sido instruido previamente por el juez al panel de jurados:

*“Laley no pide cuenta a los jurados de los medios por los cuales han llegado a formar su convencimiento, ni les prescribe reglas de las cuales deban educir especialmente la certeza de los hechos. Ellas les prescribe solamente interrogarse a sí mismos, y buscar en las sinceridad de su conciencia, qué impresión han hecho en su razón las pruebas producidas en contrayendo defensa del acusado”. Laley no les dice: “tendrán por verdad tal hecho afirmado por tal o cual número de testigos”; tampoco les dice: “no tendrán como suficiente toda prueba que no resulte de lacta, de tales piezas, de tal cantidad de testigos o de tanta cantidad de indicios”; ello no les hace sino estas preguntas, que resúmen sus deberes: “¿Tienen usted esa íntima convicción....?”*<sup>989</sup>

Carrara está un tanto desconcertado ante el profundo silencio en que ha quedado sumido el juez inglés. Tras un largo rato, decide preguntarle por qué se había quedado tan callado. El juez alzó su vista del manuscrito, miró fijamente al joven italiano, respiró hondamente y le respondió con estas palabras:

<sup>988</sup> CARRARA, Francisco: “Programma”, Vol II, opcit, p.259.

<sup>989</sup> Art 572 del Código Brumario de 1795. La misma fórmula pasó, intacta, al célebre y mundialmente influyente Código de Instrucción Criminal de Napoleón de 1808 en su art 342.

### **Juez:**

“Nada más alejado de la realidad del veredicto de un jurado inglés que este extraño sistema que usted y los europeos llaman “*intima convicción*”. Mi joven amigo Carrara: en todos mis años de juez, no he sabido nunca de un jurado inglés que haya juzgado un caso bajo una ausencia notoria de reglas previas sobre la prueba. Ciertamente es que la fórmula que usted me presenta se basa en el razonamiento de cada jurado sobre las pruebas del juicio. Eso es correcto. Pero... ¿bajo qué reglas de prueba, si ustedes las han derogado? Un modelo de esta clase sería inviable en Inglaterra y lamentablemente los europeos del continente han creído que dicha *intima convicción* es el sistema con el cual juzga un jurado inglés. Ello es una gran confusión.

Es verdad que aquí, en Inglaterra, al igual que en Francia e Italia, como usted me cuenta, nadie le exigirá nunca a un jurado que exprese las razones por las cuales declaró culpable o culpablemente a un acusado. Ello sería impensable. Si al Gobierno le ocurriese imponer lo contrario, sería seguramente depuesto por una revolución popular. El pueblo inglés ha cuidado celosamente durante siglos la institución del jurado y la forma general y no motivada de su veredicto como un modo de los pilares máximos de su libertad. Lo hizo para proteger su libertad de pensamiento y la franqueza de la discusión, para garantizarse la última palabra sobre la legitimidad de la ley, para evitar represalias del Gobierno ante fallos que le desagraden y porque tal ausencia de motivos, como su maestro afirma, jamás ha sido sinónimo de irracionalidad ni le imposibilita el control del condenado, que puede impugnar por nulidad un *guilty verdict*.

Pero esta forma de veredicto no supone, como su maestro Carmignani afirma, el ejercicio de una fuerza bruta, de un poder monstruoso o de una “convicción autocrática”.<sup>990</sup> Tal arbitrio hubiera levantado al pueblo inglés en revuelta si se lo hubiera impuesto el jurado, si ello no sucedió, es porque el juicio mismo y la decisión soberana del jurado están sometidas a tan rigurosos controles del juez y de las partes que ningún habitante de esta isla condenado en juicio pudo alguna vez considerarse víctima de un tropel tan grande como el que su maestro describe.

El joven Carrara, estupefacto, le pregunta al juez cómo se denomina entonces el método con el cual juzgan los jurados ingleses. Dado por sentado que no es la *intima convicción*, ¿cuál es el

---

<sup>990</sup> CARRARA, Francisco: “*Programma*”, Vol II, opcit, p.233.

nombre que los juristas de Inglaterra le dan a este sistema? ¿Cómo lo enseñan a sus alumnos de Derecho en las Universidades?

El juez sonríe ampliamente ante el tribulado Carrara y le responde dudando:

**Juez:** Joven amigo, esto no es un problema de métodos, ni de denominaciones, ni de étiquetas, a las cuales ustedes los europeos del continente parecen tan afechos. Tampoco supreguntar puede responderse satisfactoriamente mediante una abstracción, como lo sería si yo le dijese: “El método con el que juzga un jurado inglés nos llama íntima convicción, sino que se llama de tal o cual manera”. Carrara, el jurado inglés aprecia la prueba desde hace siglos con la misma libertad y del mismo modo en que lo hacían los griegos y los romanos y, más atrás aún, los pueblos de la Era Antigua que juzgaban a sus pares. No hemos inventado nada. Tampoco he sabido que tales pueblos hayan puesto mucho interés en cómo llamarlo.

Usted viene de Italia, cuna de la civilización romana. Sabrá usted, sin ninguna duda, cómo juzgaban los doce jurados en la época de la República. Merecía o no la “Quaestio” o “Accusatio”, ¿lo recuerda?

**Por supuesto, asíntió Carrara.**

**Juez:** Pues bien, salvando las distancias, no hay ninguna diferencia entre cómo se libera y juzga un jurado inglés y cómo lo hicieron durante siglos los jurados romanos. Déle usted el nombre que quiera a ese sistema: prueba libre, libertad de valoración de la prueba, convicción libre, convicción interna, libres convicciones, no motivación, según sus sincera conciencia, etc. Nosotros en particular nunca la hemos denominado de alguna manera, y no por una actitud provinciana o anti-intelectual, sino porque es algo tan obvio y natural.... Sinceramente, no veo de qué otro modo podría juzgarse el Pueblo que no fuera así.

Me parece que su error esencial radica en insistir en que el problema es el *método*. Pero ello no es así. *El problema es cómo se diseña un juicio justo, transparente, público e igualitario para ambas partes, cómo se ejerce el control en ese juicio y qué límites se le imponen al jurado al hora de escuchar determinadas pruebas. La valoración posterior, luego de admitidas las pruebas, siempre es libre.*

Carrara estaba abrumado por la simplicidad del razonamiento del magistrado inglés, quien prosiguió con su pensamiento.

**Juez:** Pero sus interrogantes y sus dudas han despertado vivamente mi curiosidad, así que permítame que seayo el que le pregunte algo que considero importante: ya que usted lleva más de un año aquí en Londres y ha presenciado decenas de juicios por jurados, algunos con condenas y otros con absoluciones. ¿Usted cree sinceramente, después de haber presenciado cada juicio, que los acusados no tuvieron en claro por qué los absolvieron o por qué los condenaron?

Carrara tiene que responder. Su formación teórica y cultural, todos sus valores y sus valores lo fuerzan a responder negativamente, pero la fuerza en contraste de sus observaciones empíricas en las cortes inglesas lo inclinan a decir que sí. Está en una encrucijada. Se da cuenta que hay algo que no encaja, aunque todavía no lo logra ponerlo en palabras. Antes que pueda siquiera esbozar una respuesta, el juez le dice:

**Juez:** ¿Se da cuenta, Carrara? Aunque usted dude en admitirlo, es evidente que los acusados sí saben muy bien por qué los declararon culpables o no culpables, a pesar de la forma en que rinden su veredicto al jurado. Sólo que es el descubrimiento que se circunscribe **exclusivamente** al momento de la deliberación y el veredicto. Todo el proceso y el juicio están íntegramente diseñados como para que las partes, el público y el acusado en particular conozcan en todo momento la acusación, las pruebas (de cargo y de descargo), las defensas y la valoración que el fiscal y la defensa harán de ellas en sus alegatos finales. Finalmente, las instrucciones del juez son un verdadero litigio en sí mismo para las partes. El veredicto posterior **por unanimidad** del jurado es un momento crucial, pero es imposible considerarlo aisladamente como, metemórfico, sospecho que hacen ustedes en Europa para darle, erróneamente, de **autocrático**. Todo lo cual me lleva a efectuarle otra pregunta. ¿Me permite?

**“Desdeya”, responde Carrara.**

**Juez:** Dígame, ¿qué diferencia advierte usted entre los juicios que usted vio aquí y los juicios que se celebran en su tierra? Describame las diferencias.

Carrara comprende súbitamente hacia dónde quiere llevarlo el juez. Responde indudablemente: “La verdad, su Señoría, son muy distintos. Diría que no se parecen casi en nada, salvo algunos aspectos.”

**Juez:** “Explíqueme, señor, ya que, a diferencia de usted, nunca he estado en el continente y me interesa mucho su opinión”, le replicó el juez.

Carrara tomó aire, intentó ordenar los pensamientos en su cabeza y comenzó: “Las más grandes diferencias que yo advierto son que el juez está obligado a buscar la verdad. Su rol en el juicio

o está muy lejos de la neutralidad que he visto aquí. Los jueces de mi país interrogan masivamente a los testigos y al acusado y pueden producir prueba de oficio, inclusive hasta luego de cerrado el debate.

En mi país y en Europa las partes no gozarían jamás del rol tan decisivo que he presenciado en Inglaterra. De hecho, hay juicios en los que los abogados defensores o fiscales, las más de las veces, ni siquiera pronuncian palabra.

Veoque aquí las partes cuentan con amplias atribuciones para recusar sin causa a un número muy amplio de jurados, lo cual, sin duda, es causa de la gran confianza que el acusado le tiene al jurado y de la aceptación libre de su veredicto, aunque éste no exprese sus razones. La posibilidad de recusar sin causa al juez profesional que va a sentenciar es casi inexistente en mi país.

Finalmente, advierto que en Italia y en Europa el juicio se celebra en torno a una investigación contenida en un expediente realizada a veces por el mismo juez que luego sentencia y cuyas actas escrites son, casi siempre, el fundamento esencial de la sentencia, a pesar de que los testigos no hayan comparecido al juicio. Lo que he visto aquí es que tal encuesta no existe y que todo prueba que se quiera hacer valer debe pasar por el juicio público, ante la vista del acusado y su defensa.

Ambos interlocutores quedaron nuevamente en absoluto silencio, quebrado por la reflexión del juez.

**Juez:** ¿Comprende usted ahora, joven amigo, por qué es injusto e incorrecto calificar de irrazonado o autocrático al veredicto del jurado inglés? No quisiera herir su sensibilidad, ya que usted ha sido extraordinariamente honesto conmigo al relatar la forma en que se hacen los juicios en su país, pero....

¿no le parece autoritario un proceso en el que el acusado y su defensa tienen tan pocas chances de intervención, que no pueden siquiera ejercer el más mínimo control sobre la designación del juez que le toca y en el que deben enfrentarnos sólo al fiscal, sino al propio juez designado y pagado por el Gobierno que busca eventualmente su condena?

Entiendo entonces que dirijan su mirada de manera tan intensa hacia la forma de la decisión ya que, antes de ella, el proceso que usted me describió no puede ser considerado en lo más mínimo un *fair trial*...

Y me temo que un veredicto y una sentencia “motivada y escrita”, como la que usted reclama, no alcanzarían un caparacompensar tan grande

déficit inicial. Por más doctos que se adichas sentencias escritas, no podrían nunca borrarlas consecuencias de un juicio tan desigual y desfavorable para el imputado.

Y deduzco desde la pregunta inicial que los europeos han reaccionado contra este autoritarismo con algo que todavía no logro comprender bien y que han llamado “íntima convicción”. Aun a desgracia de la situación han respondido con una fórmula.

“Creo comprenderlo, replicó *Carrara*, pero, ¿podría explicármelo mejor?”

*Juez:* Cuando yo le explico que el problema no está en el *método* ni en la forma del veredicto, como usted parece insistir una y otra vez, sino en cuánto *control* tienen las partes sobre “todo” el juicio y qué límites debe reconocer el jurado al serle presentada la prueba, lo que le quiero decir con claridad es esto: la libertad del jurado inglés dentro del recinto de deliberación es completa pero, a la vez, está sujeta a límites previos tan estrictos que harían palidecer a los juristas de nuestro continente, que tilde de “autocrática” su decisión en un contexto de esta naturaleza. Sería imposible catalogarla como “íntima convicción”, por lo menos en los términos de la fórmula que usted me ha leído. De ella se desprende que el jurado no tiene ninguna atadura cuando delibera, lo cual es correcto. También es correcto que la fórmula apela “la razón” que cada prueba ha provocado en cada uno de los jurados. Pero, ¿bajo qué reglas de evidencia previas? Me parece que eso es un grave error histórico que nada tiene que ver con el sistema judicial del *common law*.

Y o presumo que ha sido tan grande el espanto que le ha causado el resultado histórico de las pruebas legales que, con tal de extirparlas lo más rápido posible, lo han llevado a usted desampliando el poder de interpretar al jurado inglés, creyendo ver en él poderes que no conoció nunca un jurado popular, no sólo en Inglaterra sino en la Antigüedad.<sup>991</sup>

---

<sup>991</sup> La única diferencia con los jurados de la Antigüedad, especialmente en Roma, es que el jurado inglés pasará a la posteridad por haber desarrollado las Reglas de Evidencia, que son una verdadera Teoría Científica de la Prueba. Son un gran filtro previo a la deliberación del jurado y son también un control adicional al juicio. Un juicio que es tan público y transparente que el acusado realmente puede ejercer allí el máximo control que ese conocimiento de igualdad al acusador. Esta última característica es patrimonio exclusivo de los juicios que pusieron en práctica los grandes pueblos de la Antigüedad y que los ingleses respetaron a rajatabla, a diferencia de los pueblos de Europa continental, que suprimieron absolutamente el *fair trial*. Esta condición de transparencia, publicidad e igualdad total de armas en Grecia y Roma suponían un importante límite reductor a la posible arbitrariedad del jurado en la valoración de la prueba, a lo cual los ingleses le agregaron luego las *Rules of Evidence* como modo de incrementar el control reglado sobre la deliberación.

Peró la libertad de valoración de la prueba se siguió así en la misma *aunque, como apuntó muy bien Mittermaier, en la Roma Republicana y Juradistay habían empezado a parecerse los embriones de las futuras reglas en materia de prueba.* “A. cualquiera que estudie las disposiciones de la ley romana sobre la prueba en materia cr

Carrara quedó mudado, quizá pensando en cómo haría para explicarle todo esto a su maestro Carmignani. Su interlocutor prosiguió:

**Juez:** Adivino su inevitable pregunta, Carrara: ¿cómo es que se controla entonces en Inglaterra que un jurado juzgue nada más que por sus “*impresiones*”?

Si bien la respuesta correcta a esa pregunta debería abarcar muchas más cuestiones, me limitaré a señalarles sólo cuatro que se refieren a la prueba y otra al veredicto.

Primero y principal, todo el material probatorio que llega al recinto del jurado proviene de las partes. De nadie más. Cada una controla a la otra y, a su vez, deben atravesar el filtro de admisibilidad, tal cual usted lo habrá podido advertir.

Pero el más importante de todos esos controles lo constituyen las **Reglas de Evidencia** en nuestro *common law*. Usted podría llamarlo “El Código sobre la Prueba”, tan conocido por ustedes. Allí se establecen con mucha precisión qué pruebas son admisibles en un juicio y cuáles no, lo cual será decidido por el juez **antes** de la deliberación del jurado. Se explica cómo se deben valorar y cómo está prohibido hacerlo. También se fijan sus excepciones. Tales reglas constituyen un gran filtro que impide que determinadas pruebas, bajo ciertas condiciones, sean introducidas al juicio y conocidas por el jurado, seaporque los pueden conducir a error, seaporque han sido ilegalmente obtenidas. Esas Reglas de Evidencia son el gran acervo cultural del *common law* inglés. Han llevado siglos de elaboración y son muy conocidas por el Pueblo. Pero, a diferencia de la valoración obligatoria para el juzgador de las pruebas legales que usted me refirió, las Reglas de Evidencia no lo son. Una vez que la prueba ha sido admitida por el juez de acuerdo a las Rules of Evidence, el jurado es libre para valorarla.

El tercer gran control sobre cómo decidirá las pruebas el jurado es el juicio mismo que usted ha observado en este viaje. Las partes están en paridad de condiciones, en un escenario de máxima publicidad, donde presentarán y debatirán toda la prueba que se admita

---

*iminal, fácil es persuadirse de que en el sistema de procedimiento seguido en el tiempo de la República no han podido tener cabida algunas reglas especiales. En esta época, el pueblo era quien fallaba reunido en comicios por centurias o por tribus, y desde entonces no era posible una apreciación jurídica de las pruebas. Bien se concibe, que reunido el pueblo la autoridad legislativa, el derecho de gracia y el poder judicial, se compadeciese y dejase llevar del recuerdo de antiguos servicios; mil consideraciones diversas obraban en su ánimo, y muchas veces perdona al culpable; entonces también los puntos de hecho y de derecho no estaban separados de un modo determinante, comprendiéndose una y otra decisión en las acostumbradas fórmulas **absolvo, condemno**. Los Jueces de las Quisiones perpetuas tampoco eran otros que los Jueces populares que seguían susola convicción, y noteniendo cuentas que dar por día en definitiva prestar oído alavoz de la compasión o a influencia de naturaleza política. Bien pronto, por lotanto, han podido ciertas fórmulas hacerse prácticas en lo que concierne al interrogatorio de los testigos, ya la fuerza probatoria de los documentos: y ya se dejó de ver en el tormento más de un germen de prueba formal, puesto que los Jueces estaban obligados a aceptar como probantes los resultados. Se vé, en fin, que las Leyes establecieron alguna prescripción sobre la materia, cuando determinaban qué personas estaban excluidas y qué otras se admitían a dar testimonio acerca de tal o cual delito”. MITTERMAIER, Carl: “**Tratado de la prueba...**”, opcit., p.9.*

a ante un juez neutral. Todas las reglas de evidencia del *common law* inglés les serán explicadas al jurado en el caso concreto a juzgar por el juez. El juez le impartirá instrucciones muy precisas al jurado acerca de cómo deben valorar cada una de las pruebas (a los testigos, a los documentos, a los expertos, a las pruebas materiales) y la ley. Todo lo dicho en el juicio, tal como usted lo habrá advertido, es registrado a quiéramente para evitar la manipulación de la prueba.

Finalmente, el cuarto y último gran control en relación a la prueba es el estándar probatorio que los ingleses hemos dado en llamar, después de muchos siglos y como derivación lógica de las Reglas de Evidencia, como *la duda razonable*.<sup>992</sup> El jurado inglés está obligado **legalmente** a superar un estándar determinado de duda razonable, entendida ésta como la que habrían tenido otras doce personas comunes y prudentes frente a las pruebas de cargo reunidas en un caso concreto. Si el jurado pretende declarar culpable a una persona, debe hacer lo más allá de toda duda razonable. Si no lo logra, la debe declarar inocente. Los jueces mayores son los encargados de revisar si la evidencia presentada en el juicio y la forma en que ésta fue explicada por el juez en las instrucciones satisfacen las exigencias de este estándar de duda razonable. Sobre esto, siento que nada debe explicarle, ya que vuestras Constituciones del continente son muy claras al haber establecido que los acusados se presumen inocentes, que dicha presunción puede ser destruida mediante prueba en contrario del acusador y, así, llevar a quien juzga una certeza total sobre los cargos. Como juez inglés, debo explicarle con mucha precisión al jurado en qué consiste, cuándo se da y cómo se materializa este principio de duda razonable en el caso concreto. De ninguna manera se debe jugar el punto clave a las “*impresiones*” del jurado. ¿Va comprendiendo, Carrara?

El quinto punto que prometí señalarle, no ya en relación a las pruebas, sino a cómo se alcanza el veredicto, **es la regla de la unanimidad**. La regla de la unanimidad, que obliga a que delibere y nintensamente se ponga de acuerdo doce personas, es el más grande antídoto contra la arbitrariedad.

---

992

Los franceses ya estaban al tanto de esta fundamental diferencia entre el jurado inglés y la forma de valorar la prueba que le impusieron al jurado francés revolucionario. No sólo lo aceptaron, sino que lo trataron peyorativamente. Ver al respecto a GORPHE, François: “*La apreciación judicial de las pruebas*”, Editorial FEDYE, La Ley, Buenos Aires, 1967, p. 41: “*El common law inglés supuso eludir antiguamente la regla irracional del derecho civil canónico que exigía al menos dos testigos concordantes. La regla abstracta, y por consiguiente vaga, de que el jurado debe estar convencido “sindudarazonable”, es la única restricción que el derecho inglés impone, en los casos ordinarios, a la discreción de los jurados encargados de pronunciarse sobre el valor de las pruebas producidas*”.



edad. En la fuerza del número de jurados está gran parte del secreto de la construcción racional de la toma de decisión. El veredicto general del jurado es una decisión racional colectiva, alcanzada tras una deliberación intensa que obliga a un fallo unánime. En ese contexto, le diría que es prácticamente imposible que de o persona se deje guiar por sus “sentimientos”, sus “impresiones” o todos los piteos que suma el maestro le dirige al veredicto del jurado.

De tal modo, joven Carrara, hasta ahora no he conocido a ningún inglés condenado por un jurado que haya manifestado no conocer las razones por las cuales fue hallado culpable. Semejante inhumanidad -esa convicción autocrática basada sólo en *impresiones íntimas* de la que usted habla- no ha sido nunca alegada en estas tierras ni podría serlo, sencillamente porque el **diseño integral del juicio inglés en su conjunto** permite al culpable informarse de los puntos capitales de la acusación contra él formulada, de las sustancias de la infracción que se presume cometió por él, del control sobre la prueba, y, por ende, del fundamento de su condena alcanzada en veredicto unánime.<sup>993</sup>

Si el jurado lo declara culpable es porque ha admitido la acusación del fiscal en su contra, más allá de toda duda razonable y ha desechado la teoría de la defensa. Si lo declara no culpable, es porque el fiscal ha fracasado en reunir contra él una prueba suficiente como para que brase su estatus jurídico de inocencia. Es así de sencillo.

**Carrara** intentó una última resistencia: “Admito que un jurado popular no tiene otra manera de expresarse que declarando en su veredicto “culpable o no culpable”.<sup>994</sup> Más allá que lo llamemos *íntima convicción* o como sea. También concedo que, visto así, no es

<sup>993</sup>Fallo CEDH *Taxquet vs Bélgica*, ap. 73 posición del gobierno británico como *amicus curiae* (2010): “La cuestión central era si, **considerando al procedimiento como un todo**, el condenado estuvo al tanto de la acusación en su contra, de los ingredientes legales del delito por el cual se lo acusaba y de las bases para su condena.”

<sup>994</sup>CARRARA, Francisco: “*Programma*”, Vol II, opcit, p. 480. El Maestro, al describir las formalidades que debe tener toda sentencia penal, en especial cuando describe los hechos y la autoría, termina por advertir con total claridad qué diferencias hay en la sentencia cuando el juicio es con o sin jurados: los jueces técnicos están obligados a la motivación de todo cuanto afirmen y de ningún modo pueden sentenciar sólo sobre sus impresiones íntimas; los jurados, en cambio, sólo emiten una **declaración** de “culpable” o “no culpable”. Dice el genio de Pisa: “*El emplear en este caso la palabra “declaración”, en vez de “motivación”, lleva en sí el germen de un difícil e interesantísimo problema. Las prácticas universales de varios siglos mantuvieron la regla de que, en las sentencias criminales, también el “hecho” debe estar “motivado”, pero no con un raciocinio lógico, que tienda a demostrar el predominio de una u otra prueba, sino con una indicación sumaria de las fuentes sobre las cuales han fundado los jueces su propio convencimiento, por ejemplo: “estamos convencidos de la premeditación por lo que afirman los testigos A y B”; “estamos convencidos de que hubo robo con fractura, por las comprobaciones efectuadas por el perito C”, etc. Pero este método es completamente inadaptable al jurado, y por esto ha prevalecido en los tiempos modernos la regla opuesta, es decir, que el hecho no debe “motivarse”, sino simplemente “declararse”: y no se podría exigirle más a los jurados.*”

posible predicar que dicha convicción sea autocrática. Pero, ¿cómo puede usted que yo admita que los jueces profesionales de Europa hagan lo mismo? ¿Que condenen a prisión de por vida o a trabajos forzados a un acusado sin darle siquiera una explicación de por qué lo han hallado culpable o qué opinión tuvieron de las pruebas presentadas a su favor? ¿No le parece inhumano y oprobioso semejante poder?

El juez inglés miró piadosamente al joven abogado italiano y le respondió lo siguiente:

**Juez:** Creo que usted, a esta altura, ya está en condiciones de comprender el quid de la cuestión y de este gran equívoco, que **no** es el método con que juzgan los jurados, sino, en mi opinión, la manera en que se estructura el **control** del juicio y el proceso en forma **integral**. Sea con jueces o con jurados.

Le diré ahora algo que puede escandalizarlo pero que, si realmente entiende el punto de vista que le propongo, no tardará en calmarse.

Usted ha presenciado durante su estadía en Inglaterra algunos juicios (muypocos, por cierto) en los que el acusado fue juzgado por un juez profesional, por su exclusiva decisión de prescindir del jurado. Ciertamente este escenario es muy infrecuente, pero de tanto en tanto se da. De hecho, en mi carrera como juez he realizado algunos juicios así. Y, ¿sabe qué? He dado mi veredicto de la misma manera que el jurado y nadie me ha pedido explicaciones por él. Ello no supuso en lo más mínimo una afectación al principio de defensa o al derecho elemental para el acusado de saber el porqué de la condena. Más aún, ningún acusado se quejó por ello ni le impidió impugnar por nulo mi veredicto. Ninguna ley de este país obliga a los jueces a motivar su decisión. Estos lo pueden hacer facultativamente -siempre en la audiencia- y algunas veces así ha sucedido. Así se fueron formando los famosos precedentes jurisprudenciales que forman el *common law*.

Sin embargo, coincido con usted en que la misma situación que usted me relata de los jueces profesionales europeos -que juzgan según su informe con “íntima convicción” igual que el jurado- es indudablemente oprobiosa e inhumana.

Es en este punto donde usted debería darse cuenta sin mi ayuda que el núcleo del problema no es la convicción del jurado o del juez “autocrática” o “razonada”. Eso es trasladar un serio problema inicial a la etapa decisoria. **El problema está mucho antes y es arrastrado hacia la forma del veredicto**. La diferencia es esencial, Carrara, no está en el método de la valoración de la prueba ni en exigirle motivación al jurado, sino en el diseño de un

verdadero *fair trial* que asegure la máxima cantidad y calidad de control posible para el acusado o la imputación que se le formula.

Nada de esto sucede en el juicio continental, tal cual usted me ha ilustrado, sino todo lo contrario. La posición del acusado es de extrema debilidad y sus posibilidades de control sobre la conformación del tribunal, sobre la prueba rendida en juicio que pueden introducirse en su contra el fiscal y el propio juez, sobre los poderes del juez sobre la prueba y las partes, sobre el peso de un expediente previo con nula contradicción, sobre un defensor ausente, con una liberación ficticia y sobre la propia decisión concentrada del juez son mínimas, por no decir inexistentes.

En un contexto de tanta disparidad, comprendo absolutamente su crítica y la desamestración hacia esta “*intima convicción togada*”. Pero un juicio de esta clase, así estructurado, sería repugnantemente nulo en Inglaterra y, me atrevo a decir, para cualquier pueblo de la Antigüedad.

También puedo imaginar me por qué los europeos ponían tanto énfasis en el veredicto y la sentencia. Es obvio que ante un juicio diseñado de tan favorablemente para el acusado, la presión política de todo el caso se trasladó de manera tan intensa a la decisión, a la exigencia de motivación y al recurso posterior. Por el contrario, en un *fair trial* adversarial, prácticamente toda la presión recae en el desarrollo del juicio mismo. Para el fiscal porque, si no gana, pierde para siempre la facultad persecutoria. Para el acusado y su defensor porque, si salen triunfantes, habrán clausurado definitivamente la pretensión punitiva del Estado.

Sólo así me explico que nadie haya nunca alegado por juicio por la forma del veredicto de los jurados en mi país. Y, créame Carrara, no deben entregarse estas reflexiones a la justificación puramente de una cuestión de “*idiosincrasia anglosajona*”. Se trata de algo mucho más profundo: el diseño integral del juicio es la exteriorización más patente de cómo se ejerce el poder en una sociedad determinada en cualquier tiempo que sea. Puede ser en la sociedad inglesa actual, la medieval, la de las colonias norteamericanas o la de la República en Roma, por sólo poner algunos ejemplos. En Inglaterra libramos una batalla de siglos para que el jurado fuera una herramienta **efectiva** - y no meramente decorativa - para el control y el freno de los excesos del Gobierno. Esa batalla tuvo varios frentes: el diseño del juicio con iguales poderes para el acusado que los del acusador y, también, el veredicto soberano, final y unánime del jurado, en donde el Estado no puede entrometerse y que está obligado a aceptar”.

Así me he imaginado lo que hubiera significado para el pensamiento de Carrara el haberse confrontado personalmente con un sistema de justicia tan radicalmente

distinto al suyo. Una mente tan lúcida, tan privilegiada y tan honesta como la del Maestro de Pisa habría retornado de la isla hacia su patria dejando para siempre de lado varios de los dogmas con que la cultura inquisitorial de Europa marcó a fuego a todos los juristas del continente. A ningún liberal de la Europa de ese tiempo le parecía mal que el imputado tuviera una posición tan débil en el juicio o que los jueces profesionales continuaran con un rol activo en la búsqueda de la verdad. Para un inglés, tal sistema sería escandaloso y, hoy, en pleno siglo XXI, se ve con mucha más claridad que tenían razón. Sin embargo, para esos mismos liberales europeos, como se autodenominaba Carmignani, lo verdaderamente indigerible era dejar el veredicto en manos del Pueblo y, mucho peor aún, sin dar sus motivos para la decisión, aún cuanto todo su sistema judicial y el juicio mismo estuvieran reñidos con una verdadera democracia.

## §2. Carrara, la influencia francesa y los sistemas de valoración de la prueba

Contodo lo que se ha esbozado antes, queda claro el por qué nos hemos referido a la *íntima convicción* como uno de los más grandes de la historia de los procedimientos. Y vaya el éxito que encimatuvo. El triunfo cultural que lograron los franceses con la *íntima convicción* es a sombrero. Prácticamente toda la literatura procesal del continente europeo y latinoamericano sigue afirmando, **hasta el día de hoy**, que hay tres sistemas de valoración de la prueba: la *libre convicción*, la *íntima convicción* y la *prueba legal* otasada.

Pero ante los ojos de los juristas de la otra mitad del mundo occidental del *common law*-visión imprescindible se pretende erigir un modelo teórico de alcance universal: las palabras *libre convicción* o *íntima convicción* ni siquiera existen. Esta triple categoría no tiene el más mínimo significado. El jurado decide libre e inmotivadamente, pero sujeto a **reglas de prueba** construidas por el derecho común durante siglos para alcanzar la verdad de los hechos del caso.

A punto tal llega este desencuentro que hoy ya nadie discute en el *civil law* que la *íntima convicción* es para el jurado y la *libre convicción* es para el juez.<sup>995</sup> La primera

---

<sup>995</sup> ZAFFARONI, Raúl (coordinador): “*Sistemas Penales y derechos Humanos en América Latina*”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 161: “...es obvio que, cuando se trata de jurados, la valoración debe hacerse conforme a la *íntima convicción*. Esta es una exigencia del propio sistema de *jurado popular*, porque sería un sistema de juicio directo del pueblo, equivalente a una forma plebiscitaria en lo legislativo...tratándose de un tribunal técnico, no es admisible la *íntima convicción* del tribunal. El tribunal técnico no ejerce una soberanía directa, sino una representación republicana, y cualquier autoridad que ejerce una función republicana está obligado a hacerlo en forma racional, de modo que el desempeño de esa función pueda ser controlado públicamente. Un proceso penal es un “asunto público” en que el ciudadano tiene derecho a participar por sí o por sus representantes y, como

de ellas no expresa los motivos de la decisión y la segunda sí lo hace. Se da a entender de alguna manera con esta equivocada distinción histórica que el jurado clásico es un ente descontrolado de valoración probatoria, en detrimento de la racionalidad. El juez, en cambio, estaría más constreñido, ya que debe justificar en una sentencia escrita sus juicios de valor sobre la prueba y el derecho. Esta distinción es casi un dogma indiscutido entre los juristas del *civil law*.

Pero cuando los ingleses del siglo XVIII vieron el funcionamiento del jurado francés bajo la *intime conviction*, quedaron azorados. Nada nunca más alejado de la realidad para un jurista inglés que la forma en que los franceses estructuraron su jurado, **cuyo método luego los jueces se apropiaron, creando un descalabro mayúsculo.** Afirmar que un jury inglés que no motiva su veredicto juzga **aisladamente** con íntima convicción es un error conceptual. El veredicto del jurado inglés, sujeto al cuántum probatorio legal de la *duda razonable* y sin expresión de motivos (porque así fue desde siempre y porque así debe permanecer por los motivos políticos, judiciales y culturales que ya explicáramos con anterioridad) es el resultado final del modelo de juicio con más controles que se conoció en la Historia, que es el modelo acusatorio, adversarial y con jurados adoptado por nuestra Constitución Nacional.

La exclusividad del método y de sus bondades no la tiene ningún pueblo en particular, más allá que hoy lo exhibe con todas sus virtudes el mundo del *common law*. El *fair trial*, desde este punto de vista, es tanto patrimonio de los griegos, de los romanos, de los germanos, de los ingleses o de los portorriqueños, por poner sólo algunos ejemplos.

Si ese juicio se desarrolla de esa manera, sin actas escritas, en forma oral y pública, con paridad real entre acusadores e imputados, con amplios poderes de recusación de los jurados, un juez neutral y doce jurados, más un veredicto final, la exigencia de motivación a un jurado popular es disfuncional e inútil, amén de innecesaria e inconveniente. **El problema es que el juicio europeo nunca fue acusatorio ni adversarial, ni tampoco lo es hoy.** Y hasta hay juristas, como los que veremos en el capítulo que sigue, que hasta se jactan de ello.

Pero el modelo inglés, que estudiaremos con amplitud cuando analicemos el hallazgo de Mittermaier acerca del porqué de su desinterés en la

---

*es lógico, si los jueces resuelven "en conciencia", se trataría de decisiones en las que nadie podría participar porque no podrían controlar el criterio que las guía".*

motivación, jamás puede ser tildada de fuerza bruta o de estar librado a las pasiones o los deseos, ya que es un proceso íntegramente diseñado para que las partes ejerciten un control tan intenso sobre el mismo que es imposible que tal vicio inose produzca. De seguirse el razonamiento, Carmignani debió haber puesto dentro del círculo de naciones despóticas y tiránicas a Inglaterra, por entregar el juicio de los hombres a un *guilty or not guilty* sin ninguna explicación. Carrara comprendió esto mejor que nadie. No hay país que él más alabe en su *Programma* que Inglaterra y su sistema judicial. Nadie podrá encontrar una sola referencia a cómo sus admirados jurados ingleses (*países ardiente amante de la libertad*, como él los llamó), podían juzgarse según conciencia y no por estos ser considerados monstruosos, inhumanos, cadáveres, turcos o todos los demás épitetos que les prodigó Carmignani a esta forma tan antigua de valoración de la prueba en el marco de un juicio tan distinto al que él conoció.

Los ingleses y americanos jamás confundieron o llamaron *íntima convicción* al veredicto general del jurado.

Éste siempre estuvo muy controlado por un litigio “verdaderamente” adversarial, por la publicidad, por un derecho recusatorio amplio de los jurados, por la acusación pública del fiscal, por las instrucciones del juez, por las *Rules of Evidence*, por el estándar probatorio de la duda razonable, el gran número de jueces ciudadanos y por la regla de unanimidad. En las páginas que siguen demostraremos otro doble equívoco: los antijuradistas pretendieron asimilar a la *íntima convicción* con la ausencia absoluta de reglas, de modo de desacreditar al jurado y mostrarlo como un ente arbitrario sin controles. Se trata de otro grave error, que despejaremos en las páginas que siguen en defensa de la *íntima convicción*.<sup>996</sup>

**El triunfo cultural y político de la teoría francesa de la *íntima convicción* es impresionante.** Sin dudas, sea quizás el triunfo más notorio de ese formidable movimiento que fue la Revolución. Producto, por supuesto, del horror que provocó en los franceses y en los europeos del continente la crueldad a la que llevó el sistema de la prueba legal. Pero producto también de un fenómeno político no menor, como lo fue el hecho de que, indudablemente, los

---

<sup>996</sup> Quien explica en Argentina con claridad este punto fundamental de desencuentro es HENDLER, Edmundo: “*Jueces y jurados: ¿una relación conflictiva?*” incluido en el volumen “*Juicio por jurados en el proceso penal*”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 28. Sintéticamente, Hendler expone la contradicción en estos términos: “Hay, por ejemplo, en lo que se refiere a reglamentaciones concernientes a la prueba, una diversidad de criterios exactamente contrapuestos. Mientras los anglosajones se jactan de haber desarrollado toda una rama de la enseñanza del derecho, **the law of evidence**, los franceses, y, en general, los demás sistemas tributarios del modelo europeo continental, se ufanan por haber consagrado **el principio de la libre convicción** en la apreciación de la prueba.

revolucionarios franceses miraron hacia Inglaterra para suprimir el odiado sistema judicial inquisitorial. Pero Francia terminó definiendo un **jurado híbrido** que poco tenía que ver con el jurado inglés.<sup>997</sup> Es decir, un jurado con íntima convicción, con un veredicto general con pliego de interrogantes, sin unanimidad, etc. **Y el fenómeno político que queremos destacar es que la Recepción del jurado en Europa continental provino exclusivamente del poderoso influjo cultural de Francia y de su gran emergente jurídico, que fue el Código de 1808. No debe haber habido en la Historia un código tan influyente en el mundo como el de Napoleón de 1808.** Ni Alemania, ni Italia, ni España, ni Austria se inspiraron en el definido modelo inglés para implantar sus sistemas judiciales con jurados.<sup>998</sup> Todos miraron a Francia.

#### **A. La *intime conviction* también juzga con Reglas de Prueba**

Pero hay otra limitación de comprensión que ni el *common law* ni la lucidez de Mittermaier pudieron advertir en su tiempo: los sistemas judiciales de todos los tiempos tuvieron (y tendrán), siempre, reglas de prueba. Con *rules of evidence* o *intime conviction*, o con el método que sea, siempre existieron reglas de prueba -explícitas o implícitas- que limitaron la información que eventualmente podía llegar al jurado para su valoración. Para eso siempre hubo un litigio y un tercero imparcial que decidía sobre la admisión o no de las pruebas. Hoy, en pleno siglo XXI y muy especialmente desde el movimiento humanista que supuso la Revolución Francesa y la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948, es hasta obvio que las prohibiciones probatorias y las prohibiciones de valoración probatoria son límites absolutos a la entrada de información dentro de un procedimiento. Son, a su modo, reglas claras de prueba que siempre estuvieron presentes y que se suman a otras tantas provenientes del mundo del derecho, de la naturaleza, de las leyes de la física, de la experiencia y de la realidad. Gran parte de lo que sigue en este libro está dedicado a desarrollar este punto que entendemos fundamental. De otro modo, parecería que un jurado clásico sólo podría

---

<sup>997</sup>MITTERMAIER, Carl: “*Das Englische, Schottische....*”, op cit, p. 13. “Los legisladores alemanes están acostumbrados a tomar como modelos las leyes francesas. Satisfechos con imitar a éstas, **nunca estudian el derecho inglés, cuya importancia no fue apreciada en Francia.** Los legisladores franceses fracasaron en captar el espíritu nacional de la ley en Inglaterra y su íntima relación con el desarrollo moral y las costumbres sociales y políticas de ese país”.

<sup>998</sup>LANGBEIN, John: “*The English criminal trial jury on the eve of the French Revolution*” en el libro “*The trial jury in England, France, Germany 1700-1900*”, editado por SCHIOPPA, Antonio, Editorial Duncker & Humblot/Berlín, Alemania, 1987, p.13. “Francia adoptó el jurado paradiplomático siguiendo el modelo del jurado inglés durante el curso de los primeros meses de la Revolución y luego revisó incasamente al modelo de muchas décadas, Durante el curso del siglo XIX, la mayoría de los Estados Europeos adoptaron alguna variante del jurado. **El camino para esta Recepción del jurado es mayormente a través de Francia. Fue la versión francesa del jurado inglés, más que la apropiada institución inglesa, la que fue estudiada y emulada al largodetoda Europa.**

funcionar con *Rules of Evidence* como la de los anglosajones. Esto es un gravísimo error. Los países del *civil law*, como Argentina, funcionan perfectamente con sus propias reglas existentes de prueba en un sistema de jurados. Locierto es que, en definitiva, asociar el veredicto general de un jurado clásico con la ausencia de reglas legales es persistir en esta gran confusión que impregna el por consiguiente errado reclamo de motivación. Luego pondremos a la íntima convicción en el lugar en el que justamente se merece, tras haber sido atacada ferozmente por la reacción inquisitorial.

### § 3. Carl Mittermaier, el más lúcido de todos los juradistas del siglo XIX

Quizás el ícono más importante de la honestidad intelectual al analizar una institución tan extraña a la cultura de Europa, como lo fue el jurado inglés en pleno siglo XIX, haya sido Carl Joseph Anton Mittermaier.

La tesis central de este libro es que el reclamo de motivación al jurado clásico obedece a una pertinaz actitud de ceguera cultural, que deriva de abrir apresurados juicios sobre él **sin hacer el necesario y mínimo esfuerzo** por situarse en el entorno de donde proviene, tan distinto y extraño al que moldeó nuestra manera de concebir el procedimiento. De este conflicto entre el entorno cultural de pertenencia y el entorno cultural de referencia continúan sacándose, aún en pleno siglo XXI, conclusiones groseras y burdas sobre el jurado que nada tienen que ver con cómo funciona en realidad.

Pues bien, Carl Mittermaier fue, junto a Carrara, el único de los destacados juristas de la época **que no cayó en la trampa**. Antes de oponerse y de denostar al *jury* inglés y a su método de decisión sin saber muy bien por qué o por pura reacción intuitiva, emocional y cultural, se ocupó **primero** de estudiarlo de manera tan profunda y exhaustiva que puede decirse, sin temor a exageración, que se convirtió en el erudito más destacado del continente de todos los tiempos sobre el procedimiento anglosajón, al que logró sistematizar, describir y captar en su lógica como ni siquiera los propios teóricos anglosajones lograron hacerlo. A tal punto ello fue así, que le valió el respeto, la amistad y la admiración de varios de sus colegas del *common law*.

No podía esperarse menos de alguien tan honesto en la discusión y con tanta apertura mental en materia científica. Alguien que quizás, porque nunca lo sabremos, debió de haberse necesaria e inicialmente intrigado ante un hecho incontrastable: democracias republicanas tan sólidas y estables como las de Gran Bretaña y Estados Unidos no podían tener un sistema de justicia librado al arbitrio y a las pasiones del



vulgo, tal como calificaba Carmignania laconviccióndeljuradopopular. Algo debían tener el *jury trial* y su veredicto que él desconocía pero que le hacían sonar un tanto sospechosas las críticas apocalípticas que le propinaban sus colegas europeos. Prueba de su desconfianza hacia las calamidades que les atribuían a los jurados es este pasaje de su Tratado de las Pruebas, que resume su opinión:

*“He aquí las objeciones en toda su fuerza. No creemos que sean capaces de arrastrar la opinión del observador atento y sagaz, porque conducen en definitiva al error; y lo que tiene de especioso, debe sólo excitarnos a examinar con más detención, si los vicios de que se acusa al Jurado son inherentes a su naturaleza o el resultado de su organización defectuosa en ciertos países; si esta institución lleva en sí misma garantías importantes que no podrían encontrarse en las jurisdicciones regulares, y si no es más propia que cualquiera otra para conciliarse la pública confianza en la equidad de las sentencias. No; no puede negarse por un sólo momento la ventaja de semejantes garantías”.*<sup>999</sup>

Más aún, Mittermaier olfateaba que la *intime conviction* del jurado francés poco tenía que ver con la forma en que juzgaba y valoraba la prueba el jury inglés.

Tras dedicarle años al estudio de dicho sistema (usó sus vacaciones para, por ejemplo, investigar en persona el jurado en Inglaterra y Escocia, ya con 63 años), Mittermaier se convirtió, por pura decantación lógica, en un convencido juradista, partidario del sistema clásico con veredicto general y en un defensor a ultranza de las bondades del *adversary*, del juicio oral y del *fair trial* anglosajón, al punto tal que orientó toda su teoría del procedimiento y de las Pruebas para hacerla compatible con el jurado.

*“M. Goldschmidt cita un notable ejemplo de una de esas conversiones que operaban en Mittermaier: la observación y la reflexión; pues se pasó mucho tiempo antes que el ilustre criminalista se hiciese partidario del jurado”.*<sup>1000</sup>

Es allí donde reside la grandeza del maestro; el de aquel que le suma a su innato talento de jurista el rigor y la determinación en el estudio y su disposición mental de honesta apertura para superar sus prejuicios y las limitaciones culturales que le marcaban su época y su entorno en lo relativo al jurado que venía de Inglaterra. Fue sincero con lo que descubrió y no tuvo ningún miramiento en “suavizar” las conclusiones que, de modo natural, se derivaban de su constatación: entre otras, que el juicio europeo y la organización judicial europea debían cambiar drásticamente y con urgencia para adoptar -nunca mecánicamente, sino respetando la idiosincrasia de cada

<sup>999</sup>MITTERMAIER, Carl: “Tratado de la prueba...”, opcit, p.90.

<sup>1000</sup>MITTERMAIER, Carl: “Tratado de la prueba...”, opcit, p.XVII.

país- el mejor modelo de justicia que él había conocido, que era el juicio por jurados clásico de los anglosajones.

La biografía de Mittermaier, escrita por su colega y admirador Goldschmidt -el más grande jurista alemán de su tiempo en derecho comercial- nos muestra que, en su persona, se conjugaron todas las condiciones ideales para que este portento cultural pudiera producirse.<sup>1001</sup> En efecto, su padrastro le inculcó la pasión por los idiomas y llegó a dominar por completo varios de ellos. Este hecho, inusual para un jurista de su talla en los albores del siglo XIX, sumado a sus numerosos viajes y a su estancia en Inglaterra y Escocia, le permitió un intenso intercambio epistolar con los más grandes juristas ingleses y norteamericanos de su tiempo que duró toda la vida. Su dominio absoluto del inglés y su talla como jurista hizo que los profesores anglosajones le granjearan su amistad y concurrieran a Alemania a verle, lo que provocó que su conocimiento al detalle de sus sistemas de justicia fuese total.<sup>1002</sup>

Las condiciones académicas y los logros lingüísticos del joven Mittermaier llamaron pronto la atención de Anselm von Feuerbach, el gran penalista alemán de su tiempo, que lo convirtió en su secretario personal en la época en que redactó el Código Penal de Baviera.

Ya convertido en un prestigioso profesor por sus propios méritos, publicó su libro de 1851 sobre el sistema de jurado inglés escocés y norteamericano. Mittermaier le dio mucha importancia a este libro, cargado con sus observaciones personales del sistema de jurado inglés que vio con sus propios ojos en funcionamiento en Inglaterra y Escocia y de lo que logró reconstruir de su intensa correspondencia con los juristas de Estados Unidos. Además de describir de manera auténtica y vívida las costumbres judiciales inglesas y escocesas y de cómo administraban el derecho, analizó con lucidez el origen, desarrollo y estado actual del sistema legal inglés, **con especial énfasis en el jurado**. Cada capítulo del libro prueba que fue escrito sólo luego de un profundo examen de las más importantes instituciones. Mittermaier analizó más de ciento cincuenta juicios por jurados: algunos los presencié en persona, tomando notas durante los mismos y en otros se valió de las notas periodísticas y de los registros taquigráficos. Entrevistó a jueces, abogados, legisladores, oficiales de prisiones y a los ciudadanos que servían como jurados. También revisó las leyes respectivas del Parlamento inglés y compró toda la literatura jurídica disponible. Mediante este riguroso método, fue capaz

---

<sup>1001</sup>Reproducida íntegramente en el prefacio del *Tratado de la prueba criminal*.....

<sup>1002</sup>MACDONELL, Sir John: *“Great jurists of the world”*, Boston, Little Brown & Company, USA, 1914.

de llenar las lagunas de su conocimiento del sistema legal inglés y de sus instituciones penales.

Como es fácil de advertir, Mittermaier realizó una verdadera proeza para su tiempo.

El prefacio de este libro de Mittermaier nos da una muestra acabada del conocimiento absoluto que logró de los principios fundamentales de los sistemas judiciales de Inglaterra, Escocia y Estados Unidos. Además, se dio el lujo de combinarlo con la discusión de la posible adopción de los mismos por parte de Francia y los Estados alemanes.

Como lamentablemente no hay edición castellana y su presentación es no sólo antológica sino imprescindible, reproducimos aquí algunos de sus pasajes:

*“La historia legal nos muestra dos soluciones completamente diferentes. En el primer sistema... consideramos indispensable un juicio formal, examen oral y acusación responsable. El juez que preside, que no interroga ni a la acusación ni a los testigos, dirige el juicio; las determinaciones del jurado no constituyen respuestas a interrogatorios específicos pero, tras recibir del Juez Presidente una instrucción sobre todos los puntos legales de importancia del caso, rinden un veredicto general sobre la culpabilidad del acusado, tras un examen de los hechos de acuerdo a las reglas de evidencia.”<sup>1003</sup>*

*“El segundo sistema... requiere de una investigación preparatoria secreta, que por ello es más de carácter inquisitorial y produce informes que luego serán usados en el juicio. El juicio oral y público está basado en un cargo que emana de un magistrado y está dirigido por el Juez Presidente de la Corte de Juicio, que le da la instrucción final al jurado. Esta última jurisdicción está limitada a los más graves delitos. Sin estar restringidos por la prueba legal, dicho jurador rinde su veredicto libremente de acuerdo a lo que es general mente conocido como “íntima convicción” y bajo la forma de respuestas a los interrogatorios del juez presidente.*

*El primer sistema, correspondiente a los principios del derecho romano, es el adoptado en Inglaterra, Escocia y los Estados Unidos. El segundo sistema, es la base de los códigos de Francia y Alemania.*

Mittermaier empieza a anticipar su preferencia por el sistema inglés y los graves errores cometidos por los franceses en la recepción del jurado. Para la época en que Mittermaier escribía estas líneas, Alemania juzgaba con jurado clásico *a-la-francesa*.

### **“Todo**

---

<sup>1003</sup> Adviértase la clara diferencia que Mittermaier hace del jurado anglosajón y del francés: el primero rinde su veredicto de acuerdo a las reglas de evidencia. El segundo, de acuerdo a la íntima convicción. Es evidente que no puede asimilarse jamás al veredicto del jury anglosajón con la íntima convicción de manera aislada.

**aquél interésado en el progreso de la legislación criminal debe estudiar el procedimiento inglés.** Los legisladores alemanes están acostumbrados a tomar como modelo las leyes francesas. Satisfechos con imitar a éstas, nunca estudian el derecho inglés, cuya **importancia no fue apreciada en Francia.** Los legisladores franceses fracasaron en captar el espíritu nacional de la ley en Inglaterra y su íntima relación con el desarrollo moral y las costumbres sociales y políticas de ese país.

Per cuando miramos el espíritu del proceso criminal inglés y francés, y luego lo comparamos con su aplicación en los dos países, notamos muchas discrepancias. **Con frecuencia, las normas del código francés están en flagrante contradicción con los principios que subyacen a las mismas normas correspondientes en Inglaterra que garantizan su eficiencia.** En Francia, muchas de estas reglas no tienen base naturales; en otras palabras, las instituciones carecen de lo que es necesariamente correlativo a las mismas reglas en Inglaterra; la eficiencia de las reglas francesas usualmente queda disminuida por la falta de esos principios que, por sí solos, la justificarían.

Lo más relevante que el maestro observó del sistema inglés es que era ampliamente aceptado, a la vez, por los acusados y por la sociedad. Proeza prácticamente inigualable y el sueño de cualquier gobernante. Lograr tal conciliación para el continente europeo era, también, la obsesión de las investigaciones de Mittermaier.

*“En ningún lugar tiene, el proceso criminal, tan honda raíz en las costumbres morales y sociales como en Inglaterra; en ningún lugar su evolución se ha correspondido tan estrechamente con el desarrollo de la Nación y sus destinos. En ningún otro país puede tenerse memoria de tantos siglos de existencia y experiencia; ni un legislador ilustrado de modo alguno puede soslayarse semejantes ventajas.*

*En ningún lado está a la vez mejor protegido el procedimiento criminal por las mismas garantías, ni contribuye con tanta eficiencia al mantenimiento del orden público en general; mientras, por sumo método de garantizarla absoluta libertad personal, se han dado el gran favor de la Nación entera.*

*Es absolutamente verdad que quien haya presenciado juicios de casos criminales en Inglaterra queda fuertemente impresionado con la eficiencia de dicho sistema. Alaparque rigurosamente reconozca los derechos del acusado y le dé la más plena libertad de defensa, le asegura a la persona inocente la absolución y al culpable la condena. Y todos los sistemas de procedimiento criminal que estén conforme con las ideas de justicia y que, a la vez de garantizar el orden público y la seguridad, le inspire al ciudadano la más completa confianza, deben tener la más alta e importante opinión de todos los hombres inteligentes.*

*Deseo que pueda ser mostrado en este libro cómo puede ser establecido un sistema de enjuiciamiento criminal que salvaguarde, en forma simultánea y en igualdad, los intereses de la sociedad y la libertad individual de los ciudadanos, inspirando la confianza de todos los ciudadanos dignos y el saludable terror de todos los enemigos del orden público”.*<sup>1004</sup>

Así concluye su introducción al libro que le dedicó al estudio comparado de los sistemas de justicia anglosajones. Las conclusiones que pueden sacarse de él son múltiples, pero la primera que salta a la vista es que Mittermaier no encontró absolutamente nada en el jurado anglosajón que lo asimilara a un juicio *autoritario, monstruoso o inescrutable* por la forma de su veredicto. **Antes bien, lo que halló en sus constataciones fue exactamente lo contrario.** En abierta oposición a las tesis de Carmignani sobre la supuesta *convicción autocrática* del jurado ciudadano, el maestro de Heidelberg declara no haber conocido nunca ningún otro sistema judicial más garantizador para el derecho de defensa del acusado que el *jury inglés, escocés y norteamericano*.

#### **A. El esquema analítico de Mittermaier sobre el jury inglés**

El método quirúrgico empleado por Mittermaier para develar la cuestión consiste en exponer, antes que nada, la **constitución interna del jurado**, sus ventajas y, también, a enumerar una por una las furibundas críticas que se le dirigen, a las que calificó **impiadosamente como “poco serias”** y producto no de vicios inherentes al jurado, **sino de su defectuosa implementación en los países europeos.**

La primera cuestión que se planteó el maestro es, ni más ni menos, la siguiente: ¿es mejor un sistema basado en jueces profesionales que motivan sus decisiones? ¿O es mejor uno basado en un jurado popular que no da razón de su veredicto? Lo asombroso de esta disyuntiva es que hoy, en pleno siglo XXI, sigue teniendo completa vigencia.

##### **1. Las ventajas indisputables del jurado popular**

Mittermaier detalla cuatro características que son patrimonio exclusivo del jurado. Cada una en sí misma representa una garantía individual para el acusado **que ningún sistema de juez profesional podrá alguna vez equiparar** (por más que motive su sentencia).

*“Sabido es que los caracteres especiales del Jurado resultan:*

*1º de que para cada causa son llamados a entender y decidir ciudadanos*

---

<sup>1004</sup>MITTERMAIER, Carl: “*Das Englische, Schottische...*”, op cit., prefacio.

*sacados del pueblo;*

*2º de que estos ciudadanos no son sino los Jueces del hecho;*

*3º de que eximidos de toda regla de prueba legal y no obedeciendo más que a su convicción personal, no tienen que dar cuenta de su sentencia;*

*4º de que, gozando el acusado del más amplio derecho de recusación, pueden aparecer como Jueces, cuya decisión acepte libremente”.*

*Sin embargo, es preciso por cierto, que los adversarios del Jurado hayan encontrado pocos medios para atacarle con seriedad.*<sup>1005</sup>

## **2. Las desventajas y críticas al jurado**

Mittermaier enumera a renglón seguido nueve objeciones con que el antijuradismo ataca a los jueces ciudadanos. Resaltaremos sólo las referidas a la inmotivación.

**1º** Nada garantiza que los doce elegidos tengan *cultura intelectual* acorde a algo tan trascendente como un juicio o que no sean *débiles de espíritu*. Estremece el sólo pensar los riesgos que corre la sociedad entera ante tal posibilidad, *lo mismo que la inocencia de un acusado*.

**2º** Los jurados no son tan dados a reflexionar y, debido a la inmotivación del veredicto, es un peligro que queden librados a sus emociones e impresiones.<sup>1006</sup>

**3º** Los jurados son fácilmente impresionables por la elocuencia de los oradores.

**4º** El carácter necesariamente inmotivado del veredicto de un jurado popular es causa suficiente para rechazar el juicio por jurados.<sup>1007</sup>

**5º** **La sentencia del Jurado no tiene apelación**, lo cual es un nuevo motivo de peligro para la sociedad y para el inocente; al condenado se le rehúsan los medios ordinarios de derecho, cuyo efecto sería someter la causa al examen de otros Jueces.

**6º** La experiencia francesa ha puesto de manifiesto un jurado omnipotente, que

---

<sup>1005</sup> MITTERMAIER, Carl: “*Tratadodelaprueba...*”, opcit, p.87.

<sup>1006</sup> MITTERMAIER, Carl: “*Tratadodelaprueba.....*”, op cit, p. 88 : “*No estando los jurados sujetos a regla alguna, no teniendo ninguna cuenta que dar, ¿no puede suceder que por una confusión funesta se dejen llevar de su disposición momentánea de espíritu, como si existiera prueba completa en la causa, y que, deslumbrados por la actitud hipócrita del acusado, o irritados por su continente vivo y altanero, obedezcan a sus impresiones exteriores, absolviendo al culpable o condenando al inocente?*”

<sup>1007</sup> MITTERMAIER, Carl: “*Tratadodelaprueba.....*”, op cit, p. 88: “*Dispensar a los jurados de consignar al pie de su veredicto los motivos de su decisión, es poner en sus manos una arma formidable: una obstinación de ideas extravagantes en el uno; en otro, la ligereza de espíritu o el odio; la pasión en un tercero: he aquí muchas veces el móvil de sus opiniones; y como ninguno está obligado a exponer las razones, no puede existir verdadera deliberación, ni apreciación exacta y detenida. Por lo tanto el Jurado no garantiza la conciencia del examen ni la justicia del veredicto”.*

no decide en conciencia ni de acuerdo a las pruebas de la causa. Y es así que ha provocado grandes injusticias, absolviendo a culpables confesos de su crimen, *por la sola razón que les parece demasiado dura la pena.*

7° La separación entre hechos derecho es imposible, ilusoria, **sobre todo en los delitos de imprenta.** El jurado, las más de las veces, decide ocultamente puntos de derecho. Es decir, un grupo de legos *ignorante de las leyes* decide sobre cómo se aplica la ley al caso concreto. Por oposición al juez técnico, *versado en el derecho* y que *necesita apelar a toda su inteligencia, a todas sus luces especiales, a todos sus conocimientos prácticos,* para poder resolver tales cuestiones.

8° El jurado no puede ser jamás un tribunal imparcial cuando violentas crisis políticas se abaten sobre una Nación.<sup>1008</sup>

9° La unanimidad del jurado es un obstáculo contra la impunidad.

### **3. La refutación a las críticas y toma de posición sobre el jurado**

A continuación, Mittermaier expone el núcleo central de su visión sobre el jurado inglés. Refuta punto por punto -y con una maestría sin par- cada una de las objeciones; les da contenido a las cuatro características esenciales y propias del jurado y, finalmente, ataca de lleno el argumento opositor hacia la inmotivación.

Se puede decir que no hubo en todo el siglo XIX una mirada más lúcida y penetrante sobre el jurado que la que ahora se expondrá. Como tal, traspasa el tiempo y es tan válida ayer como hoy. Mittermaier se dio cuenta con toda claridad -estando ya en Inglaterra y en Escocia- que el trasplante del jurado al continente europeo había sido hecho de muy mala manera, y que la organización judicial que le siguió fue mucho peor aún. Sólo experimentando en forma personal el jurado en esos países, sumado a su bagaje teórico, fue que pudo concluir naturalmente que las terribles críticas que le propinaban los juristas europeos del continente al juicio por jurados eran una exageración. Ellas no se debían a defectos esenciales del jurado, cuanto de las graves distorsiones de haberlo implantado de la manera en que se lo hizo en Francia y el resto de Europa.

#### ***Jueces accidentales, Independencia judicial y control comunitario***

---

<sup>1008</sup> MITTERMAIER, Carl: “Tratado de la prueba....”, op cit, p. 89: “En las épocas de conmociones políticas, cuando los partidos se hallan frente a frente, **el Jurado es un Tribunal de terror** y desde este momento no puede esperarse de ellos una decisión imparcial”.

1º *Mientras que los Jueces ordinarios, bastante indiferentes a veces hacia la opinión de sus conciudadanos, y a menudo más interesados en sus ascensos, se esfuerzan en conquistar el favor de aquellos de quienes depende su propia fortuna y la de sus parientes y allegados, descuidan sus funciones por estar al abrigo de toda censura pública, y nada tienen que temer de las consecuencias de una sentencia defectuosa. Los Jurados, por el contrario, contraen una inmensa responsabilidad moral ante la opinión pública del país, Juez soberano e incorruptible.*

*Basta haber vivido en un país donde esté en vigor el jurado, para saber la impresión que sus veredictos causan en todas partes; y cuando, terminada su misión, vuelve a entrar el jurado en el seno de la ciudad, se halla al punto en presencia de la crítica general; allí ninguno deja de censurarlo cuando se presenta la ocasión, y la reprobación pública puede herirle de muy distinto modo que al Juez los apercibimientos de sus superiores; y sabedor de esto presta a los debates una atención incesante y más concienzuda.*

Las lapidarias críticas de Voltaire, de la generación del Iluminismo y del maestro Carrara al juez profesional (*Bueyes togados, jueces a sueldo, asalariados del Gobierno*) retornan incólumes en Mittermaier con similar precisión. La superioridad del jurado en términos de imparcialidad de su decisión proviene de su carácter accidental; por ende inmunes a las tentaciones de ascensos a cambio de fallos favorables. La mayor atención y conciencia que prodiga a sus juicios proviene también de su carácter de juez accidental y de que es comunitariamente responsable ante su sociedad por sus veredictos. Todo lo contrario al juez togado.

#### ***Interés general y defensa de las libertades***

2º *El Juez regular puede interesarse muy poco por el bien del país; su subsistencia está asegurada, y no tiene un interés inmediato en la eficacia de las sentencias penales, pero los jurados, cuando la institución funciona por un mecanismo bien combinado, tienen un interés directo y personal en la equidad de los fallos. Como parte integrante que son de la sociedad, y sintiéndose unidos también a ella por el vínculo de la propiedad, deben querer el sostenimiento del orden social y del respeto debido a la ley penal; comprenden las consecuencias de la impunidad de los crímenes y velan por su propiedad, cuando su voto imperativo hace caer sobre el culpable todos los rigores del castigo. Pero al mismo tiempo se preocupan en el más alto grado de los miramientos debidos a la libertad individual, y sabiendo que atentar a ella sería atentar contra sí mismos, su interés capital exige que la pena no hiera jamás al inocente.*

No olvidemos que se tratan de observaciones empíricas de Mittermaier. No de sus opiniones personales. La historia libertaria de la independencia judicial y de las



libertades esenciales de los seres humanos frente a la Tiranía no la escribieron los jueces estatales: la escribió el *jury inglés* con su sangre desde las funestas épocas de los Estuardo. Durante casi cuatro siglos.<sup>1009</sup> Antes la habían escrito los jurados romanos, cuando se alzaron contra la *Editio*, que pretendía digitar su elección, y lograron forzar la *Sortitio* (el sorteo aleatorio de los jurados, tal cual es hoy). Luego las reiteró en la lucha de los colonos norteamericanos contra el Imperio británico. Ningún sistema de justicia profesional torna responsable administrativamente a un juez por sus fallos. Por ello puede afirmar Mittermaier, desde la imperfección de todo sistema humano de justicia, que sólo el juicio unánime de doce jueces legos es quien mejor puede ponderar la libertad de los inocentes y el castigo a los culpables.

### ***Superioridad en la apreciación de la prueba***

*3º Los mismos adversarios del Jurado convienen en que el **Juez ordinario, a quien sus tareas y su vocación ponen en comunicación diaria mucho más con los libros que con los hombres, acaba muy a menudo por revestirse de ciertas singularidades de carácter que se acercan a sistemas exclusivos; llega algunas veces a comprender mal las interioridades de la vida, y su muy corta experiencia no le enseña a juzgar con seguridad, como debiera hacerlo, del valor de las pruebas alegadas.***

***Al contrario, los Jurados que viven continuamente en mutuas relaciones con sus conciudadanos, y a cada instante registran las lecciones de la experiencia, pueden mucho mejor decidir sobre hechos y circunstancias que la vida cotidiana les enseña a apreciar debidamente. Tomemos, por ejemplo, el caso en que se tratara de precisar hasta qué punto podría darse crédito a un testigo anteriormente condenado por crimen, o de decidir si un niño posee el discernimiento suficiente.***

Anticipándose una centuria a todas las investigaciones científicas sobre la toma de decisión del jurado, Mittermaier advierte con lucidez la influencia que tiene sobre la valoración de la prueba el carácter clasista del juez<sup>1010</sup>, las modificaciones en su estructura mental que provoca su pertenencia permanente a una organización judicial estatal y, por el contrario, la riqueza de visiones que aporta el jurado por su diversa extracción, su accidentalidad y su contacto con la vida cotidiana.

---

<sup>1009</sup> BINDER, Alberto: “Crítica a la justicia...”, op. cit., p. 61: “Aún en la tradición inglesa, el desarrollo de los jurados está vinculado a la larga lucha entre la justicia del rey (y sus funcionarios) y las justicias locales, cuya expresión más clara era el juicio llevado a cabo por los pares y la aplicación de la ley de la Tierra.”

<sup>1010</sup> En efecto, el juez medieval pertenecía a la aristocracia, con herencia del cargo y grandes extensiones de tierras. Hoy pertenecen a una clase media o media alta que juzga a las clases bajas y hace de ese magisterio -juzgar a los demás- su único trabajo.

### ***Delitos políticos y de imprenta***

4º *Tampoco pueden menos de reconocer, que en materias políticas debe confiarse con gran ventaja al Jurado la decisión de los hechos, y que mejor que los Jueces ordinarios podrá decir si, por ejemplo, tal acto acriminado constituye una agresión hostil contra el poder, o si no es otra cosa que el ejercicio legítimo del derecho constitucional. ¿No son casi invisibles en tales actos los límites donde comienza la criminalidad? Una crítica de los abusos del poder, atrevida y vigorosa por la verdad y vivacidad de los colores, el hecho de reunir las firmas de los ciudadanos al pié de una petición, la resistencia legal opuesta a la ilegalidad todo esto a los ojos del Juez, que se agita inquieto en el fondo de su gabinete de estudio, extraña muchas veces a los movimientos de la vida exterior y que mide sus actos por la letra inflexible de la ley todo esto puede parecerle un ataque real contra el poder, mientras que los Jurados, viviendo bajo la égida de una Constitución, en medio de las libres manifestaciones de la opinión pública, apreciarán los hechos con más exactitud y no verán en ellos sino el ejercicio de las franquicias civiles. Fuerza es decirlo, sobre tales materias no se podrán hallar ni en el corpus juris, ni en los Códigos penales, las bases y elementos de un fallo equitativo dado con conocimiento de causa. La preferencia que en este punto obtienen los jurados, deberá también extenderse a todos los delitos de imprenta y de injurias en general, porque nadie mejor que ellos podrá reconocer el agravio inferido al honor del querellante y la intención del delito”.*

Para la época en que Mittermaier escribía estas líneas, la libertad de imprenta y de expresión ya era un derecho constitucional gracias al veredicto de un jurado. En el juicio de 1735, el jurado de los colonos norteamericanos absolvió al periodista revolucionario John Peter Zenger por un libelo que el Imperio británico había tildado de sedicioso. ¡Qué hubiera sido de un juez profesional absolviendo en un caso de esa naturaleza!

### ***Garantía del número de jurados y unanimidad***

5º *El Tribunal criminal ordinario está compuesto de muy pocos miembros; los jurados son más numerosos, y su número es una garantía más, que atrae hacia su veredicto la confianza universal. Admitiendo, lo que es muy raro, que sean necesarios siete Jueces para completar un Tribunal criminal, cuatro votos constituirán la mayoría y producirán la condena. Pero cuando se ve que el Jurado no puede estar formado de menos de doce miembros; que estos doce miembros deben ser unánimes en Inglaterra; que en Francia se necesitan siete votos ad minimum para la condena, se comprende fácilmente que un veredicto de culpabilidad dado por doce o siete votos, debe satisfacer mucho mejor las susceptibilidades públicas, que si hubiera sido votado por cuatro Jueces solamente. En fin, se ha demostrado ya, que en muchos pormenores en materia de prueba, tales como la fe debida a los testigos, la concordancia de sus declaraciones, etc.,*

*etc., los Jueces deciden de la misma manera que los jurados; pero **cuanto mayor es el número de votos, más se aumenta la confianza pública, y es muy natural conceder mayor autoridad a la unanimidad que al mayor número de votantes.***

Esta desconcentración en doce personas del Pueblo que deben votar por unanimidad o por súper mayorías, frente a tres o a veces uno solo de los jueces designados por el Gobierno, a los que simplemente les alcanza hoy con dos votos para enviar de por vida a alguien a la cárcel, da una acabada cuenta de por qué los veredictos unánimes del jurado reciben la confianza inmediata de sus conciudadanos. Mientras que, por otro lado, las sentencias de los jueces profesionales son casi siempre fuente de sospechas de la población, por mejor hechas que estén.

### ***La recusación: fuente de confianza popular en el veredicto***

*6° Esta autoridad se acrecienta todavía, cuando se considera que el acusado ejerce ante los jurados un derecho de recusación mucho más lato que ante un Tribunal ordinario.*

*Cierto es que un Juez puede ser igualmente recusado; mas esto sólo tiene lugar en los casos previstos por la ley y por motivos articulados de antemano. Pero tal derecho de recusación no puede ser bastante: muchas veces el acusado tiene motivos vagos para creer que tal o cual Juez abriga malas intenciones con respecto a él... **En las causas políticas sobre todo, sus opiniones y sus preferencias de partido ejercen sobre su espíritu una inmensa influencia.** El acusado no ignora que no tiene que esperar absolución de un hombre inquieto y adicto al poder; y sin embargo, no puede recusarle sino en el caso muy raro en que la ley admita los motivos que articula.*

*¡Cuán diversa es por el contrario y lisonjera su posición relativamente a este derecho de recusación, cuando el asunto pertenece á los jurados! Así, y tal es el resultado de toda ley sabia en esta materia, **aquellos que no han sido objeto de sus recusaciones, aparecen verdaderamente como Jueces, cuya decisión futura acepta libre y confiadamente.** En cuanto al pueblo, su fe en la equidad de los fallos se manifiesta plena y entera desde el punto en que el Tribunal le parece imparcial: pues bien, **desde el momento que el mismo acusado elige en cierto modo sus Jueces, aparecen estos en el más alto punto dotados de esa imparcialidad tan anhelada, y no puede rehusarles la confianza.**<sup>1011</sup>*

Estas reflexiones sólo el comienzo del metódico proceso de esclarecimiento que Mittermaier emprende hasta llegar al núcleo central de la cuestión. El veredicto del jury inglés no es

---

<sup>1011</sup> MITTERMAIER, Carl: "Tratado de la prueba..." op cit, p. 90-94.

esitadesarrollarporecritosusrazonesparagranjearseelrespeto,laautoridadylaconfianza,ensimultáneo,tantodelacusadocomodelasociedad.Granpartedelaautoridaddelveredictode*guiltyornotguilty*deljuradoysuaceptaciónporelacusadocomienzaaedificarsemuchoantes,enelmarcodeunjuiciomuydiferentedelredescubiertojuiciopúblicocontinentalyconinstitucionescompletamentedesconocidasparaloseuropeos,como una instrucción informal, la centralidad del juicio, laplenadefensaenjuiciodelimputadoenpiedeigualdadalacusador,elamplioderechorecusatoriosincausaydecisionesquedebensertomadasnoporunamayoriadedosvotosenuntribunalfijodetresjuecesprofesionalesdelEstado,sinopordocejuecesciudadanosajenosalGobierno**por unanimidad**.Estaaltísimapresiónimpuestaalacusador y al defensor paralograrunacondena, una absolucióno en su defecto un nuevo juicio,fueloprimeroque llamóla atencióndeMittermaier,y,sorprendentemente,siguesinsebidamentevaloradaporlosjuristaseuropeosolatinoamericanos.Enefecto,elantijuradismocontinúa pregonando lapresuntaafectaciónderechodedefensadelimputadoacausadelveredictodeljuradoclásico,**sinisiquierarepararen las enormes garantías individuales y políticas quedeseencadenasusola existencia**.Lasgarantíasdelarecusación,desunopertenenciaalGobierno,delnúmerotanaltodejuradosydelaregladeunanimidadsongarantíaspolíticasimposiblesdesersuperadasporcualsiquiersistemadeprofesional.Porende,soninexistentesenlosjuiciosconjuecesprofesionalesoescabinosdeEuropayLatinoamérica.

#### **§4. La superioridad de legitimación y de garantías del juicio por jurados frente el juicio profesional.**

*Las garantías políticas que ofrece el tribunal de jurados son imposibles de equiparar por ningún sistema con jueces profesionales.*

¿Cómo hizo Mittermaier para llegar a esta conclusión, tan fuerte, tan central en su pensamiento y con tan profundas implicancias en lo relativo al problema de la motivación? Lo comenzó a hacer a partir de dos preguntas que surgieron en su mente tras años de investigación empírica en Inglaterra, Escocia y Estados Unidos:

- a) *¿Por qué los Pueblos en donde reina el jurado le dispensan tanta confianza a sus veredictos, sea el acusado, las víctimas o la sociedad en general?; y*
- b) *¿Por qué tales Pueblos desconfían de las sentencias de los jueces estatales?*

Respondió a estas dos preguntas fundamentales con quizás la más recordada de sus afirmaciones, que repitió una y otra vez en toda su obra:

*“Pero a su vez los jurados, por la naturaleza misma de su institución, por su completa independencia, y también por esa viva simpatía que es preciso suponer siempre en ellos a favor del acusado; los jurados, repetimos, suministran garantías políticas imposibles de encontrar entre los Jueces regulares”.*<sup>1012</sup>

¿Es sólo por simpatía? ¿Es sólo por su total independencia del Poder? ¿Es por su misma naturaleza? Por todo eso, y por las ventajas que él reconoció en el jurado es que existe una abismal diferencia de legitimidad entre un juicio por jurados y un juicio con jueces profesionales. Un juicio por jurados es, en sí mismo, siempre muy superior al realizado ante jueces gubernativos.

La indiscutible superioridad del jurado se asienta, de nuevo, sobre la base del número, de su *origen popular*, de su *no pertenencia al Estado*, de la *unanidad* de su veredicto, de la *recusación sin causa*, de que forman su *convicción sólo sobre las pruebas* presentadas en un juicio público, de que son instruidos por el juez sobre reglas de prueba, de que *sólo deciden una parte del caso* y de la *irrecurribilidad del veredicto absolutorio*, entre sus principales razones.

*“...un Tribunal de Jueces regulares no puede ofrecer jamás las dos garantías tan esenciales que conquistan la confianza al Jurado, a saber, el número de individuos llamados a sentenciar, y el derecho de recusación tan lato que compete al acusado y hace que los jurados aparezcan como jueces, o mejor aún, como árbitros, cuyas decisiones acepta libremente”.*<sup>1013</sup>

Por el contrario, ninguna de estas características existen ni podrán ser halladas nunca un juicio con jueces profesionales.

#### **A. Inmotivación para el jurado y motivación para los jueces profesionales.**

Establecidas las grandes diferencias de legitimidad entre el juicio por jurados y el juicio ante jueces profesionales, Mittermaier concluyó **que el único modo que tenían los jueces profesionales para que el Pueblo confiara en sus decisiones y para compensar su debilidad institucional frente al jurado era que estuvieran obligados a motivar sus sentencias** y a exponer por escrito las razones de sus convicciones. El

---

<sup>1012</sup> MITTERMAIER, Carl: “Tratado...”, op cit., p 41

<sup>1013</sup> MITTERMAIER, Carl: “Tratado...”, op cit., p 109

jurado, por el contrario, necesita de la inmotivación para asegurarle a los ciudadanos su pleno funcionamiento.

Sólo allí es donde un sistema judicial con jurados y/o con jueces encuentra su equilibrio: inmotivación para el jurado y obligación de motivación para el juez profesional. Veamos algunas de las múltiples citas que Mittermaier efectuara respecto a esta clara diferencia entre ambos protagonistas:

*“...pero antes, es preciso establecer una distinción fundamental. O el legislador prefiere confiar al Jurado la decisión definitiva, o bien continúa sometiéndola a las atribuciones del Juez ordinario. En el primer caso, la teoría legal de la prueba, tal como se practica en Alemania, es inútil, **ofreciendo el Jurado garantías que la sustituyen**; pero en el segundo se hace indispensable, como vamos a probarlo.*

*1º Los Jueces ordinarios no pueden dar esas garantías políticas que conquistan al Jurado la confianza general: el derecho de recusarlos es mucho menos lato para el acusado; por otra parte, **la multiplicidad tan imponente de votos** tampoco puede tener lugar en un Tribunal necesariamente compuesto de un corto número de miembros. **¿Cómo compensar, pues, a los Jueces regulares la pérdida de tantas ventajas? Sólo un medio existe: es preciso que el público tenga el convencimiento de que toda sentencia dada por ellos, es una obra perfectamente concienzuda; que es de todo punto conforme a las sabias instrucciones de la ley acerca de la prueba, dirigidas a garantizar la salvación de la inocencia: es preciso que esta sentencia pueda estar al abrigo de toda sospecha de arbitrariedad, y que por lo mismo aparezca que la ley es la que falta; es preciso, en fin, si se quiere que la confianza se aumente, **que el Juez esté obligado a dar severa cuenta de su decisión**”.***<sup>1014</sup>

*“No es posible conceder, sin condiciones, entera confianza a **Jueces que no reúnen las garantías que hacen tan popular al Jurado**, puesto que se ignoran y quisieran saberse los motivos que han determinado sus convicciones”.*<sup>1015</sup>

*“Más adelante demostraremos los inconvenientes de toda sentencia emanada de Jueces regulares, a quienes se confiera el derecho de decidir con arreglo a sus exclusivas opiniones; pero desde luego decimos que es un error muy grave considerar como una mejora el haber confiado la decisión del hecho a cinco Jueces. **Estos jamás podrán ofrecer las garantías políticas que se encuentran en el jurado**; son otros tantos pseudo-jurados, a quienes el acusado no tiene derecho de recusar”.*<sup>1016</sup>

<sup>1014</sup>MITTERMAIER, Carl: “Tratado...”, op cit., p. 72 y 73.

<sup>1015</sup>MITTERMAIER, Carl: “Tratado...”, op cit., p. 81.

<sup>1016</sup>MITTERMAIER, Carl: “Tratado...”, op cit., p. 83.

Estamos ante una de las páginas más lúcidas de la historia del pensamiento del derecho comparado. ¿De dónde es que se insiste hoy con injertarle una extraña motivación al jurado, cuando ésta existe sólo como compensación para los apuntados déficits del juicio ante jueces permanentes? O, peor aún, como afirman los motivacionistas del siglo XXI ¿cómo puede afirmarse que hoy sólo un juicio motivado pueda ser constitucional y que un juicio inmotivado de un jurado no lo es? Tal cosa es un absurdo. Un jurado nunca motiva y siempre ha sido sinónimo mismo de la propia Constitución. No hacía falta siquiera que la CEDH reafirmara lógicamente lo que Carrara y Mittermaier habían descrito con tanta naturalidad. Quien debe motivar será siempre el juez profesional, por la eterna desconfianza del pueblo en su origen, en la falta de controles de su juicio y por su pertenencia al aparato estatal.<sup>1017</sup>

### **B. Las diferencias entre la íntima convicción francesa y el veredicto del jury inglés con sus reglas de evidencia.**

No conforme con esto, Mittermaier clava el bisturí de manera inmisericorde sobre el meollo central del dilema: ¿puede un juez fallar con íntima convicción igual que un jurado? ¿El veredicto del jury inglés es realmente con íntima convicción? O, dicho de otra manera, los jurados ingleses, ¿deciden el caso en base a sus “*íntimas impresiones morales*”? O, tal cual él lo descubrió en su investigación comparada: ¿no será que la libertad de convicción del jurado anglosajón dentro del jury room *está fuertemente reglada*?

Si esto es así, conforme las críticas con que hoy se ataca al jurado clásico, ¿será cierto que el veredicto del jurado reduce las chances del acusado en materia recursiva?

Rápidamente advirtió Mittermaier que estaba en presencia de una de las más grandes contradicciones de los sistemas de procedimiento. Europa entera cayó en el error de creer que el método del jurado clásico de Inglaterra había sido adoptado por los franceses a imagen y semejanza. Y que, por lo tanto, los jurados ingleses apreciaban la prueba “arbitrariamente” según los dictados de su conciencia moral, de su subjetivismo,

---

<sup>1017</sup>JOFRÉ, Tomás: “*Manual de Procedimiento Civil y Penal*”, 5ª edic., anotada por el Dr. Halperín, Tomo I, Bs As, La ley, 1941, p. 87: “*I. El pueblo no tiene confianza en el jurado. El hecho es falso y lo demuestra una razón experimental. Cuando doce jurados han dicho, después de oír la acusación y la defensa, que el acusado es inocente, éste queda definitivamente absuelto. Ni la Corte más alta, ni nadie, puede revocar esa sentencia. ¿Qué prueba esto? Que los legisladores y el Pueblo tienen confianza en lo que ha resuelto el jurado. Si un juez permanente resuelve, a su vez, ese mismo hecho, ninguna legislación ha dejado de establecer por un tribunal superior....Esto nos demuestra que el pueblo no tiene confianza en los jueces permanentes y que la tiene plena y absoluta en los jueces populares. Se desconfía de la sentencia del juez permanente y se le obliga a dejar constancia escrita de sus actos; al jurado, no. Aquél tiene que motivar sus sentencias; el último vota afirmando o negando*”.

de sus pasiones, de sus ideas quizás extravagantes y de todos los demás adjetivos con que se atacaba -y se ataca injustamente- al jurado. Mittermaier comprendió con el tiempo que el jurado inglés estaba muy lejos de la imagen distorsionada que, por obra y gracia de la teoría francesa de la *intime conviction*, se habían formado los europeos. Más aún, su labor investigativa estuvo dirigida, una vez despejado este gran equívoco, a determinar hasta qué punto era posible conciliar las reglas legales de la prueba y las instrucciones del juez con la organización del jurado clásico.<sup>1018</sup>

Pero, primero, Mittermaier se dedicó a pulverizar esta asociación del método del jurado clásico anglosajón con la íntima convicción francesa. Este pasaje de su obra es esclarecedor de las contradicciones de aquel tiempo. Pero también nos habla de lo que él jamás pudo quizás ver o comprender en su tiempo acerca de las razones políticas que llevaron a los franceses a adoptar la *intima conviction* y a prescindir de las reglas explícitas sobre la prueba, que los europeos -y los franceses en particular- conocían de sobra.

Sobre el punto central de su investigación acerca de si es posible que un jurado clásico juzgue bajo **el control de estrictas reglas legales e instrucciones del juez sobre la prueba**, Mittermaier, sostiene:

*Si recurrimos al sistema seguido en Francia, desde luego nos parecen estas reglas incompatibles con él: la ley y la doctrina guardan acerca de ello completo silencio. En cuanto a las simples instrucciones que contiene el Código, tienden expresamente a desechar todas las reglas establecidas de ordinario por la ciencia, y parecen autorizar a los Jurados a no tomar por guía más que sus íntimas impresiones, aún mal definidas y no razonadas. Tal sistema es para nosotros injustificable, y nos apresuramos a decir que, al trasplantar a Francia con increíble precipitación la institución inglesa del Jurado, y no dándole sobre todo una organización clara ni precisa, el legislador mismo ha sido la causa primordial de las opiniones erróneas recibidas en aquel país. La mayor parte ha creído que la operación del entendimiento, por cuyo medio se dedica el Jurado a discernir la verdad en los hechos de la acusación, era muy diferente de la que sirve de guía al Juez ordinario; y sin embargo, vemos que habla la ley, en la instrucción de que se trata, de la “impresión que han hecho las pruebas sobre la razón de los Jurados”.*

*“En Inglaterra, en la patria del Jurado, el sistema vigente es preferible y conforme a la esencia de las cosas. A decir verdad, no se hallarán en la ley esas reglas tan frecuentes en la legislación alemana; pero aparte de los textos legales existe la common law (ley común no escrita), que encierra un cuerpo de preceptos jurídicos bastante claros y fielmente observados por los Tribunales. La common law, parte la más preciosa acaso de la legislación*

---

<sup>1018</sup>MITTERMAIER, Carl: “Tratado de la prueba.....”, opcit, p.95.



*inglesa, que el pueblo conoce a fondo, cuya religiosa observancia exige ante todo, y que va perfeccionándose diariamente, merced a las investigaciones de la ciencia y a la práctica judicial, encierra una verdadera teoría de la prueba, análoga en el fondo a las ideas usadas en Alemania, conteniendo un cuerpo de reglas especiales (rules) sobre los puntos más importantes”.*<sup>1019</sup>

*El Código de la prueba de los Estados Unidos (Code of Evidence), redactado por M. Livingston, está concebido en igual sentido, y mucho se engañaría el que creyese que esta obra legislativa tan notable, abandonando los jurados a sí mismos, los autoriza a no obedecer sino sus propias inspiraciones”.*

Aquí empieza a asomar el punto de unión entre las reglas de evidencia del *common law* y la teoría legal de la prueba que Europa continental había desarrollado durante la Inquisición y el futuro imaginado por Mittermaier para un posible jurado clásico en el *civil law*, con especial énfasis en las instrucciones del juez al jurado sobre la prueba.

*Estos ejemplos indican el verdadero sistema que se debe seguir, y los preceptos que deben imponerse a los jurados. Quisiéramos, pues, que la ley criminal arreglara en tiempo y lugar la admisibilidad de los diversos medios de prueba, así como la manera de administrarlos; que determinara los casos de admisibilidad de testigos, y que comprendiera instrucciones precisas que pudieran guiar la apreciación que deben hacer los jurados del mayor o menor crédito debido a los medios aducidos en la causa; instrucciones, en fin, en un todo análogas a la doctrina de los criminalistas ingleses.*

*Bajo este supuesto, las reglas contenidas en los Códigos de Alemania se hallarían de nuevo inscritas en la ley, aunque modificadas en lo que tienen de demasiado absolutas; y en vez de encadenar a los jurados, se limitarían únicamente a estimular su atención. Por la fórmula de su mismo juramento, deberían estos sujetarse a examinar las pruebas en conformidad con las instrucciones legales, y a fundar su veredicto exclusivamente en los resultados de este examen.*

*A cada uno de ellos debería ponerse en la mano el texto de la ley. De este modo habría en los debates una especie de medida de la prueba, a la que se remitirían siempre, tanto la acusación como la defensa, llamando hacia ella toda la atención de los jurados; el Presidente por su parte los excitaría asimismo a tomarla por guía de su examen de las pruebas aducidas, y en fin, ellos mismos al entrar en la Sala de las deliberaciones, sabrían encontrar por su medio un sólido punto de apoyo. Esto sería dar el golpe*

---

1019

MITTERMAIER, Carl: “Tratado de la prueba...”, opcit, p.75: “En una palabra, la teoría legal de la prueba no es otra cosa que la expresión de las reglas dictadas por la experiencia”

***de muerte a la preocupación funesta, que quiere que los jurados no sigan más que sus propias inspiraciones; y en efecto, dado en la forma que acabamos de indicar, su veredicto tendría toda la autoridad de una sentencia fundada en la racional apreciación de los elementos de convicción.***

*De lo dicho debemos inferir, que para obtener toda la eficacia posible, el jurado debe reunir ciertas condiciones, cuya existencia, preciso es decirlo, la ley no ha garantizado en Francia de ningún modo.*<sup>1020</sup>

### **C. La *intime conviction* en manos de los jueces. Rápido retorno a la arbitrariedad.**

Un fenómeno inesperado se produjo en Francia tras la Revolución. No sólo que se implantó el jurado sino que, inmediatamente, los jueces profesionales comenzaron a dictar sus fallos con *intima conviction*, sin dar en absoluto razones para su decisión. Este y muchos otros desatinos tuvieron lugar en la convulsionada escena política francesa y europea, desatando los airados reclamos que hemos visto. Mittermaier y Carrara condenan de manera fulminante esta práctica. Pero se diferencian de Carmignani y los antijuradistas en la precisión quirúrgica con que reconocen que -a pesar de sus críticas- la íntima convicción es sólo para el jurado y su veredicto. Pero el juez profesional de Europa continental está obligado siempre a motivar su decisión, por las eternas sospechas que despierta en cualquier Pueblo por su carácter de integrante del Gobierno. Nadie concedería nunca en una democracia un poder tan absoluto.<sup>1021</sup>

### **§ 5. El veredicto del jurado como una decisión fundamentada y racional**

Hemos citado sólo algunos de los párrafos de la obra de Mittermaier que, por si no ha quedado claro, fue el más grande especialista en su tiempo en legislación

---

<sup>1020</sup> MITTERMAIER, Carl: "Tratado de las pruebas....", opcit.p.97yss

<sup>1021</sup> MITTERMAIER, Carl: "Tratado...", op cit, p. 109: "Lo que se entiende por las palabras *intima conviction aplicadas al Jurado, no puede aplicarse del mismo modo a los Jueces. Salidos de entre sus conciudadanos, cuyas opiniones les son conocidas; familiarizados con las exigencias de la vida social; ocupando por posición y por deber un lugar más próximo al acusado y a los testigos, y poseyendo también mejor que nadie el medio de apreciar exactamente la veracidad y el continente de unos y otros, al levantarse de su banco para volver a entrar en el seno de sus conciudadanos, y obligados en cierto modo desde aquel momento a darles estrecha cuenta de sus decisiones, los jurados, sin duda alguna, para juzgar del hecho se hallan en una situación de las más ventajosas, y su veredicto, mientras esté basado en su íntima convicción, se reviste de un notable carácter de veracidad; es un testimonio emanado de los conciudadanos del acusado. Pero no sucede lo mismo con respecto a los Jueces, ni su sentencia puede esperar un resultado parecido. No nos cansaremos de repetirlo: por posición y por deber, por sus trabajos, por sus costumbres, por su comercio con los libros y no con los hombres, los Jueces se hallan demasiado aislados de sus conciudadanos para que sus fallos puedan satisfacer plenamente, por completa que sea su convicción; y en fin, su posición en el Estado, tan diversa de la de los Jurados, se opone a ello igualmente".*

comparada. Su interés primordial era instaurar en Europa el jurado; pero él pretendía hacerlo obteniendo un delicado equilibrio, de muy difícil consecución: por un lado, respetar la idiosincrasia de los pueblos de Europa continental (tan distintos a Inglaterra y la América del Norte) pero, por otro, sin alterar en lo más mínimo la esencia del jurado clásico. Por ese carril, Mittermaier vislumbró una clara posibilidad, al advertir que, efectivamente, el jurado popular anglosajón estuvo siempre vinculado con la ley de la prueba. **Sólo que jamás cayó en las ataduras fijas, obligatorias y absolutas de las odiadas pruebas legales del continente.**<sup>1022</sup> El veredicto del jury anglosajón es *estrictamente reglado* y, a la vez, *libre*. El jury inglés siempre se reservó su libertad final y soberana de apreciación de la prueba, pero bajo rigurosas reglas racionales y legales e instrucciones del juez que desde siempre definieron a su procedimiento y que le granjearon, por lógica, la autoridad y la confianza del Pueblo en sus veredictos, que **son lógicos, racionales y razonados sin necesidad de motivación alguna**. Palabras más, palabras menos, Mittermaier advirtió con sencillez que las *Rules of Evidence* del *common law* anglosajón eran muy parecidas a las que estaban codificadas en su país natal, salvo por el carácter absolutista de obligatoria valoración de las mismas que la ley le imponía al juzgador. **Despojado de este carácter absoluto, el jurado clásico perfectamente podía ser conciliado -respetando la forma de su veredicto no motivado- con la apreciación libre, legal y racional de las pruebas.** Esto es, muy lejos de la arbitrariedad y del abandono a las “*impresiones íntimas*” con que el mundo interpretó la creación francesa de la *intime conviction* y que le hizo creer a media Europa y América Latina que tal era el sistema del jury inglés.

Mittermaier remate este concepto en otro pasaje de antología:

*“Solamente el día en que la voz popular, las ideas, las instituciones políticas hablen en su favor habrá llegado al jurado su turno; y bien pronto se conocerá cuán poco fundados son los ataques de que es objeto. Estos ataques, ya lo hemos dicho, no pueden tener valor alguno, sino donde su inauguración no se ha hecho en circunstancias oportunas, donde su organización es gravemente defectuosa, y mala la legislación penal, y donde ésta tiende a fomentar la preocupación de que los jurados están únicamente abandonados a sus impresiones, a sus sentimientos íntimos; creyéndose no existen para ellos las reglas de la prueba”.*<sup>1023</sup>

<sup>1022</sup>MITTERMAIER, Carl: “Tratado de la prueba.....”, opcit, p.70: “Aparte de estas reglas, el legislador ha trazado a algunas veces una especie de instrucción sobre la prueba, que sin obligar absolutamente al Juez, debetener lasie mpre presente en el curso del debate, para servir de ella como medida normal en cualquier ocasión. A. este sist emadeber referirse el *common*

*law*, (ley común) de los ingleses y el *Code of Evidence* (código de la Prueba) de la América del Norte.

<sup>1023</sup>MITTERMAIER, Carl: “Tratado de la prueba.....”, opcit, p.102.

No hace falta ser un erudito para darse cuenta de la similitud de muchas de las *rules of evidence* anglosajonas con las que ya existían desde hacía siglos en Europa: prohibición de valoración de los testigos de oídas; de los que son parientes de las partes; inadmisibilidad de valoración de la confesión obtenida bajo amenazas, presiones o torturas; requisitos para tener por válido un documento, prohibición de valoración de la prueba obtenida ilegalmente o con afectación a garantías constitucionales, dificultad en condenar con único testigo, etc.

Pero, en lo que aquí importa para esta obra, apartémonos un instante del esfuerzo mayúsculo del maestro en mirar cómo instaurar el jurado en Europa y detengámonos en lo que positivamente afirmó al ver en persona el funcionamiento del sistema de jurado clásico anglosajón. Mittermaier declara que el veredicto del jury anglosajón **no necesita de expresión alguna de motivos para considerarse suficientemente fundado y para tenerlo como un pronunciamiento racional**. Gracias al derecho recusatorio sin causa, a la amplitud del derecho de defensa, a la publicidad de la acusación, al diseño mismo de todo el juicio público como un *fair trial*, a las instrucciones sobre la prueba y el derecho que imparte el juez, a la composición no gubernamental del jurado, a esa verdadera teoría de la prueba que son las reglas de evidencia, al gran número de jurados (doce), su no pertenencia al Estado y a la exigencia de unanimidad, su veredicto tiene **“toda la autoridad de una sentencia fundada en la racional apreciación de los elementos de convicción”**.<sup>1024</sup>

Precisamente esto es lo que no vieron, o no quisieron ver, o malinterpretaron o deliberadamente ocultaron juristas de la talla de Carmignani y los procesalistas franceses del siglo XIX. Lo más asombroso de todo es que buena parte de la literatura jurídica europea continental y latinoamericana del siglo XX y XXI insiste en el error de seguir asimilando el veredicto del jurado clásico anglosajón- o del romano, griego o germánico- con la íntima convicción de Francia y en malinterpretar la íntima convicción por el abuso que provocó este método en manos de jueces profesionales. Sin embargo, la crítica al veredicto del jurado por “irracional” continúa dando batalla en la órbita del *civil law*, pero ahora desde un argumento “progresista” de reciente invención: su violación a una “supuesta” garantía constitucional de motivación, que sería esencial para defenderse en un recurso amplio contra la condena de novel desarrollo en las

---

<sup>1024</sup>MITTERMAIER, Carl: “*Tratado de la prueba.....*”, opcit, p.98.

sentencias de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos. Veremos ahora, por supuesto, que esto no es así. Más aún, que hasta el propio Mittermaier lo advirtió con claridad en pleno siglo XIX.

#### **§6. El jurado clásico y el derecho al recurso por cuestiones de prueba de los hechos.**

Hemos dejado para el final este último punto de las refutaciones que Mittermaier realizó sobre las objeciones generales contra el sistema de jurados. Y lo dejamos para el final porque, para la época en que el maestro vivenció en persona el jury inglés y escribió su obra, las objeciones al jurado por la inapelabilidad de su veredicto estaban en un segundo plano de intensidad. Hoy en cambio, en pleno siglo XXI, son la piedra angular de las críticas que recibe el juicio por jurados clásico. Se argumenta de manera falsa en la actualidad que la forma no motivada de su veredicto impediría un recurso amplio de revisión de los hechos y de las pruebas del caso, en contra de las nuevas exigencias de los tribunales internacionales de Derechos Humanos. De tal modo, un acusado debería limitarse a cuestionar *sólo* el derecho aplicado al caso, la integración del tribunal y si hubo o no violación de garantías constitucionales o errores esenciales durante el curso del procedimiento. Estos son, en suma, los tradicionales motivos de casación, que siempre excluyeron cualquier revisión de los hechos probados, sea en los sistemas de justicia enteramente profesionales, en los mixtos (escabinados) o en los de jurados populares.

Según esta particular forma de ver las cosas, el derecho al recurso habría experimentado en los últimos años una transformación y una ampliación de tal magnitud que tornarían incompatible con la Constitución a los sistemas de juicio por jurados clásico, que no motivan su decisión. Si éstos pretendiesen sobrevivir a estas nuevas exigencias en materia recursiva, deberían cambiar necesariamente, sea transformándose en escabinos, sea exigiéndole al jurado popular que, además de su veredicto de culpabilidad o no culpabilidad, rindieran una motivación de los hechos y la prueba de su decisión.<sup>1025</sup>

---

<sup>1025</sup> PASTOR, Daniel: “El deber judicial.....”, op.cit., 2010, p. 60: “Por último, también los jurados deberán dar explicación de las condenaciones, ya sean todos legos, tal como ya sucede hoy “a la española”, o escabinos...”. Pastor deja para el final una pregunta retórico-práctica: “¿cuál es el inconveniente de un modelo de enjuiciamiento penal que exige motivar las condenaciones?”. El “inconveniente” en el juicio por jurados es insuperable, además de innecesario, y supone la derogación de un plumazo del jurado clásico, que es el efecto deseado por el los juristas del *civil law* desde 1789 en adelante. En efecto, para poder cumplir con esta novedosa “*súper garantía del motivacionismo*”

Buena parte de este libro está dedicada a refutar especialmente este punto relativo a la “supuesta” limitación recursiva del jurado clásico, como también a demostrar que dicho argumento -además de errado- es utilizado adrede como arma ideológica con dos fines políticos muy claros: 1) para impedir la instauración de sistemas de jurado clásico en aquéllos países, como la Argentina, que hace años deberían haberlo implementado por mandato constitucional; y 2), para evitar que el Pueblo concentre exclusivamente en sus manos la decisión sobre la culpabilidad o la inocencia y que, consecuentemente, el Estado se asegure el mantenimiento exclusivo de grandes porciones de ese poder.

#### **A. La anticipación de Mittermaier en la cuestión: cómo regular el recurso contra la condena.**

El desarrollo de esas ideas y argumentos están ampliamente expuestos en el capítulo de este libro correspondiente al control de la decisión (impugnación) pero, en lo que aquí nos interesa, no podemos pasar por alto la lucidez de Mittermaier en sus observaciones sobre el derecho al recurso en los sistemas con *jury trial*. Y empleamos esos adjetivos por una doble razón: Mittermaier era un jurista alemán, criado íntegramente en la cultura mixto-inquisitorial escrita, donde la motivación y el recurso tenían una larguísima y compleja historia. Es encomiable el esfuerzo de comprensión cultural que debió necesariamente haber hecho para arribar a las conclusiones a las que llegó y que luego publicó en su obra. Nunca dejaremos de enfatizar este punto, ya que nadie de su nivel en ese tiempo pudo consumir una hazaña de tal magnitud. Ni siquiera la mente privilegiada de Carrara.

Pero la razón más importante es cómo Mittermaier pudo superar el embrionario desarrollo que tenía el derecho recursivo por esos años y, aún así y quizás sin saberlo, anticiparse casi doscientos años en dar la solución correcta a un tema muy complejo, como es la actual amplitud de control decisorio, **sin que esto pueda ser enarbolado válidamente como objeción contra el veredicto del jurado**. Y lo hizo haciendo varias observaciones cruciales: la primera de ellas, diferenciando entre lo que es veredicto del jurado y la sentencia posterior del juez. La segunda y quizás más fundamental, es cómo advirtió que todas las cuestiones que en su país serían consideradas cuestiones de hecho

---

*universal*” (que en esta tesis demostraremos que no es tal), el jurado español y los escabinos reciben el auxilio de jueces profesionales gubernativos. Eso es inadmisibles en un jurado popular clásico, que no necesita motivar sus condenaciones para permitir el más amplio control al acusado, *ex ante* y *ex post*. Mittermaier lo vio 150 años antes.

-por ende irrevisables- eran considerados en el *common law* “*simples puntos de derecho*” y, por ende, ampliamente revisables en apelación. Y tercera y también esencial, fue su particular observación sobre el rol de garantía que juega la motivación de la sentencia, **pero sólo respecto del juez profesional.**

El veredicto del jurado es inapelable. Así fue antaño, y todavía sigue siendo así, ya que representa la expresión soberana del Pueblo. Lo cual no impedía -ni impide- que, si es de condena, pueda ser impugnado por nulidad (*to impeach the verdict*) antes ser aceptado por el juez, sea por defectos en su integración, por conducta del jurado, por sobornos, presiones exteriores, por su arbitrariedad y falta de sujeción a la prueba, etc y, consecuentemente, **corregirlo mediante un nuevo juicio ante otro jurado.** Claro que el derecho al recurso, tal cual hoy lo conocemos no existía a comienzos del siglo XIX, cuando Mittermaier escribió su obra. El veredicto de culpabilidad podía impugnarse por muchas razones, pero eso es algo muy distinto al derecho recursivo, entendido éste como la posibilidad de recurrir la sentencia condenatoria posterior del juez tras un veredicto de culpabilidad del jurado. Tal derecho fue evolucionando firmemente hasta la conformación que hoy tiene en nuestros días, tanto en el mundo del *civil law* como en el del *common law*. Este cambio hacia cada vez más crecientes áreas de revisabilidad fue gradual en los países anglosajones pero, desde hace casi un siglo, es pleno y total. Basta con sólo leer algunos de los fallos judiciales de las Cortes inglesas, canadienses y norteamericanas que hemos tratado en la Parte I para caer en la cuenta de lo fútil que es esta crítica al jurado por su “*inapelabilidad*” o por su acotada revisabilidad **a cuestiones exclusivas de derecho**, que es otro de los caballitos de batalla de los hípermotivacionistas.

En efecto, varios de los juristas del *civil law* no se ruborizan al afirmar como dogma indiscutible que la amplitud del recurso en los sistemas mixtos de Europa continental y latinoamericanos es muy superior a la de los países del *common law*. Afirman, en síntesis, que en el *common law* sólo se pueden recurrir *cuestiones de derecho*; mientras que, en el mundo del *civil law*, se debe revisar todo: hechos y derecho. Tal noción tornaría inconstitucional al veredicto inmotivado del jurado clásico, a menos que éste fuera obligado, contra su esencia misma como tal, a dar razones escritas de su decisión. **Olvidan así uno de los grandes hallazgos de Mittermaier sobre tan delicada cuestión.**

## B. De cómo advirtió la diferente cuestión *hecho/derecho* en el *common law* y en el *civil law*.

Primero y principal, el maestro señaló algo que era obvio para cualquier observador, porque se encontraba en las entrañas del sistema: otra de las evidentes garantías individuales del jurado clásico, derivadas de la irrecurribilidad de su veredicto, que son imposibles de hallar en el sistema profesional y son inexistentes en el continente europeo, es **la prohibición de concederle al acusador ningún tipo de recurso. Al acusador, por ende, le estaba vedado impugnar la absolución de un jurado**, cuyo veredicto adquiría así fuerza de cosa juzgada material. El mundo inquisitorial del *civil law* repugna una noción semejante e insiste tozudamente con la bilateralidad de los recursos y con darle a los acusadores facultades sin límites para recurrir sentencias absolutorias (aún cuando tengan jurado, como los casos contemporáneos de España y Rusia).<sup>1026</sup> Pues bien, para la época en que Mittermaier fue a Inglaterra, ya se había expandido con fuerza el jury francés en el continente. Junto con él también se había diseminado la hipocresía de atacarlo en punto a su irrecurribilidad o a su revisión limitada, ocultando, convenientemente, que el recurso de apelación en Europa nunca fue una garantía para el acusado, sino un método de control de las burocracias superiores judiciales hacia sus miembros inferiores.<sup>1027</sup> Dentro de la práctica que siguió a este estado de cosas, absolutamente vigente en la práctica judicial actual de los tribunales de recurso del *civil law*, sólo se conceden los recursos que versan sobre *cuestiones de derecho*, ya que las *cuestiones de hecho o de prueba*, por más que se declame su revisabilidad, son rechazadas bajo el argumento de que únicamente pueden ser apreciadas por los jueces del juicio (*principio negativo de la inmediación*).

---

<sup>1026</sup> Veamos cómo se horrorizan la gran mayoría de los juristas europeo-continenciales “progresistas” cuando se los confronta con la prohibición de darle recurso al acusador contra una sentencia absolutoria; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: **“El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho”**, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Universitat Jaume, México, 2008, p. 51. El autor, al parecer muy preocupado ante el avance del sistema adversarial norteamericano en España, hace una reseña de los “graves defectos” que él ostenta. Y confecciona una lista de las cosas de las que habría que cuidarse muy bien: “*el inmenso poder de la policía*”; “*la amplísima discrecionalidad del fiscal para decidir la acusación*”; “*el papel demasiado pasivo del juez*”; “*el gran poder de las partes para conformar el proceso*”; “*la casi ausencia de límites en la negociación sobre la culpabilidad y la sanción a aplicar*”; “*la no fundamentación del veredicto del jurado*” y “*las limitaciones del recurso de apelación, sobre todo frente a una absolución del acusado*”.

<sup>1027</sup> CARRARA, Francesco: “Programma...”, Vol II, op.cit., p.492: “*yestambiénevidentequedichaenmiendanopuedeconfiarsealosmismosjuecesquedieron es sent encia, como, antes de la Revolución, setuvo el descarodehacerlo en Francia*”.



La gran diferencia que Mittermaier encontró en los sistemas procedimentales anglosajones es que, por ejemplo, los ingleses y los norteamericanos consideraban **a las reglas de la prueba de los hechos como *cuestiones de derecho*** y, por ende, revisables por cortes superiores o hasta por el mismo juez de derecho del juicio. Al referirse asombrado al gran desarrollo de las Reglas de Evidencia que vio en Inglaterra, el maestro escribió lo siguiente:

*“En Inglaterra estas mismas reglas no son casi siempre otra cosa que una especie de miras que señalan la senda que debe seguir el Jurado. Bajo otro aspecto, la ley inglesa ofrece una particularidad muy notable, a saber, que las cuestiones que se suscitan sobre la admisibilidad de un género de prueba, sobre la mayor o menor confianza que debe concederse a tal prueba, tachada de irregularidad, son consideradas como **simples puntos de derecho, íntimamente ligados con la ley sobre la prueba**, y cuya solución está reservada tan sólo a los Jueces regulares. Así se ve con mucha frecuencia, en el curso de una instrucción, decidir primero el Juez si tal o cual medio es aplicable al caso especial, y después conformarse religiosamente los jurados con esta decisión y seguir sus consecuencias. Otras veces, después de haber pronunciado el Jurado, puede presentarse, una grave cuestión de derecho y ser al punto diferida a los doce Jueces mayores, **cuya sentencia definitiva puede revocar el mismo veredicto.**”*

Cuando el maestro comentaba el Código de Prueba del norteamericano Livingston, halló la misma cosa:

*Aún más, el Código de procedimientos, debido al mismo autor, concede al Tribunal el derecho de volver a reunir el Jurado, si resulta que se ha infringido la ley sobre la prueba.<sup>1028</sup>*

Se advierte aquí una conclusión fundamental. Las *cuestiones de derecho* en Europa continental y en Latinoamérica **no tienen el mismo significado que en el mundo anglosajón** y siempre fueron más restringidas, ya que sólo abarcan la aplicación de la ley penal al caso concreto o la afectación de derechos y garantías constitucionales. En cambio, en la Inglaterra de comienzos del siglo XIX, Mittermaier advirtió que las *cuestiones de derecho* para los anglosajones eran muchísimo más amplias y abarcaban, además, a las cuestiones de prueba de los hechos. Dicha amplitud en el contenido de las *cuestiones de derecho* pasó a todas las colonias del Commonwealth y a los Estados Unidos, y se mantiene hasta el día de hoy. Entonces, más allá de la etiqueta de “*cuestiones de hechos o de derecho*” para abrir o rechazar un recurso hay algo que es

---

<sup>1028</sup>MITTERMAIER, Carl: “*Tratado de la prueba.....*”, opcit, p.97.

muy claro: las cuestiones de la prueba de los hechos del caso y su valoración probatoria fueron siempre revisables en el derecho anglosajón. En Europa continental, en cambio, los hechos y la prueba de los mismos jamás fueron recurribles.

¿En dónde estaba, entonces, la tan pregonada restricción recursiva con que se criticaba -y se critica- al jurado?

### **§7. Ajustes imprescindibles para instaurar el jurado clásico en territorio inquisitorial.**

Mittermaier no se quedó allí. No se conformó sólo con despejar este equívoco de grandes proporciones y de tan intensas derivaciones políticas e institucionales, que dieron pie a que el jurado clásico fuera visceralmente atacado por italianos, alemanes, franceses, etc. El maestro aprendió también la lección que dejó el atribulado experimento revolucionario francés: la traslación mecánica de instituciones o de partes de ellas en contextos extraños sólo garantiza el fracaso. De allí que enumerara muy minuciosamente todo lo que, a su juicio, debía adoptarse y respetarse para asegurar el éxito del jurado en contextos territoriales infestados por la peste inquisitiva. Algunas de esas observaciones hoy carecen de relevancia, como lo era su preferencia porque el jurado estuviera integrado por ciudadanos voluntarios inscriptos en una lista “*con cierta fortuna y conocimientos suficientes*”. Pero el resto de ellas asombra, todavía hoy, por su precisión e incontrastable verdad.

#### **A. Necesidad de las instrucciones del juez al jurado**

Sobre todo, el rol crucial que el maestro señaló respecto de las instrucciones del juez al jurado; imprescindibles para tener por debidamente fundado su veredicto y para alejarlo definitivamente de la arbitrariedad.<sup>1029</sup>

#### **B.El jurado y los “atenuantes” (veredicto alternativo).**

---

<sup>1029</sup>MITTERMAIER, Carl: “*Tratado de la prueba.....*”, opcit, p.99: “*Ya hemos demostrado la necesidad de dar instrucciones a los jurados en materia de prueba, y tocado sus puntos más esenciales. Estas instrucciones formarían la segunda condición requerida para la buena organización del Jurado; porque sólo ellas pueden desarraigar la funesta preocupación de que los jurados son dueños de no ceder sino a sus impresiones, a sus inclinaciones y caprichos; porque sólo ellas pueden garantizar el examen y la apreciación racional de las pruebas. Repetimos que es un error mirarlas como imposibles en el sistema de los Jurados francés e inglés: en Francia la institución es ciertamente, bajo este aspecto, una degeneración del tipo originario, al que se podría con facilidad volver a acomodar; en Inglaterra el Jurado tiene siempre a la vista las reglas de prueba suministradas por la common law, y sabemos que esta ley es sagrada lo mismo que la ley escrita*”.

Mittermaier observó que, tanto en Francia como en Inglaterra, el extremo rigor de la ley penal de fondo y la dureza de sus penas hacían que muchas veces los jurados absolvieran a los culpables. Por más que el jurado no impusiera la pena, la conocían perfectamente de antemano y les era imposible sustraerse de ella en el recinto de deliberación. En otras palabras, el jurado se enfrentaba a una opción de hierro: se había convencido de la culpabilidad del acusado pero, si así lo declaraba, enviarían inevitablemente al acusado a la horca o a prisión de por vida **contra toda su voluntad**. Por ende, para no someterlo a una pena durísima que veían como injusta al caso concreto y **porque no tenían otra opción**, decidían declararlo no culpable. Tal como vimos en la Parte I, el maestro propugnó los veredictos alternativos por delitos menores incluidos como forma de cancelar las opciones a todo o nada que tanto daño le hacen al sistema de jurados y a la justicia del caso en general.

### C. No a los híbridos en la implantación del jurado

Mittermaier se destacó, además, por su mesura política al bregar por la instauración del jurado en todas las naciones, tal cual era su deseo. Su mensaje fue muy claro: no esperen los europeos magia con la adopción mecánica del jurado, sobre todo en contextos tan extraños a la cultura en donde se desarrolló. Pero su otro mensaje fue aún más fuerte: no quieran hacernos ver como defectuosos ciertos aspectos del *jury trial*, **sin esforzarse en comprender su funcionamiento concreto en los países en que éste existe**. Hemos señalado ya algunas de sus recomendaciones para que esto fuera viable. Sin embargo, y en lo que parece la crítica más fuerte a la opción por escabinos que tomaron varios países europeos como reacción a la íntima convicción, Mittermaier no se dejó arredrar por la turbulencia política generada por la íntima convicción en manos de jueces técnicos. Al igual que Carrara, Mittermaier detestaba la *íntima convicción* en un juez profesional. Pero Mittermaier demostró que no había ningún rastro de esa *intime conviction* en el veredicto del jurado clásico anglosajón. No había nada semejante en él que justificara su abolición y la adopción final -como lamentablemente sucedió en algunos países de Europa continental- de un tribunal mixto de jueces y escabinos, tras la ilusoria creencia de que con esto se superaba el problema del método de valoración de la prueba y la motivación.

*“Mas debemos decir, que semejante combinación no puede satisfacer las necesidades de la justicia, porque no trae consigo las ventajas de la jurisdicción regular, apoyada en la teoría legal, y está muy lejos de imponer silencio a los que claman por el Jurado.*

*La naturaleza híbrida del sistema engendra a primera vista consecuencias funestas. Se engaña grandemente el que espere ver con dicho sistema renacer las ventajas políticas que constituyen la esencia del Jurado. El acusado sabe lo que tiene derecho a esperar de éste, y el pueblo, como él, no ignora que un Tribunal semejante reconocería muy pronto el riesgo que una injusta acusación haría correr a las franquicias de los ciudadanos; que se apresuraría, en su independencia e imparcialidad, a tomar al acusado bajo su poderosa protección.*

*Mas en el otro, por el contrario, no se ven sino Jueces asalariados por el poder para dar la sentencia, y aun cuando esta circunstancia sería bastante por sí sola para producir la desconfianza general, se les deja además en libertad de no seguir otra regla, que la de sus solas convicciones y sin exigirles cuenta alguna de ellas. Ciertamente, lejos de disminuir las sospechas, no pueden menos de aumentarse”.*<sup>1030</sup>

El esquema de pensamiento de Mittermaier respecto al distinto tratamiento que debe dársele al veredicto del jurado y a la sentencia del juez aparece aquí nuevamente mencionado: el veredicto del jurado es siempre no motivado, pero la sentencia del juez profesional debe ser siempre fundamentada por escrito. Muchos han creído encontrar la *rationale* de esta correcta diferenciación en que los jurados son legos y, por ende, no pueden fundamentar. En cambio el juez es un profesional de la abogacía y lo puede hacer perfectamente. Sin embargo, esa es una falsa antinomia que sólo un jurista de la talla de Mittermaier pudo develar: **el juez profesional debe motivar obligatoriamente para compensar con la fundamentación de sus sentencias el déficit de garantías que implica un juicio en ausencia de jurados ciudadanos.** Sólo así podría el Pueblo confiar en una sentencia de un juez asalariado del Gobierno. Volveremos extensamente sobre este punto cuando tratemos el tema de la motivación.

### C. Futuro del jurado

El maestro sintetiza su análisis comparado en otro recordado pasaje, en el que no se priva de interrogarse acerca del futuro del jurado popular en torno a su crítica a una íntima convicción sin sujeción a reglas de derecho probatorio.

*“Confesemos también que hasta aquí están muy lejos de haber sido aclaradas todas las cuestiones. ¿Qué opinión exacta debe formarse del Jurado? ¿Qué resultados positivos deben esperarse de él? Problemas son estos que ciertamente el porvenir resolverá. Se puede, no obstante, considerarle de dos maneras: o constituye un Tribunal de Jueces que*

---

<sup>1030</sup> MITTERMAIER, Carl: “Tratado de la prueba.....”, opcit, p.105 y 106.

*reconocen también ciertas leyes en materia de pruebas, y no son dueños, cuando condenan, de abandonarse a las arbitrarias impresiones de lo que se llama convicción íntima; o no está sujeto a regla alguna, y la íntima convicción es su sola ley. De estas dos opiniones contrarias, la primera sirve de fundamento principal al Jurado inglés, escocés y americano: en Francia se practica la segunda. En Inglaterra y en América los jurados deciden guiados por las reglas hace tiempo sancionadas por la razón, la experiencia y la práctica judicial; **siempre llegan a la convicción por vía lógica**; durante los procedimientos es debatida la prueba por los mismos medios, discutida en todos sus pormenores, sometida sin cesar a las mismas reglas por el acusador y el acusado; los Jueces mismos explican estas, durante la sesión, a los jurados; les enseñan, por ejemplo, a no fiarse con demasiada facilidad de las declaraciones dadas por un cómplice, etc., y en fin puede ser deferido el veredicto condenatorio a los quince Jueces reunidos, **quienes examinan si ha habido prueba suficiente**. Sin duda en este sistema la sentencia aparece con un carácter eminentemente grave, y son también menos frecuentes las absoluciones arbitrarias. No sucede lo mismo en Francia: no se mira a los jurados como Jueces sometidos a ciertas reglas de prueba; se tiene como axioma, que el Jurado es la conciencia del país; pero debemos decir **que concedida tal omnipotencia a lo que se llama la convicción íntima, da a los veredictos algo de vago y arbitrario**. El sistema inglés parecería, pues, preferible sobre este punto”.*<sup>1031</sup>

#### §8. La influencia napoleónica y el código mixto de 1808.

Después de analizar en profundidad el pensamiento tan parecido de estos dos grandes juradistas europeos del siglo XIX, como Carrara y Mittermaier; después de advertir cómo este último supo desentrañar perfectamente el mito en torno a la íntima convicción del jurado y de cómo ello fue producto de las graves distorsiones con que el jurado atravesó el Canal de la Mancha, es obligatorio volver al interrogante inicial: ¿por qué persiste aún la confusión? ¿Por qué se asocia al veredicto del jurado clásico con un concepto erróneo de la íntima convicción, desprovista de cualquier límite sobre reglas de prueba, cuando en todo el mundo anglosajón ello es inadmisibile?

Los juristas franceses del siglo XVIII y XIX han tenido la virtud de narrar con precisión y exactitud los sucesos que provocaron el descomunal cambio de su sistema de enjuiciamiento desde la hora cero de la Revolución hasta su “muerte”, decretada arbitrariamente por su máximo emergente, Napoleón Bonaparte, en 1799.<sup>1032</sup>

<sup>1031</sup> MITTERMAIER, Carl: “Tratado de la prueba.....”, opcit, p.104.

<sup>1032</sup> TULARD, Jean: “Napoleón”, Editorial Crítica, Barcelona, 2012, p. 14: “Después del golpe de Estado de Brumario, Bonaparte declaró: «Yo soy la Revolución», para contradecirse a continuación: «La Revolución se terminó».

Son estas fuentes históricas las que señalan que la discusión acerca de la no motivación del veredicto del jurado y las Reglas de Evidencia que ostentaba el jury inglés fueron objeto de intensas discusiones en los *Cahiers* y en la Asamblea Constituyente. Allí se discutieron muchísimos otros temas como, por ejemplo, la obligación de que los jueces profesionales motivaran sus sentencias pero, también, **qué aspectos del jurado inglés debían quedarse para siempre en Londres y ser desechados para adaptar el jurado a la realidad francesa.**

Es decir, todos fueron conscientes de estos problemas. No es serio afirmar que los franceses se confundieron o que no tuvieron suficiente claridad. Estaban obligados a tomar decisiones muy difíciles. De otro modo, no podrían haber hecho las opciones que efectivamente hicieron al adoptar su modelo de jurado. El adormecimiento y la ceguera vinieron mucho después.<sup>1033</sup>

#### **A. Las fragorosas discusiones legislativas. ¿Cómo instituir el jurado inglés en Francia?**

La conocida obra de Esmein arroja bastante luz sobre este punto. Esmein narra con precisión la historia de cómo se implementó el jurado en Francia y las grandes diferencias con el sistema inglés que se dieron desde el primer minuto de la discusión entre el 14 de julio de 1789 y la ley de 1791. En efecto, el proceso fue catártico: los *Cahiers*, en julio de 1789, comenzaron exigiendo tres demandas iniciales innegociables: **que los procesos penales fueran públicos, que la tortura fuera abolida y que la defensa del acusado fuera irrestricta.** Todavía no se hablaba del jurado. Recién al año siguiente, en 1790, la Asamblea Constituyente ordenó modificar de cuajo el sistema legal francés e incorporar a los jurados. Le encargó a la propia Asamblea el análisis del modo en que el jurado inglés debía ser adaptado a “*nuestra jurisprudencia*”.

Desde hacía cincuenta años que los publicistas franceses venían insistiendo con el ejemplo iluminante del sistema judicial inglés con jurados.<sup>1034</sup> Cuando la Revolución

---

<sup>1033</sup>STEPHEN, James F.: “*A history of the criminal law of England, Volumen 1*”, Editor McMillan, 1883, ps 548 y 549. Hendler cita a este autor fundamental con el siguiente pasaje: “*En el ordenamiento jurídico francés las reglas de prueba anteriores a la revolución francesa constituían el antipático sistema de las pruebas legales característico del modelo inquisitivo, de donde se deduce, según Stephen, que fue la aversión despertada por ese sistema la que hizo que los reformadores, al derogarlo, no quisieran poner nada en su reemplazo*”.

<sup>1034</sup>ESMEIN, A: “*A History of Continental...*”, op cit. p. 360 y ss. En estas inolvidables páginas, el jurista francés cita textualmente el pensamiento de Voltaire y de Montesquieu y su admiración del sistema de justicia inglés, expresados en sus ya inmortales obras “*El espíritu de las Leyes*”, “*El A, B y C o Diálogos entre A, B y C*”, “*Cartas Persas*”, “*Historia de Elisabeth Cannig y de Calas*”, “*El precio de la justicia y*

toma al mundo entero por sorpresa, era absoluta la fe de los revolucionarios en que los remedios a las calamidades del sistema inquisitorial se terminarían gracias al jurado inglés. Fue decisiva la poderosa influencia que tuvo la traducción al francés del tratado del juez y doctrinario inglés William Blackstone, “*Comentarios sobre las leyes de Inglaterra (4 volúmenes)*” de 1765. Dicha obra fue, además, crucial para la sanción de la Constitución de Estados Unidos.<sup>1035</sup>

Pero, a poco de empezada la discusión efectiva, los franceses inmediatamente se dieron cuenta que el trasplante mecánico del *jury trial* inglés no iba a ser posible. El *jury* inglés implicaba la abolición de varias instituciones nacidas del “genio francés” y profundamente arraigadas en su cultura, a saber: una investigación preliminar escrita y secreta a cargo de un juez, un acusador público, un recurso de apelación, etc. En Inglaterra, la investigación era completamente desformalizada y practicada por las partes ante un juez de paz. El juicio oral y público era inmediato. No había acusador público. Casi siempre era la víctima quien acusaba. El veredicto del jurado era final. Las cosas no iban a ser tan fáciles.

Recordemos lo siguiente: en Francia no había juicio oral y público desde hacía 500 años. Es casi imposible de dimensionar el desafío político que tenían en sus manos los convencionales franceses. Es como si hoy, en la Argentina, obligáramos a los jueces civiles y comerciales a decidir las causas en un juicio público y continuo, cuando jamás han conducido un juicio oral en su vida. La Revolución estaba intentando buscar la mejor manera de inaugurar un sistema oral y público con jurados sobre una tierra sumida en siglos de expediente escrito.

Además, hay que considerar que todos estos debates no ocurrían en el ambiente tranquilo y recoleto que uno se imagina en el seno de una comisión reformadora de la ley penal. Las vueltas de la historia hicieron que estas discusiones cruciales sobre la demolición del sistema de cinco siglos de justicia inquisitorial hacia uno adversarial y

---

*de la humanidad*”, etc. Véanse algunos párrafos sobresalientes de los Ilustrados sobre el ejemplo de Inglaterra: “no permitimos que los testigos declaren en secreto; ello alimentaría a los soplones. Los procedimientos son públicos; los juicios secretos son una invención de los tiranos”. “En Inglaterra, esa isla famosa por sus crímenes atroces y tantas buenas leyes, los jurados mismos son los abogados del acusado. Desde los tiempos de Eduardo VI, los jurados lo asistieron en su debilidad y le sugirieron todas las maneras para que se pudiera defender. Hasta que en el reinado de Carlos II se garantizó a cada acusado la asistencia de dos letrados...” “En Francia, el Código Criminal parece haber sido hecho con el propósito de destruir al pueblo; en Inglaterra, en cambio, está hecho para su salvaguarda”.

<sup>1035</sup> BLACKSTONE, William: “*Recherches sur les cours et le procédures criminelles d’Angleterre, extraits des Commentaires de Blackstone*”, traducida al francés por Auguste-Pierre Damiens de Gomicourt, Bruselas, 1774.

con jurado tuvieran lugar a la par que la Revolución misma. Las tensiones políticas eran enormes. La Revolución estaba amenazada por los enemigos internos y externos y, aún así, había que discutir el nuevo modelo de justicia. En éste ámbito tumultuario de reforma del sistema de enjuiciamiento criminal, las discusiones fueron ardorosas. Los partidarios ocultos de la cruel Ordenanza de 1670 (casi todos jueces, enquistados en la vieja maquinaria judicial inquisitoria) resistieron como pudieron cada propuesta de cambio. A su favor estaba el hecho empírico de que pisaban sobre tierra firme, sobre suelo conocido. Desde esa postura de ilusoria “racionalidad” lanzaban sus dardos contra la desconocida aventura juradista.

Como en todo proceso de cambio, hubo también moderados que propugnaban soluciones eclécticas. Pero la fuerza revolucionaria era abrumadora, mayoritaria y terminó imponiendo el jurado, aún cuando avanzaran hacia zonas desconocidas. Los juradistas franceses supieron reconocer de inmediato que era una tarea casi imposible llevar a cabo la investigación preparatoria del modo en que lo hacían sus pares ingleses. Se dieron cuenta enseguida que gran parte de la suerte futura del jurado en Francia se jugaba en ese exacto punto: ningún jurado inglés formaba su convicción leyendo testimonios escritos tomados en secreto por un juez en la etapa instructoria. La investigación anglosajona era oral, desformalizada, muy fugaz y llevada a cabo por las partes ante un juez de paz y en la que se podía provocar el juicio público **sólo** si un Gran Jurado de Acusación así lo autorizaba. La construcción de la verdad en Inglaterra se hacía –como se hace actualmente y se hizo siempre en la Antigüedad- durante y en el medio del juicio público.

¿Cómo sortear este escollo? ¿Cómo sortear el hecho de que el fiscal en Francia era un funcionario público y en Inglaterra era la propia víctima? ¿Qué hacer con las elaboradas reglas de evidencia del derecho inglés? ¿Qué hacer con las pruebas legales? ¿Era posible una síntesis? Todo esto fue discutido ampliamente.<sup>1036</sup>

Estos debates acerca de la inconveniencia de adoptar las Reglas de Evidencia inglesas son la prueba más irrefutable del grave error histórico de asimilar la *intime conviction* con el jury inglés. La abolición a toda costa del sistema de las pruebas

---

<sup>1036</sup> HENDLER, Edmundo: “*Jueces y Jurados...*”, op. cit., p. 28 y 29: “No desmiente esa explicación lo observado, desde la perspectiva francesa, por Esmein, quien recuerda que en las discusiones de la Asamblea en 1791 se trató la cuestión estableciéndose las diferencias entre las reglas de Evidence de Inglaterra y las normas sobre pruebas legales del ancien régime, concluyéndose que estas últimas eran incompatibles con el juicio por jurados”.



legales<sup>1037</sup> -y el odioso sistema a la que ellas condujeron- fue más fuerte en los revolucionarios franceses que la aguda observación **-de la que fueron muy conscientes-** de que el jury inglés obedecía a reglas de prueba muy estrictas, muy lejos de la íntima convicción que nacería con la Revolución Francesa **y que luego fuera tan incomprendida.**

Este es un punto fundamental, ya que parecería que en esta obra estuviéramos atacando a la íntima convicción y no es así. Todo lo contrario. Nuestra tesis es una defensa a ultranza de la íntima convicción. Simplemente estamos exponiendo la gran confusión que se produjo en Francia con la importación del jurado inglés y con los sucesos políticos que luego se desencadenaron. Como muchas veces ha sucedido en la historia de los sistemas judiciales, normas diseñadas con un propósito terminaron siendo usadas en otro sentido. Volveremos muy rápidamente a dar cuenta de este punto para llegar a una síntesis.

Veamos este pasaje revelador de la crónica de Esmein sobre esos tumultuosos días:

*“Los mismos oradores mantuvieron que había una semejante incompatibilidad entre el juicio por jurados y el sistema de las pruebas legales, aún construido a favor del acusado. **La cuestión aquí no estuvo tan clara.** Era indudablemente claro que la minuciosa y compleja teoría elaborada por la práctica tradicional, y que nunca halló lugar en la ley, era una herramienta demasiado delicada para ser puesta en las manos de los jurados; pero era otra cuestión muy distinta en relación a reglas ciertamente más simples como, por ejemplo, el requisito de dos testigos presenciales para condenar. Dicha regla era, en determinados casos, observada en Inglaterra en el procedimiento ante jurados; **y hasta hoy, la teoría de las pruebas juega un rol enorme en el jurado inglés.** Sin embargo, estaban dadas todas las razones para rechazar el sistema “in totum”. **En Inglaterra, en efecto, las reglas de evidencia en los procesos criminales eran, en realidad, sólo una serie de máximas de relativa elasticidad** establecidas por la práctica judicial, y cuya observación les era impuesta a los jurados por el juez presidente, en virtud de su gran autoridad. **El establecer por una ley la evidencia necesaria para una condena hubiera significado traspasar un límite muy complicado.** El jurado, al no estar obligado a dar razones para sus decisiones, siempre*

---

<sup>1037</sup>BECCARÍA, CÉSAR: “De los delitos y de las penas”, Temis, Bogotá, Colombia 3ª edición, 2005. Con él prácticamente se inicia el período humanitario del Derecho Penal. El Marqués de Beccaría combatió a la prueba tasada con el siguiente argumento, dando pie así al nacimiento de la íntima convicción: “Si para investigar un hecho delictivo se requiere habilidad y destreza, si para exponer los datos procurados por la instrucción se necesita claridad y exactitud de expresión, para juzgar del resultado mismo, no hace falta más que un simple y normal buen sentido, menos falaz que un legista, habituado a ver en cada procesado un culpable, y que se limita a aplicar formalmente un precepto aprendido de memoria en la escuela”.

*serían capaces de evadirlas; y hubiera tenido, por sobre todo, el efecto de revestir a los jurados de un muy conveniente pretexto para absoluciones injustificadas.*<sup>1038</sup>

## **B. ¿Reglas de Prueba de vuelta en manos de jueces? La gran encrucijada política de los constituyentes franceses ante el jurado.**

He aquí uno de los momentos culminantes en la historia del jurado en Occidente. El momento exacto en que Francia -y luego casi toda Europa continental- se despegaron para siempre del modelo anglosajón de jurados y alumbraron uno nuevo. Este fue el instante preciso en que los franceses optaron políticamente por arrasar con la teoría de las pruebas legales y suplirla con un nuevo invento, que llegaría poco después, llamado íntima convicción.

Visto a la distancia, es comprensible que no hayan tenido otra alternativa. Pero esto no puede entenderse si no hacemos un breve ejercicio de memoria histórica, ampliamente desarrollado en los tratados de procesalistas e historiadores. Si hubo algo central en la crítica ilustrada al absolutismo monárquico fue la crueldad de los jueces y del sistema inquisitorial. Voltaire fue lapidario al denunciar sistemáticamente el espanto de la tortura, la condena a inocentes y los suplicios horribles por los que debía atravesar un ciudadano frente a un juez. Su exposición del inimaginable calvario por el que debió atravesar Jean Calas todavía hoy conmueve a cualquier persona de bien. Era la síntesis perfecta de cómo los jueces manipulaban políticamente los procesos sin reparar en el sufrimiento humano, gracias a un procedimiento carente por completo de garantías civiles.<sup>1039</sup>

La Revolución triunfó el 14 de julio de 1789. Como risueñamente apunta Cordero, los jueces se hallaban de vacaciones de verano por feria judicial y lo primero que tomaron los revolucionarios fueron los odiados tribunales de los *jueces tigres* o *bueyes togados* (como los llamaba despectivamente Voltaire). Nada volvería a ser como antes.

Sin embargo, a pesar del triunfo de la Revolución, a ésta le fue imposible destituirlos a todos y nombrar jueces nuevos en todo el país. Los jueces siguieron siendo

---

<sup>1038</sup> ESMEIN, A: “*A History of Continental...*”, op cit., p. 424 y 425.

<sup>1039</sup> FOUCAULT, Michel: “*Vigilar y Castigar*”, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 13ª edición, 2015. Hasta el día de hoy, no hay crónica más exacta de ese terrible sistema que la que describe Michel Foucault en la primer página de su *Vigilar y Castigar*.

los mismos. Y esperaron. Los jueces del *Ancien Régime* continuaron siendo uno de los enemigos internos más fuertes que tuvo la Revolución.

En este contexto, ¿quién iría a darles de nuevo a los jueces el enorme poder que constituían las Reglas de Prueba, aún despojadas de su carácter obligatorio y con las cuales ellos desataron durante siglos una verdadera ordalía? Los constituyentes comprendieron cabalmente que la adopción completa del *jury inglés* con sus *Reglas de Evidencia* iba a ser políticamente inviable. Pero no por un problema con las reglas de prueba en sí, sino por devolverles el poder a los enemigos internos de la Revolución, que eran los jueces. Es cierto que el sistema de las pruebas legales era repudiado por el Pueblo, pero ninguno de los constituyentes fue tan tonto como para no advertir que el problema no estaba verdaderamente allí, **sino en quiénes las ejercían.**<sup>1040</sup> De otro modo, si tan opresivas eran las reglas de prueba, ¿cómo era que las aplicaban desde hacía siglos los ingleses y sus jurados en su tan admirado sistema judicial? El problema fueron los jueces inquisitoriales franceses y esto, sumado al evidente desprestigio de las pruebas legales, fue lo que motivó a los constituyentes a adoptar el jurado inglés **pero sin sus reglas de prueba**. Para equilibrarlo, decidieron que su veredicto general debía ir acompañado, además, de interrogantes a ser respondidos por sí o por no. E inventaron la íntima convicción como única salida.

En otros términos, ¿podían ser tan ingenuos los constituyentes de poner semejante poder de vuelta en manos de los todavía jueces de la Inquisición, que venían en masa del lado enemigo y estaban en contra de la Revolución?

Allí es donde se produce parte del desbarajuste que Mittermaier y Carrara le achacaron al *jury français*: adoptar algunas partes del jurado inglés y desechar otras, porque les era políticamente inviable. Adopción sin beneficio de inventario, tales las recordadas palabras de Carrara.

Pero esta opción tuvo su alto costo: despojaron a su jurado de toda vinculación con las reglas explícitas racionales de la prueba que ostentaban el jurado inglés y el norteamericano, **sin reparar en esta sutil -pero trascendental- diferencia: los**

---

<sup>1040</sup> HENDLER, Edmundo: “*Jueces y jurados...*”, op. cit., p. 29. En su crítica al historiador inglés Stephen cuando compara las reglas de evidencia inglesas con las pruebas legales de Europa: “*No sólo no son incompatibles sino que, en alguna medida, las reglas son herramientas necesarias para el desempeño de los jurados. Pero la observación del historiador inglés no profundiza mayormente en el significado de la teoría de las pruebas legales limitándose a señalar que deriva de una versión medioeval del Derecho Romano y afirma, aunque sin dar otras explicaciones, que sus reglas resultan excesivamente técnicas a la vez que irracionales*”.

**jurados ingleses nunca fueron obligados -como los jueces inquisidores del continente- a, por ejemplo, condenar con dos testigos o por prueba compuesta de un testigo directo y dos indicios, etc.** Los franceses no fueron capaces de defender políticamente la permanencia de sus reglas probatorias, en todo aquello que las acercaba -y mucho- al modelo inglés, aún cuando más no fuera bajo la condición de no caer en el juicio ridículo y aritmético que se imponía la ley. Según la tesis de Etienne Aignan, este incidente marca el exacto momento en que hace su sexta aparición el jurado en Occidente: *le jury français*. Pero, junto con él, nació este gran equívoco de la íntima convicción, que estaba correctamente destinado a provocar otro efecto pero que, aún hoy, desorienta al mundo jurídico mediante la pretensión -totalmente infundada- de afirmar que era el método de convicción propio del jurado inglés o del entendimiento -también totalmente errado, como veremos- que se trataba de un método que libraba el juicio nada más que a las impresiones íntimas de los jurados.

En este acontecimiento histórico tan único -como fue el tumultuoso pasaje del jurado inglés a Francia- hay otra lección marcada a fuego y a la que hemos hecho referencia desde la página uno de esta tesis. El juicio por jurados es un sistema muy sofisticado de piezas y controles, un fino mecanismo de relojería. Basta con quitar o modificar alguna para resentir el sistema íntegro. Francia incorporó al jurado sin unanimidad, sin Reglas de Evidencia y con un veredicto con interrogatorios de hecho. El jurado que se extendió por toda Europa sufrió tremendamente las consecuencias de estos desajustes.

### **§ 9. La invención de la fórmula (completa) de la íntima convicción por el jurista Merlin en 1795.**

Hay una cuestión que es central en este libro. Una cuestión que es una gran intriga: ¿quién inventó, en definitiva, la fórmula de la íntima convicción? ¿Cómo fue el proceso -de sólo tres o cuatro años- en que el jury inglés llega a Francia, es arduamente debatido y es finalmente adoptado con una íntima convicción tan ajena al de su país de origen?

Al lector que haya logrado captar el hilo conductor de esta obra le interesará sobremanera saber cómo se engendró este método llamado íntima convicción, de gran repercusión cultural hasta la actualidad.

¿Quién fue el autor de la fórmula (recortada) que Carrara leyó a ese imaginario juez inglés y que hasta el día de hoy tapiza las paredes de las cortes europeas?

Fue el jurista y convencional Philippe-Antoine Merlin, al redactar el Código Brumario de 1795, quien dio al mundo la forma definitiva de la íntima convicción y que luego pasó intacta al artículo 342 del Código de Instrucción Criminal de 1808.

El art 572 del Código Brumario decía textualmente:

*“Los jurados deben examinar la acusación, las actas del proceso y todas las otras piezas, a excepción de las declaraciones escritas de los testigos, de las notas escritas de los interrogatorios a los que hubiera sido sometido el acusado ante el oficial de policía, ante el director del jurado y ante el presidente del tribunal criminal. **Es sobre estas bases y, particularmente, sobre las deposiciones y los debates que hayan tenido lugar en su presencia, sobre lo que debe fundar su convicción personal**; porque es de su convicción personal de lo que aquí se trata; y es a ésta convicción personal a lo que se atienen tanto el acusado como la sociedad.*

*La ley no pide cuenta a los jurados de los medios por los cuales han llegado a formar su convencimiento, ni les prescribe reglas de las cuales deban deducir especialmente la certeza de los hechos. Ella les prescribe solamente interrogarse a sí mismos, y buscar en la sinceridad de su conciencia, qué impresión han hecho **en su razón** las pruebas producidas en contra y en defensa del acusado”. La ley no les dice: “tendrán por verdad tal hecho afirmado por tal o cual número de testigos”; tampoco les dice: “no tendrán como suficiente toda prueba que no resulte de tal acta, de tales piezas, de tal cantidad de testigos o de tanta cantidad de indicios”; ella no les hace sino esta sola pregunta, que resume todos sus deberes: “Tienen ustedes la íntima convicción....?”*

*Lo que no deben perder de vista los jurados es que la deliberación ha de contraerse únicamente a los hechos acusados; y faltarían a su principal deber si, teniendo a la vista las leyes penales, considerásen las consecuencias que podrían traer respecto del acusado la declaración que tienen que dar. Su misión no se contrae a la persecución y castigo de los crímenes, sino a decir, si el acusado es o no culpable del crimen que se le imputa”*

La cita textual del artículo con la fórmula de la íntima convicción ha sido dividida a propósito en tres párrafos por una cuestión no menor: la parte que decoraba las salas de los jurados europeos de aquella época era nada más que el segundo párrafo. Hemos transcrito también el primero y el tercero porque es allí donde se ven los esfuerzos de los juristas franceses en crear un instrumento judicial que les permitiera equilibrar las decisiones de los jurados con el control de la prueba producida **exclusivamente** en el juicio, únicamente sobre los hechos de la acusación y la

imposibilidad de leer actas escritas de la instrucción. Todo ello sin volver a establecer un Código de la Prueba, que era políticamente inviable en ese momento. Sin embargo, la parte de la íntima convicción que pasó a la posteridad es el segundo párrafo, que es imposible de ser cabalmente comprendido sino se atiende a la fórmula completa. He aquí ahora el análisis del doble equívoco sobre la íntima convicción, que nadie, en esa época, pudo haber previsto.

#### **§ 10. El doble equívoco sobre la íntima convicción. Su errónea comprensión como un sistema irracional o no basado en las pruebas.**

Independientemente de la comparación entre el modo que juzga el jury anglosajón y su distancia con la *intime conviction* que impusieron los franceses, el equívoco que pasó a la posteridad es doble.

Es decir, no sólo que es imposible asimilar al veredicto del jurado inglés con la íntima convicción (primer gran equívoco histórico), sino que tampoco es del todo justo caracterizar a la íntima convicción como un método de convencimiento **por fuera de la prueba** rendida en el juicio o como un método irracional. **La íntima convicción claramente se basa en la prueba del juicio y en la razón de cada jurado individual.** El uso político que se le dio después es una cosa muy distinta; pero no fue una regla arbitraria la que inventó Merlin para el Código Brumario, sino que hizo lo mejor que pudo con las exigencias políticas del momento. Ellas impedían por completo readaptar las odiadas reglas legales de la prueba en formato para el jurado, aún sacándoles su carácter vinculante ni, mucho menos, dárselas a los vigentes jueces del *Ancien Régime* del modo en que lo hacían sus colegas ingleses. La encrucijada era total.

Las líneas que siguen son un merecido rescate de la íntima convicción y un intento por colocarla en el lugar que corresponde, dada su indiscutible fuerza cultural.

Es muy importante estudiar a fondo la fórmula completa de la íntima convicción. Es decir, no sólo la fórmula recortada que todavía hoy decora las paredes de la sala de deliberación de los jurados franceses y belgas. Este detalle es fundamental, ya que la fórmula en su totalidad, sobre todo el primer y tercer párrafo, permiten arrojar las siguientes conclusiones.

1) es un grave error asimilar la íntima convicción sólo con la prueba moral o los sentimientos o las impresiones íntimas, que es como pasó a la historia la íntima

convicción por el cariz impensado de turbulencia política que provocó la Reacción, luego Napoleón y con el abuso que hicieron de ella los jueces profesionales.

2) La íntima convicción no es un método de valoración de la prueba, sino que es una **convicción personal**; se trata de simplemente de un **juicio subjetivo individual de cada jurado**.

3) La fórmula expresamente dice que cada jurado debe primero preguntarse en lo más hondo de su *razón* y sólo desde las *pruebas* del juicio. No de las del expediente escrito o de lo que no sea prueba.

Con lo cual ya es posible advertir el intento de preservar la centralidad del juicio, la vinculación absoluta de la decisión con la prueba y una convicción basada en la razón. Todas estas características estaban presentes en el jurado inglés.

4) El veredicto final del pleno del jurado nunca lo fue bajo una íntima convicción. La íntima convicción, reiteramos, **no es** tanto un sistema de valoración de la prueba, como **la expresión razonada de una convicción individual**, sea de un jurado o mismo de un juez. La íntima convicción **es previa al veredicto** y es el juicio subjetivo sobre la prueba de cada uno de los individuos que componen el jurado. El veredicto es una decisión colectiva posterior, no individual. La íntima convicción alcanzada por cada jurado debía después discutirse en la deliberación con los otros once para alcanzar una decisión colectiva. Esa decisión colectiva (el veredicto) no era más ya una *intime conviction*, sino una convicción grupal, externa, deliberada, racional y grupal. Como tal, sujeta a todos los controles de racionalidad propios del imponente número de jueces ciudadanos y de las altísimas exigencias para condenar o absolver (unanimidad). La confrontación de estas doce razones entre sí, necesaria para alcanzar la unanimidad, es una de las características principales de la fundamentación de los veredictos del jurado.

5) La sujeción estricta de la deliberación del jurado y de su veredicto a los hechos descritos en la acusación.

6) Ciertamente es que uno se preguntaría: ¿pero bajo qué reglas de prueba juzgan? La fórmula dice expresamente que ninguna. Pero, tal cual ya lo hemos adelantado, este es uno de los aspectos más sutiles que quizás expliquen la decisión política del constituyente francés.

La pregunta es simple: ¿se necesita un Código de Evidencia para tener reglas de prueba? De otro modo, ¿sin un Código de Evidencia, desaparecen o dejan de existir las reglas de la prueba?

La respuesta es no. Por más que no existan reglas explícitas de evidencia como las que tiene el *common law*, todos los sistemas judiciales tuvieron, tienen y tendrán Reglas de Prueba. La hayan apreciado con libertad o mediante la ley. Las reglas de la prueba son preexistentes a cualquier codificación o sistematización de ellas.

En el mundo del *civil law*, varias de ellas están contenidas en nuestros códigos de procedimiento o de fondo. Por ejemplo las negativas; quienes jamás podrán ser admitidos como testigos, o los testimonios inválidos por ciertas relaciones de parentesco; el profesional que no puede revelar ciertos secretos, la inadmisibilidad de valoración de la confesión obtenida bajo amenazas, presiones o torturas; los requisitos para tener por válido un documento, la prohibición de valoración de la prueba obtenida ilegalmente o con afectación a garantías constitucionales, las declaraciones previas, alegatos de las partes, prohibición de probar contratos mediante testigos, etc. Algunas otras son positivas y se hallan tanto en los códigos como en muchos fallos de las cortes. Ejemplos: qué valor tienen los dichos de dichos, los de un coimputado que no declara con verdad, el testimonio de un niño de muy corta edad, los dichos del imputado o un testigo en un programa de TV, los peligros del testigo único, el valor como prueba de las estipulaciones, el valor de los dichos provenientes de grabaciones ocultas. Pero infinidad de ellas pertenecen al mundo de la naturaleza, de la técnica, de la experiencia común, como, por ejemplo, la ley de la gravedad, que puede explicar perfectamente si una piedra de 10 kgs arrojada por un ser humano pudo alcanzar la distancia de a 10 metros para romper un vidrio, etc.

Estas reglas probatorias no escritas fueron empleadas por todos los Pueblos de la historia. Las usaron los romanos, los griegos, los germanos y los franceses con sus íntimas convicciones, aún sin estar codificadas. Las partes las exponían oralmente en los juicios y los jueces las explicaban en sus instrucciones, que hoy es el mecanismo por excelencia para transmitirle al jurado cómo se valora la prueba en cada caso concreto.

Por supuesto que estas reglas de prueba no significan volver al sistema de las pruebas legales, aunque algunas de ellas todavía suenen muy lógicas. Con esto queremos decir que, por más que no sean obligatorias, nunca se le podría decir a un



jurado que pueden condenar por prueba compuesta (o sea, un testimonio directo y dos indicios).

Es evidente que aquí hay un gran punto de contacto entre la íntima convicción y el veredicto de un jurado del *common law*. En ambos hay reglas de prueba presentes (explícitas o no), ambos deben emitir sus juicios basados en la razón y ambos deben extraer sus conclusiones racionales sólo desde la prueba del juicio.

Nos dice el jurista español Perfecto Andrés Ibáñez, “desde que apartir del **siglo XIII** la aritmética de las pruebas **sustituyó al razonamiento**, el sistema de la prueba legal parece unido a la experiencia del proceso inquisitivo.”<sup>1041</sup>

Surge de esta cita con claridad el reconocimiento de que los antiquísimos métodos de libertad probatoria que usaban los jurados se basaban en la razón. En la Edad Antigua y medieval inglesa, los jurados y los jueces **razonaban con libertad probatoria**, a pesar de los epítetos de ordálico y apodíctico que Cordero y Taruffo le prodigan al veredicto del jurado. **Lohicieron, reiteramos, con libertad de valoración de las pruebas.** El sistema de prueba de los sesenta y tres sistemas adversariales con participación popular era libre, racional y de esos modos se tomaban las decisiones, **por más que la motivación fuera algo completamente inexistente para ese entonces.**

En el *civil law* hubo varios países que ya codificaron las Reglas de Evidencia. Colombia las adoptó plenamente por Ley 906 en 2004. En Argentina, la reciente ley 7661 de juicio por jurados del Chaco reguló expresamente cuándo es admisible o no el testimonio de oídas. Dio paso así a la predicción de Edmundo Hendler, acerca de que el juicio por jurados nos iría acercando a la adopción paulatina de las mismas. Ninguna duda cabe que el hearsay (dichos de dichos) y sus excepciones constituyen el núcleo de las Reglas de Evidencia.<sup>1042</sup>

<sup>1041</sup> IBÁÑEZ, Perfecto Andrés: “En torno a la ....”, op cit, p. 196.

<sup>1042</sup> ARTÍCULO 63 ley 7661 de Chaco: TESTIMONIO DE OÍDAS. PROHIBICIÓN. *No se admitirá la declaración en juicio de ningún testigo que no declare sobre los hechos personalmente percibidos por sus sentidos, sino que lo haga sobre manifestaciones de otras personas, o sobre un rumor público. Será considerado testimonio de oídas, y no se admitirá en el debate, ninguna prueba sobre la cual las partes no puedan ejercer su derecho a formular un contraexamen para evaluar su credibilidad y valor probatorio. Por excepción, podrá admitirse un testimonio de oídas cuando el testigo declare sobre dichos del propio acusado vinculados al hecho o cuando su propósito sea confrontar las declaraciones de un testigo directo que declaró previamente en el juicio. En este último caso, el juez instruirá al jurado que la declaración de este testigo de oídas no es válida para acreditar el hecho o la culpabilidad del acusado, sino sólo para evaluar la credibilidad del testigo directo que declaró previamente.*

## A. La falsación histórica de la íntima convicción por los antijuradistas del *civil law*. Los prejuicios de Couture.

Pero gran parte de la literatura antijuradista del *civil law*, y especialmente los teóricos latinoamericanos como Couture, se dedicaron a denostar a la íntima convicción. A la posteridad pasó su famosa invectiva:

*“Bajo la íntima convicción, el juez adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos y aun contra la prueba de autos. Casi podría decirse una dictadura judicial inconveniente y peligrosa”*<sup>1043</sup>

Si bien lo hace en un contexto de crítica del método en manos profesionales, la íntima convicción es presentada como un método arbitrario de valoración de la prueba, entre otras cosas, porque el jurado o el juez podían convencerse por otros motivos que no fuera la prueba presentada en el juicio (saberes privados, experiencias personales) y, por ende, fiscalizados por las partes. **Esta es otra de las más grandes falsaciones de la historia de los procedimientos**, destinada a destruir al jurado y a perpetuar el sistema escrito con jueces profesionales, sobre todo en el ámbito del derecho civil. A pesar de la clara redacción de la fórmula de la íntima convicción, que vincula el veredicto del jurado sólo con las pruebas del juicio, con los hechos materia de acusación y con el razonamiento individual de cada jurado, el estatus quo arremetió sobre la íntima convicción. Por supuesto, con la única esperanza de terminar con el jurado y de retornar a un sistema exclusivamente con jueces profesionales que juzgarían bajo una tercera entidad: ni íntima convicción, ni libre convicción; sino sana crítica racional. Couture acusó a las dos primeras de formar su convicción por fuera de las pruebas del debate. Es más, los seguidores de Couture, para no ser menos que su mentor, asimilaron la convicción libre con el libertinaje en materia probatoria.<sup>1044</sup> No fue un planteo original, ya que es fiel reproducción de las ideas de Carmignani y de parte de los procesalistas civiles europeos con su aversión al jurado.<sup>1045</sup>

<sup>1043</sup>

COUTURE,

Eduardo

J.:

*"Las reglas de la sanacritica"*, Estudios de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, 1949, II, p. 221

<sup>1044</sup> BAÑOS: *"La apreciación de la prueba en el derecho laboral. El juicio en conciencia"*; Buenos Aires, 1954, donde el autor distingue entre *libres convicciones* y *libérrima convicción*.

<sup>1045</sup> Hablar de libertinaje probatorio es ridículo. El propio Bentham criticaba en Inglaterra el rígido formalismo probatorio inglés. BENTHAM, Jeremías: *"Tratado de las pruebas judiciales, Volumen 1"*, Imp. de Tomás Jordán, Madrid, España, 1835.

Más allá de todo esto, Couture termina por reconocer abiertamente que un sistema con jurados sólo puede juzgar bajo un sistema de íntima convicción (aunque él trate a la íntima y a la libre convicción como sinónimos):

*“El sistema de libre convicción es sólo adaptable a otras materias muy especiales, o al jurado popular. No parece ser aplicable al proceso civil. Digamos, sin embargo, que en los Estados Unidos se aplica sin que se perciba reacción importante contra él.”*<sup>1046</sup>

## **B. Otro mito y falsación histórica: la “sana crítica” no exige motivación.**

En un destacado trabajo de investigación histórica, el filósofo del derecho chileno Johann Benfeld demostró que la “sana crítica” no tiene el más mínimo punto de contacto con la motivación de las sentencias.<sup>1047</sup> La famosa *reinención* de la sana crítica que produjo Couture, destinada a superar a la íntima y a la libre convicción, es presentado -y aceptado- modernamente como el método de valoración de la prueba mediante el cual los jueces motivan externamente sus razones para la decisión.<sup>1048</sup> Después de Couture, nadie más dejó de asociar a la sana crítica con la motivación, al punto de considerarlas inescindibles.

*“La libre convicción no es, pues, el conjunto de presunciones judiciales que podrían extraerse de la prueba producida. Las presunciones judiciales son sana crítica y no libre convicción, ya que ellas deben apoyarse necesariamente en hechos probados y no en presunciones; deben, además, encadenarse lógicamente de tal manera que conduzcan sin violencia hasta el resultado admitido”.*<sup>1049</sup>

La historia demuestra lo contrario. La sana crítica nunca tuvo nada que ver con la fundamentación de las sentencias, sino que siempre fue un método específico destinado a valorar **internamente** la prueba de testigos. Ese es el gran aporte que hace Benfeld y que sirve a los propósitos del desmontaje del ultra-motivacionismo universal.

---

<sup>1046</sup> COUTURE, Eduardo J.: “Fundamentos del derecho procesal civil”, (1942) Editora Nacional, México, 1984, p. 273 y 274.

<sup>1047</sup> BENFELD, Johann: “Los orígenes del concepto de “sana crítica”, en Revista de Estudios Histórico-Jurídicos [Sección Historia de los Dogmas Jurídicos] XXXV, Valparaíso, Chile, 2013, p. 572: “Históricamente el origen de la noción jurídica de sana crítica se halla, pues, en el período de codificación de la legislación española de la segunda mitad del siglo XIX”.

<sup>1048</sup> NÚÑEZ, Ricardo: “El contralor de las sentencias de los tribunales de juicio por la vía de la casación”, Opúsculos de Derecho Penal y Criminología, n° 40, Ed. Lerner, Córdoba, 1989, p. 30.

MAIER, Julio. B. J.: “Fundamentos..”, op. cit., p. 482. Con la conocida frase “siguiendo las leyes del pensamiento humano (principios lógicos de igualdad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente), de la experiencia y de la psicología común.

<sup>1049</sup> COUTURE, Eduardo J.: “Fundamentos ...”, op. cit., p 275.

Si algo tienen en común la íntima convicción y la sana crítica es la imposibilidad de definir con precisión su concepto y su contenido. Hasta el día de hoy, ni la legislación, ni la doctrina, ni la práctica forense han entendido del todo a ambos sistemas.<sup>1050</sup>

Couture y sus seguidores montaron un invento sobre algo que nada tiene que ver con la motivación **externa** de la sentencia, sino con la valoración **interna** de los testigos. Benfeld demuestra, de manera muy sintética, que la sana crítica nació en España como un intento por destasar un poco a la prueba testimonial regulada en las Partidas de Alfonso el Sabio, pero sin destasarla del todo. Ejemplos concretos: aún bajo la sana crítica, se prohibía condenar con un testigo único. Él sólo podía considerarse un indicio.<sup>1051</sup> En todas las reformas liberales procesales en España desde 1881 en adelante, se adopta la noción “*de sana crítica a propósito de la prueba testimonial (con la finalidad precisa de liberar al juez de la ponderación de los testigos en razón del número)*”.<sup>1052</sup>

¿Dónde está aquí el contacto de la sana crítica con la motivación?

Pero Benfeld nos habla también de la otra gran corriente doctrinaria y legislativa latinoamericana de la sana crítica, cuyo objetivo era incorporar la idea de sana crítica como un criterio específico para la ponderación de la prueba testimonial. Pero, eso sí, entendiendo por sana crítica **a un tipo de ponderación libre, próxima a la íntima convicción francesa o a la libre convicción alemana**. Es decir, bien lejos del concepto de sana crítica asociado, en parte, a destasar las pruebas legales.

Nuevamente: ¿qué mención hay aquí sobre la motivación? Ninguna.

---

<sup>1050</sup> BENFELD, Johann: “*Los orígenes...*”, op.cit., p. 570. Brillante síntesis del autor para demostrar la incomprensión que existe sobre la sana crítica. Lo mismo estamos viendo en esta tesis sobre la íntima convicción: “*Y quién sabe si una vez precisado su origen y sentido histórico o, mejor dicho, su impreciso origen y sentido histórico, nos resulte más fácil comprender el contenido de esta idea o, mejor dicho, su impreciso contenido.*”

<sup>1051</sup> BENFELD, Johann: “*Los orígenes...*”, op.cit., p. 574: “*En efecto, mientras la doctrina de manera mayoritaria pensó que aunque la noción de sana crítica destasaba la prueba, lo hacía simplemente en orden a extender los límites demasiado rígidos de las leyes de Partida (sobre todo en lo que al número de testigos se refería), sin por cierto renunciar necesariamente a los criterios propuestos por las Partidas que, a juicio de esta opinión, constituían una buena expresión de reglas de prudencia y sana crítica.*” El autor, acertadamente, reconoce que las Partidas eran, dentro de todos los tratados medievales de la prueba legal o tasada, el más flexible. Debido, en gran parte, a que no sólo se limitaban a regular la recepción de la prueba testimonial en atención al número de testigos, sino que establecían a su vez un conjunto de reglas de orientación racional para la ponderación de sus dichos. Las Partidas le asignaban menor valor probatorio a los testimonios de enemigos de una de las partes, a los condenados por falso testimonio o personas de muy mala reputación, a los parientes o siervos de las partes, etc.

<sup>1052</sup> BENFELD, Johann: “*Los orígenes...*”, op.cit., p. 577

Benfeld nos cuenta cómo se zanjó esta disputa doctrinaria en Chile, a principios del siglo XX. Ni rastros hay allí de que la fundamentación razonada externa de las sentencias haya sido asociada a la discusión sobre la sana crítica:

*"La principal razón para mantener el sistema semitasado de la testimonial era precisamente que éste recogía las reglas de la sana crítica, en tanto aquella derivaba de la Ley de Partida. En nuestro primer código de procedimiento civil se advierte así una tensión entre una orientación progresista que busca destasar toda la prueba emulando las tendencias francesa y alemana y una orientación conservadora que recela de la actividad jurisdiccional y, en teoría, pretende mantenerse lo más próxima posible a la legislación española. Aunque formalmente prevaleció en esta materia el criterio semitasado, veremos que, materialmente, la Comisión terminó por liberar casi del todo al órgano jurisdiccional en materia de ponderación de la prueba testimonial."*<sup>1053</sup>

La sana crítica, en definitiva, fue otra etiqueta difícil de catalogar. Su historia demuestra que es un intento por desatar la rigidez de las pruebas legales, sobre todo del número de testigos, y acercar al juez de algún modo a la libertad probatoria. Nada más que eso. El camino de la íntima convicción y su incompreensión histórica es así muy parecido al que sufrió la sana crítica. Sobre estos groseros equívocos, edificados desde su indeterminación conceptual de origen, se montó la pretensión de la motivación de las resoluciones judiciales.

### **§ 11. Síntesis histórica. El justo lugar de la íntima convicción.**

La íntima convicción opera siempre con reglas de prueba, aún cuando no estén codificadas o sistematizadas como lo tienen los anglosajones. Todo sistema judicial posee reglas de prueba elementales que son apreciadas por jurados y por jueces. Construidas desde sus leyes, códigos, jurisprudencia, desde las reglas naturales, de la física, de la lógica, de la experiencia, del sentido común, de la psicología, etc. Los primeros jurados franceses de la Revolución, que juzgaron con íntima convicción, aplicaron naturalmente estas reglas de prueba (escritas o no). Sólo que el torrente de los acontecimientos políticos de la Revolución y el advenimiento de Napoleón la distorsionaron luego por completo. Es erróneo afirmar que sólo puede haber jurado clásico si se tiene un código de evidencia. Nada de eso es cierto, desde que todo sistema judicial las posee.

---

<sup>1053</sup> BENFELD, Johann: "Los orígenes...", op.cit., p. 582.

Este es el justo lugar que le corresponde a la íntima convicción del jurado, más allá del nombre, la etiqueta y su denominación. Quiso ser asimilada históricamente con la ausencia absoluta de reglas, cuando ello no fue -ni es- así. La íntima convicción, reiteramos, es un modo de convencimiento individual de cada jurado con base en la razón y en las pruebas del juicio. El veredicto posterior es otra cosa. Es una entidad colectiva que surge luego de una poderosa deliberación entre doce personas. Por historia entonces, es correcto asociar a la íntima convicción del jurado del *civil law* con la razón, la centralidad del juicio y con las reglas de prueba.

El jurista francés Garraud expresó esta síntesis con naturalidad:

*“Es un error creer, en efecto, que para formar su íntima convicción, el jurado debe adherir a impresiones sentimentales y superficiales, y que no tenga necesidad de entregarse a un análisis atento y razonado de los hechos y de las circunstancias de la causa. La libre convicción o certeza moral significa una sola y misma cosa: la exclusión de la certeza o prueba legal, es decir, la exclusión de un sistema de criterios artificiales, destinados a medir anticipadamente el valor de cada elemento de prueba. Pero el jurado no debe juzgar por sentimiento o por vagas impresiones; debe formar su convicción por un trabajo de reflexión y de conciencia y someterse el mismo a las reglas de la lógica y de la dialéctica naturales.”*<sup>1054</sup>

## Capítulo 17°

### Las tesis radicales motivacionistas. La idealización de la motivación.

§

1.

#### Los conceptos de verdad en el pensamiento de Luigi Ferrajoli y de Michele Taruffo.

Afirmar que sea un error sacar conclusiones apresuradas de otros sistemas judiciales distintos tener presentes de qué ideología se los observamos significa en modo alguno decir que el análisis comparativo del derecho no sea algo esencial y, a la vez, atrapante. Más cuando se lo estudia inequívocamente ligado a los procesos históricos y políticos.

Un buen ejemplo de este grave error, tan común, es que eldestaca el propio Taruffo respecto delos que hoy, en pleno siglo XXI, se horrorizan por la “irracionalidad” del sistema probatorio de las ordalías.

---

<sup>1054</sup> GARRAUD, R.: *“Traité d'instruction criminelle et de procédure pénale T I”*, L. Larose & L. Tenin, París, 1907.

ContodalógicasepreguntasiaunsistemaquerigióorsiglosetodaEuropa(incluidaInglaterra antesdeljurado)selopuedetilartanapresuradamentede “*irracional*”.

*Antetodo,esunlugarcomún,confirmadoporejemploporlaautoridaddeLevy-Bruhl,consideraralasdaliascomomediosdepruebairracionales. Conformeal significadomodernodelaexpresión,eranciertamenteirracionales,puessebasabanenunactodeferrelativoalaintervencióndivina,peroestavaloracióncorreelries godeestarafectadaporlaRückschluss,esto es,elerrorusualdeinterpretarevento spasadoscon criteriosmodernos.*<sup>1055</sup>

Peroesexactamenteeseerrorenelqueseincurrecuandoenelcontinenteeuropeo en AméricaLatina secriticaaal veredicto del jurado por su no motivación. Hemos visto que elsecretodeladeliberacióndeljuradoyla forma desuveredicto general esconsustancialasumismaexistencia y ha sido elproductode largos siglosdeevolución en Roma, Grecia, los pueblos germánicos eInglaterra.

Dospensadores claves denuestromargencultural, el *civil law*, comoLuigiFerrajolienelcampopenalyMicheleTaruffoenelprocesocivil,sonlosquemás esfuerzos hanhechoporvincularlossistemasprocesalesconlaepistemología y con laideología.Paradójicamente,yenvirtuddesuspropiasopcionesepistemológicas,ambosauto ressonporcompletocontrariosalainstitucióndeljurado.

Pero es de notar que,apesardeserlosprincipalesexponentesdelaobligacióndemotivacióndelasresoluciones judiciales,**ningunodeellosle ha exigido jamásaljuradoquemotivaraelveredicto.** Sencillamente porque reconocen que tal cosa no es posible. Taruffo, Ferrajoli y también Perfecto Andrés Ibáñez se inclinan por un sistema judicial íntegramente en manos de jueces profesionales. No hay lugar en ellos para el jurado, a quien consideran un modo de enjuiciamiento inferior en términos de “*verdad*”. Se trata de una postura coherente, pero con la cual confrontaremos intensamente. **A la verdad procesal sobre los hechos se aproxima mejor con mayor control y litigio de todo cuanto sucede en el proceso judicial.** Esta tesis demuestra que la motivación de la sentencia en el juicio profesional no logra ni siquiera equiparar el superávit de calidad, de control de partes -sobre todo

---

<sup>1055</sup> TARUFFO,Michele: “*Simplemente....*”, op. cit.,p.16. “*Enrealidad,lasordaliaspuedenparecerculturalmenteracionales,enesentidodequeerancoherentesconlacultura delcontextosocialcircundante. Enesostiempos,lavidacotidiananaseencontrabdominadaporlasangreylavidencia,yestabaprofundamenteinmersaenunmundomístico pobladodemilagros,desantos,dedemonios,brujasy magos: enunaculturadeestetipo,dominadaporel “encantamiento”,podíaparecerprofundamentejustificadalaconviccióndequeladivinidaddeberiacumplirun rolimportanteenladeterminacióndelcursodelavidadelossereshumanos”.*

del acusado-, ni de fundamentación racional que existe en la decisión judicial tras un juicio por jurados.

No es a través de la escritura como se logra una superior fundamentación. La investigadora norteamericana Shari Diamond sostiene, directamente, que la *justificación escrita* de cualquier decisión de un juez es un método en sí mismo cuestionable de fundamentación.

*“Al nuevo jurado español re-instaurado se le requiere dar los fundamentos de su veredicto. Los cuestionamientos a menudo surgen acerca de hasta qué punto las opiniones escritas de los jueces pueden revelar cómo llegaron a aquel veredicto. Las razones proporcionadas por los jurados españoles sugieren que la fundamentación grupal de un jurado lego puede ser incluso menos esclarecedora”*.<sup>1056</sup>

El juicio por jurados es, por consecuencia, un método de enjuiciamiento epistemológicamente superior, dentro de la imperfección de todo sistema judicial. Pero esa es una discusión final y posterior.

Antes que nada, la confrontación en esta tesis es, principalmente, con aquella corriente motivacionista argentina que, alejándose de los postulados de sus principales doctrinarios, insisten en injertarle al jurado una motivación ahistórica y asistemática. Sea para derogarlo, sea para reducirlo a un mero escabinado. En definitiva, para que el juez letrado retome su poder y para que se mantenga el expediente escrito, **porque eso es lo que sucede con los intentos por hacer que el jurado motive**.<sup>1057</sup> Este punto ha sido tratado y demostrado con amplitud. La sempiterna vocación del *civil law* por lo mixto -congeniar supuestamente lo mejor del jurado con lo mejor del juicio técnico- no puede entorpecer la instauración del juicio por jurados clásico en la Argentina y Latinoamérica. Ambos sistemas deben mantenerse en paralelo con sus características singulares. Que nosotros optemos claramente por el juicio por jurados, por ser la esencia del sistema acusatorio (y su único garante *real*, no *quimérico*), no nos impide reconocer

---

<sup>1056</sup> DIAMOND, Shari: “*Beyond Fantasy and Nightmare: A Portrait of the Jury*”, 54 Buff. L. Rev. 717 2006-2007, p. 726. Ver la traducción castellana de este artículo en DIAMOND, Shari: “*Las múltiples dimensiones del juicio por jurados...*”, op. cit., 2016, capítulo 9º, ps 316 a 317 nota al pie n° 5.

<sup>1057</sup> FERRAJOLI, Luigi: “*Derecho y razón...*”, op.cit., p. 743. El maestro dedica la parte final de su obra a pulverizar al sistema penal y procesal de su país, por su alejamiento del SG. Cuando llega a la parte del juicio escabinado, nos revela que **el juez presidente le entrega el expediente instructorio a los escabinos para que lo lean**. Estas son sus amargas y pesimistas reflexiones: “*Todo ello, unido a la previsible pervivencia en la cultura de los jueces y de los demás intervinientes en el juicio de las viejas actitudes inquisitivas, hace bastante improbable la efectiva transformación del proceso penal italiano en un sistema acusatorio*”.



que el juicio profesional moderno del *civil law* ha jugado, a su manera, un importante rol histórico en la reducción de la arbitrariedad.<sup>1058</sup>

Por ello es central, para el futuro de este injerto inviable que supone la motivación en el jurado clásico, estudiar en profundidad los argumentos de los dos de los máximos motivacionistas y antijuradistas europeos de este siglo y analizar cuáles es el verdadero motivo, si es que hay uno solo, de la aversión epistémica lógica que les despierta el jurado y la ideología de la *adversary*.

#### A. Críticas a la realidad desde una ficción. *Ser o deber ser.*

El motivacionismo radical europeo parte de un error de base: **le habla críticamente -y no sin cierta altanería- al ser de los sistemas judiciales del *common law* desde el *deber ser* de los sistemas judiciales del continente.** Es una discusión irreal. Una ficción. Cada vez que Ferrajoli, Taruffo o Cordero son preguntados por la verdadera realidad que ofrece de manera cotidiana el sistema de justicia europeo continental con motivación admiten, sin dudarlo, un cuadro de situación lamentable y por completo alejados de sus teorías.

Cordero, por caso, hunde como una daga su prosa genial en la realidad de la motivación actual de las sentencias italianas:

*“es un lenguaje muerto”; “son discursos vacíos”; “es un método muy nocivo para la quaestio facti, mezclando fórmulas bendecidas por la Corte...”; “ha dicho poco y nada, pero puede darse que, presentada así, la motivación resista el recurso. Es inútil decir cuánto distan de la transparencia estas decisiones, pues el motivo auténtico permanece oculto, y la explicación pseudodialéctica tiene efecto secreto”.*<sup>1059</sup>

Ante esta extendida plaga, que en Argentina padecemos cotidianamente, se abren dos caminos: ¿cuál sería el problema con los veredictos del jurado?

---

<sup>1058</sup> Insistiremos en este punto cuanto sea necesario. El motivacionismo permitió sacar a Europa continental y a Latinoamérica (antiguos territorios inquisitoriales) del horror de los jueces profesionales que, entre el siglo XVIII y XIX, pretendieron juzgar con íntima convicción, como si fueran jurados. Gracias al juicio por jurados del *common law*, como vimos ampliamente en la Parte I, tenemos libertad de prensa, independencia judicial, sistema acusatorio, debido proceso, veto popular a leyes injustas y un freno concreto a los abusos de poder.

<sup>1059</sup> CORDERO, Franco: “*Procedimiento...*”, Tomo I, op. cit., p. 291 y 293: “*el estilo italiano de las sentencias no es el mejor de los posibles*”; “*depende también de factores corporativos la costumbre de hacer monografías y las conocemos, pues en los momentos del concurso para la carrera, los aspirantes a la promoción exhiben algunas sentencias larguísimas*”; “*los principios o máximas de la casación han originado un circuito literario*”.

Ferrajoli tampoco tiene contemplaciones al criticar -de manera amarga al final de *Derecho y Razón*- el proceso penal cuasi-inquisitorio vigente en su país. Italia, por caso, aprobó una ley destinada a abolir el expediente ante el clamor público contra la excesiva demora del sistema judicial y porque el peso de los expedientes amenazaba con derrumbar los palacios tribunalicios.

¿Qué virtudes pueden extraerse de esos sistemas a partir de la sacralización de la motivación como único método para construir la verdad? La discusión en el plano del *deber ser* es siempre muy atrayente pero, cuando la realidad aparece, se derrumban como castillos en la arena. Un instrumento teórico puro, pero con débil anclaje en la realidad práctica, donde sus pretendidos efectos deberían operar. Aún con todos sus defectos (y vaya si los tiene)<sup>1060</sup>, el *ser* del sistema adversarial del *common law* es muy superior en todo sentido a la realidad cotidiana de los sistemas judiciales del *civil law*. Superior en cuanto a oralidad, publicidad, transparencia, celeridad, garantía de defensa, igualdad de armas, participación ciudadana y democracia. Por supuesto que las preferencias son siempre opinables, pero la *realidad efectiva* del juicio por jurados del sistema adversarial del *common law* está allí, a la mano, es concreta, visible y palpable: a los juicios asisten acusados libres bajo fianza en su gran mayoría; cuando llegan presos se realizan invariablemente en cien días en un contexto de **adversarialidad plena** inexistente en Europa continental. Los juicios se pueden hacer por separado por cada imputado para no comprometer su posición defensiva. No hay expedientes escritos, no hay jueces instructores para proveer pruebas de oficio, su organización judicial es horizontal y todo se litiga en un entorno de la más intensa publicidad y continuidad. Sus sistemas están completamente orientados a establecer la verdad material, hoy ya con una generosa revisión en apelación.<sup>1061</sup>

El pensamiento íntegro que aquí exponemos de Taruffo y Ferrajoli, que es extraordinario en muchos aspectos, debe ser evaluado y relativizado a la luz de esta advertencia. No sólo por hablar desde la ficción de un *deber ser*, sino porque los únicos

---

<sup>1060</sup> El principal de todos es la entrevista inicial de la policía con el imputado sin la presencia obligatoria del defensor, aunque en toda Europa continental suceda lo mismo o peor. La otra gran objeción es el principio de oportunidad discrecional del que gozan los fiscales, que resultan en condenas extorsivas en el *plea bargaining*.

<sup>1061</sup> Toda la parte II de esta tesis está dedicada al estudio de los mecanismos de los que se vale el sistema adversarial con jurados del *common law* para suplir la motivación de los jueces profesionales y alcanzar igualmente la verdad. Ver en particular el fallo de la Corte Suprema de Canadá in re “*R vs Biniaris*” (2000), ampliamente tratado.

destinatarios de sus teorías son los jueces técnicos, al parecer, los únicos garantes de la verdad, la racionalidad y la democracia.

## §2. La Tesis de Verdad de Ferrajoli. Epistemología inquisitiva y acusatoria.

Según Ferrajoli, el sistema judicial garantista (SG) que nació con la Ilustración es un auto-piáde imposible realización. No existe, ni existirá nunca, un sistema judicial perfecto, entanto y en cuanto a la justicia siga administrada por seres humanos.

La cuestión, entonces, radica en qué medida los sistemas judiciales, todos imperfectos, se aproximan a dicho ideal.<sup>1062</sup>

Tal como hemos visto, dos son los modelos del sistema garantista en la historia que hoy son preponderantes en el mundo occidental: el sistema del *common law* y el sistema del *civil law*.<sup>1063</sup>

El primero no conoció la Inquisición, enjuició siempre a sus pares con jurados y es sin discusión alguna el modelo más abierto, transparente y garantista. El segundo la padeció durante varios siglos y marcó para siempre el tránsito o inconcluso hasta hoy desde un modelo autoritario hacia un modelo razonablemente garantista, pero muy lejos aún de los estándares de respeto a las garantías constitucionales del *common law*.<sup>1064</sup>

Difícilmente encontremos en la literatura jurídica alguien que supere a Ferrajoli al explicar las diferencias entre la epistemología inquisitiva y acusatoria. Es decir, los dos modos de construcción de la verdad en la historia de los sistemas judiciales. Volveremos a ellos al explicar nuestros puntos de disenso con su pensamiento.

Sin embargo, las aguas se dividieron drásticamente cuando hay que elegir el concepto de verdad. La tesis de verdad de Ferrajoli es muy simple, pero irreductible: dado por sentado que la verdad perfecta está fuera del dominio humano, se trata de establecer sobre qué concepto de verdad - siempre parcial e imperfecto - debe estructurarse un SG (sistema garantista), también ideal e inalcanzable.

<sup>1062</sup> FERRAJOLI, Luigi: “Derecho y...”, op cit, p. 46: “Sin embargo, se puede salvaguardar su valor teórico y político si - y sólo si - se redefinen como un **modelo límite** que nunca plenamente se consigue sino sólo aproximable, sobre todo, se aclaran las condiciones en presencia de las cuales puede ser más o menos satisfecho”

<sup>1063</sup> Los célebres 10 axiomas ferrajolianos del garantismo penal, comprenden sin dudar al *common law* con jurados que no motivan. Trataremos luego esta inconsistencia: A1 Nulla poena sine crimine. A2 Nullum crimen sine lege. A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate. A4 Nulla necessitas sine iniuria. A5 Nulla iniuria sine actione. A6 Nulla actio sine culpa. A7 Nulla culpa sine iudicio. A8 Nullum iudicium sine accusatione. A9 Nulla accusatio sine probatione. A10 Nulla probatio sine defensione.

<sup>1064</sup> FERRAJOLI, Luigi: “Derecho y...”, op cit, p. 137: “sobre esta extensísima tradición, interrumpida en el continente europeo por los siglos de la Inquisición, pero conservada intacta en el *law of evidence*...”

Para Ferrajoli, sólo puede predicarse de

“verdadero”

**aquello que es verificable.** Y sólo son verificables en el plano judicial las proposiciones fácticas (verdad fáctica) y jurídicas (verdad jurídica) que motivan un pronunciamiento judicial.<sup>1065</sup>

*“Esta fundamentación sobre la “verdad” en el sentido mínimo relativo que antes se ha precisado - es la fuente de legitimación específica de la jurisdicción penal en un Estado de Derecho... la sentencia exige una motivación que debe ser fundada en hechos y en derecho”.*<sup>1066</sup>

Toda la obra de Ferrajoli es un intento por rehabilitar epistemológicamente a la *verdad procesal*, aún en su imperfección, **pero colocándola en cabeza del juez**. Esta opción le traerá problemas, ya que no es acorde con el método acusatorio, que siempre puso sobre el acusador la carga de probar y de fundamentar la verdad procesal. La verdad procesal es, como todas, una verdad aproximativa, pero la que más se acerca al ideal Ilustrado de *perfecta correspondencia*.<sup>1067</sup> Pero es el mismo quien rápidamente advierte que su concepto de “verdad procesal”, y sus correlativos “verdad fáctica y verdad jurídica”, se insertan dentro de un modelo ideal de jurisdicción penal rígido y cognoscitivo de la definición de verdad. Ferrajoli sitúa a la motivación como una garantía de segundo grado; una *garantía de cierre* para su SG.<sup>1068</sup> Varios procesalistas argentinos, entre nosotros Pastor, la exaltan como *garantía de garantías*.<sup>1069</sup> Sólo que esto es una exageración de la premisa ferrajoliana, que ha inspirado erróneamente a parte del motivacionismo a pretender injertarle motivación al veredicto del jurado. Algo que ni el propio Ferrajoli ha intentado jamás, ya que toda su teoría está dirigida hacia los jueces profesionales. Ferrajoli no se decide a incluir al jurado dentro de su SG. A esto es lo que llamamos en esta tesis la sobrevaloración de la exigencia de motivación.

<sup>1065</sup>

FERRAJOLI, Luigi: “Derecho y...”: op.cit., p. 46 y ss. p. 66: “Sin una adecuada teoría de la verdad, de la verificabilidad y de la verificación, toda la construcción ilustrada del derecho penal que aquí he llamado “cognoscitiva” o “garantista” termina apoyada en la arena.”

<sup>1066</sup> FERRAJOLI, Luigi: “Derecho y...”: op.cit., p. 542

<sup>1067</sup> FERRAJOLI, Luigi: “Derecho y...”: op.cit., p. 50 y p. 622 “Todo esto vale con mayor razón para la verdad procesal, que también puede ser concebida como una **verdad aproximativa** respecta del ideal ilustrado de la perfecta correspondencia. Este ideal permanece en adamas que como unide al. Pero éste es precisamente su valor: es un principio regulativo (o un modelo límite)”

<sup>1068</sup> FERRAJOLI, Luigi: “Derecho y...”: op.cit., p. 622: “La última garantía procesal de segundo grado, que tiene el valor de una garantía de cierre del sistema SG, es la obligación de la motivación de las decisiones judiciales.”

<sup>1069</sup> PASTOR, Daniel: “El deber judicial de...”, op. cit., 2010, p. 60: “la motivación de la sentencia no sería una opción del legislador; sino, antes bien, una seguridad... Por eso, no es la motivación de las condenaciones una garantía en sí misma, sino una garantía de garantías”.

**A. Primera confrontación con la tesis ferrajoliana: ¿no existe esta posibilidad de verificación/refutación de verdad en el sistema anglosajón?**

Si se responde que no a este interrogante, ¿es posible preguntarse, sin caer en el ridículo, que de todas las sentencias dictadas, o los veredictos rendidos, desde hace siglos en el mundo del *common law* son ilegítimos por no poder verificarse sus contenidos de verdad? ¿O que, consecuentemente con esto, el modelo adversarial del *common law* es decisionista y sustancialista; por ende autoritario y antidemocrático?

Si, como es natural, el *common law* representa la gran tradición garantista de Occidente, ¿no parecen más lógicos sospechar que el sistema adversarial anglosajón con jurados posee y tuvo desde siempre sus propios métodos de verificabilidad de la verdad y justicia de la decisión? ¿Sus propios métodos de refutación y de fundamentación? Toda esta tesis está destinada a contestar este interrogante. Claro que los tiene pero, por supuesto, con métodos que los juristas del *civil law* raramente se dedicaron a estudiar y que los hundieron en una suerte de desasosiego cultural. Por más esfuerzo en demostrar que hay vida y otras posibilidades garantistas más allá de la motivación escrita de una sentencia, el *civil law* frunce el ceño.

No hay un sólo párrafo en su monumental obra donde Ferrajoli al menos sugiera que este test de verificabilidad de la verdad o falsedad de una decisión del jurado sea imposible en el *common law* pero, curiosamente, tampoco dice cómo es que se lleva a cabo.<sup>1070</sup> Incluso a pesar de la enorme literatura disponible hoy sobre el tema y que Carrara, por vivir en otra época, quizás no pudo tener de primer mano. Se limita a comentar en un solitario y único párrafo, que remite a una nota al pie a un autor italiano antijuradista que

*“Mayores resistencias encontró la obligación de motivar en los sistemas anglosajones de tradición acusatoria a causa de la discutible idea de la incompatibilidad entre motivación técnica y veredicto de los jurados.”*<sup>1071</sup>

---

<sup>1070</sup> Los fallos de todas las cortes supremas de países anglosajones que hemos citado aquí (inclusive la de Puerto Rico) dan amplia cuenta de los métodos propios de control y verificación de verdad procesal en un sistema con veredicto general de jurados que juzgan con íntima convicción. Ni uno solo de ellos está citado en la obra de Ferrajoli, de Taruffo o de Perfecto Andrés Ibáñez, a pesar de datar de hace más de cien años. Para más detalles, consultar la traducción de todos esos fallos en BINDER, Alberto & HARFUCH, Andrés (directores): *“El juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional...”*, op. cit., 2016.

<sup>1071</sup> FERRAJOLI, Luigi: *“Derecho y....”*: op.cit., p.623 y ss.

Resulta llamativo que en un tratado tan exhaustivo como el suyo no haya ningun otro referente más a este punto, que constituye el núcleo central de los sistemas adversariales. Sobre todo cuando ha sido él quien nos enseñó a diferenciar entre lo que es la epistemología inquisitoria y la acusatoria, que es adonde pertenece y se sitúa el jurado. Ferrajoli reconoce que la alternativa entre *jueces-magistrados* y *jueces-ciudadanos* es la opción más decisiva que ha cruzado la historia de los sistemas judiciales.<sup>1072</sup>

Pero, al responder al interrogante crucial acerca de “¿Qué juez: el jurado o el juez técnico?” se a él que deba juzgar en su sistema ideal garantista (SG), Ferrajoli titubea, vacila, tratabilla, no se decide y se limita a explicar los dos sistemas a lo largo de la historia, a mencionar a sus adherentes, a sus opositores y a advertirnos que el juez-magistrado de ayer, blanco dilecto de la mortífera crítica liberal-ilustrada, ya no existe.<sup>1073</sup> Pero se queda allí, sin prescindir expresamente del jurado, como sí lo hace Taruffo sin ningún tipo de contemplaciones. En suma, por más que sea evidente la opción de Ferrajoli por un juez técnico, vinculado estrictamente a la ley que determina la verdad de los hechos del caso en una sentencia motivada, **no termina de ser categórico en cuanto al lugar que ocuparía un jurado en un SG.** Directamente elige no pronunciarse de manera tajante, **pero nos pide que nos cuidemos de no caer en esquematismos y simplificaciones históricas.**

Entramos de lleno a confrontar con su tesis. Es evidente que el jurado a Ferrajoli le provoca un serio dolor de cabeza. Una persona como él, un humanista tan lúcido, jamás podría ubicar al jurado y a su veredicto fuera del sistema garantista; o peor, en un esquema decisionista o sustancialista. Sería un contrasentido, ya que el juicio por jurados en toda su historia es sinónimo de libertad política, de garantías, de método acusatorio de fundamentación y de transparencia judicial. El juez de su SG debería ser, indiscutidamente, el jurado, cuyas decisiones son superiores en términos de determinación de la verdad de los hechos y de fundamentación racional. Pero, en su afán por construir un SG con apoyo total en la motivación, propia, exclusiva y natural en los jueces-magistrados expertos en leyes, no sabe qué hacer con el jurado, que es sinónimo del sistema acusatorio. Ferrajoli reconoce que su praxis milenaria indica que jamás motivó sus veredictos. No se decide a incluirlo en su SG ideal, pero no tiene argumentos

---

<sup>1072</sup> FERRAJOLI, Luigi: “Derecho y....”: op.cit., p. 575.

<sup>1073</sup> Afirmación muy cuestionable, sobre todo en América Latina. Los sistemas de justicia en manos técnicas son objeto de críticas despiadadas por parte de la sociedad civil por su ineficacia, su burocratismo, su lentitud, por el secretismo y por las sospechas de venalidad.

como para excluirlo abiertamente, ni para decir si y cómo deberían motivar. Esta gran contradicción representa una inconsistencia importante en su tesis y lo ha llevado al error histórico que anticipamos ahora, pero que veremos con más detalle en la segunda confrontación con su pensamiento.

*“Es necesario cuidarse de los esquematismos y las simplificaciones. A este respecto, hay que decir que **no existe un nexo teórico** -aparte del histórico- **entre método acusatorio** basado en la libre convicción de un juez espectador y juez popular que decide sin motivar”*

Y agrega inmediatamente:

*“En el plano teórico, el problema estriba más bien en cómo conciliar, mediante las adecuadas garantías, imparcialidad y capacidad técnica, libre convicción y motivación, independencia y sujeción a la ley”.*<sup>1074</sup>

Es aquí donde aflora con plenitud el defecto apuntado de criticar, desde el *deber ser* de un sistema judicial que jamás existió y que no existe, a otra realidad judicial – la del *common law*- que existe desde hace un milenio. Ferrajoli, en su afán de justificar su SG ideal con motivación, debe conceder que, *por historia*, el método acusatorio (o Ideal Paritario, según Damaška) indica que se lleva a cabo con funcionarios legos **que jamás motivaron**. Pero que, *“teóricamente”*, podría llegar a existir un sistema acusatorio exclusivamente con jueces técnicos, imparcialidad, garantías, libre convicción y motivación. El problema es que ello no es posible, ni menos aún deseable, en una democracia. Lo veremos en el siguiente punto.

Ferrajoli descarta epistemológicamente no sólo al jurado clásico, sino también al escabido que rige actualmente en su tierra natal, Italia:

*“...la vocación italiana por lo mixto, que produjo en 1931 (con Mussolini) la supresión de **los viejos jurados** y su sustitución por un órgano compuesto de seis jueces populares y dos **stogados**, destinados éstos inevitablemente a tener ventajas sobre los primeros.”*<sup>1075</sup>

---

<sup>1074</sup>FERRAJOLI, Luigi: “Derecho y....”: op. cit., p.578. No coincidimos aquí con el maestro. Allí donde hay jurados, hay verdadero litigio adversarial, publicidad, oralidad, imparcialidad, finalidad del veredicto y máxima defensa. Allí donde sólo hay jueces profesionales con motivación, hay expediente, escriturismo, menor imparcialidad, menor defensa y bilateralidad recursiva. En definitiva, un SG en cabeza de jueces-magistrados no augura un futuro nada esperanzador como el que sueña el motivacionismo.

<sup>1075</sup>FERRAJOLI, Luigi: “Derecho y....”: op. cit., p.577.

DAMAŠKA, Mirjan: “Structures of authority and comparative criminal procedure”, 84 Yale L. J, 480, 498, 1975. El autor describe allí la limitada influencia de los asesores legos en las decisiones de paneles mixtos.

Sin embargo, parece entendible que no haya ahondado en el tema y se limite a una fugaz mención que es “discutible” que un jurado no pueda convivir con una motivación técnica. Es que el punto de partida de su tesis sobre la motivación está intenso en términos de expresión de verdad **que no es realista** reclamárselo al jurado popular. Es lógico que no insista. Si motivar una sentencia en los hechos y en el derecho con los estándares que hoy exige las Cortes es de por sí tarea más difícil que tiene a su cargo un juez, pues es obvio suponer los obstáculos insalvables que estos supone para un jurado de doce personas sin preparación jurídica.

Véase sino lo que afirman los propios motivacionistas españoles, que se oponen al jurado porque reconocen que no es su función natural motivar: “...entre los vicios que padece el sistema español del jurado se encuentra la hipermotivación del veredicto exigida por cierto sector jurisprudencial...”.<sup>1076</sup> Es la misma óptica de Ferrajoli, Ibáñez y Taruffo, en donde -contado a lógica- no hay lugar nunca en un SG para “motivaciones sucintas” o “diferenciadas” para el jurado y, en cambio, “completas” para el juez togado.<sup>1077</sup>

En esa una de las razones por la cual, dentro de esas que hacen estos autores, se prescindieron del jurado como *trier of facts* (determinador de los hechos). La principal crítica contra la idea de un SG ideal abastecido exclusivamente por jueces técnicos es simple: pensar en los jurados como seres humanos que simplemente negocian una verdad consensual, sin razonar, es un claro prejuicio elitista, conservador y academicista. En estas posturas de excesiva confianza en las bondades del juez técnico hay mucho de mito y demasiado de prejuicio.<sup>1078</sup> **Es inexplicable que una democracia pueda funcionar si sus teóricos**

---

<sup>1076</sup> ALISTE SANTOS, Tomás Javier: “La motivación...”, op. cit., p. 440: “...entre los vicios que padece el sistema español del jurado se encuentra la hipermotivación del veredicto exigida por cierto sector jurisprudencial...”. Consecuentemente con esto, en España se revocaron por nulos veredictos absolutorios del jurado -recurso fiscal mediante- por falta de motivación. Este es el despropósito de los sistemas europeos-continenciales que se autopredican de “adversariales” y más garantistas porque obligan a motivar. Un desatino de esta clase -poner a los jurados a motivar y recurrir el veredicto de no culpable- es políticamente imposible en el *common law* desde hace 800 años.

<sup>1077</sup> IBÁÑEZ, Perfecto Andrés: “Prueba y convicción judicial en el proceso penal”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2009, pp. 27 y ss. El autor español exige de parte del juez, en la sentencia escrita y motivada, “el máximo nivel imaginable de lucidez de conciencia”; “que hoy requiere de los jueces de profesión -hasta hace poco cómodamente instalados en una concepción de la libre convicción propia del jurado- un riguroso reciclaje en la epistemología del juicio”. Lógico que no haya lugar para el jurado en esta cosmovisión. Reiteramos: que es correctísima -y una garantía del imputado- si se la dirige al juez técnico. Pero es inaplicable para el jurado popular, que posee otros métodos de verificabilidad expuestos ampliamente en esta tesis.

<sup>1078</sup> Véase sino el rosario de descalificaciones elitistas que otro discípulo de Luigi Ferrajoli, como Perfecto Andrés Ibáñez, desgrana contra el jurado, a propósito de la condena en un caso muy mediático en España. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés: “Lo que enseña el ‘caso Wanninkhof’”, columna de opinión del diario El País, España, 1º octubre de 2003 ([http://elpais.com/diario/2003/10/01/opinion/1064959207\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2003/10/01/opinion/1064959207_850215.html)): “...polémica institución...”; “la



**más lúcidos no les reconocen a los ciudadanos capacidad de razonar. Ningún concepto de verdad puede provocar la exclusión de los ciudadanos de los sistemas judiciales.** Como hemos visto ampliamente en el capítulo 10º, John Gastil demostró científicamente que el servicio de jurado convierte a los ciudadanos en seres políticamente más democráticos. No es concebible un SG en una democracia que no incluya a sus ciudadanos dentro del Poder Judicial participando como jurados. El *common law*, con jurados que no motivan su veredicto y con jueces que sí lo hacen, es indiscutiblemente integrante de un SG con eje en la verdad.

Pero hay otras razones por las cuales el motivacionismo europeo se aparta de los jurados. Son los defectos epistemológicos que le atribuyen al sistema adversarial donde el jurado se inserta y que, a continuación, veremos con mayor amplitud en la postura radical de Michelle Taruffo, ya que Ferrajoli, un tanto más contemplativo, se inclina decididamente por el *adversary*. Ahora cuestionaremos su ambigua visión de que el método acusatorio de una democracia republicana sea realizable sin jurados. En otras palabras, llevado a cabo íntegramente por jueces técnicos.<sup>1079</sup>

Otro punto que el maestro tampoco da cuenta es que son las propias Constituciones de los Estados Unidos, de Argentina, de Venezuela, de Canadá, de Brasil y de muchos otros países democráticos europeos las que establecen al juicio por jurados como una garantía constitucional de todos los habitantes. ¿Cómo

---

*motivación permite... erradicar con eficacia juicios judiciales emotivos, intuitivos u oraculares...”; “... puede muy bien afirmarse que el tribunal no profesional carece de capacidad para interponer una mediación técnica y de experiencia entre las sugerencias de ambientes tan cargados y tan constrictivos como el descrito y la propia conciencia moral y jurídica...”; “en el jurado, el riesgo de desviación objetiva del juicio sube sensiblemente de nivel”; “el estándar que impone el juicio con jurado es, inevitablemente, de una constitucionalidad débil”.*

<sup>1079</sup> DAMAŠKA, Mirjan: “*Las Caras de la Justicia...*”, op. cit., p. 36. Damska emplea estos términos para describir el ideal jerárquico del *civil law* y la profesionalización de los funcionarios responsables: “*rutina, descompromiso emocional, hábito, capacidad de anestesiarse su corazón, si es necesario, y de tomar decisiones -en su rol de funcionario- que nunca tomaría como individuo*”. El acostumbramiento al oficio de juzgar a los demás en los jueces técnicos es el talón de Aquiles de todo sistema judicial que pretenda asentarse sobre bases exclusivamente técnicas, aunque sea un SG como el proclamado por Ferrajoli. Los países sin jurados atraviesan actuales, recurrentes y graves crisis de legitimidad social de sus Poderes Judiciales. Lo cual es obvio, porque se vuelven autoreferentes y se cierran sobre sí mismos, generando crisis cíclicas. Sin contar, por supuesto, con los vicios inherentes al juicio técnico: escriturización, expedientes, burocratización de la organización judicial, plazos irrazonables, procesos episódicos, etc. Los sistemas con jurados son la antítesis perfecta de ese estado de cosas. Por supuesto que también afrontan disturbios y tensiones sociales, pero permiten canalizarlas mejor.

desconocer este punto esencial, que define a un SG y a un sistema acusatorio material desde su misma Carta Magna?<sup>1080</sup>

En un intento por poner en contextos sus reparos al *trial by jury*, debe reconocerse que es que **maíde** de SG ferrajoliano basado en la estricta legalidad de posas sobre jueces profesionales que él imagina muy distintos a los que conocemos y con un sistema de derecho penal mínimo: los jueces son nombrados por concurso en carrera judicial sin intervención política, las penas máximas no pueden ser de diez años, no existe la prisión preventiva ni las negociaciones abreviadas, etc.

### **B. Segunda confrontación con la tesis ferrajoliana: un sistema sin jurados jamás puede predicarse de acusatorio.**

Hay un punto de partida equivocado -crucial y definitorio- con que Ferrajoli caracteriza al sistema acusatorio, con el único fin teórico-científico de acomodar su tesis de un SG con estricta legalidad y motivación, al menos en un futuro imaginario.

*“Por ejemplo, si forman parte tanto del modelo teórico como de la tradición histórica del proceso acusatorio, la rígida separación entre juez y acusación, la igualdad entre acusación y defensa, la publicidad y la oralidad del juicio; **no puede decirse lo mismo de otros elementos que, aún perteneciendo históricamente a la tradición del proceso acusatorio, como la discrecionalidad de la acción penal, el carácter electivo del juez, la sujeción de los órganos de la acusación al Poder Ejecutivo, la exclusión de la motivación de los juicios de los jurados, etc**”.*<sup>1081</sup>

Esto no es correcto. ¿A qué se refiere Ferrajoli con el “*modelo teórico*” del sistema acusatorio? Aquí nos topamos con otra de las pretensiones fundacionales sobre la que se basa su tesis: la creación de un nuevo sistema (el SG) y su consecuente pretensión axiológica inaugural. No existe tal cosa de “*modelo teórico*” del sistema acusatorio o inquisitorio. Es una afirmación circular y retórica que sólo se sostiene por la gran autoridad de quien la emite. Lo que sí existe, y desde esto han teorizado los grandes filósofos, penalistas y procesalistas de todos los tiempos, es una tradición histórica y **una praxis** acusatoria e inquisitiva.

Salvo el carácter electivo del juez y la pertenencia de los fiscales al ejecutivo (que es un fenómeno propio de los Estados Unidos, pero no de Inglaterra ni del resto del *Commonwealth*), **la discrecionalidad de la acción penal** (reglada o libre) y la **íntima**

<sup>1080</sup> CASTEX, Francisco: “*Contra búcéfalo*”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009.

<sup>1081</sup> FERRAJOLI, Luigi: “*Derecho y....*”: op. cit., p. 563.

**convicción del veredicto de los jurados** son componentes esenciales de la historia y de la praxis concreta del método acusatorio. No son notas que pertenezcan al devenir histórico solamente. Jamás existió algún modelo acusatorio con motivación en el jurado<sup>1082</sup>, que es nuestro tema de tesis, sin por ello gozar de su propio método de verificabilidad y búsqueda de la verdad. La tradición acusatoria sin motivación y con jueces-ciudadanos **es un fenómeno inalterable hasta el día de hoy**. Nació en la Antigüedad, con la Grecia Antigua y la Roma clásica. Continuó incólume durante el Medioevo, en Inglaterra y en los pueblos germánicos y europeos medievales hasta 1215. Prosiguió durante la Edad Moderna e informa al mundo contemporáneo, con el *common law* del Reino Unido, del *Commonwealth* y de los Estados Unidos. Todos esos Pueblos juzgaron (y juzgan) a sus pares con jueces-ciudadanos legos sin motivación, de manera inalterable desde hace dos milenios.<sup>1083</sup> Más modernamente, los países anglosajones de la actualidad también juzgan con jueces profesionales, **que rara vez motivan**, como veremos más adelante y sin que ello suponga afectación alguna de garantías.

Ante a esto, Ferrajoli persiste en este grave error:

*“Por otra parte, si son típicamente característicos del sistema inquisitivo la iniciativa del juez en el ámbito probatorio, la desigualdad de poder entre la acusación y la defensa y el carácter escrito y secreto de la instrucción, **no lo son, en cambio, de forma tan exclusiva, institutos nacidos en el seno de la tradición inquisitiva como la obligatoriedad e irrevocabilidad de la acción penal, el carácter público de los órganos de la acusación y la obligación del juez de motivar sus decisiones**”.*<sup>1084</sup>

Esto no es así. Pertenecen **indiscutiblemente y de manera esencial**, a la historia y **a la praxis** del sistema inquisitivo (no a un imaginario “*modelo teórico*”) el surgimiento mismo de la figura del juez profesional (inquisidor), las pruebas legales (por oposición a la íntima convicción del sistema acusatorio), la organización judicial vertical, jerárquica y autoritaria, la ley escrita codificada y la motivación de las

---

<sup>1082</sup> PASTOR, Daniel: “*El deber judicial...*”, op. cit., p 55: “*El régimen acusatorio de la antigüedad greco-romana, altamente democrático, resolvía los casos públicamente por jurados **que obviamente no motivaban**, mientras que la fundamentación de la sentencia se empieza a originar en los regímenes más autocráticos que acentuaban el control jerárquico de los jueces subalternos por encima de la justicia del caso*”.

<sup>1083</sup> CORDERO, Franco: “*Procedimiento penal...*”, Tomo I, op. cit., p. 16: “*De este rudimentario proceso inglés por jurado o trial by jury, surgido como alternativa de los duelos y ordalías, a los cuales se asemeja en su carácter irracionalmente apodíctico, **nació el estilo acusatorio. La inquisición no prosperará nunca en el ambiente anglosajón.***” Este historiador del derecho italiano aborrece del jurado, precisamente por el contenido irracional de su veredicto (indemostrable o apodíctico por su lacónica fórmula) que lo asemeja a las ordalías. Más allá de la exageración, Cordero reconoce que el jurado inglés medieval con íntima convicción es consustancial al nacimiento del estilo acusatorio.

<sup>1084</sup> FERRAJOLI, Luigi: “*Derecho y....*”: op. cit., p. 563.

sentencias. Agregamos, por si acaso, la reunión en la persona del juez inquisidor del poder de investigar y de decidir. Es unánime en la doctrina de los grandes penalistas de todos los tiempos que la motivación escrita de las sentencias nació con la Inquisición y fue una exigencia política del Rey Sol como método de control de lo resuelto por sus jueces burócratas inferiores.<sup>1085</sup>

Es entendible que el esfuerzo de Ferrajoli por construir un SG con eje total en la motivación y en el valor de la verdad lo haya llevado a afirmar algo tan polémico y contradictorio.<sup>1086</sup> E, inclusive, a prevenirnos contra futuras *operaciones ideológicas de falsificación histórica, o construcciones teóricas lógicamente inconsistentes y axiológicamente inservibles*.<sup>1087</sup>

Se trata de otra exageración. En su afán por inaugurar una nueva variante moderna -y pretendidamente superadora- del sistema acusatorio, Ferrajoli realiza dos operaciones muy importantes y necesarias:

1) rescata a la motivación de su pasado oscurantista inquisitorio y perfila su actualidad garantista;

2) rescata a la búsqueda de la verdad del terror inquisitorial y la transforma en una garantía actual del imputado, base de su SG.<sup>1088</sup>

---

<sup>1085</sup> MAIER, Julio B. J: “*Derecho procesal penal...*”, op. cit., p. 483.

DAMAŠKA, Mirjan: “*Las Caras de...*”, op.cit., p. 61.

BINDER, Alberto: “*Derecho procesal penal. Tomo I: Hermenéutica del proceso penal*”, Editorial Ad-Hoc, 2013, capítulo 8º “*Contra la Inquisición: historia y tradiciones en la configuración de la justicia penal*”.

CORDERO, Franco: “*Procedimiento penal...*”, Tomo II, op. cit., p. 284/5: “*En el tardío siglo XIII parisino el tribunal dicta sentencias motivadas, las cuales, un poco lapidariamente, enuncian las razones...*”; “*Encendida por un cortocircuito de fuertes componentes emotivos, la **convicción íntima rechaza los discursos razonados. El estilo inquisitorio, por el contrario, impone análisis, reflexión, cálculo, pues los argumentos valen más que la conclusión, y es cosa natural exponerlos***”.

<sup>1086</sup> En dos pasajes de *Derecho y Razón* (p. 139) dice sustancialmente lo contrario: “*la libre convicción había nacido dentro del modelo procesal acusatorio elaborado por la tradición clásica del **ars disputandi**, y después por la tradición inglesa del **law of evidence**, en coherencia con otros principios recíprocamente interdependientes: la separación neta entre la acusación, a la que le incumbe la carga probatoria, y el juez, entendido como espectador imparcial; el contradictorio entre las partes como técnica de formación y de argumentación de las pruebas; la intermediación, la oralidad y la publicidad del juicio; el sistema de los jurados populares.*”

La nota al pie nº 58 (p. 192) de este pasaje no le va en zaga: “*sobre el nexo entre **libre convicción y sistema acusatorio**, no es sólo técnico, sino también político. La legitimidad política de la libre convicción como fuente de decisión ha sido reconocida por muchos sólo a los jurados que, a diferencia de los jueces, no sólo no son expertos en la ley, sino que sobre todo son los **pares** del acusado. La convicción de un juez es distinta de la de un jurado; la primera está prevista y ordenada por el legislador, la otra es libre, y nace en el acto de la discusión; es en cierto aspecto un acto inmediato de soberanía...*”.

<sup>1087</sup> FERRAJOLI, Luigi: “*Derecho y....*”: op. cit., p. 568.

<sup>1088</sup> PASTOR, Daniel: “*El Deber judicial...*”, op. cit., p. 56: “*Pero es precisamente Ferrajoli el que nos pide que no descalifiquemos toda institución jurídica por su origen histórico, algo que ha probado, por*

Pero, para lograr combinar *verdad y motivación* sin ser confundido intelectualmente con un nostálgico de tiempos judiciales funestos, Ferrajoli se desespera por ubicar a la motivación como **no necesariamente ausente de la tradición acusatoria**; lo cual es un error desde donde se lo mire. De otro modo, caería como un castillo de naipes el fundamento mismo de su SG. Es una visión ahistórica y contraria a la praxis concreta de ambos métodos. Es como achicar la cabeza para que entre el sombrero.

Lo mismo vale para su asociación entre la búsqueda de la verdad y la Inquisición, hoy convertida en garantía dentro de su SG. La búsqueda de la verdad estuvo siempre presente en la Inquisición, pero también en el *common law* medieval inglés. Sólo que en la primera fue buscada de manera cruel e inhumana y, en el otro, dentro de un entorno de mayor *fair play* para la época: juicio público, adversarial y ante jurados imparciales. El motivacionismo del *civil law*, como ya hemos visto, siempre busca identificar al *adversary* como contrario a la verdad, lo cual es toda una definición ideológica, pero recortada e insostenible.<sup>1089</sup>

**Disentimos por completo en un SG ideal -acusatorio y adversarial- no hay lugar para el juicio por jurados.** Esta es una visión profundamente conservadora. Supone la restauración moderna del juicio exclusivamente profesional, ayer en la Inquisición, hoy en democracia.<sup>1090</sup> Estamos en contra también con la afirmación académica de que un sistema acusatorio puede ser realizado exclusivamente por jueces profesionales. Es exactamente al revés, además de ser una quimera. **No existe un sistema acusatorio posible sin jurados.** El propio Ferrajoli reconoce, en otro pasaje memorable de su obra, que la Ilustración no

---

*ejemplo, con su tesis de transformar la búsqueda de la verdad de meta del procedimiento, tal como se la definía para permitir los mayores atropellos por parte de la inquisición, en garantía del imputado....”; “...Finalmente, la motivación judicial también se transformó, después de su incipiente origen tardo-inquisitorial, en un instrumento típicamente moderno al servicio exclusivo del individuo como garantía para neutralizar condenaciones arbitrarias”.*

<sup>1089</sup> TARUFFO, Michele: “*La Prueba de los Hechos*”, Editorial Marcial Pons, España, 2010. p. 42: “*De todos modos, está difundida la tendencia a asociar la idea de la búsqueda de la verdad judicial sobre los hechos al modelo inquisitivo, como si sólo un proceso autoritario y lesivo de las garantías de las partes pudiera estar interesado en establecer la verdad*”. El autor se niega a reconocer que la otra gran tradición jurídica de Occidente, el *common law* inglés medieval con jurados, desarrolló Reglas de Evidencia destinadas a establecer la verdad de los hechos. Para Taruffo y el motivacionismo radical, la verdad es patrimonio exclusivo de Europa continental, ayer con la Inquisición, hoy con los procesos mixtos.

<sup>1090</sup> Con el mismo entusiasmo antijuradista, ver IBÁÑEZ, Perfecto A: “*Lo que enseña el caso Wanninkhof*”, op. cit.: “*Y puede decirse ya que, en los países de nuestro ámbito y no sin trabajo, se han abierto un camino en curso en la experiencia judicial bajo la forma de una nueva cultura de la motivación. Ahora bien, se trata de una cultura que, sin ser propiamente jurídica, es realmente incompatible con la institución del jurado.*”

inventó nada por sí misma. Simplemente reconoció y le volvió a dar valor a institutos “bimilenarios”, como los que informaron a los procesos judiciales acusatorios de Grecia, Roma, los pueblos germánicos y la época medieval europea previa al Pacto monárquico-papal de 1215. **Claro, le faltaba mencionar que todos ellos juzgaban con jurados, no con jueces-magistrados; y sin motivación.**

*“ninguno de los principios enunciados en ellos puede considerarse un descubrimiento enteramente moderno: ni la idea de la verdad judicial como no necesaria sino sólo probable, ni los principios de la imparcialidad y **la libre convicción** del juez más allá de las pruebas legales, y ni siquiera las garantías de la oralidad, la publicidad y el contradictorio. Estos principios, que definen la estructura acusatoria del proceso penal, tienen tras ellos una elaboración más que “bimilenaria” que se remonta a los albores de la civilización occidental...”*<sup>1091</sup>

Posteriormente, la Inquisición arrasó con todos estos principios en el continente, incluido el jurado. Con ella nacen la motivación, la ley escrita (que reemplazó a la norma consuetudinaria o Ley de la Tierra, que sigue predominando en el *common law*) y los jueces técnicos. Pero la experiencia inglesa medieval -que luego se trasladó a Estados Unidos y el resto de sus colonias- fue la que salvó para siempre al sistema acusatorio y adversarial. Todos sus sistemas judiciales son inconcebibles sin jurados que juzguen con un veredicto general, ya que ellos han sido los únicos garantes históricos de las notas que Ferrajoli ensalza del proceso acusatorio y de una epistemología acusatoria.

Europa continental, tras la Revolución Francesa, apenas pudo siquiera aproximarse al ideal del *adversary*.<sup>1092</sup> Sus sistemas judiciales -especialmente el italiano, el español y el alemán- continúan infestados por el expediente instructorio escrito, por burócratas judiciales de carrera, por una maquinaria vertical judicial cada vez más numerosa<sup>1093</sup>, por jueces actores y por la incorporación por lectura de actas al debate. Es por esta razón, que no requiere de constatación empírica alguna de tan

---

<sup>1091</sup> FERRAJOLI, Luigi: “Derecho y....”, op.cit., p. 137.

<sup>1092</sup> DAMAŠKA, Mirjan: “Las Caras de...”, op.cit., p. 67. Al referirse a la exitosa resistencia de la Maquinaria Jerárquica Profesional en Europa tras la Revolución Francesa, con la inclusión de los jurados y el juicio oral: “No importa cuán significativas pueden haber sido estas reformas en algunos aspectos, su potencialidad para desestabilizar la jerarquía judicial, o mitigar la potencia de los profesionales nunca se ha cumplido.”

<sup>1093</sup> FERRAJOLI, Luigi: “Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia”, Revista “Nueva Doctrina Penal”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 1996/B, ps. 445-456: “La causa de este fracaso ha sido atribuida por Chiarloni a dos factores: la inflación de los recursos (más de 10.000 al año) y el carácter pletórico de la Corte de Casación, **compuesta ya por cientos de jueces** y articulada no sólo en más secciones especializadas, sino también en más colegios que en la misma sección juzgan las mismas cuestiones”.

evidente, que es imposible predicar de *acusatorio* o *adversarial* a un sistema judicial sin juicio por jurados. O, dicho al revés, considerar que es viable un sistema adversarial exclusivamente con jueces técnicos. No hay un solo ejemplo histórico para exhibir.

Los únicos sistemas procesales del mundo actual verdaderamente conducidos de manera íntegra por audiencias signadas por la continuidad, la inmediación, la publicidad, la oralidad y una práctica real de litigación adversarial son los del *common law*. Ellos juzgan con jurados y/o jueces técnicos, ambos con íntima convicción y sin afectación de garantía alguna.

Pero su elección total por la motivación no le deja alternativa: el jurado debe quedar fuera del SG, aunque jamás se animaría a decirlo. Nuestra postura es que ambos modos de enjuiciamiento, con sus propias maneras de fundamentación, integran el SG. Entramos así la última confrontación con su pensamiento.

### **C. Tercera confrontación con la tesis ferrajoliana: la epistemología no advertida del sistema mixto napoleónico.**

Es mérito de Alberto Binder haber descubierto lo que Ferrajoli no pudo (o no quiso) considerar. No hubo sólo dos modos de construir la verdad en la historia de los sistemas de justicia de Occidente. **Existen tres.** Además de la epistemología inquisitiva y acusatoria, que Ferrajoli describió como nadie, Binder sostiene que el sistema mixto inventado por Napoleón posee su propia metodología de construcción de la verdad. Binder la condensó en una frase de antología: “*es el modo inquisitorial encubierto de fraseología acusatoria*”.<sup>1094</sup>

La lógica de estos sistemas mixtos, que son los que nos gobiernan en Argentina, en Italia, en España, en Alemania y en América Latina, es que la verdad se construye en dos etapas. “*La instrucción formal es el momento de la determinación de la materialidad del hecho*” y *el juicio, crítica de esa construcción y debate sobre las responsabilidades penales*”.

Cuando en el *civil law* se llega al juicio, la verdad de los hechos ya está conformada en una instrucción preparatoria llena de actas escritas, no contradictoria, delegada, secreta en buena parte, casi sin controles y de pésima calidad probatoria. En el *common law*, en cambio, la verdad se construye de manera íntegra en el juicio público y

---

<sup>1094</sup>BINDER, Alberto: “*Un juez para la democracia...*”, op. cit., p. 133.

delante de un jurado.<sup>1095</sup> Toda la información que nos llevará a la tan ansiada verdad procesal es producida allí en un contexto de verdadero enfrentamiento paritario. **La superioridad de este método, en términos de calidad probatoria y de construcción de la verdad, es indiscutible.** Jamás pudo asumir Europa continental este reto.

El juicio oral del sistema mixto, que es el que nos informa, encuentra a sus litigantes yendo y viniendo, de manera continua en sus alegatos orales, desde los papeles del expediente de la etapa instructoria hacia el recinto del debate: “*A fojas 3 ha dicho el testigo X que...*”, “*que conste en actas que la pericia obrante a fojas 234 indica que el arma fue disparada una sola vez...*”. Y así sucesivamente. Esa es la forma de construir la verdad en los sistemas mixtos. En el juicio se discute el expediente y nada más. Los abogados alegan sobre los papeles del pasado. Hacen como que litigan, pero no hay litigio **real**. La oralidad es actuada. Cuando en los países del *civil law*, como en Argentina, se implanta el jurado clásico, que tiene prohibido por ley conocer el contenido de dicho expediente, esta forma de construcción de la verdad es puesta en crisis total, aún a costa de hacer crujir los cimientos del sistema judicial.

De nuevo Binder:

*“Pero pareciera que es posible sostener un juego argumentativo con formas de documentación rígida, que se convierten, en lo concreto, en el juego del expediente escrito (sucesión de actas pretendidamente literales) que nos abrumba con su vocación de persistir como práctica judicial. El juicio no es el lugar de contradicción de una verdad ya formada y respecto de la cual debemos analizar su “calidad explicativa”.*

*Este esfuerzo queda oscurecido, en mi opinión, por la adopción sin más de la epistemología de esos sistemas mixtos, cuya degradación hemos sufrido tanto en nuestra región latinoamericana y cuyos efectos se extienden hoy en lo que denominamos la reconfiguración inquisitorial de los sistemas acusatorios adversariales”.*<sup>1096</sup>

Es nuestra última y gran diferencia con el pensamiento ferrajoliano. Un SG sin jurados nos hace encallar indefectiblemente en **este sistema acusatoriomeramente formal**, cuya epistemología es la de los procesos penales mixtos napoleónicos. O sea, a construcciones de la verdad con reglas débiles, con controles externos de baja intensidad, pero con jueces plenipotenciarios. Esta es nuestra crítica al *deber ser* desde donde se predicán las bondades de un SG exclusivamente integrado por jueces profesionales. Ferrajoli logró la proeza de demostrar que, en un ambiente profesional, la

---

<sup>1095</sup> Por no mencionar que la investigación y la acusación también están controladas de manera oral por un Gran Jurado. Ver capítulo 5°.

<sup>1096</sup> BINDER, Alberto: “*Un juez para la democracia...*”, op. cit., p. 133.



fundamentación “*expresada*” de la decisión judicial permitía revertir los vicios tóxicos de la epistemología inquisitorial. Sin embargo, su opción a ultranza por la motivación -únicamente exigible a los jueces profesionales- no logra sacar a su SG fuera de la dinámica del *acusatorio formal* o, como también se lo llama más acertadamente, *del inquisitivo reformado*. El desplazamiento de la fundamentación desde la acusación pública hacia el juez -hacia la mente del juez- constituye, en un sistema sin jurados, otra renovación inquisitorial.

Desde un punto de vista teórico, es una tragedia para el pensamiento moderno garantista que Ferrajoli no haya considerado el método propio de fundamentación que siempre tuvo el jurado, que es el del sistema acusatorio mismo en todas las épocas: la obligación de fundamentar la verdad de los hechos es una carga probatoria impuesta al acusador por exigencia constitucional. Tras atravesar un test público y brutal de contradicción en corte abierta, el jurado decide con su veredicto si el fiscal ha probado o no la acusación. El veredicto posterior de condena es impugnabile y refutable ante el mismo juez del juicio<sup>1097</sup> o ante la corte revisora.

De allí nuestra afirmación de que, ante el interrogante del maestro acerca de: “**¿Qué juez: el jurado o el juez técnico?**” seaelquedebajuzgaren su sistemaidealgarantista(SG), la respuesta obvia, dada su predilección por la epistemología acusatoria, es que debió haber sido el jurado.

Porestecarrildiscurregranparte del problemadelamotivación.Unodesusmáximosexponentes, enestecasoFerrajoli, ni siquierasedetieneenexigirlemotivaciónaljurado. Lisayllanamente, pareceprescindirdeél e inclinarseporqueel juezdelSG seaunjuezprofesionalpermanente.Poresta razón,lainsistenciade parte del motivacionismo latinoamericano de queeljuradomotive “*dealgunamanera*” es, enrealidad, una forma de resistencia política que encubre **la no asunción explícita del modelo adversarial**. EsmuydifícilenunpaíscomolaArgentina, que tieneeljuradocomotriplemandatoconstitucional, conunsistemadejusticiapenalincomprensible paraelpuebloyconunsistemadederechoprivadoabsolutamenteescritoenplenosigloXXI, de clararseabiertamenteantijuradista. Enelfondo, traselreclamodemotivación al veredicto anidaladesconfianzaculturaleneljurado, porqueresultaríaembarazosoanimarseasostenerabiertamentequelaadministracióndejusticiadebequedarsóloenmanosde “expertos”

---

<sup>1097</sup> Ver capítulo 2º, § 2.1. Veredicto rechazado por el juez.

enderecho. Más políticamente correcto  
resulta declararse juradista, pero sólo si se le adiciona una motivación que, como vimos, no se  
la exige ni los más acérrimos defensores de la motivación judicial, ni es avalada por  
la historia de siglos del jurado, desde los  
Heliastas griegos hasta la actualidad. Como esta exigencia, además, viene embanderada en la  
garantía de defensa en el recurso, el círculo cierra perfecto. Sin advertir, como ya se ha  
demostrado,  
que el sistema adversarial anglosajón desde hace siglos abastece el derecho de defensa, la  
impugnación amplia del veredicto de condena arbitrario y la fundamentación.

#### **D. Una tarde con Julio Maier y Luigi Ferrajoli....**

Daniel Pastor ha escrito hace unos años un interesante artículo, citado ya varias veces, en el que se aparta de la postura de Julio Maier. Es muy importante discutir con las ideas que expone. Pastor no puede sino expresar su perplejidad ante las posturas completamente divergentes de dos de los titanes del garantismo mundial. Julio Maier, abiertamente juradista, le desconoce a la motivación rango constitucional alguno. Luigi Ferrajoli, que siempre miró al jurado con desconfianza, sostiene, por el contrario, que la motivación es una garantía constitucional moderna. El problema es que ambos son coherentes en sus postulados. Julio Maier nos dice que ni en nuestra Constitución, ni en ninguno de los Pactos de Derechos Humanos de Europa y América, hay siquiera una sola línea que exija que las sentencias deban estar motivadas. Pastor, que se inclina finalmente por Ferrajoli, la deduce “*sin esfuerzo*” como “*implícita*” de la garantía del condenado a un doble conforme: “*si actualmente el recurso del condenado es una garantía constitucional entonces ahora sí la motivación de la sentencia condenatoria debe serlo también*”.<sup>1098</sup> Todo el motivacionismo latinoamericano razona así, por más que en la Parte I de esta tesis hayamos expuesto el arsenal doctrinario, legal y jurisprudencial con que el *common law* -con veredictos generales del jurado (o de jueces técnicos) y desde otra metodología distinta a la motivación- abastece desde hace más de

---

<sup>1098</sup> PASTOR, Daniel: “*El Deber judicial...*”, op. cit., p. 58. Pastor también nos trae a cuenta otro dato muy importante. Algunas Constituciones europeas (muy pocas) y algunas argentinas (muy pocas también) aparece el deber judicial de motivar las sentencias. Trataremos este punto más adelante, pero son imperativos exclusivamente dirigidos a la justicia profesional, por razones históricas y metodológicas. Algunas de ellas coexisten perfectamente y sin contradicción con sistemas de jurado clásico con veredicto general.

150 años el doble conforme contra la condena.<sup>1099</sup> Siglo y medio antes que los mismos Pactos y con veredicto generales del jurado.

Así las cosas, Julio Maier tiene razón en esta disputa. Lo avalan la historia y la praxis acusatoria. Lo mismo fue advertido con toda naturalidad por Carl Mittermaier en pleno siglo XIX, cuando exigía motivación para el juez profesional como única forma de compensar su déficit de legitimidad, pero jamás para el jurado, al que juzgaba como una forma de enjuiciamiento muy superior.

En el pensamiento de Julio Maier, de Carl Mittermaier, de Carrara, de nuestra tesis y, muy especialmente, en la jurisprudencia de la CEDH (in re *Taxquet* e in re *Judge*), ambos sistemas conviven y son reconocidos como proceso constitucional convencional: tanto el juicio por jurados como el juicio ante jueces técnicos. La CEDH los respeta con sus propias particularidades, analiza cada caso a la luz de sus diferentes institutos y se ha cuidado muchísimo de hacer injertos inviables. La CEDH lee correctamente la historia y la praxis de ambos sistemas. La motivación escrita pertenece a los jueces-magistrados. El jurado, en cambio, rinde sus veredictos con íntima convicción. La motivación jamás formó parte del arsenal acusatorio. El juez técnico y la ley codificada tampoco. Esas tres notas nacieron y son esenciales a la praxis del principio inquisitivo. El constitucionalismo decimonónico que impuso los jurados y, por consecuencia, no contempló la motivación entre sus normas, es coherente con este desarrollo histórico y práctico del sistema acusatorio con jurados. Diferente es el caso de la exigencia liberal de la Revolución Francesa, primero por ley y luego llevada mucho años después a la Constitución española e italiana actuales, de que los jueces técnicos estén obligados a motivar sus sentencias, como reacción al horror de los jueces que continuaron fallando sin motivar. Jamás estuvo esta exigencia dirigida a los jurados populares.

Pero para el motivacionismo argentino, el juicio ante jueces técnicos y el juicio por jurados también podrían convivir en un SG, pero sólo si le injertase al jurado la motivación de los veredictos de culpabilidad, sea en su forma escabinada o *a-la-española*. Es aquí donde se bifurcan nuestros caminos. Esta hipervaloración de un instituto que ni siquiera figura en la Constitución renovada de 1994 es desaconsejado

---

<sup>1099</sup> Sin conocer jamás el atentado a la seguridad individual que representa el recurso fiscal contra la absolución, que goza de plena salud en todo el *civil law* en pleno siglo XXI.

hasta por los propios radicales europeos de la motivación.<sup>1100</sup> Para Ferrajoli, Taruffo e Ibáñez no hay lugar para el jurado en los sistemas judiciales bajo el signo de su nueva cultura motivacionista universal. Los jurados no pueden motivar con los estándares exigidos.

Pero, por supuesto, también nos apartamos de las tesis radicales motivacionistas europeas, como la de Ferrajoli, por eliminar al jurado en su SG. Dada la praxis garantista del jurado a lo largo de toda la Historia, se trata de una incongruencia fundamental en su pensamiento. Ferrajoli fuerza la historia para construir un SG adversarial, hipotético e ideal, exclusivamente con jueces técnicos que motivan. Lo cual es válido, pero representa una opción elitista, teóricamente débil y políticamente contraproducente. Esta visión supremacista del juez profesional va a contramano de las múltiples lecciones históricas que nos ha dejado el proceso de reforma de los sistemas de justicia: los efectos de excluir al jurado de los sistemas judiciales son terribles en términos de alejamiento de la praxis adversarial. Por esa razón, la pretendida idea de poner a los jurados a motivar es igualmente nociva para el desarrollo de un sistema oral y público acusatorio.

Tras sostener que, para cumplir con la garantía de motivación, el jurado también deberá motivar cuando condena, Pastor se imagina un porvenir esperanzador:

*“El desafío futuro para esta garantía (de la motivación) es poder satisfacerla sin renunciar a los demás postulados básicos del enjuiciamiento, sin caer en el escriturismo, en detrimento de la oralidad, sin otorgársela al acusador porque es una garantía y sin volver a prácticas inquisitorias en perjuicio del principio acusatorio”.*<sup>1101</sup>

Con todo respeto por el pensamiento divergente, se trata de un vano augurio. La realidad nos indica exactamente lo contrario.<sup>1102</sup> La exigencia de motivación ha

---

<sup>1100</sup> IBÁÑEZ, Perfecto A: “Lo que enseña el caso Wanninkhof”, op. cit.: “El caso Wanninkhof lo ha puesto de manifiesto a gran formato....el veredicto no razonado (del jurado), la justificación de la convicción apenas sugerida o **expresada en términos balbucientes**, de forma que hace dudar con fundamento de la calidad de la misma, es algo de todos los días”.

<sup>1101</sup> PASTOR, Daniel: “El Deber judicial...”, op. cit., p. 60:

<sup>1102</sup> CORDERO, Franco: “Procedimiento...”, Tomo I, op. cit., p. 294 y 295. El genial historiador del derecho italiano continúa lanzando dardos envenenados contra la motivación que hacen los jueces de su país: “Recapitulemos los defectos crónicos de las motivaciones: laboriosamente expuestas, poco transparentes o, pero aún, opacas, a veces crípticas o torcidas; algún redactor piensa en el público, otro en la casación; es raro el estilo simple y relativo a los hechos, porque las memorias cromosómicas apuntan a la hazaña retórica”.

Se indigna con la regulación escandalosa de la motivación en las leyes procesales (los fundamentos pueden darse a conocer hasta ¡90 días después! del veredicto. Tres meses con inmotivación): “Laxismo eufemista: Suena bien el artículo 544, apartado 1º: redactada y firmada la parte dispositiva, es preciso

arruinado al sistema de jurado en España y, como hemos demostrado en la Parte I, lejos está de haberse constituido en una experiencia mundial superadora de los supuestos *vicios de fundamentación* del jurado clásico. Las cortes españolas revocan constantemente los veredictos del jurado por infundados y le imponen una híperv motivación digna de un cuerpo judicial profesional. Quien lea dichos fallos se dará cuenta que obligan a motivar a los jurados en un lenguaje curialesco, ridículo, propio del foro judicial y reñido por completo con el castellano. La firmeza (finalidad) de sus veredictos ha sido fulminada por sus Cortes. Muchos veredictos de absolución fueron declarados nulos, recurso fiscal mediante, por “*falta de fundamentación*”. ¿Qué clase de garantismo es éste?<sup>1103</sup>

La experiencia cordobesa con el escabinado, que tiene el gran mérito de iniciar la experiencia juradista en Argentina, está ensombrecida por la permanencia de un proceso marcadamente escriturario. Al punto que hay cámaras de juicio que, para no dejar en *inferioridad técnica* a los escabinos, han mandado hacer copia de los expedientes para que el jurado los lea. Igual que en Italia y Francia.<sup>1104</sup> No conforme con eso, antes de que comparezca un perito, “*para que entiendan mejor lo que va a declarar el experto*”, los jueces le dan una copia al jurado del informe pericial escrito de la instrucción. Este despropósito se ha convertido en una práctica generalizada. La fe en el acta escrita vuelve siempre sobre sí misma.<sup>1105</sup>

---

*exponer concisamente los motivos de hecho y de derecho. Lástima que la excepción contemplada en el segundo apartado devore la regla: “cuando no sea posible” exponerlos inmediatamente, serán redactados en los 30 días siguientes....hay un tercer párrafo; si los 15 parecen pocos, siendo muchos los acusados o graves las acusaciones, indica en la parte dispositiva un término más largo, que no puede exceder de 90 días”.*

<sup>1103</sup> ALISTE SANTOS, Tomás-Javier: “*La motivación...*”, op. cit., p. 439: “*El propio Tribunal Constitucional ha ido desarrollando una rica jurisprudencia en esta materia, de la cual podemos destacar la revocación de muchas sentencias absolutorias por falta de motivación del veredicto emitido por el tribunal de jurado, como la STC del 6 de octubre de 2004.*”

Los juristas argentinos que erróneamente insisten con motivación al jurado -desde una posición garantista- deberían pensarlo dos veces ante la prueba empírica de esta triste realidad. Este no es un *deber ser*. Estas son las consecuencias **reales** que vienen junto a la exigencia de motivación en el *civil law*. **Salvo las leyes argentinas de jurado clásico, que tienen el honor de ser las únicas del civil law que han prohibido el recurso fiscal contra la absolución**, el resto de los países europeo-continentales y latinoamericanos mantienen la bilateralidad recursiva.

<sup>1104</sup> CORDERO, Franco: “*Procedimiento...*”, Tomo II, op. cit., p. 54. Cuando se discutía el futuro Código de 1808, los reaccionarios arremetieron contra los jurados de todas las formas posibles. Napoleón los mantuvo, pero bajo la influencia del expediente escrito instructorio. No por nada se llamaba “*Código de Instrucción Criminal*”: “*Esta imagen agradó a Napoleón. Su Majestad adoptó la “idea de poner a la vista de los jurados copia de la información”, excluidos los actos de la policía, porque en el trabajo investigativo “ella debe ser insidiosa”.*”

<sup>1105</sup> SORIA, Patricia: “*El jurado popular de la provincia de Córdoba*”, Revista INFOJUS Derecho Penal n° 3 “*Participación ciudadana en la justicia*”, Buenos Aires, 2013, p. 293. La autora destaca las fuertes críticas que en parte del cuerpo profesional cordobés todavía despierta el jurado popular, debido a que ha

Nuestra postura es clara. La motivación, aún cuando no esté expresamente prevista en la Constitución, es una exigencia constitucional fundamental del debido proceso para las sentencias provenientes de juicios ante jueces permanentes del Estado<sup>1106</sup>, por tratarse de un proceso con muchísimos menos controles para las partes y, muy especialmente, para el detentor de la garantía (el individuo acusado). Por las garantías políticas y judiciales que rodean al juicio por jurados (que no existen en el juicio profesional), por la exigencia constitucional misma de que los crímenes sean terminados por jurados, que juzgan con íntima convicción, y por sus métodos alternativos de verificabilidad y de control amplio de la decisión, la motivación es incompatible y contraindicada en el juicio por jurados. En definitiva, cualquier SG que se precie de tal debe contemplar las dos clases de juicio, pero respetando su idiosincrasia, su historia y su praxis de siglos.

### §3. Michelle Taruffo: *Jurado y Verdad Teatral. Juez togado y Verdad Real.*

Desde un punto de vista mucho más influenciado por el proceso civil, aunque sus observaciones sobre el proceso penal sean igualmente notables, Taruffo es quien más intensamente reclama que el procedimiento esté **rigurosamente**<sup>1107</sup> orientado hacia la búsqueda de la verdad, hasta el punto de concluir que dicha empresa es inviable para un jurado, es imposible de ser buscada en un sistema adversarial y que sólo puede ser efectivamente conseguida por un juez técnico experto en derecho con amplios poderes probatorios de oficio.

*“En un sentido, entonces, el  
proceso puede ser concebido como un procedimiento epistémico, en el  
que se reconocen y se utilizan conocimientos con el objetivo de reconstruir la verdad  
de determinadas situaciones de hecho. Desde este punto de vista no existen, contrari-  
amente a lo que se suele creer, diferencias relevantes entre el proceso civil y el penal  
<sup>1108</sup>: también en el proceso civil, de hecho, la decisión es justa solamente si está fund-  
ada en una determinación correcta y verídica de los hechos de la causa ”.*<sup>1109</sup>

---

*obligado a los operadores a oralizar toda la prueba.*

<sup>1106</sup> HENDLER, Edmundo: *“Experiencia, prejuicios y fundamentación en el juicio por jurados”*, publicado en el libro del II Congreso Internacional de Juicio por Jurados, Facultad de Derecho, UBA, Editorial JUSBAIRES, octubre 2014, p. 56.

<sup>1107</sup> TARUFFO, Michele: *“Simplemente....”*, op. cit., p.175.

<sup>1108</sup>

Taruffo reconoce que, por el desequilibrio entre las partes en sede penal y la presunción de inocencia, le parece respetable que el procedimiento penal no esté tan orientado a la verdad como aquél que sirve de instrumento para que el acusado ejerza sus defensas y se verifique si las pruebas del fiscal derrumban o no dicha presunción. Con más detalle en TARUFFO, Michele: *“La prueba, artículos y conferencias”* Editorial Metropolitana, Chile, 2009, p.38 y ss.

<sup>1109</sup> TARUFFO, Michele: *“La prueba, artículos y...”*, p.97.

Suposición sobre la verdad es prácticamente similar a la de Luigi Ferrajoli, pero con mayor énfasis en la noción de prueba y, dado que es su obra fundamental, en la obligación del juez de motivar las sentencias.<sup>1110</sup>

Taruffo hace algunas afirmaciones fundamentales y controvertidas: **a)** es posible determinar la verdad en el proceso; **b)** es una verdad siempre relativa, ya que sólo puede construirse a partir de las pruebas; **c)** es posible la prueba de los hechos, tras refutar a quien se sostiene en que ninguna de esas tareas sea realizable<sup>1111</sup>, **d)** sólo es verdadero en un proceso lo que se pudo probar y, **e)** la decisión del juez debe estar fundada y justificada, aunque la verdad a la que llegase es relativa.<sup>1112</sup>

*“En primer lugar, resultaba bien fundada la tesis... según la cual puede ser **“tenido por verdadero”** aquello que resulta probado, y en la medida que resulta probado. En consecuencia, aunque es necesario que la decisión se funde en la mejor aproximación posible a la realidad empírica de los hechos, es **inevitable** que se trate, en todo caso, de una aproximación **“relativa”**, en función de la expresión y de la utilidad epistémica de las pruebas disponibles”.*<sup>1113</sup>

Esta compleja relación entre hecho, prueba, verdad, juez y motivación está sintetizada por el autor del siguiente modo:

*Todo esto equivale a decir que el juez tiene el deber preciso de extraer, de su contacto directo con la prueba, los factores epistémicamente aceptables. A continuación, sobre la base de estos “datos”, debe construir inferencias racionales, fundadas sobre reglas o estándares de valoración que deben ser claramente identificables, sobre todo por el propio juez que los usa. Encierto en sentido, lo que no puede ser racionalmente elaborado, no existe al efecto de la correcta valoración de la prueba.*<sup>1114</sup>

Recobran énfasis las críticas dirigidas a los demás partidarios de la escuela motivacionista. El control de la prueba, de la verdad y de la convicción del juez es desplazada al momento de la motivación escrita. Es decir, devuelta al juez, con todos los problemas que eso genera para la salud del procedimiento. Esta relativización del procedimiento penal o civil que conduce a la motivación tiene consecuencias para la

<sup>1110</sup>

TARUFFO, Michele: “*La motivación de las sentencias civiles*”, Editada por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México, 2006.

<sup>1111</sup> BINDER, Alberto: “*Un juez para la democracia...*”, op. cit., p. 130: “*Esta racionalización de la convicción judicial sobre los hechos parte de una aparente paradoja: los hechos no existen; en el mejor de los casos existieron. Por eso se nos presentan como enunciados lingüísticos*”.

<sup>1112</sup> TARUFFO, Michele: “*La prueba de los hechos*”, Editorial Trotta, Madrid, 2005, p. 28 y ss.

<sup>1113</sup> TARUFFO, Michele: “*La prueba, artículos...*”, op. cit., p. 29.

<sup>1114</sup> TARUFFO, Michele: “*La prueba, artículos...*”, op. cit., p. 26.

construcción de la verdad. Perfecto Andrés Ibáñez propone registrar toda la prueba en actas escritas; Ferrajoli no puede avanzar más allá del sistema acusatorio formal. Taruffo, en cambio, directamente abjura del *adversary*. Esta sobrevaloración de la motivación impide la consolidación de un sistema acusatorio y de las poderosas reglas externas de control que él posee para arribar a la verdad. Binder es quien más insiste en la idea general de esta tesis: si no construimos reglas externas controlables -normativas, valorativas y técnicas- que le confieran al proceso decisorio sobre los hechos la *máxima objetividad posible*, no habrá nunca un juez que actúe como operador racional de la verdad. “*Esa es una de las tareas principales de una teoría de la prueba racionalmente fundada*”.<sup>1115</sup> Esa ha sido siempre la característica de los procesos acusatorios penales o civiles con jurados del *common law*.

Abordaremos en breve el fundamental tema de la motivación, según sea el juez togado o el jurado, pero desde ya podemos adelantar que, al igual que Ferrajoli, no hay una sola línea a toda la obra de Taruffo que exija que el jurado deba motivar su veredicto. Por el contrario, entodo momento critica al jurado y al sistema adversarial anglosajón, por muchas razones que ahora veremos, y que lo llevan a prescindir de ambos. Pero de jamuy en claro que un sistema de justicia orientado solamente hacia la verdad debe quedar en manos de jueces profesionales, los únicos que, asu criterio, pueden conducir una investigación neutral para probar la verdad de los hechos del caso y redactar un asentencia fundada sujeta a verificación, control y refutación. Taruffo abjura del jurado bajo conceptos tan controversiales como este:

“...piénsese, porejemplo, en la evidente función simbólica de técnicas probatorias como la **cross-examination**, en la que se evoca la imagen de dos caballeros armados que se batene duelo (se podría agregar: sobre la piel de los testigos) por el triunfo de la justicia, o en el rol simbólico que cumple el jurado, cuya presencia muestra que es «**el pueblo**» el que administra justicia. Por lo demás, en el **trial by jury** no está en juego la determinación de la verdad, sino la puesta en escena de una pieza teatral que permita al público pensar que la verdad es buscada. **Un veredicto teatral**, en todo caso, como la culpa de Lady Macbeth.”<sup>1116</sup>

En otro libro, plantea exactamente lo mismo pero afirmando de lleno que el sistema *adversary* es irracional y que no existe la justicia en sus decisiones.

“Las pruebas servirían, en cambio, para dar una apariencia de legitimación racional a una suerte de mecanismo teatral cuya función sería disimular la realidad irracional.”

<sup>1115</sup> BINDER, Alberto: “Un juez para la democracia...”, op. cit., p. 130.

<sup>1116</sup> TARUFFO, Michele: “Simplemente...”, op. cit., p. 121.



*ional injusta de las decisiones judiciales. En ese sentido, las pruebas servirían para hacer creer que el proceso determina la verdad de los hechos, porque es útil que los ciudadanos lo piensen, aunque en realidad esto no sucede y quizás precisamente porque en realidad esto no sucede”.*<sup>1117</sup>

Esta es una muestra por demás elocuente del rechazo cultural que el sistema *adversary* y el jurado despiertan en los sistemas judiciales europeo-continentales e iberoamericanos. Bajo el eslogan de un pseudo “*racionalismo científico-democrático orientado hacia la verdad*”, se toma poco menos que por ingenuos y por no decir idiotas a los habitantes de la mitad del mundo occidental en donde rige el jurado clásico y el sistema *adversarial*. Nada menos que la cultura que rescató a Europa de la noche de la Inquisición se la acusa de estar bajo el influjo de algún engaño ritual, del que parece que sólo podrán rescatarla la vanguardia y la claridad de los motivacionistas europeos. Quien todavía padece mos culturalmente los efectos directos y colaterales que nos legó la Inquisición, sobre todo en América Latina, sabemos perfectamente adónde nos condujo semejante “*racionalidad*”, a pesar de que el autor descalifique de “*arma ideológica*” a estas posturas frente al *cientificismo* de las suyas.

Sin embargo, estas definiciones tajantes son la verdadera razón de su completa oposición cultural al procedimiento *adversarial* (y con él al jurado). Paradójicamente, por tratar a este derecho basado en una profunda incomodidad de orden cultural, su manifiesto de que la fórmula “*jurado + adversary = renuncia a la verdad*” es una postura irracional que no se condice con las miradas más lúcidas sobre el jurado y la búsqueda de la verdad que ya están disponibles desde hace siglos. Entre todas ellas, se destaca la sagaz mirada de Mittermaier acerca de la completa vinculación del derecho probatorio inglés con jurados a la verdad material.<sup>1118</sup>

<sup>1117</sup> TARUFFO, Michele: “*La prueba de los hechos*”, op. cit., p.81.

<sup>1118</sup> MITTERMAIER, Carl: “*Tratado de la prueba...*”, op. cit., p.31 y 32: “*A consecuencia de la lucha empeñada entre el poder real y el pueblo, fue necesario trazar a ambos una línea de demarcación, de donde nació la institución del Jurado y sus relaciones con los Tribunales compuestos de Jueces nombrados por el Jefe del Estado, y también la división entre los puntos de hecho y de derecho. Los progresos de la civilización, la influencia de las ideas difundidas en los pueblos vecinos sobre la información de oficio y la importancia de la verdad material, y la influencia asimismo de los Tribunales espirituales que en Inglaterra como en otras partes estuvieron en vigor durante la Edad media y aún mucho tiempo después; todas estas causas reunidas dieron al procedimiento inglés un carácter marcado de organización sistemática; desapareció de él el movimiento dramático de la forma de acusación, para dar lugar a solemnidades graves y dignas de una sumaria menos ruidosa. La prueba debió desde luego reglamentarse por medio de leyes y prescripciones numerosas; sometióse su apreciación a una especie de teoría generalmente admitida, favorable sobre todo a la investigación de la verdad material; y el jurado,*

**A. Ideología individualista y competitiva:** El sistema adversarial sería una prolongación de la ideología que impregna a toda la vida de la sociedad norteamericana: la noción del individualismo competitivo y adquisitivo como forma de desarrollo y progreso social. Es lógico entonces que los norteamericanos confíen en que la mejor manera de resolver cualquier problema jurídico es dejando que las partes compitan entre sí y que de ese enfrentamiento vendrá el natural equilibrio del conflicto. Concita en politólogos como Robert A. Kagany y profesores como Owen Fiss, Taruffo llega a afirmar que  
*“en el proceso adversarial la ética del mercado es la ley llanamente transferida a la sala del juicio”*,<sup>1119</sup>

Puro efectismo. Los sistemas adversariales más sofisticados serían montados en la Antigua Grecia, Roma y los pueblos germanos como claros exponentes. Luego está todo el desarrollo inglés y el perfeccionamiento del juicio por jurados adversarial que llegó hasta nuestros días. Etiquetar la ideología de la *adversary* exclusivamente por cómo se conduce la sociedad norteamericana actual es un reduccionismo inaceptable. Ninguna de esas “*ideologías de mercado*” existía si quiera en la época grecorromana ni en, al menos, la época imperial de Inglaterra, fuertemente influenciada en tiempos modernos por la filosofía utilitarista de Jeremías Bentham.

### **B. Apariencias de verdad**

Semejantes opiniones son vertidas a conductas referenciadas a Luhmann, Rawls y Chasetodas ellas destinadas a probar que la legitimidad del proceso adversarial y del veredicto de jurado o del juez profesional-civil o penal no proviene de su contenido de verdad, sino de la amplia aceptación social y popular de su procedimiento.<sup>1120</sup> De Luhmann extrae la tesis -que él aplicaba a cualquier procedimiento- acerca de que “*la forma del procedimiento*” es la que provee de legitimación a los resultados que

---

*al decidir, se deja hoy guiar hasta cierto punto por el Juez titular; siempre que se presentan cuestiones de derecho. En la actualidad, y por consecuencia de los principios arriba enunciados, la Inglaterra adelanta cada vez más en esta vía de organización sistemática que tiene por principal objeto el descubrimiento de la verdad material”.*

<sup>1119</sup> TARUFFO, Michele: “*Simplemente...*”, op. cit., p.125 y 126.

<sup>1120</sup>

TARUFFO, Michele: “*Cinco colecciones mexicanas*”

Editado por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación Mexicana, México, 2003, p. 117 y ss.

produce.<sup>1121</sup> La decisión es aceptada no por el mayor o menor contenido de verdad o validez que posea, sino por que proviene de un procedimiento en el que las partes han tenido activa participación y el Pueblo -a través del jurado- también. Es la amplia aceptación social a este procedimiento que hasta ha originado un género muy popular en cine y TV -lo que legitima la decisión, aún cuando ésta pueda no ser verdadera.

En contraste, por supuesto, con la indiferencia supina que la ciudadanía le da para el sistema mixto continental de justicia -**arcano verdaderamente indescifrable para el pueblo**-, según la gran definición de Hendlar.<sup>1122</sup>

En su clásica *“Teoría de la Justicia”*, que John Rawls publicó en 1971, Taruffo está convencido que se halla el mismo hilo conductor que expresa Luhmann y que define la base ideológica del *adversary*. *Entanto la lotería hay así de bien sorteada, el resultado final es irrelevante.*<sup>1123</sup> A este sistema de justicia se le llamó “justicia procedimental” (*procedural justice*): la justicia de la decisión coincidiría con la justicia del procedimiento o utiliza lo para alcanzarla. Allí se encuentran la innata indiferencia con la verdad que, según Taruffo, posee el *adversary* y tanto el procedimiento de tipo judicial. Sin embargo, fue el propio Rawls el que situó al sistema de justicia criminal como el ejemplo clásico de justicia imperfecta (*imperfect procedural justice*). Un mirador distinto nos dice con todas las letras que Rawls define que el objetivo de un proceso criminal **adversarial es buscar la verdad**, pero que es imposible lograrlo en un ciento por ciento.

*“El resultado deseado es que el acusado se declare culpable si y sólo si ha cometido el crimen de que se lo acusa. El procedimiento del juicio está diseñado para buscar la verdad y para establecer la verdad en este aspecto. Pero parece imposible diseñar las reglas legales para que siempre conduzcan al resultado correcto.”*<sup>1124</sup>

### C. Teorías del Caso. El Relato de los hechos, pero no la Verdad.

La demostración más palmaria para Taruffo del alejamiento del liberado del *adversary* de la noción de verdad se encuentra en que el monopolio del procedimiento lo tienen las partes, no el juez. **Las partes son sujetos contraepistémicos.** Ellos no buscan la verdad. Buscan ganar y harán todo lo que puedan por hacerlo, aún a costa de que la

<sup>1121</sup> LUHMANN, Niklas: *“Legitimation durch Verfahren”*, Ed. Suhrkamp, Alemania, 8ª edición, 1983

<sup>1122</sup> HENDLER, Edmundo; *“Juicio por jurados. Significados, genealogías, incógnitas”*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

<sup>1123</sup> RAWLS, John: *“Teoría de la justicia”*, Ed. Fce, México, 2009.

<sup>1124</sup> RAWLS, John: *“Teoría...”*, op.cit. p.85

verdad no se establecida. Sus teorías del caso no expresan la verdad. Son simples historias, narraciones, relatos de lo que para las partes sucedió, por más que no tengan correspondencia alguna con la verdad e incluso por más que deliberadamente la oculten. Taruffo detesta el *story-telling* (relatos)<sup>1125</sup>, método predilecto empleado por los jurados para construir la verdad y que los científicos sociales norteamericanos descubrieron hace 50 años.<sup>1126</sup>

Esos relatos, nos dice Taruffo, no son los hechos. Son simples “enunciados de los hechos”, dentro de los cuales las partes introducen “sus” pruebas (testigos, peritos, documentos). Taruffo rechaza visceralmente al *story-telling* porque, al no tener que motivar, los jurados pueden introducir información ajena al material probatorio del juicio y estructurar un relato diferente. Para peor, el juez de este proceso es un árbitro anti-intervencionista y neutral, aún frente a la evidencia notoriamente de que la decisión del caso no se compadece ni con la justicia ni con la verdad. Éste es el verdadero rostro de la *adversary*: el de estar orientado exclusivamente a la solución de disputas, en detrimento de la determinación de la verdad.

Se trata de otra provocación, esta vez de neto corte inquisitorio. Más que un argumento, es la expresión de un prejuicio. La narración sobre el hecho que hace cada parte es estrictamente un relato que se va a probar. Eso se les indica expresamente a los jurados en las instrucciones. En caso de condena, el acusado puede impugnar por arbitrariedad, si es que el relato de la fiscalía carecía de suficiente apoyo probatorio. No así en el caso de la absolución, en donde los jurados sí pueden tomar en cuenta otros factores, como cuando nulifican. La verdad cumple una función de crítica externa y genera duda sobre lo ocurrido en juicio. Taruffo no reconoce que el *story-telling*, los relatos o las narrativas que naturalmente utilizan las partes para convencer a los jurados son sumamente eficientes en cualquier sistema humano para construir la verdad procesal.<sup>1127</sup> ¿Qué se juzga en un juicio sino una historia; un suceso acontecido en el pasado? ¿Un evento con una trama, un argumento, con protagonistas, con un desenlace, con causas, motivaciones, circunstancias de tiempo, modo y lugar? Los jurados, como

---

<sup>1125</sup> Ampliamente desarrollado en TARUFFO, Michele: “La prueba, artículos...”, op. cit., p. 123 a 168.

<sup>1126</sup> SUNWOLF: “Practical jury...”, op. cit., p. 445: “Los jurados insertan en las deliberaciones sus propias vivencias y eventos personales, en un intento por dotar de sentido al material probatorio del juicio; lo hacen aún cuando pueda parecer irrelevante para su tarea. Pero, para un jurado, se trata de algo sumamente relevante para el proceso de toma de sentido”.

<sup>1127</sup> SUNWOLF: “Practical jury...”, op. cit., p. 445: “En África occidental, cuando una persona de la aldea se enferma, el Curandero le pregunta: ¿cuándo fue la última vez que cantaste? ¿cuándo fue la última vez que bailaste? ¿cuándo fue la última vez que compartiste una historia?”

cualquier persona normal de este mundo (incluimos aquí a los jueces profesionales), valoran, perciben, imaginan, hacen elecciones y toman decisiones empleando la estructura mental del relato narrativo.<sup>1128</sup> La profesora estadounidense SunWolf nos los dice bellamente:

*“Las historias ofrecen una manera de conocer y recordar experiencias, y proveen de una poderosa estructura para vincular de forma significativa lo que, de otro modo, serían eventos marcadamente confusos y aislados”.*<sup>1129</sup>

La praxis inquisitoria cree en un juez iluminado que objetivamente alcanzará la verdad. La cultura inquisitiva ha operado siempre como si fuese posible para los jueces observar la prueba desde ningún punto de vista. Es algo imposible y antinatural en este mundo.<sup>1130</sup> La praxis acusatoria, en cambio, procura enfrentar visiones encontradas de lo que verdaderamente sucedió en un caso particular. Todo juicio es, al comienzo, un caos de información y de versiones opuestas. Sus litigantes, sobre todo el acusador -vinculado por ley a la averiguación de la verdad material- están obligados a estructurar un relato creíble acerca de lo que realmente sucedió en el caso que se juzga. El sistema acusatorio apela a la desconfianza mutua entre dichos relatos y coloca en el adversario el test **público** de veracidad ante un juzgador imparcial. Posee un método de litigación que hoy está muy difundido -por fortuna- en nuestra región y que concibe al juicio como un ejercicio profundamente estratégico. El método del sistema acusatorio depende de partes que puedan presentarle al juez o jurado un relato coherente, claro, completo y creíble acerca de los hechos sucedidos y del derecho aplicable. Eso significa estructurar una Teoría del Caso (o punto de vista), a su vez descompuesta en proposiciones fácticas y jurídicas. La Teoría del Caso, que es el corazón de la actividad del litigio, exige que sus proposiciones fácticas sean rigurosamente probadas y luego justificadas deductivamente, en los alegatos conclusivos, como la prueba de haber alcanzado la verdad.

Binder es el único jurista que, hasta el momento, ha teorizado en profundidad sobre este valioso método para construir la verdad. Que es, en realidad, mucho más que

---

<sup>1128</sup> SUNWOLF: “*Practical jury...*”, op. cit., p. 447: “Somos **homo narrans** y, como tales, las personas somos inherentemente conscientes de qué constituye una buena historia, y de si una historia es verdad a causa de historias que sabemos verdaderas por nuestras propias vidas. El empleo de narrativas personales emerge como un poderoso argumento en hombres y mujeres que actúan en grupos de trabajo como el jurado”.

<sup>1129</sup> SUNWOLF: “*Practical jury...*”, op. cit., p. 447.

<sup>1130</sup> BAYTELMAN, Andrés y DUCE. Mauricio: “*Litigación penal: juicio oral y prueba*”, Fondo de Cultura Económica. México, 2005, p. 50.

un conjunto de técnicas de litigación adversarial, cuanto de la concepción de una verdadera Teoría Garantista de la Prueba con dos fines muy concretos: a) reconstruir la verdad de los hechos sucedidos y b) para dotar de racionalidad al veredicto del jurado o la sentencia del juez sobre tales sucesos.

*“La descomposición del relato en proposiciones fácticas es parte del proceso de racionalización de la construcción de la decisión judicial sobre los hechos. Y allí cumple una función central la conceptualización de los medios de prueba como parte del sistema de garantías, específicamente, como los mecanismos que nos permiten filtrar y estabilizar esos relatos, de modo tal que su descomposición en proposiciones fácticas nucleares (pertinentes) sea más fácil y controlable. El juicio es el momento de la construcción total del relato de hecho y de la asignación del valor de verdad por parte del juzgador a través del litigio público”.*<sup>1131</sup>

Escierto que Taruffo razona principalmente desde el proceso civil. Pero olvidaseñalar un dato fundamental: en el sistema penal inquisitorial **as partes eran sujetos epistémicos por excelencia**. Si bien era imposible hablar de “partes” en esa época (dada la total concentración de poder en el inquisidor), lo cierto es que a partir del siglo XVI comenzaron a aparecer tímidamente los abogados defensores del imputado y, junto con la Revolución, también los fiscales o procuradores. Hasta bien entrado el siglo XX, la misión de los abogados defensores no era defender a sus clientes **sin colaborar con la justicia para esclarecer el caso**, sin importar si traicionaban su posición. Su interés no era la defensa, sino alcanzar la verdad, al punto que si el acusado era culpable debía decirselo al juez o renunciar a la defensa. Las entrevistas del defensor con el reo eran delante del juez. El defensor estaba obligado a contarle al juez todos los detalles que le había proporcionado su defendido.<sup>1132</sup> En suma, el abogado defensor fue introducido al proceso penal **como auxiliar de la justicia** para obtener la anhelada confesión por otros medios. Eso rol de cómplice del juez lo desempeñó durante cinco siglos.<sup>1133</sup> **Aunque es un hecho irónico, no había dudas que cumplía acabadamente un rol “epistémico”**. Todas las distorsiones que actualmente aquejan a la defensa penal en Europa continental e Iberoamérica (defensa meramente formal, defensores mudos, tramitadores de papeles, defensor sin rostro, nulo interés en producir prueba para la defensa, etc) son obra y gracia de la obsesión ilimitada por la verdad que caracterizó a los sistemas de justicia romano-

<sup>1131</sup> BINDER, Alberto: “Un juez para la democracia...”, op. cit., p. 130.

<sup>1132</sup> CORDERO, Franco: “Procedimiento...”, Tomo I, op. cit., p. 239.

<sup>1133</sup>

HARFUCH, Andrés: “Principios, instrucciones y organización de la defensa pública”, Revista Penay Estado n° 2, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2002.

canónicos. **No les bastaba con la tortura, el secreto y la concentración total del poder en el juez: también pusieron a su servicio al abogado defensor.**<sup>1134</sup>

Una crítica tan fuerte como la que Taruffo prodiga al rol de las partes en la *adversary* no pudo enunciarla y a la vez el efecto de lo que esta pretendida “*rigurosa orientación hacia la verdad*” produjo en los sistemas de justicia europeos y latinoamericanos. Por otra parte, actualmente es insostenible predicar que, en el marco de un procedimiento penal adversarial regido por el principio de oportunidad (reglada o discrecional), aún ante un jurado clásico, los fiscales sean sujetos contraepistémicos. Es decir, que **no estén obligados a perseguir la verdad**. Todas las leyes de ministerio público que se conocen le imponen a los fiscales la obligación de averiguar la verdad de un hecho punible y no ocultar la de la defensa pruebe a su favor.

#### **D. *Contraexamen vs interrogatorio del juez***

Taruffo recurre de nuevo a la provocación intelectual cuando fustiga al contraexamen por ser un instrumento anti epistémico. En su visión, el contraexamen es el modo perfecto que las partes disponen para sustraer la verdad del poder decisorio del juez.

*El mito del cross-examination tiene una fuerza casi equivalente a la del jurado, con el que está directamente relacionado.*

*Por consiguiente, parece evidente que la función esencial del interrogatorio cruza a los testigos por los abogados de las partes no consiste en la búsqueda de la verdad, sino en realizar una especie de **performanceritual**, cuyo objetivo primario es influir sobre la emotividad de los jurados, más que estimular sus **hipotéticas facultades racionales y cognitivas**.*

*Se trata, en otras palabras, de una representación teatral en la que el Buen Abogado descubre y destruye al Testigo Falso y el Buen Testigo sale indemne de las insidias tendidas por el Abogado Malvado. El público, es decir el jurado, decide sobre el resultado de los espectáculos. Una representación indiscutible, en todo caso, si Ehrenzweig pudo definir la comuna ritual trágico.*<sup>1135</sup>

Otro ejemplo del rechazo visceral del autor al contraexamen y al jurado mismo lo expresa cuando analiza el testimonio de peritos o expertos sometidos a *cross-examination*.

*Una dificultad adicional se deriva del hecho de que, en muchos casos, la decisión final es tomada por el jurado: paradójicamente, un grupo de **personas cualquieras** debe resolver complicados problemas científicos que, por definición, van más allá de lo*

<sup>1134</sup> HARFUCH, Andrés & GARCÍA, Marcelo: “*La defensa pública penal*”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016, Lección nº 1, ps 10 y ss.

<sup>1135</sup> TARUFFO, Michele: “*Simplemente...*”, op. cit., p.183

*sconocimientos del ciudadano medio. No es sorprendente, por tanto, que muchos expertos verdaderamente calificados rechacen meterse al cruel ritual del cross-examination ante la mirada de un grupo de «ignorantes» (donde puede ocurrir que un joven litigante inculto y agresivo exija a un Premio Nobel explicar las razones por las que su opinión debería ser tomada seriamente en cuenta).<sup>1136</sup>*

La exageración de este febril rechazo a la columna vertebral del sistema adversarial, como es el contraexamen, a que a firmes intapujos y con total desprecio que los jurados son ignorantes o que es dudoso que piensen como seres racionales, no le impide a Taruffo reconocer que el modelo europeo-continental de interrogatorio a cargo del juez también tiene serios defectos epistemológicos derivados, precisamente, del rol secundario que juegan las partes. Con sinceridad se pregunta qué pasaría con la verdad si un juez pasivo, negligente, burocrático y formalista no profundiza el examen de un testigo ni tiene muy en claro los hechos del caso, **por ejemplo, ¿por qué no ha estudiado adecuadamente los autos del procedimiento!**

*Desde esta perspectiva, parece evidente que el límite principal que afecta al modelo en cuestión es la falta de alicientes para profundizar el examen del testigo, aliciente que podrían existir si las partes pudieran participar efectivamente en el interrogatorio.<sup>1137</sup>*

Sin embargo, y en un claro raptode honestidad ideológico-cultural- porque en definitiva de esto se trata todo el problema- ante los defectos de estos dos modos de hallar la verdad prefiere que el juez seael que interroga.

*Por consiguiente, ninguno de los dos modelos fundamentales de asunción de las pruebas que se constituyen en el proceso parece constituir un modelo epistémicamente válido y capaz de permitir que se obtenga de forma objetiva, completa, controlada y fiable los datos cognoscitivos necesarios para una determinación verdadera de los hechos. En el modelo centrado en el juez faltan o están atenuados los efectos positivos de una participación activa de las partes, **si bien la práctica de las pruebas bajo el control del juez responde mejor a las exigencias de una investigación racional y desinteresada.**<sup>1138</sup>*

Objetividad, racionalidad y desinterés no son precisamente las características que pueden exhibir luego de tantos siglos el sistema judicial de Europa continental y sus colonias. Menos pueden decirse del contenido de democracia que existe en el seno de esos sistemas judiciales, en comparación con los sistemas judiciales que ayudó a desarrollar el jurado del *common law*.

<sup>1136</sup> TARUFFO, Michele: “*Simplemente...*”, op. cit., p.243

<sup>1137</sup> TARUFFO, Michele: “*Simplemente...*”, op. cit., p.178y179.

<sup>1138</sup> TARUFFO, Michele: “*Simplemente...*”, op. cit., p.183



## E. El juez con amplios poderes sobre la prueba.

La “pasividad” del juez del adversary anglosajón es intolerable para Taruffo. No sólo para él, sino para todo el aparato de justicia post-inquisitorial europeo que ha sido un rol casi imposible de asimilar. Más que asimilar, le ha sucedido lo mismo que con el jurado clásico: no lo han podido entender nunca, por lo tanto, lo rechazan.

Claro que hablar de “pasividad” en el rol del juez del adversary es no haber comprendido nada del funcionamiento.<sup>1139</sup>

También significa no haber aprendido la lección histórica de degradación de los sistemas de justicia que dejó el legado del juez “activo” europeo orientado hacia “la verdad”.

Los jueces técnicos del proceso adversarial cumplen en el juicio oral y público una función crucial, muy lejos de la de ser un “agente ordenador del tránsito”, como insisten en bajarlos los pseudojuristas del *civil law*. Por el contrario, ello se ejerce en un poder muy intenso que es decisivo para la suerte del juicio. Resguardan un equilibrio difícil de lograr al administrar las tensiones internas de poder que siempre está dentro del juicio entre los abogados de las partes, el imputado, la víctima y el jurado. Un juez de este tipo, que Taruffo llama despreciativamente “umpire” por su imparcialidad externa de absoluta neutralidad, es el que decide si más o menos que pruebas ingresará o no al debate, sellando, quizás, la suerte del juicio. Es el que tiene amplios poderes para proteger el juicio de las lógicas exacerbaciones de las partes. Es el que imparte instrucciones al jurado que ejercen sobre él una profunda influencia. Quien inclusive puede desoír un veredicto de condena, anularlo y absolver. Es quien, en definitiva, tras el veredicto del jurado, dicta la sentencia y aplica la pena.

Sin embargo, Taruffo sostiene que en un proceso -sobre todo civil- que esté debidamente orientado hacia la verdad es imposible negarle al juez poderes objetivos de investigación y de prueba distintos a los de las partes, aunque siempre en el marco fáctico propuesto por ellas para no incurrir en desviaciones inquisitorias. ¿Por qué? Pues porque el juez es el sujeto epistémico por excelencia del proceso, el garante de la verdad que debe determinar la verdad de los hechos en la sentencia. Mal podrá hacerlos sin este poder.

En consecuencia, el juez debe poder investigar en forma independiente y paralela a las partes, por lo que deberá estar auxiliado por peritos oficiales y podrá ordenar todas las pruebas de cu-

<sup>1139</sup> Ver el capítulo 8º de la Parte II de esta tesis.

alquier clase que estimen necesarias para llegar a la verdad. Con verdadero pesar observa Taruffo a la Ley de Enjuiciamiento Civil de España del año 2000,

*“que no ha seguido la tendencia general de los ordenamientos europeos en el sentido de extender los poderes probatorios del juez, e incluso los ha reducido, **eliminando las diligencias para mejor proveer** previstas por el código procesal de 1881”.*<sup>1140</sup>

Cierto es que el autor aclara que este poder es siempre accesorio y complementario. Si las partes hacen bien su trabajo con la prueba, el juez no tendrá necesidad de intervenir

*y se mantendrá legítimamente pasivo. Sólo en caso que descubra (a partir de los materiales del proceso, no por su «conocimiento privado») que existe una prueba relevante que no ha sido presentada por las partes, entonces el juez puede (y probablemente **debe**) disponer de oficio la asunción de dicha prueba o requerir a las partes que la aporten.*

Como colofón, también sostiene que todas las tradicionales limitaciones y exclusiones sobre la prueba de los hechos deben ceder y ser admitidas si llevan a la verdad, ya que el juez técnico está más preparado que el jurado para no caer en la trampa de incurrir en una falsa valoración.

Este esquema supone un delicado equilibrio de poder entre el juez y las partes que en modo alguno suprime el principio dispositivo. El juez no se convierte en un inquisidor que suprime los poderes probatorios de las partes sino que, respetando la plataforma fáctica que ellas propusieron, verifica en forma “*modestayrazonable*” si faltan elementos para llegar a la verdad.

*Desde una perspectiva epistémica esto resulta por completo obvio, pues sería contradictorio que quien tiene la responsabilidad de determinar la verdad de un hecho no tenga la posibilidad de obtener los conocimientos necesarios para ese fin que otros sujetos - que, además no persiguen las mismas finalidades - no le han proporcionado.*<sup>1141</sup>

### **1. Torna a Surriento... o a Letrán.**

Como vemos, es la misma discusión sobre los dos grandes modelos de justicia que se repite, una y otra vez. Cualquiera sea el tema que se trate, los límites culturales de comprensión vuelven a aflorar. Lo que queda claro es que, en definitiva, el sistema europeo-continental de justicia jamás puede prescindir del monopolio del juicio en manos del juez. Sin embargo, cuando se asiste a razonamientos como este, no puede dejarse de pensar en lo que está

<sup>1140</sup> TARUFFO, Michele: “*Simplemente...*”, op. cit., p.198.

<sup>1141</sup> TARUFFO, Michele: “*Simplemente...*”, op. cit., p.199 y ss.

as concepciones han provocado en los sistemas de justicia, sobre todo en los países latinoamericanos, pero también en los actuales sistemas europeos.

Porque la realidad europea dista mucho de este cuadro bucólico, armonioso y equilibrado que pintan autores como Taruffo o Langbein sobre los racionales y prudentes jueces togados europeos. ¿Es que acaso este cuadro es tan reducido a la justicia civil? De ningún modo. **La justicia penal y civil europea y latinoamericana están infestadas con las desviaciones que el ejercicio de este poder de oficio en el juez ha provocado**, como no podría ser de otra manera y tal como lo demostró la historia de la justicia inquisitorial del continente<sup>1142</sup>.

## 2. Oralidad degradada o inexistente

Por ejemplo, la justicia civil latinoamericana, y buena parte de la europea, desconoce el juicio oral y público y el elemental sistema de audiencias. Es una de las consecuencias derivadas, sin ninguna duda, de la herencia cultural del medioevo y del alejamiento del principio dispositivo en favor de la búsqueda de verdad del juez. No existe el juicio público ni hay audiencias, por más que ellas estén en los códigos. Todos los sistemas están basados en decisiones de bajísima calidad en un proceso discontinuo, episódico y degradado, signado por la masiva delegación **ilegal** de las funciones del juez en empleados del juzgado y en el reinado de expediente escrito (ahora digitalizado y en la web), aún en pleno siglo XXI. La innovación tecnológica más importante de estos retrogradados sistemas fue, durante décadas, la máquina de escribir y sus empleados son todavía instruidos para ser con hilos expedientes y sus incidentes “por cuerda”.

La justicia penal no le va en zaga. Los poderes probatorios de oficio de los jueces gozan de excelente salud: medidas para mejor proveer, amplio interrogatorio inicial de los testigos, poder de decidir el orden de la prueba en el juicio sin respetar las estrategias de las partes y hasta la posibilidad de advertirle a las partes que considerarán nuevos hechos, si es que estos surgen en el curso del juicio?<sup>1143</sup>

<sup>1142</sup> LANGER, Máximo: “*La larga sombra...*”, op.cit.: el autor investiga el origen de la distinción, los claros oscuros de cada sistema, sus contradicciones y el peligro del reduccionismo. Sin embargo, políticamente en Argentina y Latinoamérica es notable todavía la tenaz resistencia a la oralidad y al cambio definitivo de organización judicial.

<sup>1143</sup> ALISTESANTOS, Tomás Javier: “*La motivación...*”, op.cit., p.357. “*En el derecho comparado: el art 244. II de la Ordenanza Procesal alemana permite la iniciativa probatoria del juez penal con el fin de que éste pueda indagar la verdad, admitiendo, pues, la ampliación de oficio de la práctica de prueba a todos los hechos y medios de prueba que fueran de importancia para la resolución. El art 507 del CPP italiano dispone que finalizada la etapa de prueba, el juez puede disponer de oficio la práctica de nuevos medios de prueba en caso de que resulte absolutamente necesario. El art 310 del CPP francés faculta al presidente de la Cour d’Assises, a tomar cuantas medidas estimen necesarias para descubrir la verdad*”.

Taruffocalificadeingenuos, superficiales e ideologicistas<sup>1144</sup> a los que elementalmente señalan que semejante poder compromete la imparcialidad del juez, que quiebra el principio acusatorio (en materia penal) y dispositivo (en materia civil) y que inclina **necesariamente** la balanza a favor de alguna de las dos partes. Llega al extremo de afirmar que la búsqueda de la verdad es un elemento esencial de la imparcialidad del juez (que no es neutralidad ni pasividad).

*Ento do caso, parece que el remedio para estos peligros (en realidad más temidos que reales) no consiste en privar al juez de todo poder de instrucción, sino en someter a los controles adecuados el ejercicio de estos poderes.*<sup>1145</sup>

Hasta el propio Ferrajoli sale al cruce de semejante regresión y niega tajantemente toda iniciativa probatoria al juez penal, dado que el principio acusatorio del SG implica asumiros in excepciones el axioma *nulla accusatio sine probatione*.<sup>1146</sup>

### 3. Unasentencia “ejemplar”

Para constatar que los peligros de parcialidad son bien reales, concretos y corrientes, nos detendremos en este precedente judicial español citado por Aliste Santos, derivado de un juicio por jurados.<sup>1147</sup>

La ley procesal penal española (art 791 inc 1º y 2º) faculta a los jueces a disponer **de oficio** los actos de los testigos entre sí o con los procesados o entre éstos y a producir las pruebas no propuestas por ninguna de las partes que el tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquier hecho que haya sido objeto de los escritos de calificación.

Dichaley generó una profunda división al interior de la sala penal del Tribunal Supremo, con una línea jurisprudencial que reaccionó de forma muy beligerante contra la tesis de la iniciativa probatoria del juez penal, a saber, con la sentencia del STS del 2 de marzo de 2005 que textualmente rezaba:

*“el presidente del tribunal con el interrogatorio claramente inquisitivo que efectuó, totalmente desbordado de las precisiones legales, tomó el partido de la acusación en cuya ayuda corrió, descendiendo a la arena del combate*

---

toma una postura curiosa a respecto de estos ejemplos. Textualmente da por normal una gran incongruencia:

*“Ciertamente, es natural que dicha capacidad de iniciativa probatoria se reconozca en los modelos procesales penales inspirados por el principio inquisitivo, caso de los arts 356 y 388 del CPP argentino, aunque esto no es razón suficiente para impedir su aplicación en modelos fundados en el principio acusatorio”.*

<sup>1144</sup> TARUFFO, Michele: “Simplemente...”, op. cit. p. 204.  
*“La oposición a un rol activo del juez en la adquisición de las pruebas parece motivada exclusivamente por opciones ideológicas; estas opciones, aparte de resultar históricas y políticamente infundadas, se configuran en términos claramente anti epistémicos”.*

<sup>1145</sup> TARUFFO, Michele: “Simplemente...”, op. cit., p. 201.

<sup>1146</sup> FERRAJOLI, Luigi: “Derecho y...”, op. cit., p. 415

<sup>1147</sup> ALISTE SANTOS, Tomás Javier: “La motivación...”, op. cit., p. 357 a 361.

*contradictorio y situándose en las antípodas del modelo ya descrito en la Exposición de Motivos de nuestra venerable Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 a cuyo espíritu hay que seguir siendo obediente: “No, los magistrados deben permanecer durante la discusión pasivos, retraídos, neutrales, a semejanza de los jueces e los antiguos torneos, limitándose a dirigir con ánimo sereno los debates”.*<sup>1148</sup>

Para que el lector comprenda por qué dijeron esto varios de los supremos jueces españoles del STS, diremos que el presidente de la Audiencia de Valladolid sometió a uno de los acusados a un interrogatorio continuado de \_\_\_\_\_; sesenta! cuestiones, haciéndouso del art 792.2 LECrim, hecho que finalmente termina considerándose en su declaración como una vulneración objetiva del derecho a un juez imparcial.

La cuestión, obviamente, no terminó allí y fue convocado el Tribunal Constitucional de España que, por supuesto, revocó la doctrina legal de la magistratura anterior y otras cosas, gas contribuyendo de ese modo

*“a superar la división existente en la Sala Segunda del Tribunal Supremo en torno a esta compleja cuestión, pronunciándose favorablemente sobre el ejercicio de una iniciativa probatoria ex officio iudicis que sea respetuosa, atendidas las circunstancias de cada caso concreto, con las garantías constitucionalmente protegidas”.*

Los argumentos siguen siendo circulares, pero no decir insólitos, y creen en contrariedad que el libro que no existe:

*“en relación a la iniciativa probatoria de oficio, la garantía de imparcialidad objetiva exige, en todo caso, que con su iniciativa el juzgador no emprenda una actividad inquisitiva encubierta. Sin embargo, esto no significa que el juez tenga constitución alguna vedada a toda actividad procesal de impulso probatorio, por ejemplo, respecto de los hechos objeto de los escritos de calificación o como complemento para contrastar o verificar la fiabilidad de las pruebas de los hechos propuestos por las partes.”*<sup>1149</sup>

Este es el verdadero carácter del juez \_\_\_\_\_ “racional” del *civillaw*. En realidad, el que jamás dejó de ostentarse desde el siglo XIII. Este fallo revela la claridad del real funcionamiento de la maquinaria de justicia europea continental y latinoamericana. El proceder del pretendido \_\_\_\_\_ “tercer imparcial” que destruyó la inocencia del acusado en Valladolid con \_\_\_\_\_ sesenta preguntas de cargo y que luego lo condenó, fue catalogado insólitamente en su proceder como de

<sup>1148</sup> STS de 2 de marzo de 2005, RJA 2005/4111, España.

<sup>1149</sup> STC España, 10 de julio de 2000, RJSTC 188/200, FJ2.

“acusatorio”

por la máxima autoridad judicial de su país. ¿Por qué? Quizás por que simplemente estaba buscando la verdad.<sup>1150</sup>

#### 4.

#### Dos películas

“ejemplares”: *Sophie Scholly El Lector (The Reader)*

El cine europeo, no sólo el de Hollywood, nos ilustra sobre el funcionamiento de los sistemas judiciales. Después de leer una sentencia como la de Valladolid, no debería extrañarnos para nada comprobar que dos películas magníficas (una alemana y la otra germano-inglesa) retratan al juez nazi Roland Freisler (años '40) ya otro de la época de Konrad Adenauer (años '60) conduciéndose casi de la misma manera. Estas líneas son una invitación al lector a mirar esos dos films, aunque más nos apore el sólo placer estético de verlas. Pero, para quien se las mire con los ojos de investigador jurídico, le resultará mucho más elocuente que este o cualquier otro libro al observar el rigor con que es mostrado el rol del juez en el juicio público mixto inquisitorio europeo. La película *Sophie Scholles* un film sobre el juicio de la aeranazis seguido a los jóvenes universitarios demócrata-cristianos de la Rosa Blanca, ejecutados por arrojar volantes contra Hitler en la facultad. La película *El Lector* muestra, varios años después de finalizada la Segunda Guerra Mundial, un juicio contra varias guardias mujeres nazis de los campos de concentración realizados en el período de la Reconstrucción y del Milagro Económico alemán.

Sorprende que prácticamente no se adviertan diferencias en el estilo de los jueces, salvo que en los años '60 en Alemania ya estaba de vuelta los escabinos. Pero el juicio íntegro es el vivo retrato del enfrentamiento entre el imputado y el juez; sumado al atronador silencio de partes. No puede hablarse aquí de diálogo cuanto de feroz interrogatorio, desde que la actitud íntegra del “tercero imparcial”-suno al tisonante de voz, a los gritos, sus preguntas inquisitorias buscando que brarala acusada y lograr la confesión, lanzadas una tras otra en forma incesante-, el rol del fiscal y del defensor (absolutamente mudos) son el fiel reflejo de un remedo de juicio que nada tiene de acusatorio y que sólo guarda estrechos puntos de contacto con el pasado inquisitorial puro.

---

1150

*Sobre la piel del acusado*, para emplear la expresión de Taruffo en contra del cross examination, por el maltrato al que las partes sometían al testigo.

Este es el tipo de proceder que es calificado de “acusatorio” por los tribunales supremos europeos. Bernd Schünemann, un gran jurista alemán de la actualidad y discípulo de Claus Roxin, realiza una amarga reflexión sobre el proceso penal de su país:

*“el procedimiento criminal es la fachada del Acorazado Potemkin y el juicio es la bendición a toda hora que se da de los resultados de la investigación preliminar”*.<sup>1151</sup>

Valgan estas reflexiones para controvertir las afirmaciones de Ferrajoli acerca de que los jueces profesionales de hoy distan mucho de los que denostaba impiadosamente Carrara.<sup>1152</sup> Nunca han tenido dichas críticas tanta actualidad, ni tan lejos ha estado el modelo **real** de juez del modelo **ideal** que Ferrajoli imaginó para su **SG (sistema garantista)**.

Mientras Europa continúa aceptando como “normal” y “democrático” semejante manera de estructurar un proceso penal, y Ferrajoli pregona a toda su fuerza un **S G ideal** para limitarlo, el juicio por jurados clásico, con todos sus defectos, es algo tangible, real, vivo, practicado al aluz del sol. No se lleva a cabo tras despachos o escritorios y desde hace siglos limita efectivamente al poder punitivo.

## 5. Desvalorización del rol de las partes

Realmente asombra el divorcio con la realidad de estas afirmaciones doctrinarias y jurisprudenciales. La obsesión histórica por la verdad del juez europeo continental nunca se mitigó.<sup>1153</sup> Cualquiera que haya litigado como parte en este contexto mixto-inquisitorio sabe perfectamente que el juez entra al juicio - si es que hay juicio público - decidido a aprobar “su” verdad. Una verdad que ya conoce de antemano porque se leyó todo el expediente escrito. Por eso él interroga primero a los testigos, por eso él es el que decide quiéndeclarará primero y quiéndeclarará segundo, por eso él es quien hace retornar a un testigo para seguir interrogándolo si se contradice con la declaración escrita del expediente y así hasta que “su” teoría del caso esté satisfecha. Si a ellos se les suma lo que Carrara, Filangieri, Mittemaier y tantos otros

<sup>1151</sup> SCHÜNEMANN, Bernd: “Reflexionen über die Zukunft des deutschen Strafverfahrens”, en: *Festschrift für Gerhard Pfeiffer*, Köln-Berlin-Bonn-München, Alemania, 1988, at 482-83.

<sup>1152</sup> BOVINO, Alberto: “Problemas del derecho procesal penal contemporáneo”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.

<sup>1153</sup> LANGBEIN, John: “The origins of adversary criminal trial”, Oxford University Press, New York, 2003, p. 342: “Los sistemas de enjuiciamiento criminal europeos se convirtieron en híbridos de los modelos europeo e inglés, pero retuvieron surrogados distintivos: el principio de que las cortes criminales tienen el deber y la autoridad de buscar la **averdad**”.

tuvieron la valentía de reconocer, que ese efecto terrible que provoca en un juez togado la **costumbre del oficio de juzgar los demás durante toda la vida**, pues ese poder se convierte en odioso y antidemocrático.

Un litigio desigual de esas características es lo que ha provocado este poder de oficio, con efectos devastadores sobre los subdesarrollados sistemas de justicia en el que se ejerce, donde la oralidad es la excepción y la escritural la regla. Donde la escasa oralidad que se practica no guarda relación alguna con la proverbial agilidad práctica del sistema anglosajón, sino que es un tedioso escenario donde se lee la demanda, la acusación, los testimonios anteriores. La feliz expresión de Maier para describirla opresión de expedientes sobre el juicio oral continental es más ilustrativa que cualquier otra: *el juicio es la coronación festiva de expediente*.<sup>1154</sup>

Los incentivos para litigar en un procedimiento así son muy bajos y se exigen a las partes altas dosis de tolerancia ante la frustración y la impotencia que ocasiona que el “tercero imparcial” se sume a la contienda con teorías propias y muy poco decididas o a tomar en serio las teorías del caso de los litigantes.

En palabras de Ferrajoli, esta clase de juez no es un juez imparcial y por eso las partes deben poder recusar los sin causa e ilimitadamente, cosa que es imposible en los ordenamientos penales europeos y latinoamericanos.<sup>1155</sup>

En esta constatación empírica irrefutable se basó toda la reforma de justicia iberoamericana-civil y penal iniciada en los años '80 hacia modelos adversariales con participación ciudadana.<sup>1156</sup>

## 6. Reflexiones de un juez del common law

Ya hemos hablado del magnífico libro del juez federal William Dwyer. Lo escribió, según él mismo dice, “*porque para entender al jurado, primero debemos comprender al sistema adversarial con todos sus virtudes y fallas*”. En él posa su mirada sobre nuestro entorno cultural sin ninguna misericordia, pero sin ningún golpe bajo. Ella no puede pasar jamás desapercibida, por más que se la pretenda denostar por provenir de un norteamericano. La realidad de nuestros sistemas de justicia mixtos, que

---

<sup>1154</sup> MAIER, Julio B. J.: “*La reforma procesal penal...*”, op.cit., 2000, p. 12.

<sup>1155</sup> FERRAJOLI, Luigi: “*Derecho y...*”, op. cit. p. 579.

<sup>1156</sup> LANGER, Máximo: “*Revolución en el Proceso Penal Latinoamericano: Difusión de Ideas Legales desde la Periferia*”, CEJA (2008).



tanto daño le hacen a la democracia y al pueblo, nunca ha sido mejor descripta. Este es el punto exacto entre el ser y el deber ser.

*“Los europeos carecen del juicio por jurados. En algunos países, ciudadanos legos se sientan con jueces en casos criminales, se juntan a deliberar y votan un veredicto. Pero los jueces profesionales dominan; estos tribunales mixtos no son jurados. El sistema continental no tiene ninguna institución comparable que les otorgue el poder completo a los ciudadanos para hacer justicia, sujete a las cortes con la comunidad y legitime los difíciles resultados judiciales.*

*Y un sistema que descansa tan fuertemente en los jueces invita no sólo a la pereza y a la incompetencia, sino también a la corrupción. Todo depende de cuán buenos o malos sean los jueces -una variable en la que jamás deberíamos arriesgarlo todo. Es necesario que recordemos, junto con los pulidos sistemas actuales de Alemania, Suecia y Holanda, a los sistemas plagados de corrupción de América Latina (todos de origen continental) y a los que engendró el régimen nazifascista europeo del siglo XX. Los sistemas judiciales gobernados por jueces pueden caer presa de la tiranía y del soborno; fuertes y profundamente enraizados roles para los ciudadanos y los abogados en las cortes de juicio son salvaguardas contra la decadencia judicial.*

*Los sistemas europeos, en comparación con los del common law, poseen enormes burocracias y muy pocos abogados. La mayoría de ellos están sobrecargados, como también nosotros, por demasiados costos y demoras en la litigación civil. Y por más meticulosos y hábiles que los jueces europeos puedan ser, son empleados del Gobierno; un sistema tan juez-dependiente jamás puede obtener la vitalidad de uno que haga pleno uso de la energía y la iniciativa del abogado particular.<sup>1157</sup>*

#### **F. Veredicto ordinal del jurado.**

Un juicio civil o penal de estas características finalizará con la decisión de un jurado o de un juez profesional, dependiendo del caso. Taruffo mantiene con el jurado una aproximación única. Suposición sobre él expresada en todas las contradicciones que venimos señalando en esta parte del libro. El juicio por jurados, desde su cosmovisión europeo-continental, le provoca una mezcla de admiración, perplejidad, rechazo y a la vez desconcierto que le impide aceptarlo, no sin reconocerle el impacto que ha tenido en la historia y que todavía hoy mantiene.

---

<sup>1157</sup>DWYER, William: “In the Hands....”, op. cit., p. 158.

El primer capítulo de unodesus libros más importantes lleva comotítulo, simplemente, “**1215**”.<sup>1158</sup>

1215 fue una ñode gran significación para la humanidad aunque, como biendicesu autor, muchos nose hayandadocuent a enesemomento. En 1215, la Iglesia prohibió leery enseñarla *Física* y la *Metafísica* de Aristóteles; en noviembre de 1215, el Papa Inocencio III en el Concilio IV de Letrán decretó el fin de las ordalías, al prohibir que los sacerdotes bendijeran los instrumentos con que se efectuaban (hierros, agua, fuego, espadas, etc). Meses antes, en Inglaterra, más exactamente el 15 de junio de 1215, los barones le arrancaron al Rey Juan la *Magna Charta Libertatum*:

*“la primera gran constitución de la historia europea. Probablemente el rey nosupo que estaba dando inicio a una serie de otras constituciones y, sobre todo, a una larga historia del derecho constitucional inglés. Más específicamente, probablemente en oad virtud que el capítulo 29 de la **Magna Charta** representaba el comienzo formal de un sistema procesal que duraría muchos siglos y en el que los «**pares**» debían cumplir un rol central en su calidad de jueces de los hechos.... con el tiempo, el capítulo 29 se legó a ser un símbolo del sistema basado en el **jury trial**. Como bien ha dicho Plucknett, el mito fue mucho más importante que la realidad”.*<sup>1159</sup>

Taruffo reconoce que el antiguo jurado inglés fue el instrumento procesal que permitió operar a las ordalías en Inglaterra. Y, sin embargo, y a des de aquí lo ataca en su faz histórica- **al diferenciarlo del juez togado medieval del continente europeo-** por dudar que fuese un instrumento “racional” para la determinación de los hechos. El párrafo en que equipara al jurado con las ordalías, sobre todo por el juramento que brindaban en materia penal, no tiene desperdicio:

*“Éste era el fundamento real de la fiabilidad de los jurados, pues- como ya se ha dicho- ellos podían tener un conocimiento directo o indirecto de los hechos, pero este conocimiento no podía ser controlado ni puesto en duda. En este sentido, el veredicto, al basarse en la conciencia de los jurados que se suponían inspirados por la divinidad, era inescrutable. Al menos, una reminiscencia de las ordalías subsistía en el jurado. En Inglaterra habría sustituido «**la inescrutable vox Dei expresada en el juicio de las ordalías por la inescrutable vox Populi expresada en los veredictos de los jurados**». No es sorprendente entonces que los historiadores tiendan a considerar al **jury trial** como un equivalente del proceso a través de las ordalías. Como ha dicho eficazmente Franco Cordero, los veredictos de los jurados conservan el sello irracional de las pruebas por ordalía y el **jurado es el órgano de un saber místico arraigado en las vísceras comunitarias**”.*<sup>1160</sup>

<sup>1158</sup> TARUFFO, Michele: “*Simplemente...*”, op. cit., p.13.

<sup>1159</sup> TARUFFO, Michele: “*Simplemente...*”, op. cit., p.14.

<sup>1160</sup> TARUFFO, Michele: “*Simplemente...*”, op. cit., p.34.

A semejanza de la exageración histórica, que no parece tener en cuenta el carácter “garantizador democrático” (ya en esos años medievales) del antiguo proceso inglés en su conjunto (oral, público, con libertad sobre la prueba, división tajante entre acusación (Gran Jurado) y sentencia (Petit Jury), más fundamental el hecho restrictivo de ejercicio del poder que suponía que el juez no podía dictar el veredicto), Taruffo recorta el procedimiento y adjetiva de ordálico al veredicto en forma aislada, como si éste fuera el fruto de un proceso arbitrario.

Más notable aún sea que se atreva -por contraste- a insinuar de “racional” el procedimiento que, para ese mismo tiempo del Medioevo, estaba en el lugar en el proceso penal y civil del continente. Y no es menos notable que sea el propio Ferrajoli el que, exactamente al revés de Taruffo, califique de ordálico al procedimiento medieval continental, abrazado y definitivamente a la escritura y a la prueba legal.<sup>1161</sup>

Este es un buen ejemplo de la “racionalidad” de los jueces togados europeos y del baño de sangre y fuego que desencadenaron en nombre de... *abúsquedad de la verdad*. En realidad, en este horror indescriptible está la verdadera génesis histórica y el desarrollo de la motivación de las sentencias, por más que muchos autores, entre ellos Taruffo, se esfuerzan en demostrar que fue una conquista democrática de la Revolución Francesa.

<sup>1161</sup> FERRAJOLI, Luigi: “Derecho y razón”, opcit. p.135 y 136: Ferrajoli lo expresa en uno de sus pasajes más recordados: “En el procedimiento inquisitivo premoderno se había codificado una verdadera tarifa de pruebas que asignaba presuntivamente determinadas estimaciones o valores probatorios a los distintos tipos de prueba...” perfectas o plenas”, “semiplenas o imperfectas”... otras que combinadas entre sí según complicadas aritméticas probatorias podían formar una plena prueba o perfecta. Todo esto es manifiestamente absurdo. En realidad, porque lo desmiente la experiencia, es falsa cualquier generalización sobre la fiabilidad de un tipo de pruebas o conjunto de pruebas... El método de las pruebas legales acompañó durante cinco siglos desde el fin del siglo XII hasta la Revolución Francesa, a la experiencia de la Inquisición desarrollada en toda Europa continental. En oposición a una difundida interpretación que en las contiendas de ordalía descubre sobre todo las remotas ascendencias del contradictorio típico del rito acusatorio, es posible, pues, rastrear una continuidad mucho mayor entre estas antiguas pruebas mágicas «irracionales» y las pruebas legales «racionales» propias del rito inquisitivo. La identidad del esquema epistemológico señala arquetipos culturales comunes. También las pruebas mágicas, al igual que las pruebas legales, son en realidad pruebas formales en el sentido de que excluyen la investigación y la libre valoración del juez, sustituyéndolas por un juicio infalible y superior, divino en el primer caso y legal en el segundo. Una confirmación de ello es el hecho de que la tortura, que arruinó ininterrumpidamente el mecanismo de las pruebas legales y particularmente el de la confesión en el procedimiento inquisitivo premoderno, mantiene sin duda el carácter de ordalía de un juicio de Dios, o sea, de una prueba física ante la que sucumbir es signo de culpabilidad del acusado y resistir es signo de su inocencia. Desarrollo de las artes mágicas, recrudescimiento del sentimiento supersticioso, creencias oscuras en el demonio y fanatismo religioso forman, por lo demás, el tenebroso escenario cultural que circunda los procesos contra brujos, brujas y herejes, contra quienes más violentamente se desencadena, en la época de la contrarreforma, la persecución inquisitorial”.

Lo fue en parte, y como reacción a los perversos jueces que engendró. Más la motivación lleva indiscutidamente el sello de haber nacido como el método predilecto de control de las castas superiores de la judicatura feudal.<sup>1162</sup>

### 1. El *adversary* y el desconocimiento de la tortura

Para terminar de destruir el “carácter ordálico” del veredicto del jurado y la supuesta “irracionalidad” del *adversary* inglés, baste con recordar que, para el siglo XIII, cuando la tortura en Europa se perfeccionó por ley, el *common law* inglés ya había adquirido la mayor parte de sus características fundamentales que lo distinguirían del derecho común continental. De las muchas diferencias que separaron a las dos tradiciones occidentales, ninguna estaba impactante como esta: **el uso sistemático de la tortura en la investigación criminal jamás se estableció en el procedimiento penal inglés.**<sup>1163</sup>

Nosotros agregamos, además, que el absurdo de las pruebas legales también fue desconocido en Inglaterra. Ningún jurado inglés jamás llegó a razonar bajo la *ordalía* de la prueba legal, a pesar de haber alumbrado un sistema de Reglas de Evidencia que son el orgullo del proceso judicial anglosajón.

Peró la mapoderosamente la atención que un verdadero experto en el *common law* como es Taruffo tampoco hay mencionado cuáles eran las razones históricas por las cuales el veredicto del jurado, según él (por que veremos *quenoloes*) era “inescrutable”. ¿Cuáles eran las “verdaderas” razones para que el *jury* inglés no tuviera que expresar los fundamentos de su decisión, aún hasta la actualidad? Este aspecto crucial es tratado en todo este libro y seguirá más adelante, pero baste ahora con decir que cualquier ataque al jurado por ordálico o místico o irracional o inescrutable o apodíctico debe hacer se cargo de la profusa argumentación en favor de la no motivación del veredicto y, por ende, refutarlo.

### G. La “irracionalidad” del jurado vs. la “racionalidad” del juez técnico para determinar la verdad.

---

<sup>1162</sup>MAIER, Julio: “Fundamentos...”, op.cit., p. 483.  
<sup>1163</sup>

LANGBEIN, John: “Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Regime”, University of Chicago, 1976. Langbein igualmente advierte de varios casos en que la tortura fue usada en Inglaterra, pero por muy corto tiempo y careciendo por completo del rol central que tuvo en Europa. A pesar de estos casos, reconoce que el derecho inglés jamás la regularizó.

Taruffo culmina sus diatribas contra el adversario y contra el jurado manifestando superp lejidad y desconcierto ante la fuerza del “mito del jurado”.

*Naturalmente, nada excluye que pueda existir - como de hecho existe - un ambiente cultural e ideológico en el que este modelo de decisión sea aceptado, en tre otras posibles razones, porque el mito democrático del jurado persiste y prevalece sobre cualquier argumento en contrario.*<sup>1164</sup>

Tras comparar a los dos grandes sistemas de justicia occidentales, Taruffo concluye que al sistema adversarial del *common law* no le interesa la verdad en absoluto. Tan sólo le interesa la resolución justa de los conflictos y que en ellos participe directamente el pueblo bajo la forma del jurado. Los medios que utiliza en el proceso (el monopolio de las partes, el contraexamen, el rol de garantías del juez del juicio, etc) son por completo contraindicados para obtener la verdad. El jurado es un organismo más bien “*tosco*” para establecer la verdad. Su veredicto es siempre inescrutable y ordálico. Nunca se abraza a la ciencia cierta que y cómo un cierto hecho llega a considerarse probado o no probado.<sup>1165</sup>

Sin embargo, cada vez que un juez instruye a un jurado le recuerda que son los únicos encargados de determinar la verdad de los hechos del caso. Por lo tanto, según Taruffo, dicha “verdad” no se obtiene por un procedimiento “racional”, sino por un “*act of defe*” que la sociedad le prodiga al jurado. Fe en la justicia insitadasu veredicto como axioma indiscutible, por provenir precisamente del pueblo en forma directa. La alta aceptación social del jurado y su fuerza democrática se debe a que la historia lo convirtió en algo mucho más grande que la institución procesal que realmente es. Citando a J.R. Pole, Taruffo reconoce que el jurado tiene un rol de “*agencia moral*” como representante del pueblo, desde que su función política en la protección de las libertades individuales del pueblo inglés contra el despotismo hizo pasar a un segundo plano su función judicial (determinar la verdad de los hechos en el juicio).

*“Al mismo tiempo, fue a flor andoy se fue consolidando la que podría definirse como la función política del jurado. Más allá del mito construido entorno al famoso artículo 29 de la Carta Magna... el jurado inglés asumió un rol de protección del ciudadano frente a un poder soberano despótico y cruel, sobre todo al atenuar los efectos de*

<sup>1164</sup> TARUFFO, Michele: “*Simplemente...*”, op. cit., p.216

<sup>1165</sup> TARUFFO, Michele: “*Simplemente ...*”, op. cit., p.37. Toda la jurisprudencia de las Cortes Supremas del *common law*, de Neuquén y de Buenos Aires (Argentina) citadas en la Parte II de este libro expresamente tratan sobre puntos de la prueba que el jurado probó o no probó. La frase de Taruffo es un cliché, un ideologismo de los que él tanto critica. No se hace cargo en absoluto de ese gran corpus jurisprudencial que él conoce muy bien. Nuevamente, el *deber ser* puede más que el *ser*.

***underechopenalexcesivamente duro. En las colonias norteamericanas el jurado se transformó en el símbolo de la protección de las libertades de los colonos contra el poder inglés, lejano y opresivo, y luego asumió de forma más general una función de tutela de los derechos de los ciudadanos frente al poder estatal. La configuración del derecho a ser juzgado por un jurado proclamado en la 6ª Enmienda de la Constitución de los EE.UU. con respecto al proceso penal, y por la 7ª Enmienda con respecto al proceso civil, representa la culminación de esta larga y compleja evolución del jurado, desde un grupo de testigos del hecho a una institución que garantiza las libertades democráticas***.<sup>1166</sup>

Sí, al menos, podemos decir que el jurado permitió además superar a las ordalías en la Edad Media, logró hundir a la Inquisición y a las pruebas legales en la Europa revolucionaria y que todos los grandes pensadores de la Ilustración se inclinaron por los jurados (Kant, Montesquieu, Voltaire, Hobbes, Bentham, Beccaria, Carrara, Filangieri, Alexis de Tocqueville, Lauzédi Peret, etc)<sup>1167</sup> resultó poco menos que una arrogante exageración afirmar que un sistema de justicia como el adversarial está erigido sobre un “mito”.

Realmente se hace muy difícil afirmar con pretensión de “verdad” que los países de mayor tradición democrática y republicana del mundo posean sistemas de justicia irracionales, o racionales, o carentes de verdad. Sin embargo, Taruffo concluye que las funciones libertarias del jurado en lo político, su función simbólica de democracia directa en el seno del Poder Judicial, la poderosa función teatral y ritual que demuestra que la justicia puede ser lograda en forma pública por ciudadanos comunes, y la función legitimadora ante la sociedad que su intervención provoca en la decisión del caso, son **todas opciones ideológicas que conllevan la anulación de su función epistémica.**

Es decir, la tensión entre epistemología e ideología se resuelve con un claro predominio de la ideología y la consecuente abdicación de que el jurado sea un instrumento válido para alcanzar la verdad en el proceso.<sup>1168</sup>

Dicho al revés: Como la verdad es incompatible con el resto de estas funciones ideológicas —tanto o más valiosas para cualquier Estado democrático que diseñar un proceso— el “mejor” método para alcanzarla es renunciar a las mismas y reemplazar al jurado por un juez profesional. Reemplazar al *adversary* por un procedimiento “racional y no mitológico” como el europeo continental, orientado **exclusivamente** hacia la verdad, con amplios poderes de oficio para el juez y con la obligación de motivar las sentencias. Aunque el costo de esta opción política sea el de ab

<sup>1166</sup> TARUFFO, Michele: “*Simplemente...*”, op.cit., p.209

<sup>1167</sup> FERRAJOLI, Luigi: “*Derecho y...*”, op.cit. p.76 y ss.

<sup>1168</sup> TARUFFO, Michele: “*Simplemente...*”, op.cit., p.210

dicar de las conquistas históricas de varios siglos logradas por el jurado clásico y que jamás sistemáticamente a algún juez o jurado pudo, ni podrá alguna vez, equiparar.

La mirada final de Taruffo sobre el jurado de velea con claridad los límites culturales de esta comprensión y parecerse a la fuerza del “mito”.

*“Para un jurista del *civil law*, y en particular desde una perspectiva epistémica, esos aspectos pueden parecer difícilmente comprensibles e incluso criticables, en la medida que hacen sustancialmente imposible que el jurado desarrolle verdaderamente una función dirigida a la determinación de la verdad de los hechos. Conto do, parece que el jurado sigue teniendo un amplio respaldo de los abogados y de los jueces, y también de la opinión pública en general: evidentemente el mito persiste y como todos los mitos - tiene poco que ver con la verdad”.*<sup>1169</sup>

En la Parte I y II hemos demostrado que hay muy poco de mitológico y sí mucho de racionalidad, de controles diáfanos sobre el procedimiento y de **democracia real** en el sistema adversarial con jurados.

## Capítulo 18°

### La motivación como garantía exclusiva para el juicio profesional.

En este capítulo abordaremos sintéticamente el origen, desarrollo, concepto, clases, funciones, constitucionalidad y la actualidad de la extensión de la exigencia de motivación de las sentencias de los jueces profesionales. Muchos otros autores -sobre todo los motivacionistas- describen estos temas con mayor suficiencia. Nosotros lo haremos con el único fin de demostrar la incongruencia de exigirle motivación al jurado. Hemos dicho varias veces en esta tesis que, por historia, tradición y por la estructura tan diferente de sus procesos, la motivación es indispensable en el juicio profesional del *civil law*, pero incompatible y contraindicada en el juicio por jurados. Europa continental padeció el infierno de los jueces que juzgaron sin motivar, empleando la íntima convicción de los jurados entre los siglos XVIII y XIX. Como reacción a ese desmedido poder, nace la exigencia liberal -con la Revolución Francesa- de motivar las sentencias de los jueces profesionales. La motivación y los jueces-magistrados nacieron simultáneamente durante la Inquisición medieval. Ninguno de los dos surgió precisamente como una garantía individual, sino todo lo contrario. Aunque hoy figure como una garantía expresa en algunas pocas Constituciones modernas, la

<sup>1169</sup> TARUFFO, Michele: “*Simplemente...*”, op.cit., p.211.

motivación es un imperativo dirigido de manera exclusiva a las sentencias de los jueces profesionales, muy especialmente a los del *civil law*.<sup>1170</sup>

Cuando veamos las corrientes actuales de la jurisprudencia y la doctrina acerca del nivel de intensidad que debe poseer la motivación del juez para satisfacer la garantía -problema que en España se ve con toda claridad-, advertiremos fácilmente que es imposible imponérsela al veredicto del jurado.

### § 1. Concepto. ¿Qué significa motivar?

El motivacionismo europeo-continental que, reiteramos, no está pensando nunca en el jurado, sino exclusivamente en el juez profesional, ha ido mutando el concepto de motivación con el tiempo. En un primer momento, se definió a la motivación como el camino lógico mediante cual el juez formulaba su decisión al final de un pleito. La motivación, de acuerdo a este concepto, era la descripción o explicación del proceso mental que llevaba al juez a su decisión. A esto se lo llama la *tesis psicologista de la motivación judicial*.<sup>1171</sup>

Varios de los doctrinarios motivacionistas más radicales, como Taruffo, Ferrajoli y Perfecto Andrés Ibáñez, se oponen a esta tesis. La motivación es mucho más que “*el conocimiento del proceso lógico-jurídico del juez que conduce al fallo*”.<sup>1172</sup> Para estos autores, la motivación es *justificación judicial*. La exigencia de motivación no es una mera descripción de los procesos mentales del juez, sino que, a partir de explicitar externamente esas inferencias lógicas, sea por método de razonamiento deductivo o inductivo, el juez pueda justificar la sentencia.<sup>1173</sup>

### §2. Funciones de la motivación: la dimensión endoprocesal y extraprocesal.

---

<sup>1170</sup> Veremos que en el *common law*, la mayoría de los jueces profesionales no motivan sus sentencias cuando el juicio es sin jurados, sin que ello produzca la más mínima afectación de garantías. **La diferencia, nuevamente, está en el estilo de fundamentación que es propio del sistema acusatorio** (y que los motivacionistas se empeñan en seguir no viendo, a pesar de que está allí, a la vista, desde hace dos milenios). La fundamentación del veredicto del juez o del jurado se obtiene de la acusación y se produce en pleno juicio público. Es decir, no distingue si el juicio es por jurados o por juez (salvo que en el jurado, además, se agregan las instrucciones legales del juez). Allí está la diferencia crucial para nuestra tesis: es mayor el grado de controles adversariales, de publicidad, oralidad y transparencia que exhiben los juicios -con o sin jurados- en el *common law*, que en los juicios mixtos del *civil law*.

<sup>1171</sup> Es la tesis ligeramente predominante en el Tribunal Constitucional Español (in re *RJ STC 70/1990*), fuertemente criticada por el ultra-motivacionismo en cabeza de Taruffo.

<sup>1172</sup> Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, RJA STS 162/2010, FJ 2.

<sup>1173</sup> TARUFFO, Michele: “*La Prueba...*”, op. cit., p. 28: “*Estas normas, por el contrario, le imponen justificar su decisión, exponiendo las razones en forma de argumentaciones racionalmente válidas e intersubjetivamente "correctas" y aceptables. Para decirlo de manera sintética: los procesos psicológicos de! juez, sus reacciones íntimas y sus estados individuales de conciencia no le interesan a nadie: lo que interesa es que se justifique su decisión con buenos argumentos*”.



La motivación de la sentencia del juez técnico busca abastecer dos fines muy precisos. En primer lugar, la motivación cumple una función de control endógeno, hacia el interior mismo del sistema judicial y sus actores. Ella permite que las partes impugnen la sentencia, que el mismo juez autocontrole la propia decisión que está por tomar y que los jueces del recurso puedan resolver la impugnación. Esta es la función endoprosesal de la motivación.<sup>1174</sup>

En segundo lugar, la motivación cumple una función externa que trasciende a las partes y a los jueces intervinientes en el proceso. Se abre así al control generalizado y difuso mediante la publicidad de la decisión. Es la función extraprosesal de la motivación, que permite el control popular de la sentencia del juez.<sup>1175</sup>

#### **A. Función política de la motivación: compensar los defectos de legitimidad del juicio con jueces profesionales.**

La mayor parte de las Constituciones de las naciones del mundo occidental no incluyen entre sus garantías expresas la exigencia de motivar las sentencias. Tampoco lo han hecho los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y es prácticamente imposible que alguna vez lo hagan. Sería una más que interesante investigación preguntarse por qué. Por el contrario, la mayoría de las Constituciones de Occidente instituyen como garantía individual expresa al juicio por jurados que, como hemos

---

<sup>1174</sup> TARUFFO, Michele: *“La motivación de la sentencia civil”*, op. cit., p. 275: *“Necesidad de motivar la resolución judicial entendiendo la misma sólo como un medio de conocimiento y control del razonamiento que lleva a su dictado, siendo tal conocimiento y control estrictamente circunscrito al ámbito conformado por el juez superior y las partes.”*

Como hemos visto en la Parte I, capítulo 2º, §4, no es necesaria la motivación en el veredicto de los jurados para que todos estos intervinientes puedan impugnar ampliamente no sólo el resultado del juicio, sino todo su derrotero y la suficiencia de la prueba. En la Parte II, vimos que los controles judiciales y de partes en el juicio por jurados son tan intensos -y tan superiores a los del juicio técnico- que ubican en su punto justo a la motivación. Ella es para el juez técnico. Los jurados se remiten a otros mecanismos para abastecer lo mismo, conforme la doctrina legal de *Taxquet y Judge* (CEDH).

<sup>1175</sup> Es lo que Taruffo llama el control político y democrático de la jurisdicción; su publicidad es el instrumento de sujeción efectiva del juez a las leyes dictadas democráticamente y el instrumento que permite al Pueblo controlar las razones que llevaron al dictado de la sentencia.

TARUFFO, Michele: *“La motivación de la sentencia civil”*, op. cit., p. 271.

Como es obvio, el jurado es una representación del Pueblo Soberano. Administran directamente la justicia, por más que ciertos autores españoles los descalifiquen con conceptos como este: *“Cuestión que encierra tácitamente una concepción buenista del Jurado como institución intrínsecamente buena por el candor y la sencillez de las gentes que los componen, cuestión, de nuevo, que permite a muchos defensores de los tribunales populares hacer, como muy bien desenmascara Andrés Ibáñez, un uso injustificado del argumento democrático, como si se pudiera autorizar cabalmente el salto lógico que supone aceptar que unos pocos ciudadanos encarnasen al conjunto del Pueblo en virtud de no se sabe bien qué inferencia de representatividad democrática...”*. ALISTE SANTOS, Tomás-Javier: *“La motivación...”*, op. cit., p. 430.

visto, jamás motiva su veredicto por razones que le son consustanciales a su apropiado funcionamiento.

Por ejemplo, la Constitución argentina establece el juicio por jurados para todos los fueros y ramas del derecho (art 24, CN), con especial énfasis para el juzgamiento de los crímenes (art 118, CN). Al haber optado por el juicio por jurados y al no disponer ninguna norma expresa que exija la fundamentación de las sentencias, no queda ninguna duda que la Constitución Nacional optó por el sistema jurado clásico y la íntima convicción como método de valoración de la prueba por parte de los jurados. Nada menos que una autoridad como Julio Maier ha dicho con claridad que en la Constitución Nacional nadie encontrará nunca una sola línea que exija la motivación de las sentencias, sino todo lo contrario: ella optó por el jurado y su íntima convicción, en coherencia ideológica con la tradición ilustrada del continente latinoamericano del siglo XIX y de nuestra fuente directa constitucional, que es la Constitución norteamericana de Filadelfia de 1787.<sup>1176</sup>

Sólo unas pocas constituciones europeas (España, Italia) exigen de manera concreta la motivación de sus sentencias a nivel constitucional. Lo mismo han hecho las provincias argentinas de Buenos Aires, Córdoba, Río Negro y Corrientes. Sin embargo, nunca dejaremos de insistir en que dichas disposiciones son imperativos dirigidos exclusivamente a sus jueces permanentes y en nada impiden que en esos países o provincias se desarrolle un juicio por jurado de corte clásico, como así sucede.

La constatación de Mittermaier acerca de las razones para la inmotivación del veredicto del jurado (que en modo alguno significa falta de fundamentación) y la motivación para el juez profesional siguen tan vigentes hoy como ayer. Allí está el reconocimiento de la CEDH al método distinto de verificabilidad y de fundamentación de ambos sistemas en los fallos *Taxquet* y *Judge* o que Canadá explicara con brillantez en el fallo “*Biniaris*”. Pero la ideología radical motivacionista abjura del juicio ciudadano y rechaza visceralmente estas nociones. En su universo elitista, conservador

---

<sup>1176</sup> MAIER, Julio: “**Derecho Procesal Penal**, op. cit., p. 481: “*Nuestra Constitución Nacional no presta apoyo a aquellos que pretenden que la reconstrucción de los hechos integrantes de la sentencia penal, esto es, la premisa fáctica del juicio previo fundante de la aplicación de la pena, deba ser motivada en el sentido indicado. No sólo no existe en el texto constitucional ninguna oración de la que se pueda desprender esa exigencia, sino que, por el contrario, la ley fundamental ha estimado consustancial a nuestra forma republicana de gobierno el juicio por jurados. El jurado clásico, como modelo de tribunal de juicio, representa la inexistencia de toda expresión de motivos que apoye el veredicto en el cual concluye, pues, tanto históricamente como en el Derecho comparado, estos tribunales valoran la prueba por el sistema de íntima convicción, sin necesidad de exteriorizarlas razones por las cuales arriban a una conclusión aprobatoria o desaprobatoria del comportamiento imputado.*”

y anclado en un *deber ser* de difusa realización, reina el pensamiento único: sólo puede haber verdad y democracia en un sistema con jueces técnicos que justifiquen de manera completa y por escrito los motivos de su decisión. Fuera de allí, sólo queda el arbitrio. Claro que la realidad silencia a este discurso apenas se analizan con rigor las amplias diferencias de control y legitimidad -interna y externa- entre el juicio por jurados y el juicio técnico.<sup>1177</sup> Fue lo que descubrió Mittermaier hace ya más de 150 años. Aunque parezca mentira, es lo que debemos seguir reafirmando en pleno siglo XXI.

La **real** función de la motivación **en cualquier sistema judicial del *civil lawes*** la de compensar la notoria debilidad en términos de controles y garantías del juicio profesional frente a aquel realizado ante jurados, que hemos tratado ampliamente en el capítulo 16°. Sintéticamente, los jueces profesionales jamás podrán ofrecer las garantías políticas y procesales que se encuentran en el juicio por jurados.<sup>1178</sup>

Vista de este modo, la motivación es hoy una protección indudable para el acusado, pero sólo cuando el juicio se desarrolle ante jueces profesionales. Es el único método que éstos poseen para justificar su decisión, ya que no se los puede recusar sin causa, pertenecen al Estado, dictan veredicto y sentencia, su número es muy bajo, sus absoluciones son recurribles y ni siquiera deciden por unanimidad. No obstante su estatus actual, el origen de la motivación distaba mucho de ser protección alguna, como luego veremos.

### **§3. Extensión de la motivación: ¿completa, suficiente o sucinta? Otras clases.**

La cuestión que sigue a continuación tensa fuertemente al mundo motivacionista. ¿Cuál es la extensión que debe tener la motivación para ser válida? Recordemos a Carrara, que en aquellos tiempos de mitad del siglo XIX consideraba satisfecha esta obligación con la mera indicación, por parte del juez, de los elementos de prueba concretos que había considerado para decidir (por los dichos del testigo A y B, del perito C y el arma secuestrada).

---

<sup>1177</sup> THAMAN, Stephen: “*Europe’s New Jury Systems...*”, op. cit., p. 257. El autor describe sin tapujos la gran resistencia de la comunidad jurídica española y rusa a admitir al jurado. Es decir, al Pueblo administrando la justicia. Vaya casualidad: nada ha cambiado desde 1789 en la Europa continental: “*Es difícil de predecir el futuro del juicio por jurados tanto en Rusia como en España. A pesar de ser una exigencia constitucional en ambos países, existe una decidida falta de entusiasmo de parte de profesores, jueces y abogados acerca de si será una institución capaz de ayudar a resolver los problemas que plagan a su administración de justicia*”. “Profesional”, agregaríamos nosotros.

<sup>1178</sup> Parte III, capítulo 16° § 4.

Hoy nadie sostiene ya tal cosa. La discusión actual gira principalmente en torno a si la motivación debe ser “suficiente” o “completa”. La jurisprudencia dominante de los tribunales revisores europeos se inclina por la motivación suficiente. Los radicales motivacionistas, con Taruffo, Ferrajoli e Ibáñez como líderes, la desprecian por insuficiente (valga la paradoja) y exigen que la motivación sea completa. Las diferencias entre una y otra son sencillas, pero muy importantes para advertir el despropósito del intento de injertarle “algún tipo de motivación” al jurado.

Hay **motivación suficiente** cuando existe **un mínimo** de razonamiento justificativo ineludible para que la sentencia judicial sea legal y constitucionalmente válida de acuerdo a la garantía de motivación. La jurisprudencia, sintéticamente, indica la extensión que debe tener la motivación suficiente en el proceso penal:

*“En el ámbito del proceso penal, la motivación exige que el ciudadano pueda conocer las razones por las cuales ha sido condenado o absuelto y, por ello, dicha motivación, atendiendo a cada caso concreto, debe alcanzar un grado suficiente de expresión, que, en determinados casos, no se satisface con la simple o escueta calificación o encaje de los hechos declarados probados en una norma jurídica. En definitiva, sino llega a conocerse en la motivación el porqué de las razones que fundamentan el fallo no puede considerarse que la resolución esté suficientemente motivada”.*<sup>1179</sup>

La **motivación es completa** cuando “posee el requisito fundamental de plena adecuación al principio de completitud del discurso justificativo que la desarrolla”. La motivación completa no se abasteca por el número superfluo de páginas escritas, sino por el factor cualitativo de máxima expresión de racionalidad de la decisión tomada por el juez.<sup>1180</sup> Taruffo eleva la exigencia de una motivación completa al grado de principio general. De allí sus corrosivas críticas a la jurisprudencia europea dominante y a su nivelación por debajo de la motivación completa. La motivación suficiente no alcanza. De ser argentino, Taruffo demolería al actual artículo 3º del Código Civil, que exige sentencias del juez con fundamentación “razonable”.<sup>1181</sup>

---

<sup>1179</sup> cfr la jurisprudencia dominante europea en ALISTE SANTOS, Tomás-Javier: “La motivación...”, op. cit., p. 164/67.

<sup>1180</sup> TARUFFO, Michele: “La prueba...”, op. cit., p. 31: “no se puede hablar de una decisión motivada si el juez no indica específicamente, y mediante argumentos racionalmente articulados, las bases cognoscitivas, los criterios de valoración y las inferencias que justifican su valoración de la prueba y el juicio final que deriva de esta valoración”.

<sup>1181</sup> TARUFFO, Michele: “Cinco lecciones...”, op. cit., p. 8: “Existe en el mundo, en especial en la jurisprudencia de la Corte Suprema de mi país, un concepto radicalmente equivocado de la motivación de la sentencia. Es una concepción según la cual, cuando el juez escribe la motivación de su sentencia,

Hay varias clases más de motivación, como nos informa el “*clasificacionismo*” al que es tan afecto el *civil law*, y que han provocado serios conflictos con, por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España. Entre ellas está la *motivación sucinta* que prevé la ley de jurados, puesta en crisis por esa misma Corte dado su estándar mínimo de *motivación suficiente*. Lo veremos en detalle enseguida. Otras clases más de motivación, sin importancia práctica aquí, son la motivación *aceptable, correcta, por formularios, implícita, reforzada, per relationem, espontánea, indirecta*, etc.

### 14.3.1. La motivación sucinta del jurado español. Crisis. Rol del juez.

Para explicar con precisión el punto de cuán inútiles son los esfuerzos por imponerle motivación al jurado nos será muy útil la experiencia española. Es el único jurado del mundo, parecido al clásico, que es puesto a motivar. Prácticamente no hay radical motivacionista en Europa que adhiera al modelo español de jurado, por una razón muy sencilla. La ley de jurado de España obliga al jurado a una *explicación sucinta* de sus razones.<sup>1182</sup> Pero, para el motivacionismo radical europeo y para el Tribunal Constitucional de España, **motivar no es explicar, sino justificar la corrección del conjunto de inferencias realizadas.**<sup>1183</sup> La única discusión pendiente entre los motivacionistas es si tal justificación debe ser completa o suficiente para ser válida. Pero no hay lugar alguno allí para “*explicaciones*” ni, mucho menos, *sucintas*.

Allí está el quid del ataque jurisprudencial contra la motivación -“*esquelética*”, “*raquílica*”- de los veredictos del jurado español.<sup>1184</sup> Que, en definitiva, es un ataque al jurado y, con él, al sistema adversarial. Los principales teóricos de la motivación reconocen que al jurado no se le puede exigir motivación alguna, ya que deben juzgar, por su propia naturaleza, por íntima convicción. Los jurados en ninguna parte del

---

da una especie de resumen de procedimientos mentales a través de los cuales llegó a esta decisión”.

<sup>1182</sup> El artículo 61.1 inciso “d” de la Ley Orgánica del Tribunal de Jurados de España dice: “*Artículo 61. Acta de la votación. 1. Concluida la votación, se extenderá un acta con los siguientes apartados:... d) Un cuarto apartado, iniciado de la siguiente forma: «Los jurados han atendido como elementos de convicción para hacer las precedentes declaraciones a los siguientes: ...». Este apartado contendrá una **sucinta explicación** de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados.*”

<sup>1183</sup> ALISTE SANTOS, Tomás-Javier: “*La motivación...*”, op. cit., p. 435: “¿cómo podemos entender que ha sido correctamente motivada aquella decisión sobre los hechos probados si en vez de ofrecernos en el acta de veredicto **elementos de justificación** se nos da en cambio una **mera explicación** sobre el proceder del jurado?”

<sup>1184</sup> Ver Parte I, capítulo 2º § 1.2.5.

mundo motivan, sino que **declaran** un resultado respecto de una acusación que sí está motivada por escrito y que ha sido expuesta públicamente de manera oral en el juicio. Esa es su función como legos.<sup>1185</sup> La motivación es para la sentencia del juez técnico, jamás para el veredicto del jurado popular. Por ello es que el motivacionismo europeo prefiere abolir al jurado, antes que forzarlo a motivar *contra-natura* y en el marco de una decisión -el veredicto- que no está alcanzada por la exigencia constitucional, que se refiere sólo a la sentencia. La mayoría de los motivacionistas acusan de demagógico al legislador español que instauró al jurado.

*“si se presume que el jurado es incapaz de motivar su veredicto en sentido constitucional, procede abogar radicalmente por la desaparición de aquél y no cohonestar simulacros de motivación que no protegen de la arbitrariedad de poderes públicos...”*<sup>1186</sup>

Otro motivacionista español aporta una última mirada sobre el problema, que servirá de pie para tratar la crisis de motivación -o *motivación ficta*- en el sistema de escabinos. Se refiere al rol del juez presidente del tribunal de jurados en España:

*“Resulta innegable que en un importante número de supuestos, si no fuera por la activa colaboración del magistrado-presidente y los esfuerzos ulteriores realizados por los tribunales superiores, que han ido acotando y limitando cada vez más la función motivadora del colegio de legos, su aportación en el ámbito de la motivación no alcanzaría el mínimo exigible”*.<sup>1187</sup>

## **B. La motivación ficta del jurado escabinado. Crisis.**

Cuando los escabinos y jueces deliberan en colegio único (modelo francés, italiano, alemán o cordobés), los jueces técnicos son los encargados de redactar la sentencia y reflejar en ella la motivación de los ciudadanos legos. El problema insuperable de este modelo de enjuiciamiento es que ciertas personas (los jueces

---

<sup>1185</sup> LOZANO-HIGUERO PINTO, Manuel: “Sobre algunos vicios, remediabiles, del sistema español del jurado (de la hipermotivación a la minoración de la presunción de inocencia, pasando por el régimen “sui generis” de impugnaciones”, Revista Vasca de derecho procesal y arbitraje, Vol. 17, Nº. Extra 1, 2005 (Ejemplar dedicado al 10º aniversario de la Ley del Jurado (1995-2005)), País Vasco, ps. 117-130: “se quiso trasplantar al sistema español un modelo de jurado propio de los sistemas jurídicos del common law...forzando que el jurado explique su decisión -obligación que no constriñe a los jurados en el common law- ...se ha forzado el encaje de la garantía de motivación en una institución como el jurado, que por su propia naturaleza es ajeno a motivar”

<sup>1186</sup> IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan: “Sobre el jurado y la motivación de su veredicto, una vez más”, Revista Jueces para la democracia, Nº 38, 2000, España, p. 65.

<sup>1187</sup> CASADO NAVARRO, C.: “La motivación del veredicto. Los jueces legos y los jueces profesionales: delimitación de funciones según la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, Revista Jueces para la Democracia, nº 50, España, 2004, ps. 75-86.

técnicos) deben expresar el pensamiento de otras (los legos), violentando así el principio básico de que todo juez -sea togado o sea lego- debe ser responsable **sin intermediarios** por su decisión. Para no hablar de cuando los jueces se ven obligados a motivar en contra de sus propias convicciones, como sucedió tantas veces en Córdoba. En varios casos, los jueces técnicos fueron derrotados por los jurados: los jurados absolvieron y los jueces votaron por la condena. ¿Cómo confiar en la calidad de una motivación de la que ni el propio juez está convencido? Se trata de un artificio que explica buena parte de las resistencias de los jueces cordobeses a fundamentar los votos de los jurados populares. **Es una motivación ficta. Una ficción.** No sólo porque en ocasiones el juez deba motivar aun en contra de su propia convicción, sino porque la motivación hecha por un *alter ego* (juez) nunca reflejará a la perfección el pensamiento original del escabino. Patricia Soria, investigadora cordobesa, lo plantea con toda naturalidad.

*“El problema que obviamente se presenta es que los ciudadanos no están capacitados para fundamentar su voto, por lo que esta obligación aparece desnaturalizando al jurado popular”.*<sup>1188</sup>

En el jurado español pasa el mismo fenómeno que con el escabinado, calificado correctamente de “*aporía*” (del griego “*dificultad lógica insuperable*”). Si bien en teoría se lo asimila al jurado anglosajón, en la práctica funciona como un escabinado. En España hay intervención de la justicia profesional directa dentro del jurado en dos etapas. En la primera, el secretario letrado del juez participa con los jurados en la confección del acta de veredicto y los asiste en redactar sus explicaciones sucintas. **Primera intromisión.** En la segunda, el juez es quien debe motivar integralmente la sentencia por hechos y derecho. **Segunda intromisión.** El problema es que no fue el juez quien adjudicó los hechos, sino el jurado. En la deliberación, el juez no interviene. ¿Cómo un juez puede luego justificar -de manera completa o suficiente- una cuestión fáctica en cuya determinación no participó? ¿Qué hacer con el principio de inmediación? El juez, por mandato legal, debe respetar la determinación de los hechos efectuada por el jurado y, a pesar de que pudiera violentar su propia convicción personal sobre los hechos del caso, la debe motivar. Esto es, justificarla de manera completa o, al menos, suficiente. Perfecto Andrés Ibáñez califica de “*insostenible*” a esta tesis de la motivación del jurado español.<sup>1189</sup>

<sup>1188</sup> SORIA, Patricia: “*El jurado popular en...*”, op. cit., p. 293.

<sup>1189</sup> IBÁÑEZ, Perfecto Andrés: “*En torno....*”, p. 277: “*En la elaboración de la sentencia el curso no es*

Cuando abordemos en breve el fenómeno de la motivación y el constitucionalismo, veremos que no son los juradistas, sino los propios radicales motivacionistas los que sostienen que la obligación de motivar está dirigida exclusivamente a los jueces-magistrados; jamás a los jurados. Este es el error fundamental del motivacionismo ecléctico argentino, que sobreexagera la regla y pretende aplicarla al jurado. Los defectos insalvables del escabinado y del engendro español, ambos similares en cuanto a mezclar jurado con motivación, han llevado a callejones sin salida que no satisfacen a nadie: ni a los partidarios del jurado, ni a los partidarios del juez profesional.<sup>1190</sup>

#### **§4. Origen de la motivación: de la Inquisición a la garantía.**

Si bien hay algunas discrepancias acerca de cuándo y dónde, hay un consenso generalizado que **la motivación de las sentencias comenzó en Europa con la Inquisición en el siglo XIII**. Es decir, cuando se abandonó el sistema adversarial con jueces populares de la Antigüedad en favor del sistema escrito con jueces profesionales y pruebas legales. La motivación, muy lejos de nacer como garantía o algo que se le pareciera, surgió en el siglo XII como una exigencia política autoritaria de primer orden del sistema inquisitorial y del naciente Estado Gendarme.<sup>1191</sup> No nos detendremos demasiado en este punto, pero la cuestión genera recelos dentro del mismo universo motivacionista.<sup>1192</sup>

---

*de sentido único, sino que es un ir y venir de la quaestio facti a la quaestio iuris”.*

<sup>1190</sup> ALISTE SANTOS, Tomás-Javier: “La motivación.....”, op.cit., p. 443: “*Analícemos detenidamente la aporía fundamental de las sentencias dictadas por los jueces en los procesos sometidos a conocimiento de los tribunales por jurados. La redacción de este tipo de sentencias pone a los jueces en serios aprietos a la hora de cumplir con la garantía de motivación constitucional y legalmente garantizada.*”

<sup>1191</sup> FERRAJOLI, Luigi: “*Derecho y razón*”, op.cit., p.616 “*En cuanto a las garantías de motivación y ritualidad, no pertenecen específicamente al método acusatorio, habiendo sido concebidas, más bien, en el marco de la tradición inquisitiva*”.

Julio Maier, por su parte, es aún más claro. MAIER, Julio: “*Derecho procesal penal*”, op.cit., p.483: “*La necesidad de fundar la sentencia es propia de tribunales integrados por jueces profesionales y permanentes, que aplican en la valoración de la prueba el sistema de las pruebas legales y cuyas sentencias pueden ser controladas por tribunales superiores, según la organización jerárquica de los órganos de administración de justicia*”.

<sup>1192</sup> En efecto, una corriente muy fuerte del motivacionismo antijuradista- se opone con fiereza a la visión “liberal” de Taruffo y su afirmación tan tajante de que, antes de la Revolución Francesa, lo normal era que los jueces profesionales no motivaran. El experto argentino en Derecho Indiano, A. Levaggi, al analizar la Real Cédula de 1778 del rey Carlos III de España, que les prohibió a los jueces españoles motivar las sentencias judiciales “*debido al volumen de los expedientes, las cavilaciones de los litigantes, lo extenso de las sentencias y el costo que esto irrogaba*”, se reflejaba con claridad que dicha práctica estaba ampliamente extendida. Levaggi recopiló varias sentencias de los Tribunales de Indias expresamente motivadas en hechos y en derecho, entre ellas la que ejecutó a Túpac Amaru en el Perú. El autor trata de simplistas e imprudentes a los defensores de la tesis que la motivación judicial surgió con el liberalismo “*y que no puede seguirse insistiendo, sin las previas indispensables aclaraciones, en el concepto general*”



Luego de atravesar el período inquisitorial, la motivación inicia su actual camino democrático tras los sucesos de 1789. Según Taruffo, la obligación de motivación de las sentencias de los jueces es una exigencia de un corte democrático y anti-absolutista nacida con la Revolución Francesa. Por supuesto, se trataba de una motivación muy débil, inimaginable como la que hoy conocemos. Bastaba con enunciar la norma y nada más, aunque esto solo haya sumido a los jueces inquisitoriales en la alienación: *“estallan indignadas protestas cuando Fernando IV dictó una pragmática en 1774 que imponía decisiones motivadas y, en este caso, motivadas significa solo decir cuál es la norma aplicada”*.<sup>1193</sup> En realidad, la exigencia había visto la luz unos años antes, en los últimos días del reinado de Luis XVI.<sup>1194</sup> Lo cual es cierto y explica gran parte del descrédito de la odiada justicia técnica del Absolutismo.<sup>1195</sup> Taruffo afirma que, hasta la Revolución Francesa, los jueces europeos tendían a no motivar sus sentencias. Ya es común la cita de Rabelais, que nos cuenta de aquel juez francés Bridoye que resolvía los pleitos tirando los dados, *“con resultados muy apreciables, pues en cuarenta años no le casaron ni una de sus cuatro mil y más sentencias”*.<sup>1196</sup> La

---

y abstracto de la falta de fundamentación, y menos todavía de su falta de fundamentación a partir de la Real Cédula de 1778. En adelante, será menester emplear mayor prudencia al abordar el tema y no olvidar, en la práctica, algo tan bien conocido en la doctrina, esto es, el principio empírico y casuista de los sistemas jurídicos anteriores al moderno derecho “racionalista”.

LEVAGGI, Abelardo: *“La fundamentación de las sentencias en el derecho indiano”*, Revista Historiadel Derecho n°6, 1978, Buenos Aires, p. 73.

<sup>1193</sup> CORDERO, Franco: *“Procedimiento...”*, Tomo I, op. cit., p. 284 y 287: Una motivación común en Nápoles en 1760 era parecida a esta. Traducimos del latín la cita del autor: *“En la causa del homicidio premeditado de la persona N contra el preso P, mediante magna provisión y decreto de este tribunal, corresponde que sucumba P en la furca (patibulo)”*.... *“o que vaya a las galeras, estando allí tantos años, o al destierro. De la acusación y de la parte dispositiva los intérpretes deducen algo sobre las posibles razones”*.

<sup>1194</sup> HENDLER, Edmundo S.: *“Experiencia, prejuicios y fundamentación...”*, op. cit., p. 55. El profesor Hendler precisa con exactitud el momento en que el Rey Luis XVI impone a los jueces la obligación de motivar y, luego, su desarrollo posterior: *“La regla imponiendo la obligación de expresar la motivación de las decisiones judiciales surgió en una sesión extraordinaria del Parlamento de París del 8 de mayo de 1788, en la que el rey se hizo cargo del reclamo popular de reforma de la justicia proponiendo mejorar la ordenanza de 1670 sin derogarla. Una de las reformas implantadas con el edicto de esa fecha fue precisamente la de motivar todos los decretos, incluso los de tribunales superiores. El mismo reclamo de motivación fue luego incluido en los famosos cuadernos de agravios (cahiers des doléances) presentados en los Estados Generales que preludieron la Revolución francesa en 1789. La obligación de motivar todas las decisiones judiciales fue impuesta por la ley del 16-24 de agosto de 1790 que suprimió los parlamentos que hasta entonces actuaban como tribunales de apelación”*.

<sup>1195</sup> CORDERO, Franco: *“Procedimiento...”*, Tomo I, op. cit., p. 285: *“Esta costumbre de motivar dura poco, pues en cada grado judicial, se vuelve norma que el redactor oculte los motivos: los jueces “condenan en cuanto al caso que resulta del proceso”, sin decir cuál. Sólo en vísperas de la Revolución un decreto real exige referencias expresas al caso que se trata.”*

<sup>1196</sup> RABELAIS F.: *“Pantagruel”*, Libro Segundo [1521], en Id., Gargantúa y Pantagruel, El Ateneo, Buenos Aires, 1956, p. 501: Se trata de su encuentro con el juez Bridoye, que explica, en el relato de Rabelais, su peculiar método de decisión: *“Una vez que he visto, revisto, leído, releído, papeleado y*

obligación de motivar para los jueces profesionales surgió como una nueva exigencia democrática de la Revolución. Pero pasaría otro largo siglo hasta que los jueces la cumplieran, generando un verdadero cataclismo en Europa.

Claroque Taruffo secuidamuybiendeaclararqueunacosaeranlas “*embrionariasydisparesexperiencias*” demotivación surgidas desde el siglo XIII y otra muy distinta era la “*obligación*” de motivación impuesta por la Revolución y su posterior tipificación en los códigos del siglo XIX y su reconocimiento constitucional en algunos países.

#### A. La motivación sin ley en el *common law* anglosajón.

Taruffo describe a los numerosos ejemplos históricos anteriores a 1789 de motivación de las sentencias **con y sin obligación legal**. El ejemplo más importante de motivación sin obligación legal -paradójicamente, según él- es la del **derecho inglés**. Desde aproximadamente la Assize de Clarendon de 1166, Inglaterra adoptó el precedente jurisprudencial como columna vertebral del *common law*. Si bien el jurado jamás motiva, el juez inglés -y luego el norteamericano- suelen adicionarle eruditas *opinions* a las sentencias posteriores al veredicto del jurado. Los jueces anglosajones vierten sus opiniones en sus sentencias tras los veredictos del jurado, mas no para obedecer a una inexistente obligación legal de motivar, **sino porque mediante ellas crean el derecho**. Alrededor de dichas sentencias se conformó el *common law* de los precedentes. Nuevamente, a pesar de que las normas no les exijan a los jueces dar razones y que juzguen con jurados que no motivan, su sistema judicial se las ha arreglado para tenerlas.

*“La característica constante de la ausencia de la obligación de motivar las sentencias en los países del common law se ha acompañado mediante una práctica no menos constante en el sentido de acompañar la decisión con las razones correspondientes, y la existencia de esta práctica, que se consolidó progresivamente en un amplio marco de tiempo, sirve para explicar que ni el legislador ni la jurisprudencia hayan tenido la necesidad de formular una regla expresa sobre el particular”.*<sup>1197</sup>

---

hojeado las demandas, comparencias, exhortos, alegatos, (...) coloco sobre el extremo de la mesa de mi despacho todo el montón de papeles del demandante y le tiro los dados (...). Una vez hecho esto, pongo sobre el otro extremo de la mesa los papeles del demandado (...), al mismo tiempo que tiro también los dados. (...) La sentencia es dictada a favor de aquel que primero consiguió el número más favorable en el dado judicial, tribunalicio y pretorial”.

<sup>1197</sup> TARUFFO, Michele: “La motivación...”, op. cit., cap. VI, ps. 315/316: “En Inglaterra, la existencia de decisiones motivadas está documentada desde el siglo XII, a partir de los Rolls en los que se verbalizaban los procedimientos judiciales, donde se advierte, embrionariamente, la exigencia intrínseca al sistema del common law de precisar la ratio decidendi de la solución del litigio. Por otro lado, en un

Estas mismas características fueron receptadas en los Estados Unidos, cuya jurisprudencia, sobre todo las de las cortes revisoras y la de su Corte Suprema, son famosas por su erudición y completitud, aún cuando provengan de veredictos del jurado.

*“Por su parte, en Estados Unidos se recibe la práctica inglesa y, análogamente, sigue sin existir ninguna norma orientada a prescribir la motivación, y para las hipótesis de jury trial, no se pone en discusión la forma del veredicto no motivado, pero se difunde, en analogía con el sistema inglés, el uso predominante de pronunciar “opinions” motivadas por parte del juez (lo que vale especialmente para las hipótesis de procesos sin jurado). Desde esta perspectiva, se podría decir que un principio de obligatoriedad de motivación ya está incorporado en la práctica, y si no se enuncia expresamente en una norma, es porque no parece necesaria la existencia de normas que lo establezcan”.*<sup>1198</sup>

Sin embargo, desde el punto de vista que sostenemos en esta tesis, Taruffo continúa sin ver el punto central. Motivar no es tan sólo justificar posteriormente y por escrito un proceso de razonamiento. Escribir *opinions* no significa motivación. Que el sistema acusatorio del *common law* posea decisiones fundamentadas no pasa por la escritura posterior de *opinions* de los jueces tras los veredictos de sus jurados. **Motivar significa también objetivar con controles internos y externos el procedimiento decisorio. El acusador ya ha fundamentado sus conclusiones en corte abierta mediante prueba que debe superar un estándar muy alto. El veredicto posterior de culpabilidad del jurado o del juez técnico es simplemente la declaración de que la acusación está fundamentada y que ha sido probada. Esto es tener decisiones fundamentadas (aunque sólo digan *culpable o no culpable*) en la verdad de los hechos, sean veredictos de los jurados o sentencias sin motivación de los jueces profesionales del *common law* cuando el juicio es técnico. No se las considera motivadas porque al lado de ellas se escriban, eventualmente, opiniones de los jueces.**

Otro ejemplo de motivación sofisticada sin obligación legal en los albores de la Edad Media fueron los *Shöffengerichte* (escabinos) en Alemania, los jueces longobardos del siglo VII y las sentencias pisanas del siglo XII. Pero también hubo exp

---

*ordenamiento en el que la fuente principal del derecho es la common law, es evidente el papel esencial de la función “declarativa del derecho” que realiza la jurisprudencia, de donde deriva que desde esta perspectiva el juez motiva la sentencia no tanto, o no solamente, con la finalidad de justificar la decisión, sino porque ésta representa un momento de la creación jurisprudencial del derecho.”*

<sup>1198</sup> TARUFFO, Michele: “La motivación....”, op. cit., cap. VI, ps. 327.

erencias de motivación impuestas por las leyes, como los casos de Prusia, donde regía la motivación secreta de la sentencia, sólo cognoscible para el juez de la impugnación y la legislación estatutaria florentina y pisana en Italia.<sup>1199</sup>

*Esto es ejemplo no suficiente para considerar que la práctica de la motivación constituya un fenómeno constante y generalizado porque, de hecho, lo que puede considerarse predominante hasta el siglo XVIII es la práctica de las sentencias sin motivación.*<sup>1200</sup>

## **B. La motivación con ley en el *civil law* tras la Revolución.**

Es cierto que el Iluminismo le prestó nula atención al tema de la motivación. La conquista de la obligación de motivar las sentencias de los jueces es hija del movimiento político de la Revolución Francesa, más que de la Ilustración. Es un ejemplo autónomo de decisión política de los revolucionarios que no tiene conexión con los pensadores ilustrados y que es demostrativa de su ideología democrática y la concepción racional de la justicia.

*“En ella se concentran y se expresan, no tanto a la luz de la Ilustración o *tout court*, sino a la de la ideología democrática de la justicia, los movimientos de reacción contra la práctica judicial del Ancien Régime, en tanto se advierte cómo la ausencia de motivación constituye el trámite esencial del ejercicio arbitrario del poder por parte de los jueces.*<sup>1201</sup>

Pero esta visión de Taruffo deja sin tocar un punto fundamental. El arma preferida de los revolucionarios contra los odiados jueces profesionales del Antiguo Régimen no fue sólo la motivación de las sentencias, **sino la imposición simultánea de un jurado popular**. Los revolucionarios franceses le exigieron por ley a los jueces togados que motivaran sus sentencias pero, exactamente al mismo tiempo, consagraron nada menos que en la Constitución de 1790 a un jurado clásico que emitía su veredicto con íntima convicción. **Es decir, motivación para los jueces togados e *intime conviction* para el jurado popular, como es absolutamente natural.**

<sup>1199</sup> TARUFFO, Michele: “*La motivación...*”, op. cit., p.302 y ss.

<sup>1200</sup> TARUFFO, Michele: “*La motivación...*”, op. cit., p.305 y ss.

Completamente en contra de esta postura, cfr. ALISTE SANTOS, Tomás-Javier: “*La motivación...*”, op. cit., p. 46: “*las raíces más profundas de la obligación de fundamentar las resoluciones judiciales no son, como erróneamente se cree, fruto del pensamiento ilustrado de finales del siglo XVIII y del liberalismo decimonónico posterior que procede a la codificación procesal. Se hunden en un tiempo histórico más remoto, enraizándose profundamente este asunto en el derecho romano, constituyendo un ejemplo clarísimo que evidencia cómo este no sólo despliega su influencia en el derecho privado actual sino también en ramas jurídicas propias del derecho público, que como el derecho procesal se creían casi completamente ajenas al mismo*”.

<sup>1201</sup> TARUFFO, Michele: “*La motivación...*”, op. cit., p.307

Esta es la primera gran lectura en clave política del diseño constitucional de la Revolución Francesa para el proceso penal, que se extendió luego al constitucionalismo moderno en todo el mundo: la simultaneidad del juicio por jurados y de la motivación de la sentencia para el juez profesional.

Pero ambas opciones políticas tenían una diferencia que pocos advirtieron: una ostentaba rango constitucional -el jurado-; la otra, sólo rango legal (la motivación de la sentencia del juez).<sup>1202</sup>

Desde ese entonces hasta hoy, nada ha cambiado demasiado. La mayoría de las constituciones del mundo y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos no contemplan de manera expresa la obligación de motivar las sentencias. Lo cual no impide que se haya desarrollado la saludable e indispensable práctica legal de que los jueces profesionales del *civil law* - como miembros permanentes de uno de los tres poderes del Estado - rindan cuentas de sus decisiones ante el Pueblo y motiven sus sentencias como exigencia republicana y por el menor control de parte que exhiben los juicios ante ellos. Pero de allí a extender dicha obligación al veredicto del jurado popular - jueces accidentales - o de inferir que la exigencia de motivación contemplada por unas pocas Constituciones modernas es derogatoria del jurado clásico es una gravísima confusión. Lo veremos en el siguiente punto.

El mandato constitucional era muy claro en ese entonces y lo sigue siendo ahora: los veredictos del jurado jamás se motivan, pero las sentencias de los jueces profesionales obligatoriamente deben fundarse. Exactamente el mismo modelo de los juicios llevados a cabo con jurados en Inglaterra en la época en que se importaron a Europa. Y el mismo modelo vigente hoy, en pleno siglo XXI, aún con exigencias de revisión amplias sobre los hechos, en modo alguno impedido por el veredicto del jurado clásico, según la doctrina de la CEDH en *Taxquet, Judge* y análogos y en la Parte I de esta obra.

Más aún, tal como hemos señalado, la Revolución Francesa le dio al juicio por jurados rango constitucional mucho antes que la motivación apareciera en algunas constituciones europeas modernas. El jurado, en la Constitución de Francia de 1790, la de Estados Unidos de 1776 y la de A

---

<sup>1202</sup> La exigencia de motivación alcanzó fugaz rango constitucional en el art. 208 de la Constitución francesa de 1795 (la famosa Constitución del Año III de la Revolución). Su vigencia fue muy breve. Terminó con el golpe de Estado del 18 de Brumario del Año VIII (9 de noviembre de 1799).

rgentinade1853,entreotras,aparececonsagradoensutriplefunción:comogarantíadelacusado aserjuzgado porsuspares,comoderechodelpuebloaparticipardirectamenteenlaadministración dejusticiaycomoformadeorganizacióndelPoderJudicial.

Losrevolucionariosfrancesesllevaron su versión tan particular delmodelodeljuradoinglésatodaEuropasin**obligación demotivarsudecisión** con el fin de erradicar deraíz alsistemainquisitorialmismoy alsistemadelaspruebaslegales. Para eso impusieronlaíntimaconvicción.

Lahistoriaindicaquelosjuecestogadoseuropeosyamotivaban sus sentencias -aun con los altibajos que señala Taruffo-desdeháciásiglos.<sup>1203</sup> Lohicierondelamanodelsistemadelaspruebaslegales.

EstaprácticasegeneralizódesdeelsigloXIII,juntoconlaapariciónenescenadelexpedienteyprolaexigenciapolíticadelosestratossuperioresdelanuevaburocraciajudicial. Los tribunales jerárquicos queríanrevisarpuntillosamente las decisionesescritascomométododecontrolinternoydeejerciciodeautoridadhaciaelinteriorde estaflamantemaquinariajudicialdependientedelmonarcaabsoluto.

EjemplodelrolautoritarioquehistóricamentecumpliólamotivaciónlodaestaobservacióndePerfectoIbáñez,concitaalhistoriadordelderechoitalianoFrancoCordero:

*“No siempre en la historia la imposición del deber de motivar ha respondido al interés de conferir mayor racionalidad -en el más amplio sentido de racionalidad democrática- al ejercicio del poder de los jueces. Es un ejemplo emblemático al respecto, la Pragmática Napolitana de Fernando IV, del 22 de septiembre de 1774, que imponía a los jueces el deber de motivar; en este caso entendido en el sentido de expresar la norma aplicada; y que, más que democratizar el ejercicio de la jurisdicción, que hubiera sido impropio de un régimen autocrático, buscaba reforzar la centralización del poder, neutralizando uno de tantos particularismos feudales”.*<sup>1204</sup>

Ensíntesis,este racconto histórico muestra tres puntosclaves:**Primero**,que la motivación en el *civil law* evolucionó como garantía individual actual desde su pasado inquisitorial.

**Segundo**, que los revolucionarios franceses le impusieron esa obligación de fundamentar las sentencias sólo a los jueces profesionales, pero **jamás a los jurados**. **Tercero**, que la presencia del juicio por

<sup>1203</sup>Para una aproximación completa sobre la obligación de motivación desde la época de Roma hasta la Revolución Francesa, cfr. ALISTESANTOS, Tomás Javier: “*La motivación...*”, op. cit., cap. I. También, ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela: “*La motivación de las sentencias. Genealogía y teoría*”, Editorial de la Universidad de Granada, España, 2005.

<sup>1204</sup>IBÁÑEZ, Perfecto Andrés: “*En torno a la...*”, op. cit., p. 177

jurados con íntima convicción, combinada en simultáneo con la obligación de motivar impuesta a los jueces técnicos -y sujetarlos así definitivamente a la ley- fue una maniobra política de altísimo vuelo destinada a reducir la arbitrariedad judicial por doble vía.

Pero los jueces del *Ancien Régime* de Francia y toda Europa se las ingenieron para eludir la obligación de motivar, para perpetuar hasta el día de hoy el Ideal Jerárquico y para extirpar al jurado del continente. Europa entraba en el horror de los jueces-magistrados que juzgaron durante un siglo sin dar razón alguna de sus fallos. En algunos países, como Italia, inclusive por mandato legal. Al calor de la convulsión revolucionaria europea, la Restauración inquisitorial se reconvertía, intacta, a todo vapor.

*“¡Ay si el antiguo y el nuevo modelo fueran unidos en un sistema perverso en que los jueces funcionarios decidan como oráculos! Napoleón parece convencido: es mejor el estilo antiguo, que establece a los togados deliberantes como jurados...”*

*Bérenger se opone: equivaldría a armar a los jueces de profesión con un poder demasiado terrible el llamarlos a decidir sobre el hecho apodícticamente, presentando como su único motivo su convicción íntima. Endurecidos por la costumbre, se asemejarían a sus colegas de entonces. Con una diferencia peor, porque el acusado no tendría ya las mismas garantías”.*<sup>1205</sup>

## **§5. La motivación en las Constituciones modernas del *civil law*: un freno (garantía) al arbitrio de los jueces profesionales.**

En varios pasajes de este libro nos referimos al fenómeno político de los jueces profesionales que, tras la Revolución Francesa, se arrogaron la facultad de juzgar con íntima convicción, del mismo modo en que lo hacía el jurado. Otra vez, nos dice Cordero:

*“Desde entonces, togados o no, los jueces deciden según su íntima convicción. El Código Napoleónico promulgado en Milán (8 de septiembre de 1807) ignora al jurado, políticamente desadaptado al ambiente italiano.... El libre convencimiento se convierte en una ganzúa en manos del juez que se considera omnisciente. Qué clase de ganzúa ilegal llegó a ser el libre convencimiento...es más que todo obvio: “prueba con apreciación libre” no significa que sean favorables inclusive las inadmisibles o indebidamente adquiridas, pero así ocurre a menudo; y “libre convencimiento” llega a ser la fórmula de un conocimiento omnívoro en perfecto estilo inquisitorio”.*<sup>1206</sup>

<sup>1205</sup> CORDERO, Franco: “Procedimiento...”, Tomo I, op. cit., p. 35.

<sup>1206</sup> CORDERO, Franco: “Procedimiento...”, Tomo I, op. cit., p. 36.

Carrara clamaba espantado desde su *Programma di Diritto Criminal* contra esta peste francesa que llegaba a Italia.<sup>1207</sup> La Revolución, al abolir el odiado sistema de las pruebas legales, impuso la íntima convicción para el jurado y la libre convicción para el juez técnico, pero con la obligación legal de motivar. Sin embargo, los jueces eludieron esta última, bajo el argumento de la novedad de la “ausencia de reglas probatorias”, para retomar las amplias facultades autoritarias que gozaron durante los cinco siglos de Inquisición. Sus efectos se extendieron por más de cien años y se mantuvieron hasta hace poco en América Latina.

No hay palabras para describir la inhumanidad que desencadenó hasta hace no poco tiempo tan arbitrario ejercicio de juzgar.<sup>1208</sup> Las garantías políticas del sistema de jurados descansan íntegramente en un proceso con intensos controles de parte que son desconocidos en el juicio profesional (la recusación sin causa, la no pertenencia al Estado, el número de doce, las instrucciones del juez, la exigencia de unanimidad, la prohibición de recurso contra la absolución, etc). La motivación de la sentencia profesional -por hechos y derecho- aparece naturalmente como el antídoto principal contra la gran concentración de poder y la ausencia de controles -en comparación con el procedimiento ante jurados- que hay en todo juicio técnico. No es difícil imaginarse el resultado de prescindir de la motivación de los jueces técnicos en un contexto inquisitorial.

Sin embargo, así sucedió. Contra esta pesadilla en manos de jueces profesionales se alzó la escuela motivacionista europea, que florece 150 años después con Ferrajoli y Taruffo. Fue contra esta perversidad política -la de funcionarios permanentes del Estado que no daban razones por sus fallos- es que se cristalizó la obligación de fundamentar las sentencias de los jueces profesionales -no de los jurados- en la Constitución de

<sup>1207</sup> CARRARA, Francisco: “Programma”, Vol. II, opcit., p.254. “Una contradicción que dejará perplejo al juicio de la posteridad es la de que un juez quemado despoja de un pobre camposo le obliga, bajo pena de nulidad, a dar razón de su juicio, y no se le obliga a dar la razón al juez quemado despoja de la libertad y de la vida. Ésta es una novedad de los tiempos modernos, que no se halla en el código de Francia, pero que no podrá durar largo tiempo.”

<sup>1208</sup> CARRARA, Francisco: “Programma”, Vol. II, opcit., p.403: “Por una combinación artificial se acepta el principio de la convicción íntima, aplicándolo a jueces legistas permanentes en el cargo, quienes deciden, en punto al hecho, guiados por la mera lógica y por sus propios sentimientos, y en cuanto al derecho, según las reglas de la jurisprudencia. De ahí proviene que a los jueces magistrados no se les obligara a dar ninguna razón o cuenta de su dictamen acerca del hecho (vere-dicto), aunque siempre se les imponía el deber de motivar sus decisiones en cuanto al derecho”.



España, de Italia y en la de Buenos Aires, Córdoba, Corrientes y Río Negro en la Argentina.

Artículo 155 de la Constitución de Córdoba: “*Los magistrados y funcionarios judiciales están obligados a concurrir a sus despachos en los horarios de atención al público. Deben resolver las causas dentro de los plazos fatales que las leyes procesales establezcan, con fundamentación lógica y legal*”.

Artículo 120 inc 3º de la Constitución Española: “*Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública*”.

Artículo 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: “*Las sentencias que pronuncien los jueces y tribunales letrados serán fundadas en el texto expreso de la ley; y a falta de éste, en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de éstos, en los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso*”.

¿Puede quedar alguna duda que estas exigencias son exclusivamente para los jueces profesionales? La letra de estas normas es clarísima. **No son para los jurados. Jamás lo fueron.** Obedecen a la reacción contra este fenómeno histórico de arbitrariedad de los jueces antes descripto. De hecho, en las Constituciones mencionadas figuran **simultáneamente** tanto el juicio por jurados como la obligación para los jueces de motivar las sentencias, sin que ello implique en modo alguno la abrogación del jurado clásico o la imposición de un escabinado. Buenos Aires es el perfecto ejemplo de esta convivencia de dos sistemas distintos y el respeto a sus características propias. Posee un sistema de jurado clásico con veredicto general pero, cuando el juicio es profesional, sus jueces deben motivar. Esta es la única lectura correcta de estas normativas constitucionales, tanto desde la perspectiva histórica como la actual.<sup>1209</sup>

Pero buena parte del motivacionismo argentino y latinoamericano prescinde de esta mirada para forzar una supuesta “*inconstitucionalidad*” o “*constitucionalidad débil*” del veredicto del jurado.<sup>1210</sup> Que destaquemos los méritos del esfuerzo del

---

<sup>1209</sup> HARFUCH, Andrés: “*El juicio por jurados...*”, op. cit., p. 67 y ss. Allí traté ampliamente el caso específico de la provincia de Buenos Aires, que reglamentó ambos sistemas con total naturalidad en el CPP, 210 y su adecuación a los arts 168 y 171 de su Carta Magna provincial: “*ART 210. Valoración. Para la valoración de la prueba sólo se exige la expresión de la convicción sincera sobre la verdad de los hechos juzgados, con desarrollo escrito de las razones que llevan a aquella convicción.*”

*Esta regla rige para cualquier etapa o grado de los procedimientos, salvo el caso del juicio por jurados en el que rige la íntima convicción*”.

<sup>1210</sup> IBÁÑEZ, Perfecto Andrés: “*En torno a la...*”, op. cit., p. 283.

motivacionismo europeo por reducir la arbitrariedad con que se manejó la justicia profesional del *civil law* no significa que señalemos, por contrapartida, el callejón sin salida a los que los llevó la radicalización de su postura. Taruffo e Ibáñez son los que menos pruritos tienen en sostener que, como un jurado no puede -ni debe- motivar ni justificar de manera completa, debe ser eliminado de los sistemas judiciales. Ferrajoli también se embandera, de manera irreductible, en que la democracia, la verdad y la cancelación de la presunción de inocencia sólo pueden ser halladas en la motivación *escrita* de una sentencia de un juez profesional, pero la posición del jurado en su SG lo desorienta. Lo cual es lógico, ya que si hay algún sistema de enjuiciamiento “*constitucionalmente débil*” es el sistema mixto con jueces técnicos del *civil law* europeo y latinoamericano.<sup>1211</sup> Por supuesto que esto representa un juicio de valor, pero nuestra tesis, basada en el análisis minucioso de cada instancia de control en el juicio por jurados, se dirige a refutar este nuevo fundamentalismo que descarta al veredicto de los ciudadanos en favor de una justicia -de nuevo- exclusivamente gubernativa. Como si en los sistemas con jurado no hubiera fundamentación (sólo que no escrita), ni democracia, ni verdad, ni derrota de la presunción de inocencia más allá de duda razonable, ni garantías, ni defensa, ni verificabilidad. Lo que importa es el control, no la motivación. La motivación es imprescindible como método de control en un juicio técnico, pero no lo es en el juicio por jurados. Históricamente ha sido así.

Los motivacionistas radicales europeos son coherentes con sus postulados. Ningún jurado ha motivado en su historia y tampoco lo puede hacer con los cánones hoy exigidos. De allí que no hayan hecho ningún esfuerzo en conciliar lo que ven como inconciliable. Son ellos quienes reconocen este principio elemental de las Constituciones mencionadas que incluyeron de manera expresa la obligación de motivar: motivación exclusiva para la sentencia del juez técnico e inmotivación para los veredictos del jurado. El caso del artículo 120 de la Constitución Española, en la pluma de los principales adalides de la motivación que rechazan al jurado, ilustrará por

---

<sup>1211</sup> CORDERO, Franco: “*Procedimiento...*”, Tomo II, op.cit., p., 58 y 59. Al historiar sobre el Código Napoleónico, Cordero llama a los reaccionarios los “*partidarios de la Ordenanza*”. Claro, la inquisitiva Ordenanza de 1670, destruida en 1789. Todos ellos seguían gozando de buena salud: “*Inquisición y espectáculo acusatorio; pero, según lo hemos notado, se trata de una distribución aparente: los autos instructorios pesan sobre la decisión...parece inevitable un amplio uso de las lecturas. Así surgió el llamado proceso mixto, compuesto de largas instrucciones en perfecto estilo inquisitorio, farragosos expedientes, debates hablados, con muchas lecturas... Este resultado satisfizo a los partidarios de la Ordenanza, pues los debates son una soportable contrapartida de la restauración instructoria, **Lástima que aún existan jurados**”.*

completo la cuestión. Al quejarse porque la ley procesal le exige al jurado *explicaciones sucintas*, en vez de las *justificaciones completas* que impone el art 120 de la CE

*“este artilugio fue hecho con el objetivo de forzar el encaje de la garantía de motivación en una institución, como el jurado, que por su propia naturaleza debería ser ajeno a formar y justificar su convicción....He aquí la clave para entender el problema: no existe razón alguna para exigir que los **veredictos** del jurado sean motivados, porque nuestra garantía se centra en la **sentencia** dictada por el magistrado-presidente del tribunal del jurado y no en los elementos de la justificación de los elementos de la convicción entendidos por jurados legos en Derecho”.*

*Esta es la verdadera aporía que plantean los tribunales de jurados en un sistema judicial como el nuestro, que asume la garantía de motivación de las decisiones judiciales; aporía que **no consiste en la elaboración motivada del veredicto, sino en la motivación de la sentencia que asume ese veredicto**”.*<sup>1212</sup>

Esta elemental conclusión es lo que, a nuestro juicio, deben advertir los motivacionistas “eccléticos” argentinos, que pretenden forzar al jurado a motivar (sea en su forma escabinada, sea *a-la-española*). Es un error y una sobreexageración de la Regla *Herrera Ulloa* de la CIDH, destinada exclusivamente a corregir los déficits mayúsculos de fundamentación de las sentencias escritas de los jueces profesionales latinoamericanos. Ambos -jurado y motivación- son tan incompatibles como el agua y el aceite. Dicho esto no por quienes defendemos a ultranza al modelo de jurado clásico, sino por los teóricos principales del motivacionismo europeo.

Claro que el talón de Aquiles de la postura radical-motivacionista es que reconfigura un universo judicial habitado exclusivamente por jueces profesionales. Así como la *intime conviction* utilizada espuriamente por los jueces técnicos de Europa desembocó rápidamente en la Restauración Inquisitoria de los siglos XIX y XX (derrotando al jurado, a la oralidad y a la centralidad del juicio público), del mismo modo la exigencia universal de motivación en el *civil law* sirve hoy a los fines de la Restauración Moderna del monopolio de la judicatura profesional. Un segundo retorno, esta vez en el siglo XXI, pero de la mano de una nueva deformación. Diferente a aquélla, con distintos ropajes (ahora pseudo-garantistas), pero igual en cuanto a sus efectos: eliminar la participación ciudadana, mantener sistemas judiciales retrógrados en términos de adversarialidad y reservar la impartición de justicia **exclusivamente** para la élite togada. Como si el tiempo no hubiera pasado, volvemos a las épocas del Concilio

---

<sup>1212</sup> ALISTE SANTOS, Tomás-Javier: “*La motivación....*”, op. cit., p. 437.

de Letrán, pero en pleno siglo XXI. Prescindir del jurado –de la ciudadanía- en las democracias de este siglo amparado en una supuesta falta de garantías -si la alternativa que se ofrece es la de un juez del Estado- es insostenible teórica y políticamente. Este es el problema de pontificar desde un *deber ser* quimérico a los sistemas judiciales, como el jurado del *common law*, cuyos componentes garantistas (en todo sentido) son indisputables. A la investigadora norteamericana Shari Diamond le preguntaron lo siguiente:

*“¿Cuál es su visión acerca de la experiencia argentina con jurados? Estoy muy impresionada con la reacción que generó la implementación de los jurados. Veo mucho entusiasmo, pero a la vez me llama la atención que se dude de que la gente común participe de la Justicia. No veo ninguna razón por la cual no se pudieran desarrollar los juicios por jurados. Es una terrible acusación pensar que la gente común no puede participar en este tipo de instancias. En Estados Unidos, los jueces son los mayores defensores de los jurados. Lo vemos todos los días en las cortes”.*<sup>1213</sup>

#### §6. El juicio técnico sin motivación del *commonlaw*.

Lo que más llama la atención del problema de motivación de las sentencias es la diferencia entre los dos grandes sistemas de justicia de Occidente.

En el mundo anglosajón no existe obligación alguna, ni constitucional ni legal, de motivar las sentencias. Dichas prácticas quedan reservadas sólo a los tribunales superiores. Los veredictos de los jurados nunca se motivan. Pero tampoco motivan sus decisiones la gran mayoría de los jueces profesionales civiles o penales de primera instancia cuando el juicio es sin jurados, sin que ello afecte ninguna garantía constitucional. La motivación es optativa, a pedido de parte y puede ser oral o escrita.<sup>1214</sup>

Estamos tratando, a lo largo de todo este capítulo, la relación entre el juez, el jurado y la motivación. El fallo *Taxquet* de la CEDH revela las intensas presiones políticas de algunos sectores jurídicos europeos continentales para que el jurado popular se convierta en escabinado y motive su decisión (por medio de jueces o funcionarios estatales).<sup>1215</sup> Pero lo que no se comprende es que la no exigencia de motivación del

---

<sup>1213</sup> DIAMOND, Shari S.: ““El juicio por jurados le da mayor legitimidad a la Justicia”, entrevista publicada en INFOJUS Noticias, mayo 2015, <http://www.infojusnoticias.gov.ar/entrevistas/el-juicio-por-jurados-le-da-mayor-legitimidad-a-la-justicia-123.html>

<sup>1214</sup> La Regla 23 (c) de las Reglas de Procedimiento Federal en lo Criminal de Estados Unidos establece una motivación optativa cuando el juicio es ante juez técnico. *Regla 23 c) Juicios sin jurados. En un caso juzgado sin jurados, el juez debe encontrar culpable o no culpable al acusado. Si alguna de las partes se lo requiere, con anterioridad al veredicto, el juez deberá explicar sus razones para la determinación de los hechos de manera oral en corte abierta o en una decisión u opinión por escrito.* Casi todos los jueces, como reconoce Taruffo, aún sin que se lo pidan las partes, emiten sus *opinions*.

<sup>1215</sup> Desde que el juicio por jurados anglosajón llegó a Francia, la Maquinaria Jerárquica de los jueces

veredicto del jurado clásico anglosajón se inserta en un contexto general de un proceso altamente garantista en términos de adversarialidad, de control y de fundamentación *en el estilo acusatorio* en el que los jueces profesionales tampoco tienen obligación alguna para hacerlo.

Ni por parte de la ley ni de la Constitución, sino que por ello puede darse a sus sistemas de irracionalismo incontrolados. Porque efectivamente no lo están. El veredicto de un jurado o la sentencia de un juez podrán no estar motivados, pero poseen una superior fundamentación racional respecto a la prueba de los hechos que el que puede exhibir cualquier decisión o proceso escrito o mixto del *civil law*. Es la superioridad del método acusatorio frente a todos los demás: el viejo sistema inquisitivo o el actual sistema mixto de Europa.

Este es el verdadero punto de arranque para un correcto estudio contextual del problema de la motivación.

La motivación de las sentencias es un tema irrelevante e indiferente para los sistemas de *common law*, lo cual nos invita a estudiarlo en profundidad y con los ojos culturales de dicho sistema de justicia y a respondernos algunos interrogantes fundamentales que inmediateamente vendrían a mente de un jurista europeo o latinoamericano.

¿Cómo es que los condenados o sus defensores o las partes en un proceso civil no se agravan ante un fallo adverso, ya no de un jurado (como es lógico), sino de un juez profesional que no justifica su decisión?

Lo sorprendente para nosotros es que ello nos sucede, ni a nadie parece afectarle. Es más, sabemos que un juez profesional en el *common law* interviene cuando el acusado o las partes civiles renuncian voluntariamente al jurado. Por supuesto que sus sistemas judiciales soportan intensas presiones de todo tipo y son continuamente objeto de reformas, pero la obligación de motivar no ha estado nunca en el centro de sus preocupaciones. Lo cual es obvio, porque emplean el estilo acusatorio de fundamentación racional para sus decisiones -sean de jurados, sean de jueces- que no pasan por la expresión escrita, sino por la fundamentación que logra el acusador sobre su hipótesis acusatoria en corte abierta. Es natural inferir que democracias tan consolidadas como las anglosajonas difícilmente tolerarían sistemas judiciales en la que

---

Europeos buscó destruirlo. Lo primero que lograron fue reducirlo a un escabinado, donde los jueces técnicos retomaron el poder. Ver más ampliamente, THAMAN, Stephen: *"The Nullification of the Russian Jury..."*, op. cit., 2007, p. 362.

sus ciudadanos estuvieran indefensos, sin posibilidades de efectivo recurso, conviviendo con decisiones judiciales carentes de fundamentación y sin poder conocer las razones de porqué los han condenado. Afirmar lo contrario es ridículo. Nada de eso es cierto.

Un comentario del juez inglés Mansfield, acerca de cómo ser un juez  
ejemplar, dice lo siguiente:

*“Nunca de estas razones. Por que tu juicio probablemente será correcto, pero tus razones seguramente no lo serán.”*<sup>1216</sup>

Esta forma de ver las cosas es revulsiva para el mundo cultural del *civillaw* europeo continental. Es lógico que desate violentas reacciones académicas, doctrinarias y jurisprudenciales. Por ejemplo, esto le decía Taruffo a un auditorio mexicano en 2002:

*“Entonces razonando así, tienen problemas los ordenamientos, como el estadounidense, en el que no existe obligación de motivar. Es cierto que muchas decisiones se motivan, pero se trata únicamente de decisiones de las cortes de apelación o cortes superiores de cada estado. Los jueces de primer grado casi nunca justifican sus decisiones, y jamás los jurados populares justifican su veredicto.*

***Cuando les digo a mis amigos americanos que su sistema judicial sufre de un gran déficit de democracia, a ellos no les gusta eso; pero yo razono como europeo, a costumbre de esta tradición de diferencia entre el poder absoluto y el democrático”.***<sup>1217</sup>

Es natural que se piense así, lo que sólo refuerza nuestra advertencia al largo de todo este libro acerca de los peligros que entraña juzgar como “*poco democráticas*” a instituciones como el jurado clásico y el *adversary*, que juegan y han jugado un rol crucial en la consolidación de las democracias más estables y desarrolladas del mundo que nosotros, precisamente, ni las de Europa continental ni las latinoamericanas, sino las del mundo anglosajón.

Europa entera, en cambio, sólo conoció la democracia apenas luego de 1945, con el fin de la Segunda Guerra Mundial. Para descalificar de poco democrática a los sistemas judiciales con jurados de países como Estados Unidos e Inglaterra se necesitan algo más que afirmaciones efectistas, dado que los norteamericanos, canadienses, australianos, escoceses e ingleses ejercían la democracia estable y continuamente desde hacía siglos. Mientras tanto, en Alemania, España, Italia, Portugal y Rusia, regímenes totalitarios e irracionales dedis

<sup>1216</sup> HO, H.L.: *The judicial duty to give reasons*. Legal Studies, The Journal of the Society of Legal Scholars, volumen 20, UK, 2000, p. 42.

<sup>1217</sup> TARUFFO, Michelle: “*Cinco colecciones...*”, op. cit., p. 7.

tinto signo ideológico como los de Stalin, Hitler, Mussolini, Franco, Salazar o Vichy abolieron inmediatamente el jurado clásico apenas tomaron el poder. ¿Por qué habrásido? ¿A qué le temían? ¿No sería acaso que el

“mito democrático” del jurado clásico demito no tenía nada y que efectivamente representaba un peligro cierto para la consolidación del poder totalitario?

*“El hecho de que los regímenes totalitarios no pudieran tolerar un sistema de jurados no debería sorprender; un jurado puede resistir las presiones del Poder Ejecutivo y rehusarse a condenar acusados ejercitando su “convicción interna”, y revocar una absolución del jurado en la mayoría de las jurisdicciones era muy difícil”.*<sup>1218</sup>

Nunca insistiremos tanto en este punto: el jurado clásico fue un elemento de **ruptura** de toda una cosmovisión cultural. Fue deliberadamente introducido por la Revolución Francesa con ese objetivo de cortar de cuajo con la maquinaria judicial de los sistemas inquisitorios y su correlato político, el Absolutismo. El resultado final en Europa -todavía abierto- es un híbrido. Dio origen a los llamados sistemas mixtos inquisitivo que gobiernan prácticamente toda Europa continental y América Latina.

La participación ciudadana en Europa fue abolida o reducida a la forma escabinada. El escabinado fue la forma predilecta con que Europa continental escamoteó el fin político de los revolucionarios y logró así recuperar para el Estado la decisión sobre los hechos. Se mantuvo así el status quo anterior, que nos otorga que el monopolio del juez togado sobre la totalidad del proceso, con las consecuencias que ello conlleva.

Peró volvamos al punto inicial, que es comprender por qué la inmotivación no representa ningún problema en países de democracia como los del Commonwealth y sistemas de justicia tan refinados, sobre todo cuando quien dicta el veredicto y la sentencia no es un jurado, sino un juez técnico.

Taruffo realiza una síntesis político-histórica de por qué la motivación de las sentencias tiene un acargo tan fuerte en el continente y prácticamente nula en el mundo anglosajón. Sirve, además, para ilustrar la clave de por qué algunos juristas argentinos insisten tanto -erróneamente- en que el jurado motive su veredicto, más por un reflejo instintivo o su incompreensión cultural que por un ilusorio déficit de democracia que no está.

*“Ahor bien, en la historia del ordenamiento procesal inglés (y ello también vale pa*

---

<sup>1218</sup> THAMAN, Stephen: “Should criminal juries give...”, op cit p. 619.

*ralabreveyuniformeexperienciadelordenamientonorteamericano),faltanmentosdefracturaydenetatransióndeideológicaycultural,ademásdetécnicojurídica,parangonablesalosquevivióEuropacontinentalenlasegundamitaddelsigloXVIIIylasprimerasdécadadselsigloXIX.Laevolucióndelordenamientoprocesal,ydelaculturajurídicacorrespondientesedesarrollagradaumenteyinsufirircrisisradicales,siguiendounalineadecontinuaadaptaciónalasexigenciasquesurgían.Porotraparte,larelativaestabilidaddelasinstitucionesydelasideologíaspolíticascorrespondientes,nopermiteelsurgimientodereivindicacionesgarantistasconrelaciónalamagistratura,entrelasqueestabalatendenciahaciaaafirmacióndelprincipiodeobligatoriedaddelamotivación....  
 Porelotrolado,paraqueeelproblemadelaobligacióndemotivaciónpudieratrasladarsedesdeelplanomoralhastaelpianojurídico,habría sidonecesariaunacargadereacciónydedesconfianzaeneljuezyenelpoderengeneralque,aunque sí estaba presente en Francia cuando entró en crisis el Ancien Régime, no estaba presente en el ambiente jurídico político inglés de la época benthamista”.*<sup>1219</sup>

Los interrogantes surgen de inmediato: ¿por qué las magistraturas inglesas y norteamericanas gozaban de tanto prestigio y respeto entre sus conciudadanos, mientras que las de Europa continental eran repudiadas? ¿Por qué no habíamos reclamado populares garantistas en Inglaterra contra el sistema judicial para la época de la Revolución Francesa? Finalmente, ¿cuál fue la verdadera razón por la cual el cuestionamiento total al Poder general, y a los jueces en particular, se dio en el continente europeo y no en Inglaterra?

Es un lugar común decir que Inglaterra solucionó cien años antes y sin violencia lo que Francia logró cien años después, pero a sangre y fuego. Es parcialmente cierto. La Revolución Gloriosa de 1688, que estableció la definitiva división de poderes, estuvo precedida de luchas cruentas durante cuatro siglos en Inglaterra. No sólo consolidó la democracia constitucional moderna, sino que su sistema judicial con jurados no le fue en zaga y se erigió como el más democrático, transparente y garantista de todos los que se conocen. Vimos a lo largo de todo este libro las luchas de los jurados ingleses contra el poder tiránico de los reyes, hasta afianzar las actuales relaciones de reparto de poder político entre jurados y jueces. Ese enfrentamiento judicial nunca tuvo lugar en el Continente, dominado omnímodamente por la judicatura del Rey. Francia y Europa lograron consolidar la idea de una democracia constitucional y la división de poderes en el plano político. Pero fracasaron hasta hoy en erradicar a sus burocracias togadas y a sus vicios congénitos. De allí la impugnación general de los revolucionarios hacia el sistema anacrónico de justicia heredado de la Inquisición. La

<sup>1219</sup>TARUFFO: “*Lamotivacióndelasentencia....*”, op. cit., p.320y321.



motivación fue el caballito de batalla con que los reaccionarios del Antiguo Régimen combatieron al Caballo de Troya que trajeron los revolucionarios desde Londres: el jurado.

Es por eso que, a poco de empezar a estudiar ambos sistemas de justicia, nos daremos cuenta que lo chocante para el motivacionismo radical actual no es, en verdad, la ausencia de obligación de motivación en el *common law*. El aseguramiento de los derechos humanos básicos en materia penal (resguardo de la presunción de inocencia, defensa, publicidad, etc) no tienen nada que ver ni con la motivación de la sentencia, ni con la forma de los veredictos. **La cuestión pasa por otro lado, aunque se encubra con el caballito de batalla de la motivación.** Lo que verdaderamente choca a un entorno del *civil law* es el darse cuenta de que la solución al problema planteado, en realidad, pasa por el diseño y la implementación efectiva de un juicio **ciento por ciento** acusatorio y adversarial, pleno de controles externos e internos para la toma de decisión. El *civil law*, hasta el día de hoy, se ha negado a estructurar un procedimiento de esta clase, que es el que perseguimos todos quienes formamos parte del Movimiento para la Reforma Procesal de América Latina.

La motivación es una excusa. Es la punta del iceberg. Es el mascarón de proa bajo el cual se oculta la resistencia de fondo a estructurar un proceso adversarial en serio. **El juicio adversarial con jurados es la más formidable maquinaria judicial de publicidad, de transparencia, de control de todo lo que sucede en el debate y de construcción racional de la verdad que se haya inventado en la historia de la Humanidad.**

Es esto, y no el estéril debate entre la motivación o la inmotivación, lo que le ha resultado indigerible a las castas judiciales del *civil law*. Las corporaciones judiciales de Europa continental y de América latina -y esto lo sabemos de sobra quienes luchamos por la Reforma de los Sistemas de Justicia en estos lares- **no quieren tener** sistemas de procedimiento totalmente acusatorios, porque eso les ocasiona la pérdida de su poder monopólico y sus privilegios.

Prefieren seguir manteniendo a toda costa a sus degradados sistemas de justicia, todavía con jueces de instrucción en pleno siglo XXI, con sus organizaciones judiciales feudales intactas, con predominio marcado de la escritura, con una parodia de juicio oral gobernado y dirigido por un juez profesional intervencionista, fuertemente vinculado a la averiguación de la verdad **y con el monopolio exclusivo sobre la decisión.**

Éste es el verdadero debate que encubre la resistencia al jurado clásico por su inmotivación: el mantenimiento del estatus quo del proceso mixto-inquisitorial y es el principal defecto en que incurre el motivacionismo radical. En efecto, cuando se confronta a Taruffo, Ferrajoli, Ibáñez y tantos otros con la *realidad concreta* de los sistemas judiciales de Europa continental no hay margen de duda: el juicio es una etapa secundaria, sin real litigación. Se mantiene la centralidad absoluta del expediente instructorio -allí se descubre la verdad- y de la sentencia escrita. El ejercicio de la abogacía se reduce a un torneo por triunfar en el recurso y no en el juicio. Existe un marcado desinterés por los controles de parte y un monopolio evidente del poder del juez. No ha sido siquiera reformada la lógica secuencial y episódica de todo su proceso, especialmente el civil. Eso continúa provocando el traslado de la tensión política a la sentencia, en vez de fincarla en el debate oral. Realzan como virtud que el fiscal pueda recurrir las absoluciones, a pesar que los Pactos se lo prohíban. Finalmente, en comparación con los sistemas del *common law*, la etapa impugnativa ostenta una ausencia casi total de litigación adversarial; es completamente escrita y sin deliberación real.

En síntesis, Europa nunca pudo librarse del lastre cultural de la Inquisición. No sólo eso: tampoco ha querido ni tiene las intenciones de hacerlo. La asimilación completa del ideal ilustrado y de los revolucionarios franceses de implantar el mismo sistema judicial que el de sus admirados vecinos anglosajones quedó inconcluso hasta el día de hoy. Los debates que se dan en la Argentina en torno a la crítica del veredicto del jurado popular son ya viejos: son exactamente los mismos que tuvieron lugar en el siglo XVIII en Europa y llevan indiscutiblemente el signo de las discusiones en torno a ese ideal incumplido.

Esta discusión, en realidad, carece ya de sentido por todo lo que se ha dicho acerca de los múltiples dispositivos que se utilizan **como imprescindible complemento al veredicto del jurado**. Dispositivos como las instrucciones al jurado, la requisitoria de la acusación, el desarrollo de un litigio con los más intensos controles, la superación de estándares objetivables de la prueba y otros que, además, han sido establecidos como adecuados a la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) por la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) en el mencionado *fallo Taxquet y Judge* (y en otros tantos precedentes anteriores).

Es por esa razón que, cuando el acusado o las partes civiles optan por someter **voluntariamente** el caso a la decisión de un juez profesional (*bench trial*), lo hacen en

el marco de un procedimiento público y adversarial. Es allí donde se estabiliza racionalmente en términos de verdad racional el veredicto y la sentencia inmotivada de un juez. Es en el litigio público y en corte abierta donde se construye íntegramente la verdad de los hechos del caso. Que posee, por exigencia legal y como parte de la carga de la prueba impuesta al acusador, alegatos de cierre en donde ambas partes, pero sobre todo el acusador, **deben justificar mediante el razonamiento deductivo e inductivo sus conclusiones sobre la verdad de los hechos que han sido probados**. Obviamente, y por carecer del estatus del jurado, las partes le pueden pedir al juez que exprese sus razones de manera oral u escrita al decidir el pleito. Pero la mayoría de las veces no lo hacen, pues las razones para la decisión están igualmente más que claras. La lógica es la misma que para el veredicto del jurado: ¿es posible predicar de infundada a dicha decisión profesional? En absoluto. La exigencia de fundamentación es trasladada al acusador en el contexto de un juicio realmente público. El quid de la cuestión está, nuevamente, en un entorno de controles desconocidos para nosotros, dentro de una máxima de publicidad y adversarialidad para probar la verdad de los hechos de la acusación, que hacen fluir naturalmente la aceptación de tal decisión.

Pero esta cultura de jueces profesionales que no motivan es imposible de ser trasladada automáticamente a los países del *civil law*. El lector podrá darse cuenta ya con claridad de lo que estamos hablando. Las diferencias entre ambos sistemas son marcadas en términos de diseño de controles externos e internos para la toma de decisión. No es lo mismo un juicio técnico en el *common law* que uno en el *civil law*. Son imposibles de comparar. De allí que en el *common law* no sea necesaria la motivación cuando el juicio es técnico, pero sí es imprescindible -como garantía compensatoria de un proceso de mucha menor categoría por la subvaloración del litigio- en un juicio ante jueces profesionales en el *civil law*. Hasta tanto no se implemente una cultura real del litigio público en el *civil law*, la motivación será una garantía imprescindible del acusado para cuando el juicio sea realizado ante jueces profesionales. Así como el juicio por jurados inglés fue lo que salvó al método acusatorio de sucumbir ante la Inquisición europea, nosotros creemos fervientemente en que el único que puede destruir al sistema mixto en América Latina y el resto del *civil law* es el jurado que idearon nuestros Constituyentes y su veredicto general. En pleno siglo XXI, el jurado continúa siendo el garante **real, no quimérico, de un proceso verdaderamente acusatorio y adversarial**.

## Capítulo 19°

### Epílogo. Conclusiones.

#### Pasado, presente y futuro del juicio por jurados.

##### §1. El jurado como baluarte y garantía de la publicidad y oralidad del proceso.

El otro de los grandes logros del jurado inglés, probablemente el más destacable de todos, es el de haber mantenido viva la llamada garantía de la publicidad y oralidad del juicio en medio de la más oscura de todas las noches que vivieran los sistemas de justicia desde que se tuviera memoria. Hasta Ferrajoli se inclina ante esta proeza:

*“La primera de estas garantías -la publicidad- es la que asegura el control, tanto interno como externo, de la actividad judicial. Conforme a ella, los procedimientos de formulación de hipótesis y de determinación de la responsabilidad penal tienen que producirse a la luz del sol, bajo el control de la opinión pública y, sobre todo, del imputado y su defensor. Se trata seguramente del requisito más elemental y llamativo del procedimiento acusatorio. Presente en la tradición clásica, tanto en Grecia como en la Roma republicana, entró en crisis con la afirmación del proceso inquisitivo en la Roma imperial, cuando las salas de audiencias (secretarium) comenzó a estar cerrada por una cortina (velum) que se levantaba (levato velo) cuando se quería dar publicidad al proceso. Y desapareció del todo en la experiencia procesal medieval, no sólo en la inquisitiva, sino incluso en la acusatoria, salvo en Inglaterra, por el secreto y la escritura tan de las acusaciones como de las pruebas.”<sup>1220</sup>*

Consólo mirar el mapa europeo entre los siglos XI y XVIII, es realmente un milagro que Inglaterra haya sucumbido al vendaval de secreto y escritura que acabó progresivamente con la práctica de la oralidad y la publicidad que eran normales en la Edad Antigua. Inglaterra estaba absolutamente sola.

Muchos autores lo atribuyen a su condición insular y a su fama de inconquistada, todo lo cual le habría permitido escapar con éxito o el sometimiento a las culturas inquisitoriales de sus vecinos. Quizá haya mucho de cierto en esas afirmaciones, pero es de las que no explican el dato más fundamental y relevante de todos: **que la oralidad y la publicidad del juicio se mantuvieron con vida porque existió el jurado.** Además,

porque a los ingleses, afortunadamente, no se les ocurrió reemplazar al jurado con jueces profesionales. Fue el jurado popular, su lucha por mantener la forma de su veredicto general, y la confianza en el rol contra mayoritario que le prodigó el

<sup>1220</sup>FERRAJOLI, Luigi: “Derecho y razón”, op.cit., p.616.

Pueblo, el que garantizó efectivamente la garantía de publicidad de los juicios y la supervivencia del sistema acusatorio para la posteridad.

Por el contrario, fueron los sistemas con jueces profesionales los que destruyeron la garantía de publicidad y oralidad en el continente europeo, tanto en los juicios penales como civiles, sometiendo definitivamente a ambas ramas del derecho al yugo del secreto y el escriturismo.

Reducir la vigencia de la publicidad y la oralidad del juicio inglés en plena Edad Media a un factor meramente geográfico es cerrar los ojos a la realidad de lo que significó el jurado. Ciertamente que Australia y Nueva Zelanda son islas, así que bien puede pensarse, no en cierto modo de broma, que el jurado sea quizás una institución “insular”. Pero Estados Unidos y Canadá no lo son. Son países inmensos, desarrollados, densamente poblados que desconocieron (y desconocen) el proceso escrito y secreto.

Es mérito único y exclusivo del jurado anglosajón que la garantía de publicidad hoy estivo en manos de nosotros. Su sola existencia dentro del proceso como *trieroffact* fue determinante para que los juicios nunca perdieran la esencia de practicarse “*alaluz del sol*” con la que habían nacido desde tiempos inmemoriales.

Cuando en épocas de Napoleón se debatía intensamente si se mantenían o no los jurados, ante el embate lógico de los reaccionarios de la academia y de las burocracias judiciales, se decidió que el jurado era imprescindible por haber permitido superar al sistema de la prueba legal. Pero, también, como afirma Julio Maier, “*la defensa del juicio por jurados se unió también al mantenimiento del debate oral, público, contradictorio y continuo. Políticamente, este fue un triunfo de la organización republicana, de la libertad e independencia de los jueces, de la libertad de defensa y de la dignidad del imputado.*”<sup>1221</sup>

Este diseño legal - llevado a la perfección por el sistema judicial inglés a través de la evolución y no pocos dramáticos conflictos hasta nuestros días - es el verdadero pilar de la libertad y del equilibrio de este poder tan complejo, que es el de juzgar a los demás.

Sólo así puede entenderse el largo proceso democrático ocurrido en Inglaterra desde la primera Carta Magna de 1215 y su artículo 29º, fuente directa, además, de los artículos 5º, 6º y 7º enmienda de la Constitución de Estados Unidos. En efecto, el pueblo inglés no toleraría nunca que el más violento de los poderes del Estado estuviera monopolizado por un juez profesional a salario del Rey y en un proceso secreto. “*Ningún hombre libre podrá ser arrestado, o puesto en prisión*

---

<sup>1221</sup> MAIER, Julio: op.cit. p.352.

*ón, o desposeído de sus derechos y bienes, o puestofueradelaley o exiliado, o en formaalgunamo le estado, salvo por el juicio legal de sus pares según la ley de su país.*”<sup>1222</sup>

El largo, difícil y dramático ejercicio de estas separación de funciones, cuando logró consolidarse definitivamente, es la causa directa de magistraturas tan respetadas y de jueces con tanto prestigio, como son los jueces profesionales del mundo anglosajón en general. La confianza del pueblo inglés en sus jueces es la ratificación de lo que el recorte del poder produce en el mismo modo de ese poder. En otras palabras: jueces tan prestigiosos no fueron ni son obra de la casualidad, como hemos visto con el ejemplo del juez Howel en el caso de William Penn, sino que son el lógico fruto de un sistema dotado con la máxima concentración del poder requerente y decisivo que se pueda imaginar, como es el sistema de juicio por jurados público anglosajón.

Es lógico entonces comprender ahora el por qué de la inexistencia de una obligación de motivación de los fallos de los jueces profesionales sin que ello importe un “déficit democrático” del sistema judicial que ello les resulte opresivo o intolerable a sus ciudadanos. El sistema de juicio por jurados clásico alcanza el grado de sofisticación y de perdurabilidad (hasta nuestros días), **posee tantos balances y contrapesos internos y externos** que es hasta ridículo considerar aisladamente el veredicto inmotivado del jurado para denostar lo. De hecho, a los juristas del *common law* le resultan desconcertantes las invectivas contra el jurado como las que profería Carmignani, para quien el veredicto del jurado con íntima convicción es sinónimo de la *justicia del cadí*, un ejercicio monstruoso e inhumano del poder. El simplismo de esta observación revela un desconocimiento total de la *adversary* inglés, además de un llamativo olvido acerca de la anulación de la dignidad humana por la máquina inquisitoria de concentración absoluta y secreta del poder en el juez.

El fallo *Taxquet* de la CEDH revela la claridad que los años podrán haber pasado, pero persiste la misma incomprensión cultural que insiste en desgarar al veredicto del jurado clásico, referirse a él aisladamente “inconstitucional” desde un acoso de visión mixto-inquisitorial y presuponer que proviene de la nada. Este grave error de aproximación impide ver al veredicto del jurado clásico como un apéndice más de un sofisticado engranaje procesal de alto contenido garantista, como es el proceso penal y civil anglosajón. Esto no otra cosa fue lo que tuviera

<sup>1222</sup>

En su idioma original “No Freeman shall be taken, or imprisoned, or be disseised of his Freehold, or Liberties, or free Customs, or be outlawed, or exiled, or any other wise destroyed; nor will we pass upon him, nor condemn him, but by lawful Judgment of his Peers, or by the Law of the Land.”

onquesaliraexplicarlealseñor *Taxquet* yalosteóricoseuropeosdel *civillaw* losgobiernosbritánicoeirlandésenelamicuscuriaedelcitadofallo,cuyosargumentosfueronluegoceptadosíntegramenteporlaCEDHen *Judgey*, antes, en *Gregory*. Sintéticamente, lesexplicaronquelaacusación y lasinstruccionesqueel juezleimpartealjuradosonla fundamentación delveredicto. Desdeeseinsistenteerrordebase, algunosautores, einclusiveun paíscomoEspaña, pretendieronmontarsobreelretrógadoprosesomixtoeuropeounfalsojuradoclásicoconmotivación delveredicto.

Es el propio Taruffo quien, aregañadientes, serindeantelaevidenciadelrolclavedel juradoen eldiseñodelsistemadejusticiamásdesarrolladodelorbeenlaépocadelIluminismoydela RevoluciónFrancesa:

*“Siesposiblerealizaralgunaconsideracióndeíndolegeneral sobreloquehemosa firmado, éstaserefiereala ausencia, enelamplioarcodetiempoquehemosanalizado, deunasensibilidadespecífica hacia lafunción delamotivación comountrámitede control externo “difuso” sobre laoperación del juez. Queello se deba adiversos factores deestructura delordenamiento, comoelpapelatribuido aljurado, ode costumbre, comoelprestigio tradicionalquesiempre hatenidolamagistraturainglesa, es muyobvio; porotrolado, también es legítimopensarque, enlamedidaenlaquelapráctica harespondidoalases exigencias que fueron surgiendo, entrelas que destaca laelaboración jurisprudencial del corpus delacommon law, nose fueron verificandolos presupuestos idóneos para estimular la adopción de posiciones específicas sobre el problema. Enverdad noparece que unacomprensiónsuficiente del fenómeno bajo análisis pueda alcanzarse sólo recordando que la experiencia inglesa condujo a la formación de un sistema que no requería de la obligación delamotivación para lograr coherencia interna”.*<sup>1223</sup>

## §2. Conclusión

Iniciamos esta obra con una hipótesis: el veredicto del jurado es la más fundamentada de todas las decisiones judiciales. A nadie sorprendería esta afirmación en el *common law*, sea un habitante común o un jurista. De hecho, la propia Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en el fallo *Duncan vs. Louisiana* de 1968, sostuvo:

*“Los estudios más recientes y exhaustivos sobre los jurados en las causas penales concluyeron que los jurados comprenden las pruebas y obtienen conclusiones fundadas en la mayoría de los casos que se les presentan, y que, cuando los jurados difieren del resultado al que habría llegado el juez, generalmente es porque cumplen con la finalidad para la que fueron*

---

<sup>1223</sup> TARUFFO, Michelle: “La motivación de la sentencia civil”, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2006, p. 318 y 319.

*creados y por la cual hoy se los emplea.*<sup>1224</sup>

Sin embargo, esta tesis debió ser escrita en el *civil law*, por un autor formado en el *civil law*, le habla a los sistemas judiciales del *civil law* y confronta con el movimiento motivacionista radical del *civil law*. Una hipótesis de este calibre -que un jurado que no motiva su veredicto posee el más alto nivel de fundamentación que es posible encontrar en las decisiones judiciales- conmueve lógicamente a una estructura de pensamiento y de práctica judicial de cinco siglos. A pesar del éxito práctico con que se ha iniciado la experiencia del jurado clásico en la Argentina, el debate teórico por la fundamentación no ha sido saldado todavía.

La práctica judicial efectiva está contribuyendo a saldar esta discusión en gran forma, como lo demuestran las sentencias revisoras de Neuquén y la provincia de Buenos Aires que hemos citado en esta obra. Para ellas, el veredicto del jurado no ha sido obstáculo de ninguna clase en la práctica para una revisión amplia de las condenas, derribando así el mito del carácter infundado de las decisiones de los jurados. Sin embargo, desde el pensamiento teórico y académico también debemos hacer el esfuerzo por saldar este debate. Por eso esta tesis.

Fundamentar no significa escribir. Esto también creemos haberlo demostrado. El hecho de no motivar externamente -por escrito u de manera oral- las razones para una conclusión no significa que esa decisión sea infundada. Nuevamente, inmotivación no significa falta de fundamentación. Este reduccionismo, tan sencillo de expresar, es la gran inconsistencia del motivacionismo radical en su ataque contra el veredicto del jurado. La escritura es sólo uno de los posibles estilos de fundamentación, empleado históricamente por la epistemología inquisitoria y el mismo que hoy informa también al modo de construir la verdad de los sistemas mixtos del *civil law*. En esta obra se insiste en no caer en el error de considerarlo el *único* método para fundamentar una decisión judicial.

Por eso, nuestra tesis importa un ejercicio de apertura cultural muy grande. A otra forma de pensar, a otra práctica judicial, a otras formas de alcanzar la verdad. Va contra la corriente del pensamiento establecido en nuestra cultura jurídica, en nuestras facultades de leyes y contra posturas irreductibles que se oponen a la implementación de

---

<sup>1224</sup> In re *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968), citando a KALVEN, Harry & ZEISEL, Hans: “*El jurado americano*”, op.cit., n. 24, supra.



un jurado clásico. Por más que nuestra Constitución Nacional exija cuatro veces el juicio por jurados, nuestra práctica judicial y buena parte de nuestro pensamiento académico es la praxis del sistema mixto.

Pero, contra todo lo que puede suponerse, la tesis no significa solamente una apertura mental a la cultura anglosajona, sino a la de todos los Pueblos de la Edad Antigua, Media y Moderna que experimentaron el sistema acusatorio real. Una mente más abierta comprenderá con naturalidad que las decisiones judiciales no motivadas de jurados y jueces en dichos sistemas acusatorios también son -y han sido- decisiones fundamentadas. **Sólo que nunca lo fueron por escrito.** Esto, y no otra cosa, es lo más difícil de explicar y de asumir. Es, además, el origen de los grandes prejuicios que existen sobre los veredictos de los jurados en estos márgenes del *civil law*. Prejuicios que no tienen el más mínimo asidero y que no pueden impedir su normal entrada en vigencia en países como la Argentina.

Si motivar no es tan sólo justificar por escrito las razones para una decisión, sino objetivar **todo** el proceso decisorio con la máxima cantidad de controles imaginables, entonces nuestra hipótesis acerca de la superioridad del veredicto del jurado en términos de fundamentación ha quedado demostrada. **Lo importante es el control, no la motivación.** Ni la epistemología inquisitorial ni la actual epistemología de los sistemas mixtos, que pusieron esa carga en el juez para abolir el sistema de partes, han logrado igualar el modo simple y sencillo con que los sistemas acusatorios con jurados adjudicaron la verdad y produjeron decisiones fundadas y racionales en términos de verdad.

a) **Centralidad del juicio:** Forma parte de la tradición acusatoria de los sistemas judiciales con jurados de la Historia que la verdad de los hechos se construye de manera total en el juicio público. En el litigio de la instancia y a la luz del sol.

b) **Centralidad del expediente instructorio:** Es el método histórico de la tradición inquisitorial y mixta que la verdad de los hechos es obtenida en una instrucción escrita con escasos controles de parte, delegada en empleados y policías. Practicada a puertas cerradas. El juicio es nada más que la repetición y crítica de cómo se llevó a cabo esa instrucción.

c) **Método acusatorio de fundamentación de las decisiones judiciales:** El acusador carga con la prueba de fundamentar la hipótesis de condena en corte abierta y

ante un jurado imparcial. El veredicto de culpabilidad posterior del jurado es el reconocimiento de que esa acusación está debidamente fundamentada. El veredicto del jurado remite, positiva o negativamente, a la justificación brindada por el acusador en el juicio público. Por esa razón, el veredicto del jurado, que siempre debe permanecer inmotivado, es igualmente una decisión con fundamentos.

**d) Método inquisitorio o mixto de fundamentación de las decisiones judiciales:** Es trasladado íntegramente al juez y a su sentencia escrita posterior, repleta de información **que no es prueba** (pues proviene de actas del expediente incorporadas por lectura y sin control de partes).

**e) Control amplio de revisión de las decisiones judiciales. Completa adecuación convencional y constitucional:** La centralidad del juicio en el método acusatorio no impidió que el *common law* actual haya desarrollado desde hace 150 años una generosa práctica de la revisión frente a veredictos arbitrarios de los jurados que no se apoyaran en la prueba rendida en el juicio. La realiza (muy infrecuentemente) el propio juez del debate, quien puede absolver aunque el jurado haya condenado o, de manera normal, las cortes revisoras. Ellas construyen, sobre el litigio adversarial en sede revisora y parcialmente del récord del juicio, la base objetiva para revisar ampliamente hechos, prueba y derecho, sin ningún tipo de limitación. Ese es el método propio de revisión para las condenas dictadas en un juicio por jurados, confirmado por la CEDH en un sinnúmero de precedentes citados en esta obra.

Más este tipo de controles en revisión son un engranaje más, ya que el verdadero control sobre la prueba -a diferencia del sistema mixto del *civil law*- se realizó primordialmente en el debate público. Pero en un litigio cuya intensidad y sofisticación están muy lejos de ser aceptadas todavía por el *civil law*. De allí la sobredimensión que sus abogados le conceden a la etapa revisora y a la motivación de la sentencia, como compensación por la ausencia de litigio real y de controles sobre la prueba.

**f) Veredicto inmotivado para el jurado y sentencia motivada para el juez técnico.**

Repetimos insistentemente en esta tesis de que el juicio por jurados y el juicio profesional deben convivir, más respetando su idiosincracia y sus notas esenciales. La motivación de las decisiones de los jueces técnicos del *civil law* ha jugado un rol clave en la reducción de la arbitrariedad. Por más que no tengamos dudas acerca de la

superioridad del juicio por jurados en todo sentido, si el acusado es sometido al juicio profesional, sus jueces están obligados a motivar su decisión, sea por escrito o de manera oral. Como descubrió Mittermaier hace siglo y medio, es el único modo que tienen los jueces regulares para compensar las garantías políticas superiores que ofrece el juicio por jurados.

Del mismo modo en que es impensable un juicio técnico sin motivación, también lo es poner al jurado a motivar, bajo la excusa de que su veredicto es “*infundado*”. Hemos señalado que esto es un prejuicio y un grave error conceptual.

#### **g) Adecuación convencional y constitucional del veredicto del jurado:**

Podrá parecer un juicio valorativo, pero no lo es. Por todas estas razones, demostramos que el veredicto del jurado y el proceso que lo produce son superiores epistemológicamente a la sentencia escrita del juez profesional y al proceso de donde ella proviene.

En el estilo acusatorio, **fundamentar es objetivar**. Significa sujetar el modo de construcción de la verdad de los hechos a poderosos controles internos y externos del litigio **que no son practicados** o que directamente no existen en el juicio del *civil law*. En toda la Parte II hemos descripto y analizado a fondo los dispositivos de control que hacen del veredicto del jurado una decisión judicial superior: *control popular de la acusación, voir dire y recusaciones sin causa, un juez imparcial de garantías del juicio y de la prueba, un litigio público como gran estabilizador racional de la construcción de la prueba de la verdad de los hechos, instrucciones del juez al jurado, un impresionante número de doce jueces legos, una deliberación sin parangón y la exigencia de unanimidad para sus veredictos*. Nada de eso es posible de ser hallado en un juicio técnico.

La tesis demuestra el estilo de fundamentación que empleó siempre el método acusatorio para buscar la verdad: lejos de reducirlo a una justificación escrita que deba realizar posteriormente el juez, la exigencia de fundamentación racional de la verdad de los hechos recae sobre la acusación. El acusador debe demostrar con pruebas la verdad de los hechos que alega en un juicio público realmente adversarial. Debe hacerlo confrontando a la defensa, ante un juez director del debate sin compromiso con la decisión y frente a un jurado de doce pares del acusado que se expresa por unanimidad.

Para triunfar, el acusador debe establecer la verdad de los hechos más allá de toda duda razonable.

El motivacionismo radical, aferrado al pensamiento único de que fundamentar es escribir y de que esta tarea le corresponde al juez, afirma con error que *“lo que fluye del cuadro probatorio no goza de una certeza deductiva, y por eso lo ineludible de la exigencia de justificación; de que las decisiones sean eficazmente motivadas en materia de hecho y de derecho”*.<sup>1225</sup>

Ya no nos resulta tan difícil advertir que esta afirmación es parcial y recortada. ¿Es que acaso el fiscal no justifica ni concluye, una vez que se ha escuchado toda la prueba, acerca de que se ha probado la hipótesis de la acusación que originó el debate? Lo reiteramos: forma parte de la carga de la prueba del acusador el brindar los fundamentos para la condena y sobre ello se pronuncia el jurado, sin necesidad de motivar. Este ejercicio conclusivo y razonado lo realiza el fiscal en el alegato de clausura ante el jurado, íntegramente registrado en audio, video o taquigrafía como eventual aporte para el posterior litigio de revisión.

La lógica de este argumento es tan fuerte que es imposible que el jurado emplee argumentos distintos a los del fiscal y, sobre todo, que no hayan sido considerados por la defensa. Es decir, exactamente lo contrario que pasa en los sistemas mixtos del *civil law*, repletos de violaciones a la congruencia, tal como la calificación sorpresiva o la incorporación de hechos que no forman parte de la acusación. Esta es otra demostración de las inconsistencias del motivacionismo radical: pretender que sea realizable un sistema acusatorio sin jurados. Tal cosa es imposible, desde que juicio por jurados y método acusatorio son sinónimos. La tesis ha demostrado que fue el jurado inglés quien salvó al método acusatorio de la noche inquisitorial que se abatió sobre Europa en la Edad Media y Moderna. El motivacionismo radical de la actualidad, al reforzar la posición epistemológica del juez, en detrimento de la del acusador, trae como consecuencia la degradación del litigio público y el retorno a la epistemología mixto-inquisitorial.

Ningún sistema acusatorio es posible sino se comprende que la llave de la fundamentación reside en el acusador. La clave pasa por dimensionar el rol de la acusación en la fundamentación de las decisiones judiciales, luego de sortear los

---

<sup>1225</sup>IBÁÑEZ; Perfecto Andrés: *“El tercero en discordia”*, op. cit., p. 420.

extremos controles del litigio público. El diseño íntegro de controles internos y externos del procedimiento para la toma de decisión (lega o profesional), que es el corazón de esta tesis, es la característica principal de esta muy antigua epistemología del litigio para obtener la verdad de las proposiciones fácticas. Por limitaciones culturales lógicas, es casi imposible hacer entender algo así a los juristas del *civil law*, acostumbrados a un procedimiento degradado, casi sin controles y a una sentencia escrita posterior. El *civil law* apenas se ha acercado a desarrollar este tipo de controles, de allí su obsesión - antigua y moderna- por la fundamentación escrita, que es sólo uno de los métodos existentes para motivar.

Bien lo dice Binder, quizás resumiendo en una frase el esfuerzo de tres décadas por lograr instaurar al jurado, a su litigio acusatorio y a sus controles en Iberoamérica: *“Este es el camino que nos abre la visión de la epistemología de las decisiones judiciales sobre la verdad del hecho”*.<sup>1226</sup>

## **BIBLIOGRAFÍA**

1. ABRAMSON, James: “We, the Jury. The jury system and the ideal of democracy”, New York Basic Books, 1994.
2. ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela: “La motivación de las sentencias. Genealogía y teoría”, Editorial de la Universidad de Granada, España, 2005.
3. AIGNAN, Etienne: “Histoire du Jury”, Alexis Eymery, Libraire, Rue Mazarine nº 5, Bruselas, 1829.
4. ALISTE SANTOS, Tomás Javier: “La motivación de las resoluciones judiciales”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011.
5. ALMEIDA, Vanina: “El juicio por jurados como respuesta al reclamo social por una justicia legítima”, Revista "Voces en el Fénix", Nº 30: Justicia - "El secreto de sus ojos", Buenos Aires, 2013.
6. AMAR, Akhil Reed: “Reinventing Juries: Ten Suggested Reforms”, 28 U.C. Davis L. Rev. 1169, (1995).

---

<sup>1226</sup>BINDER, Alberto: “*Un juez para la democracia...*”, op. cit., p. 134.

7. AMAR, V. D.: "Jury service as political participation akin to voting", *Cornell Law Review*, Ithaca, New York, 80, 203-259, 1995.
8. ANITÚA, Gabriel Ignacio: "Razones para el juicio por jurados en la era de la globalización", publicado en *elDial.com*, Buenos Aires, Suplemento Penal, 2002.
9. BABCOCK, Barbara A.: "Preserving the jury's privacy", *New York Times*, USA, edición del 24 de julio de 2002.
10. BACHARACH, Robert E.: "Posttrial Juror Interviews by the Press: The Fifth Circuit's Approach", 62 *Wash. U. L. Q.* 783 (1984), USA.
11. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: "Juicio por Jurado : Experiencia y Revisión", Editorial Tirant, España, 2007.
12. BAGLEY, William: "Jury Room Secrecy: Has the Time Come to Unlock the Door?" (1998) 32 *Suffolk University Law Review* 481, 495 – 496, Boston, USA.
13. BAIGÚN, David: "Naturaleza de las circunstancias agravantes", Ed. Pannedille, Buenos Aires, 1971.
14. BAKROKAR, Denise & CHIZIK, Natalí: "Aproximaciones a la audiencia de voir dire", publicado en el libro del II Congreso Internacional de Juicio por Jurados, Facultad de Derecho, UBA, Editorial JUSBAIRES, octubre 2014.
15. BAÑOS, R.: "La apreciación de la prueba en el derecho laboral. El juicio en conciencia"; Buenos Aires, 1954.
16. BARBATO, Joseph: "Scotland's bastard verdict: intermediacy and the unique three-verdict system", [mckinneylaw.iu.edu/iiclr/pdf/vol15p543](http://mckinneylaw.iu.edu/iiclr/pdf/vol15p543).
17. BARKAN, Steven: "Jury Nullification in Political Trials", 31, *Social Problems*, University of California Press, octubre de 1983.
18. BARRET, Edward F.: "The adversary system and the ethics of advocacy", 37, *Notre Dame Law*, 479, 481, 1962.
19. BAYTELMAN, Andrés y DUCE. Mauricio: "Litigación penal: juicio oral y prueba", Fondo de Cultura Económica. México, 2005.
20. BERGOGLIO, María Inés (ed.) y otros (2010): "Subiendo al estrado. La experiencia cordobesa del juicio por jurados", Ed. Advocatus, Córdoba.
21. BECKER, B. L.: "The criminal case: The Allen charge", *Trial*, 1979.
22. BELING, Ernst: "Derecho Procesal Penal", DIN Editora, Buenos Aires, 2000.
23. BENÉT, Stephen Vincent: "A treatise on military law and the practice of courts-martial", Ed. D. Van Nostrand, New York, 4ª Edición, 1864.

24. BENFELD, Johann: “Los orígenes del concepto de “sana crítica”, en Revista de Estudios Histórico-Jurídicos [Sección Historia de los Dogmas Jurídicos] XXXV, Valparaíso, Chile, 2013.
25. BENTHAM, Jeremías: “Tratado de las pruebas judiciales, Volumen 1”, Imp. de Tomás Jordán, Madrid, España, 1835.
26. BERCH, Michael & BERCH, Rebecca: “The Power of the Judiciary to Dismiss Criminal Charges after Several Hung Juries: A Proposed Rule to Control Judicial Discretion”, 30 Loy. L.A. L. Rev. 535 (1997).
27. BERMAN, Harold: “La formación de la tradición jurídica de Occidente”, Fondo de Cultura Económica, México, 1983.
28. BERNSTEIN, Edward: “Cromwell and Communism: Socialism and Democracy in the Great English Revolution”, Library of Congress 63-18392, Inglaterra (1895).
29. BIANCHI, Alberto B.: “El juicio por jurados. La participación popular en el proceso”, Bs. As., Abaco, 1999.
30. BICHARA, María Orfelina: “Juicio por jurados ¿vs? la garantía de doble conformidad judicial”, en Revista Pensamiento Penal sección Doctrina 42873, Argentina, febrero 2016.
31. BIENER, Friedrich August: “Das englische Geschwornengerich” (El juicio por jurados inglés), Leipzig, Alemania, 1852.
32. BINDER, Alberto: “Corriendo los ejes de la discusión: del problema de la fundamentación a la “teoría del control”.”, en el Congreso Nacional de Derecho Procesal de Mendoza, Argentina, septiembre de 2005. <http://www.juicioporjurados.org/2012/06/video-imperdible-conferencia-de-binder.html>
33. BINDER, Alberto: “Crítica a la justicia profesional”, Revista INFOJUS Derecho Penal n° 3 “Participación ciudadana en la justicia”, Buenos Aires, 2013.
34. BINDER, Alberto: “El incumplimiento de las formas procesales”, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2001.
35. BINDER, Alberto: “Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal”, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.
36. BINDER, Alberto: “Introducción al derecho procesal penal”, 2ª edición, AD-HOC, Buenos Aires, 2005.
37. BINDER, Alberto: Prólogo al libro de HARFUCH, Andrés: “La ley de juicio por jurados de la provincia de Buenos Aires”, Editorial AD-HOC, Buenos Aires, 2013.

38. BINDER, Alberto: *Revista del Congreso Internacional de Jurados en Materia Penal*, editada por el Colegio de Abogados de La Plata, La Plata, Argentina, 1997.
39. BINDER; Alberto: “La implementación de la nueva justicia penal adversarial”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2011.
40. BINDER, Alberto: “Derecho procesal penal. Tomo I: Hermenéutica del proceso penal”, Editorial Ad-Hoc, 2013
41. BINDER, Alberto y otros: “Un juez para la democracia”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016.
42. BINDER, Alberto & HARFUCH, Andrés (directores): “El juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional. Sentencias comentadas y opiniones académicas del common law, del civil law y de la Corte Europea de Derechos Humanos”, en la Colección Juicio por Jurados y Participación Ciudadana n° 5, Tomos A, B, C y D, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016.
43. BLACKSTONE, William: “Recherches sur les cours et le procédures criminelles d’Angleterre, extraits des Commentaires de Blackstone”, traducida al francés por Auguste-Pierre Damiens de Gomicourt, Bruselas, 1774.
44. BLOOMSTEIN, Morris J.: “Verdict. The Jury System”, Dodd, Mead & Company, New York, 1968.
45. BOATRIGHT, R & MURPHY, B: “How Judges Can Help Deliberating Juries: Using the Guide for Jury Deliberations”, *American Judges Association Court Review*, Summer, 36 *Court Review* 38, 1999.
46. BONIFACE, Dorne: ‘Juror Misconduct, secret jury business and the exclusionary rule’, 2008.
47. BOVINO, Alberto: “Problemas del derecho procesal penal contemporáneo”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.
48. BRAY, Samuel: "Not Proven: Introducing a Third Verdict", *University of Chicago Law Review* 72 (4) 1299–1329, 2004.
49. BROWN, Darryl: “Jury nullification within the Rule of Law”, 81 *Minnesota Law Review*, 1997.
50. BRUZZONE, Gustavo: “Mito y realidad de la participación ciudadana en la administración de justicia penal en Sudamérica: ¿Se instaurará finalmente el juicio por jurados en Argentina como lo establece su constitución Nacional desde 1853?”, en el libro de A.A.V.V, *Juicio por Jurados en el Proceso Penal*, Ad Hoc, Bs.As., 2000.
51. BURKHALTER S., GASTIL J. & KELSHAW, T.: “The self reinforcing model of public deliberation”, *Communication Theory*, 12, 2002, EE.UU.



52. BURNETT PETTUS, Ann: "The Verdict Is In: A Study of Jury Decision Making Factors, Moment of Personal Decision, and Jury Deliberations--From the Jurors' Point of View", *Communication Quarterly* 38(1), Estados Unidos, Diciembre 1989.
53. BUTELER, José Antonio: "La participación popular en los procesos penales cordobeses", en el libro *La Cultura Penal, Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009.
54. CAFFERATA NORES, José I.: "Cuestiones actuales sobre el proceso penal"; Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2007.
55. CARRARA, Francisco: "Programa de Derecho Criminal", parte general Volumen II, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1972.
56. CARRIÓ, Alejandro D.: "El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos", EUDEBA, Buenos Aires, 1990, capítulo 3°.
57. CARROLL, Jenny E.: "Nullification as Law", 102 *Geo. L.J.* 579, Estados Unidos, 2014.
58. CARROLL, Jenny E.: "The Jury's Second Coming", publicado en *The Georgetown Law Journal* [Vol. 100:657], EE.UU., 2012.
59. CASADO NAVARRO, C.: "La motivación del veredicto. Los jueces legos y los jueces profesionales: delimitación de funciones según la jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Revista Jueces para la Democracia*, nº 50, España, 2004.
60. CASTEX, Francisco: "Contra bucéfalo", Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009.
61. CHIESA APONTE, Ernesto: "Derecho procesal penal de Estados Unidos y Puerto Rico", Editorial Forum, San José de Puerto Rico, 1995, VOL I, II y III.
62. CHISHOLM, Hugh: "Verdict". *Encyclopædia Britannica* (11th ed.). Cambridge University Press, Inglaterra, 1911.
63. CHIARA DÍAZ; Carlos: "Derecho Procesal Penal", Editorial Astrea, Buenos Aires,
64. CLARKE, M: "Medieval Representation and Consent", London (1936) reimpresión en 1964.
65. CLEARY, Gordon P. & TARANTINO, John A.: "Trial Evidence Foundations", James Publishing. Section 201, Santa Ana, California, 2007.
66. CLIFFORD, Robert A.: "Deselecting the jury in a civil case", 30 *Litigation* 8, Volumen 30 nº 2, 2003-2004.
67. COCCIONI, Pablo: "La fundamentación de la sentencia en el juicio por jurados", en [http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/juicio\\_jurado.htm](http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/juicio_jurado.htm), 2006

68. COKE, Sir Edward.: “The First Part of the Institutes of the Law of England: Commentary upon Littleton”, Volumen I, The Lawbook Exchange Ltd, Londres, sección 155(b), 9ª edición de 1999.
69. COLLAZO GONZÁLEZ, José: “Análisis de las doctrinas de Doble Exposición”, Puerto Rico, 2011 en <http://www.monografias.com/trabajos-pdf4/doctor-educacion/doctor-educacion.pdf>
70. COMISKEY, Marie: “A Tempest in a Teapot—Does the Decision Tree Violate the Right to a Jury Trial?”, *Oñati Socio-Legal Studies*, 2015.
71. CONRAD, Glay S.: “Jury Nullification: the evolution of a doctrine”, CATO Institute, Washington D.C., 2014.
72. CONSTABLE, Marianne: “The Law of the Other: The Mixed Jury and Changing Conceptions of Citizenship, Law and Knowledge,” University of Chicago Press, 1994.
73. CORDERO, Franco: “Procedimiento penal”, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2000.
74. COUTURE, E.J.: “Las reglas de la sana crítica”, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1949.
75. COUTURE, Eduardo J.: “Fundamentos del derecho procesal civil”, Editora Nacional, México, 1984.
76. CURRIDEN, M.: “Jury reform”, *ABA Journal*, 81, 72-76, noviembre de 1995.
77. DAMAŠKA, Mirjan: “Free proof and its detractors”, 1995, Yale Law School Faculty Scholarship Series, Paper 1578, USA.
78. DAMAŠKA, Mirjan: “De la prueba por referencia y sus análogos”, *Revista Nueva Doctrina Penal* 2004/B, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.
79. DAMAŠKA, Mirjan: “Evidence Law adrift”, Yale University Press, USA, 1997.
80. DAMAŠKA, Mirjan: “Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado”, *Editorial Jurídica de Chile*, 2000.
81. DAMAŠKA, Mirjan: “Structures of authority and comparative criminal procedure”, 84 *Yale L. J.*, 1975.
82. DANN, Michael: “Learning Lessons” and “Speaking Rights”: Creating Educated and Democratic Juries”, 68 *Indiana L. J.* 1229 1992-1993.
83. DANZIGER, Danny & GILLINGHAM, John: “1215: The Year of Magna Carta”, Hodder Paperbacks, UK, 2004.
84. DAVIS J. H., STASSON, M., ONO, K. & ZIMMERMAN, S.: “Effects of straw polls on group decision making: Sequential voting pattern, timing and local majorities”, *Journal of Personality and Social Psychology*, 55, 918, 926, 1988.

85. DE TOCQUEVILLE, Alexis: "La democracia en América, I", original de 1835, Alianza Editorial, Madrid, 2011.
86. DEL CARMEN, Rolando V.: "Criminal Procedure: Law and Practice", Ed. Wadsworth Cengage Learning, Canadá, 2010.
87. DERSHOWITZ, Alan: The trial of Dr Spock, Nueva York, Septiembre 14, 1969.
88. DEVINE, D., BUDDENBAUM J., HOUP S., STOLLE, D. & STUDEBAKER, N.: "Deliberation Quality: A Preliminary Examination in Criminal Juries", Journal of Empirical Legal Studies Volume 4, Issue 2, Julio 2007.
89. DEVINE, D., CLAYTON, L., DUNFORD, B., RASMY, S & PRYCE, J.: "Jury decision making. 45 Years of Empirical Research on Deliberating Groups", Psychology Public Policy, and Law, 2001 by the American Psychological Association, Inc.2001, Vol. 7, No. 3.
90. DEVINE, Dennis: "Jury decision making. The state of the science", New York University Press, 2012.
91. DEVLIN, P: "Trial by jury", Stevens Publ, Londres, 1956.
92. DIAMOND, Shari. S.: "Illuminations and Shadows from Jury Simulations", Law and Human Behavior, Vol. 21, No. 5 (Oct., 1997).
93. DIAMOND, Shari. S., VIDMAR, N., ROSE M., ELLIS L. & MURPHY B.: "Juror discussions during civil trials: Studying an Arizona innovation", Arizona Law Review, 2003.
94. DIAMOND, S.S., VIDMAR, N., ROSE M., ELLIS L. & MURPHY B.: Inside the jury room: Evaluating juror discussions during trial. Judicature, 2003.
95. DIAMOND, Shari: "Beyond Fantasy and Nightmare: A Portrait of the Jury", 54 Buff. L. Rev., 2006-2007.
96. DIAMOND, Shari S. y otros: "Revisiting the Unanimity Requirement: The Behavior of the Non-Unanimous Civil Jury, 100 Nw. U. L. REV. 201, 230 (2006).
97. DIAMOND, Shari S., ROSE, Mary R.; MURPHY, Beth: "El proceso de toma de decisión del jurado", II Congreso Internacional de Juicio por Jurados Buenos Aires 2014, Editorial JUSBAIRES, 2015.
98. DIAMOND, Shari S.: "Convergence and Complementarity between Professional Judges and Lay Adjudicators", editado en el libro de VAN KOPPEN, Peter y PENROD, Steven D.: "Adversarial vs Inquisitorial Justice", Springer US, 2003.
99. DIAMOND, Shari S.: "Dispensing with deception, curing with care: A response to Judge Dann on nullification", Judicature, Volumen 91, nº 1 Julio-Agosto 2007.

100. DIAMOND, Shari S.: ““Las múltiples dimensiones del juicio por jurados: estudios sobre el comportamiento del jurado”, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2016.
101. DIAZ CANTÓN, FERNANDO: "La motivación de la sentencia penal y otros estudios", Editores del Puerto, Buenos Aires, año 2005.
102. DILLEHAY R.C., BARRY-GABIER, P.J. y DAHIR V.: “La Evolución Del Jurado En Los Casos Criminales. Una comparación psicosocial del jurado americano y español”, Psicología Política, nº 20, Mayo 2000.
103. DOBRE, Bonamy: “William Penn: Quaker and Pioneer”, Houghton Mifflin Co., 1932, New York.
104. DUFF, Peter y otros: “Juries: A Hong Kong Perspective”, Hong Kong University Press, 1992.
105. DUFF, Peter: “The Scottish criminal jury: a very peculiar institution”, Duke Law Journal nº 62, Durham, Estados Unidos, 1999.
106. DWYER, William: “In the Hands of the People”, Thomas Dunne Books, St. Martin´s Press, New York, 2002.
107. EISENBERG, T., HANNAFORD-AGOR, P. L., HANS, V. P., WATERS, N, MUNSTERMAN, G., SCHWAB, S., WELLS, M.: “Judge-Jury Agreement in Criminal Cases: A Partial Replication of Kalven and Zeisel's The American Jury” 2 Journal of Empirical Legal Studies 171 2005.
108. ELLSWORTH, Phoebe C. & GETMAN, Julius: “Social Science in Legal Decision-making”, en Law And The Social Sciences 596, L. Lipson & S. Wheeler editores, 1986.
109. ELLSWORTH, Phoebe C.: “Are Twelve Heads Better Than One?”, 52 Law & Contemp. Probs., (1989).
110. ERBETTA, Daniel y LURATI, Carina: “Atenuantes específicas en la Parte General del Código Penal”, en el libro “Reformas Penales”, Tomo I, Editorial Rubinzal Culzoni, Rosario, 2004.
111. ESMEIN, Adhemar: “A History of Continental Criminal Procedure with special reference to France”, Cornell University Library, Ithaca, New York, original de 1913.
112. ESPARZA LEIBAR, Iñaki: “El veredicto. Su formulación por parte del jurado español”, en el libro “Juicio por Jurados en el Proceso Penal”, AA.VV., Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.
113. FANTEL, Hans: William Penn: Apostle of Dissent, William Morrow & Co., New York, 1974
114. FERRAJOLI, Luigi: “Derecho y Razón”, Editorial Trotta, España, 1989.

115. FERRAJOLI, Luigi: “Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia”, Revista “Nueva Doctrina Penal”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 1996/B.
116. FERRER, Carlos: “La cuestión de la fundamentación de la sentencia: jurado puro vs jurado mixto”, Revista de Derecho Procesal Penal “Juicio Por Jurados-II”, 2014-2, Rubinzal-Culzoni, Rosario, Argentina.
117. FEUERBACH, Anselm: “Betrachtungen Über Das Geschworenen-Gericht” (1813), at 170.
118. FIELD, Richard; KAPLAN, Benjamin & CLERMONT, Kevin: “Civil Procedure: materials for a basic course”, Foundation Press, 10ª edición, 2014.
119. FILANGIERI, Cayetano: “Ciencia de la Legislación”. Ilustrada con comentarios por Benjamín Constant. 3ra. edición, Madrid, 1836.
120. FISCHMAN, Joshua B.: “Decision-Making Under a Norm of Consensus: A Structural Analysis of Three-Judge Panels”, SSRN.com (2007).
121. FORSYTH, William: “History of trial by jury”, 2ª edición, Frederick D. Lynn & Company Publishers, New Jersey, 1875.
122. FRANK, Jerome: “Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice”, Princeton University Press, 1949.
123. FREDERICK, Jeffrey T.: “The Psychology of the American Jury”, Michie. Co., 1987.
124. FREEDMAN: “Professional Responsibilities of the Civil Practitioner”, en Education in the professional responsibilities of the lawyer 151, 152 (D. Weckstein ed. 1970).
125. FRIEDMAN, Lawrence M.: "Some Notes on the Civil Jury in Historical Perspective", 48 DePAUL L. REV. 201, 201 (1998).
126. FRIELAND, S. I.: “Legal Institutions: The Competency and Responsibility of Jurors in Deciding Cases,” 85 Northwestern Univ. Law Rev. 190, 1990.
127. GARCÍA, Eduardo Augusto: “Juicio Oral Tomo III, Proyecto de Ley Orgánica del Jurado”, Universidad Nacional de La Plata, Argentina, 1938,
128. GARGARELLA; Roberto: “La Justicia frente al Gobierno”, Editorial Ariel, Barcelona, 1996.
129. GARIBALDI, Gustavo: “Algo más sobre participación y dolo eventual. La desconcertante agravante genérica del artículo 41 bis del Código Penal”, La Ley, Buenos Aires, 2002.
130. GARIBALDI, Gustavo: “Las Modernas Tecnologías de Control y de Investigación del delito”, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2010.

131. GARRAUD, R.: "Traité d'instruction criminelle et de procédure pénale T I", L. Larose & L. Tenin, París, 1907
132. GASTIL, J., BURKHALTER S. & BLACK, L.: "Do Juries Deliberate? A Study of Deliberation, Individual Difference and Group Member Satisfaction at a Municipal Courthouse, Small Group Research Volume 38 n° 3, Junio 2007, Sage Publications.
133. GASTIL, John, BLACK, Laura y otros: "From group member to Democratic citizen: how deliberating with fellow jurors reshapes civic attitudes", Human Communication Research 34 (2008).
134. GASTIL, John; SIMMONS, Cindy; DEES, Pierre; WEISER, Philip J. Weiser: "The Jury and The Democracy: How Jury Deliberation Promotes Civic Engagement and Political Participation", Oxford University Press, 2010.
135. GERSHMAN, Bennett L.: "Contaminating the verdict: the problem of juror misconduct", Pace Law Faculty Publications, South Dakota Law Review, New York, 1-1-2005,
136. GIMENO SENDRA, Vicente: "La experiencia de la reciente ley de jurado española del 25 de mayo de 1996", en la Revista del Colegio de Abogados de La Plata del Congreso Internacional de Juicio por Jurados en materia penal", Buenos Aires, 1996.
137. GOBERT, James: Justice, Democracy and the Jury", Dartmouth Publishing, Inglaterra, 1997.
138. GOLDBERG, Steven H.: "Mi primer juicio oral: ¿dónde me siento y qué diré?", Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1994;
139. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: "El jurado español. Ley y práctica", Ponencia presentada en la conferencia organizada por el Instituto Superior Internacional de Ciencias Criminales, ciudad de Siracusa, Italia, 1999.
140. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: "El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho", Instituto Nacional de Ciencias Penales, Universitat Jaume, México, 2008.
141. GORPHE, François: "La apreciación judicial de las pruebas", Editorial FEDYE, La Ley, Buenos Aires, 1967.
142. GRANILLO FERNÁNDEZ, Héctor: "Juicio por jurados", Editorial Rubinzal-Culzoni, Argentina, 2014.
143. GREEN, Leon: "Judge and Jury", Vernon Law Book Company, Kansas. City, Mo. USA.
144. GRIMM, Jacob: "Deutsche rechts alterthümer", Dietrich, Göttingen, Alemania, 1828.

145. GULLCO, Hernán: “El juicio por jurados y el derecho al recurso”, LADI (Latin American Journal of Criminal Law) n° 3, 14/12/15.
146. HALE, Matthew: “Historia Placitorum Coronae: History of the Pleas of the Crown Vol I & II”, originalmente publicado en 1736 en Londres por E. and R. Nutt and R. Gosling. The Lawbook Exchange, Ltd, 2004.
147. HALE, Matthew: “The History of the common law of England”, University of Chicago Press, 1971.
148. HALLIDAY, Paul D.: “Habeas Corpus: From England to Empire” (Cambridge, MA: Belknap Press, 2010).
149. HAMER; David: “Wrongful Convictions, Appeals, And The Finality Principle: The Need For A Criminal Cases Review Commission”, UNSW Law Journal, Volumen 37(1), Australia, 2014.
150. HANBURY, H. G. “English Courts of Law”, Oxford University Press, 1967.
151. HANNAFORD- AGOR, Paula, HANS, Valerie P., MOTT, Nicole & MUNSTERMAN, Thomas: “Are hung juries a problem?”, National Center for State Courts, Estados Unidos, 2002.
152. HANNAFORD-AGOR, HANS, V.,MOTT, Nichole, MUNSTERMAN, T: “Are Hung Juries A Problem?”, The National Center for State Courts, 2000 [http://www.ncsconline.org/WC/Publications/Res\\_Juries\\_HungJuriesProblemPub.pdf](http://www.ncsconline.org/WC/Publications/Res_Juries_HungJuriesProblemPub.pdf).
153. HANNAFORD-AGOR, P., HANS, V. & MUNSTERMAN, T.: “How Much Justice Hangs in the Balance? A New Look at Hung Jury Rates, 83 Judicature 59 (1999).
154. HANNAFORD-AGOR: “Why do juries hang?”, NIJ Journal, n° 251, Julio 2004.
155. HANS, Valerie & VIDMAR, Neil: “Judging the jury”, Plenum Press, New York, p. 112, 1986.
156. HANS, Valerie y HANNAFORD-AGOR, P.; MOTT, N.; MUNSTERMAN, T: “The Hung Jury: The American Jury’s Insights and Contemporary Understanding”, NCSC Library Ecollection, 2003, <http://www.ncsc-jurystudies.org/>
157. HANS, Valerie P. y GASTIL, John: “El juicio por jurados: Investigaciones sobre la deliberación, el veredicto y la democracia”, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2014.
158. HANS, Valerie P. y VIDMAR, Neil: “American Juries: the Verdict”, Prometheus Books, New York, 2007.

159. HANS, Valerie P.: “Jury Jokes and Legal Culture”; DePaul Law Review n° 2 volumen 62, Chicago, 2013
160. HANS, Valerie P.: “The Conduct of Voir Dire: A Psychological Analysis”, 11 Just. Sys. J. 40, 1986.
161. HANS, Valerie P.; GASTIL, John & FELLER, Traci: “Deliberative Democracy and the American Civil Jury”, JOURNAL OF EMPIRICAL LEGAL STUDIES, Volume 11, Issue 4, Diciembre 2014.
162. HANSEN, Mark: “All about Allen: Judges' charge to deadlocked juries comes under scrutiny”, 87 A.B.A. J. 24, 2001.
163. HARFUCH, Andrés (dir): “El jurado clásico. Manual Modelo de Instrucciones al Jurado. Ley Modelo de Juicio por Jurados”, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2014.
164. HARFUCH, Andrés: “El recurso contra la prisión preventiva en los pactos internacionales de derechos humanos”, Revista Nueva Doctrina Penal 1999/B, Buenos Aires, 1999.
165. HARFUCH, Andrés: “Inmotivación, secreto y recurso amplio en el juicio por jurados clásico”, Revista INFOJUS Derecho Penal n° 3 “Participación ciudadana en la justicia”, Buenos Aires, 2013.
166. HARFUCH, Andrés: “La firmeza (finalidad) del veredicto del jurado”, publicado en el libro del II Congreso Internacional de Juicio por Jurados, Facultad de Derecho, UBA, Editorial JUSBAIRES, octubre 2014.
167. HARFUCH, Andrés: “Principios, instrucciones y organización de la defensa pública”, Revista Pena y Estado n° 2, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2002.
168. HARFUCH, Andrés: “La ley de juicio por jurados de Córdoba”, Revista Nueva Doctrina Penal 2005/A, Editores del Puerto, Buenos Aires.
169. HARFUCH, Andrés: “El juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires: Ley provincial 14.543 anotada y comentada. El modelo de jurado clásico”, Editorial AD-HOC, Bs As, 2013
170. HARFUCH, Andrés; BILINSKI, Mariana & ORTIZ, Andrea Liliana: “El jurado indígena en la Argentina” (en prensa). Ponencia presentada en la Reunión Anual de Law & Society, Nueva Orleans, junio 2016.
171. HARFUCH, Andrés & GARCÍA, Marcelo: “La defensa pública penal”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016.
172. HASTIE R., PENROD, S.D. & PENNINGTON, N.: “Inside the jury”, Cambridge MA, Harvard University Press, 1983.
173. HÉLIE, Faustin: “Traité de l'instruction criminelle: ou Théorie du Code d'instruction criminelle”, Vol 1-4. Chas. Hingray, Francia, 1845.



174. HENDLER, Edmundo S. y CAVALLERO, Ricardo J.: “Justicia y participación. El juicio por jurados en materia penal”, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1988.
175. HENDLER, Edmundo S.: “Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.
176. HENDLER, Edmundo: “Jueces y jurados: ¿una relación conflictiva?” incluido en el volumen “Juicio por jurados en el proceso penal”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.
177. HENDLER, Edmundo: “La fundamentación legal del veredicto de los jurados”, Revista INFOJUS Derecho Penal n° 3 “Participación ciudadana en la justicia”, Buenos Aires, 2013
178. HENDLER, Edmundo: “Sensatez y conocimientos. El jurado en la provincia de Córdoba”, publicado en la sección Doctrina de la AAJJ. <http://www.juicioporjurados.org/p/blog-page.html>:
179. HENDLER, Edmundo; “Juicio por jurados. Significados, genealogías, incógnitas”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006
180. HERBEL, Gustavo: “Casación amplia y jurado lego: una articulación difícil pero indispensable”, Revista de Derecho Procesal Penal “Juicio Por Jurados-II”, 2014-2, Rubinzal-Culzoni, Rosario, Argentina.
181. HERBEL, Gustavo: “Derecho del imputado a revisar su condena”, Ed. Hammurabi, Bs As, 2013.
182. HERROT, Rogar: “Instituciones Judiciales”, 7ª edición, París, Montchrestien, 1995.
183. HO, H. L.: The judicial duty to give reasons. Legal Studies, The Journal of the Society of Legal Scholars, volumen 20, UK, 2000
184. HOBBS, Thomas: “Leviatán” (1651), Fondo de Cultura Económica, México, 1940.
185. HOLDSWORTH, William: “A History of English law”, Sweet & Maxwell, UK, vol 1, 1965.
186. HOLSTEIN, J.A.: “Jurors’ interpretations and jury decision-making”, Law and Human Behaviour, 9, 83-99, 2005.
187. HOSTETTLER, John: “The criminal jury old and new: jury power from early times to the present day”, Waterside Press, Winchester, Inglaterra, 2004.
188. HYMES, D.: “Models of the interaction of language and social life”. En J. J. Gumperz & D. Hymes (Eds.), Directions in sociolinguistics: The ethnography of communication (pp. 35–71). New York, NY: Holt, Rinehart, & Winston, 1972.

189. IONTCHEVA, J.: "Jury sentencing as democratic practice". *Virginia Law Review*, 89, 311-383, 2003.
190. JACOBSON, Gary J.: "The Unanimous Verdict: Politics and the Jury Trial" 1977 WASH. U. L. Q. 39.
191. JACONELLI, Joseph: "Open Justice: a critic of the public trial", Oxford University Press, UK, 2002.
192. JAMES, Fleming Jr.: "Sufficiency of the evidence and jury-control devices available before verdict", 47 *Virginia Law Rev.* 218, USA.
193. JIMENO-BULNES, Mar J.: "Lay Participation in Spain: The Jury System", *International Criminal Justice Review* May 2004 vol. 14 no. 1 164-185.
194. JOFRÉ, Tomás: "Manual de Procedimiento Civil y Penal", 5ª edic., anotada por el Dr. Halperín, Tomo I, Bs As, La ley, 1941.
195. JONES, Robert: "A brief history of the Inquisition", Createspace, USA, 1998.
196. JULIANO, Mario y ÁVILA, Fernando: "Veredicto inmotivado y posibilidades de revisión", *Revista de Derecho Procesal Penal "Juicio Por Jurados-II"*, 2014-2, Rubinzal-Culzoni, Rosario, Argentina.
197. KALVEN, Harry Jr. y ZEISEL, Hans: *The American Jury*, Ed. Little Brown, USA, 1966.
198. KAMEDA, T. & SUGIMORI, S.: "Procedural influence on group decision making: deliberation style and assigned decision rule", *Journal of Personality and Social Psychology*, 61, 245-256, 1995.
199. KASSIN, S.M. & WRIGHTSMAN, L.S.: "The American jury on trial: Psychological perspectives", New York Taylor & Francis, 1988.
200. KENDALL, W.: "John Locke and the Doctrine of the Majority-Rule", en *Editorial Urbana*, University of Illinois Press (1941).
201. KERR, N.L, NIEDERMEIER, K.E. & KAPLAN, M.E.: "Bias in jurors vs bias in juries. New evidence from the SDS perspective", *Organizational Behaviour and Human Decision Processes*, 80, 70-86, 1999.
202. KERWIN, J.: "Mock Jurors Versus Mock Juries: The Role of Deliberations in Reactions to Inadmissible Testimony". *Personality & Social Psychology Bulletin* (0146-1672), 20 (2), (1994).
203. KNAPPER, M.: "Constitutional and legal history of England", 436, Estados Unidos, 1942.
204. KOTLER, Martin: "Reapprising the jury's role as a finder of fact", 20 *Ga. Law Review*, 123 y 133, USA, 1985.

205. LANG, Daniel: "El juicio al Dr Spock". The New Yorker, Septiembre 7, 1968.
206. LANGBEIN, John: "The English criminal trial jury on the eve of the French Revolution" en el libro "The trial jury in England, France, Germany 1700-1900", editado por SCHIOPPA, Antonio, Editorial Duncker & Humblot/Berlín, Alemania, 1987.
207. LANGBEIN, John: "The Criminal Trial before the Lawyers", Chicago Law Review, vol. 45, 2/1978.
208. LANGBEIN, John: "The origins of adversary criminal trial", Oxford University Press, New York, 2003.
209. LANGBEIN, John: "Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Regime", University of Chicago, 1976.
210. LANGBEIN, John: "Sobre el mito de las constituciones escritas: la desaparición del juicio penal por jurados", Revista Nueva Doctrina Penal 1996 A, Editores del Puerto, Buenos Aires.
211. LANGER, Máximo: "La larga sombra de las categorías acusatorio-inquisitivo", The Long Shadow of the Adversarial and Inquisitorial Categories, in Handbook on Criminal Law, edited by Markus D. Dubber and Tatjana Höernle, Oxford University Press, 2014.
212. LANGER, Máximo: "Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia", CEJA-JSCA, 2007.
213. LANIER, Mark & MILLER, Cloud III: "The Allen Charge: Expedient justice or coercion?", American Journal of Criminal Justice : AJCJ25.1 (Fall 2000)
214. LARSEN, Joan L.: "Ancient Juries and Modern Judges: Originalism's Uneasy Relationship with the Jury", 71 Ohio St. L.J. 959, \*966, 2010.
215. LAUDAN, Larry: "Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology", Cambridge Studies in Philosophy and Law, 2008.
216. LEDESMA, Ángela: "La reforma procesal penal", Nova Tesis Editorial Jurídica, Buenos Aires, 2005.
217. LE PERA, Sergio: "Reglas de prueba para el uso del simulacro de juicio por jurados", Revista Lexis Nexis n° 0003/001164, Buenos Aires, agosto de 2004.
218. LEHMAN, Godfrey D.: "We the jury.....The impact of jurors in our basic freedoms", Prometheus Books, New York, 1997.
219. LEHMAN, Godfrey: "The Ordeal of Edward Bushell", Lexicon , 1996.

220. LEIPOLD, Andrew D.: "Rethinking Jury nullification", 82 Va. L. Rev. 253, Estados Unidos, 1996.
221. LETTOW LERNER, Renée: "The Rise of Directed Verdict: Jury Power in Civil Cases Before the Federal Rules of 1938", 81 GEO. WASH. L.REV. 448 (2013).
222. LEVAGGI, Abelardo: "La fundamentación de las sentencias en el derecho indiano", Revista Historia del Derecho n° 6, 1978, Buenos Aires.
223. LEWIN, K., LIPPITT, R., & WHITE, R. K.: "Autocracy and democracy", New York: Harper & Row (1961).
224. LIND, Allan, THIBAUT, John & WALKER, Laurens: "Discovery and presentation of evidence in Adversary and Nonadversary Proceedings", 71 Michigan Law Review 1129-1143, 1973.
225. LIPSET, Seymour: "Some Social Requisites of Democracy: Economic Development and Political Legitimacy", 53 AM. POL. SCI. REV. 69, 86 (1959).
226. LOMZADSE, Giorgi: "Georgia: Jury Trials Aim to Bolster Public Confidence in Courts", Tbilisi, Georgia, 2010.
227. LORENZO, Leticia: "Manual de litigación", Ed. Didot, Buenos Aires, 2012.
228. LOZANO-HIGUERO PINTO, Manuel: "Sobre algunos vicios, remediables, del sistema español del jurado (de la hipermotivación a la minoración de la presunción de inocencia, pasando por el régimen "sui generis" de impugnaciones", Revista vasca de derecho procesal y arbitraje, Vol. 17, N°. Extra 1, 2005 (Ejemplar dedicado a: Décimo aniversario de la Ley del Jurado (1995-2005)).
229. LUHMANN, Niklas: "Legitimation durch Verfahren", Ed. Suhrkamp, Alemania, 8ª edición, 1983.
230. LUHMANN, Niklas: "Sistemas sociales", Alianza Ed., México, 1991.
231. LURATI, Carina: "La intervención de un menor y el uso de armas como agravantes en la Parte General ", en el libro "Reformas Penales", Tomo I, Editorial Rubinzal Culzoni, Rosario, 2004.
232. MacCOUN, R.J. & KERR, N.L.: "A symmetric influence in mock jury deliberation: Jurors' bias for leniency", Journal of Personality and Social Psychology, 54, 21-33, 1988.
233. MACDONELL, Sir John: "Great jurists of the world", Boston, Little Brown & Company, USA, 1914.

234. MAIER, Julio B. J.: “Derecho procesal penal, Tomo I Fundamentos”, Editores del Puerto, Bs As, 2ª edición, 1996.
235. MAIER, Julio B. J.: “Juicio por jurados en el proceso penal”, Editorial Ad- Hoc, Buenos Aires, 2000.
236. MAIER, Julio B. J.: “Discurso de Clausura”, publicado en el libro del II Congreso Internacional de Juicio por Jurados, Facultad de Derecho, UBA, Editorial JUSBAIRES, octubre 2014.
237. MAIER, Julio: Revista del Congreso Internacional de Jurados en Materia Penal, editada por el Colegio de Abogados de La Plata, La Plata, Argentina, 1997.
238. MAITLAND, Frederic William: “The Constitutional History of England”, Cambridge, 1950. Inglaterra.
239. MANTA, Irina D.: "The Puzzle of Criminal Sanctions for Intellectual Property Infringement", Harvard Journal of Law & Technology 24 (2), 2011.
240. MARDER, Nancy: “The Jury Process”, Foundation Press, New York, 2005.
241. MARDER, Nancy S. & HANS, Valerie P: “Introduction to Juries and Lay Participation: American Perspectives and Global Trends”, 90 Chicago-Kent Law Review 789 (2015),
242. MARKOWITZ, Alison: “Jury secrecy during deliberations”, The Yale Law Journal, USA, (Vol. 110 2001).
243. MAYERS, Lewis: “El sistema legal norteamericano”, Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1960, 2º ed.
244. McCLELLAN, Peter: “Looking inside the jury room”, The Law Society of New South Wales, Sydney, Australia, 2011.
245. McCOY, M. L., NÚÑEZ, N. & DAMMEYER, M.M.: “The effect of jury deliberations on jurors’ reasoning skills”, Law & Human Behaviour, 23, 557-575, 1999.
246. MITFORD, Jessica: “The Trial of Dr Spock”, McDonald & Company, Estados Unidos, 1969
247. MITERMAIER, Carl: “Das Englische, Schottische Und Nordamerikanische Strafverfahren”, Nabu Press, Alemania, 2013.
248. MITTERMAIER, Carl: “Tratado de la prueba en materia criminal o Exposición comparada de los principios en materia criminal y de sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia e Inglaterra”, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, España, 1877.

249. MIZE, G.E., HANNAFORD-AGOR, P. & WATERS, N.L: “The state-of-the-state surveys of jury improvement efforts: a compendium report”, Williamsburg VA, National Center for State Courts (2007). En [http://www.ncsonline.org/D\\_Research/cjs/pdf/SosCompendiumFinal.pdf](http://www.ncsonline.org/D_Research/cjs/pdf/SosCompendiumFinal.pdf).
250. MOLTZEN, Karl: “The Jury poll and the dissenting juror: when a juror in a criminal trial disavows their verdict in open court”, *The John Marshall Law Review*, USA, 2001, 35 j, 45.
251. MOMMSEN, Theodor: “Derecho Penal Romano”, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1991.
252. MONAGHAN, Henry P: “Constitutional Fact Review, 85 *Columbia Law Review*note 3, at 234, USA; 1985.
253. MONTESQUIEU: “Del espíritu de las leyes”, Libro Décimoprimer, Capítulo VI, Ed. Porrúa, México, 1982.
254. MORENO HOLMAN, Leonardo: “Teoría del Caso”, Ed. Didot, Buenos Aires, 2012.
255. MORGAN, E: “Some problems of proof under the Anglo-American system of litigation”, 3, 1956.
256. MOUNTFORD, Lisa & HANNIBAL, Martin: “Criminal Litigation Handbook 2014-2015”, Oxford University Press, Reino Unido.
257. MUÑOZ NEIRA, Orlando: “Sistema penal acusatorio de Estados Unidos”, Editorial Legis, Bogotá, Colombia, 2008.
258. NEILSON, W. & WINTER, H.: “The Elimination of Hung Juries: Retrials and Nonunanimous Verdicts”, *International Review of Law and Economics* 25 (2005).
259. NELSON, William: “Americanization of the common law: the impact of legal change on Massachusetts society”, University of Georgia Press, reedición, 1994.
260. NELSON, Williams E.: “Summary Judgment and the Progressive Constitution”, 93 *Iowa L. Rev.* 1653, 1660 (2008).
261. NEMETH, Charlan: “Interactions Between Jurors as a Function of Majority vs. Unanimity Decision Rules”, *Journal of Applied Social Psychology*, British Columbia, Vancouver, Canadá, 1977, 7, 1.
262. NICHOLS, F. M.: “Britton”, Oxford, Oxford University Press, vol. i 31, 1865.
263. NICORA, Guillermo: “Composición e integración del jurado”, publicado en el libro del II Congreso Internacional de Juicio por Jurados, Facultad de Derecho, UBA, Editorial JUSBAIRES, octubre 2014.

264. NORTON- TAYLOR, Richard: "The Ponting Affair", Cecil Woolf, London, 1985
265. NÚÑEZ, Ricardo: "El contralor de las sentencias de los tribunales de juicio por la vía de la casación", Opúsculos de Derecho Penal y Criminología, n° 40, Ed. Lerner, Córdoba, 1989.
266. ORFIELD, L.: "Criminal Procedure from Arrest to Appeal" 34751 (1947); EARALSON: "Unanimous Jury Verdicts in Criminal Cases", 21 Miss.L.J. 185, 191 (1950).
267. PARKER, Wilson: "Free expression and the function of the jury", 65 B.U.L. Rev. 483 (1985).
268. PARMENTER, Andrew J.: "Nullifying the Jury: <sup>2</sup>The Judicial Oligarchy Declares War on Jury Nullification", 46 Washburn L.J. 379, 2007.
269. PASTOR, Daniel: "El deber judicial de motivar las condenaciones", en el libro "Reflexiones sobre el procedimiento penal. Una tarde con Julio Maier", Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2010.
270. PASTOR, Daniel: "El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho", Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2002.
271. PENN, William: "No Cross, No Crown", Inglaterra, 1669, edición digital en <http://www.gospeltruth.net/Penn/nocrossnocrownIndex.htm>.
272. PENNA, Cristian D.: "Audiencia de selección de jurados: repensando la imparcialidad", LLBA2016 (marzo), 113 (Cita Online: AR/DOC/603/2016)
273. PENNA, Cristian D.: "Prejuicios y falsos conocimientos: historia de los cuestionamientos al juicio por jurados en Argentina", en A.A.V.V., "Juicio por jurados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", Jusbaire, C.A.B.A., 2014, pp. 83 a 126.
274. PERFECTO IBÁÑEZ, Andrés: "Acercas de la motivación de los hechos en la sentencia penal" en el libro "En torno a la jurisdicción", Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.
275. PERFECTO IBÁÑEZ, Andrés: "Prueba y convicción judicial en el proceso penal", Editorial Hammurabi, Buenos aires, 2009
276. PERFECTO IBÁÑEZ, ANDRÉS: "Tercero en discordia: Jurisdicción y juez del estado constitucional", Editorial Trotta, Madrid, 2015.
277. PICKTHORN, K.: "Early Tudor Government: Henry VII", Cambridge Univesity Press, 1967.
278. PIRENNE, Henri: "Mahoma y Carlomagno", Alianza Editorial, Madrid, 1970.

279. PLUCKNETT, Theodore.: "A Concise History of the Common Law", Boston: Little, Brown and Company, 1956. 5th ed. 1956.
280. PLUCKNETT, Theodore: "The Lancastrian Constitution, in Tudor Studies", 161, 169-170, R. Seton-Watson ed. 1924.
281. POE, Gregory L.: "Conrad Black and special verdicts", en, [www.blog.gpoelaw.com](http://www.blog.gpoelaw.com), USA, 2009.
282. PORTERIE, Sidonie y ROMANO, Aldana: "Jurado Popular vs Jurado Escabinado", en prensa. Paper presentado en la Conferencia Internacional de Law & Society, Nueva Orleans, Estados Unidos, junio 2016.
283. POST GORDON, Charles: "An Introduction to the law", A Spectrum Book, Prentice Hall, Englewood Cliffs, Nueva Jersey, EE.UU., 1963
284. PRIEST, George: "The Role of the Civil Jury in a System of Private Litigation", University Chicago Legal, 1990.
285. PRIEST, Phillips: "The Problematic Proviso: The Vice of Weiss", Victorian Bar, Australia, 2007.
286. QUINTERO, Jesús R.: "El Jury y el Schöffengericht en el Código Orgánico Procesal Penal. Una aproximación histórica y política", Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, julio 2000.
287. RABELAIS F.: "Pantagruel", Libro Segundo [1521], en Id., Gargantúa y Pantagruel, El Ateneo, Buenos Aires, 1956.
288. RAWLS, John: "Teoría de la justicia", Ed. Fce, México, 2009.
289. RENTON, Robert Wemyss & BROWN, Henry Hilton: "Criminal procedure according to the law of Scotland", W. Green/Sweet & Maxwell, 6ª edición, Edimburgo, Escocia, 1996.
290. ROBERTS, Paul: "Double Jeopardy Law Reform: A Criminal Justice Commentary", (2002) 65 Modern Law Review 393, 400, 421.
291. ROGGE, Karl August: "Über Das Gerichtswesen Der Germanen; Ein Germanischer Versuch", Halle, in der Gebaurichen Buchandlung, Alemania, 1820.
292. ROSATTI, Horacio, "Tratado de Derecho Constitucional", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011.
293. ROSE, Mary y otros: "Juries and Judges in the Public's Mind: Race, Ethnicity, and Jury Experience", 93 JUDICATURE 194, 199 (2010).
294. ROXIN, Claus: "Derecho procesal penal"; traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor; revisada por Julio B. J. Maier, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, capítulo 10º.



295. RÚA, Gonzalo: “El contraexamen de testigos”, Editorial Didot, Buenos Aires, 2014.
296. RÚA, Gonzalo: “El examen directo de testigos”, Editorial Didot, Buenos Aires, 2015.
297. RUSCONI, Maximiliano: “Derecho penal. Parte general”, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2009.
298. RYAN, J. V.: “Less than Unanimous Jury Verdicts in Criminal Trials”, 58 J. Crim.L.C. & P.S. 211, 213 (1967).
299. SABELLI, Martín: “A Distant Mirror: The Constitutional Implications of Diminishing Voir Dire”, conferencia brindada en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Francisco, Estados Unidos, 2000.
300. SAGÜÉS, Néstor Pedro: “El Juicio por Jurados: ¿Derecho del acusado o facultad del Congreso?”, en Revista de Derecho Procesal Penal Juicio por Jurados-II, Rubinzal Culzoni, Rosario, 2015.
301. SAGÜÉS, Néstor. “Derecho procesal constitucional”, 2ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988.
302. SAKS, M. J. & MARTI, M. W: “A meta-analysis of the effects of jury size”, Law and Human Behavior, Vol 21(5), Oct 1997, 451-467
303. SANCINETTI, Marcelo: “El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público -art. 268, 2, C.P., un tipo penal violatorio del Estado de Derecho”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, p. 15.
304. SANDRO, Jorge Alberto: “Reflexiones sobre el Jurado Popular”, La Ley, 1992-A. Pp. 876 y ss.
305. SAVIGNY, Friedrich Karl Von: “Geschichte Des Romischen Rechts Im Mittelalter”, Volumen 4, Heidelberg, bei J. C. B. Mohr, 1851
306. SAX, Joseph, Yale Law Review 57, Junio de 1968, ps 481-494.
307. SCHIAVO, Nicolás: “Fundamentos conceptuales del veredicto inmotivado”, La Plata, agosto de 2012,
308. SCHIAVO, Nicolás: “La potestad jurisdiccional para absolver ante el veredicto condenatorio del jurado”, Revista Pensamiento Penal, Buenos Aires, diciembre 2015.
309. SCHIAVO, Nicolás: “Valoración racional de la prueba en materia penal”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2012.
310. SCHIAVO, Nicolás: La potestad jurisdiccional para absolver ante el veredicto condenatorio del jurado. Doctrina Asociación Pensamiento Penal, 2015.

311. SCHIFFRIN, Leopoldo: "El Forum Delicti Commissi como exigencia del art 102 de la C. N.", *El Derecho* (ED), t. 52, 1974.
312. SCHÜNEMANN, Bernd: "Reflexionen über die Zukunft des deutschen Strafverfahrens", en: *Festschrift für Gerd Pfeiffer*, Köln-Berlin-Bonn-München, Alemania, 1988
313. SHAPIRO, Martin: "COURTS. A comparative and political analysis", The University of Chicago Press, 1981
314. SMITH, V. L., & KASSIN, S. M.: "Effects of the Allen charge in the deliberations of deadlocked mock juries". *Law and Human Behavior*, 17, 625-643, 1993.
315. SOBERANO, Marina: "El art. 41 bis del Código penal o la venganza del principio de legalidad", *Revista Nueva Doctrina Penal (NDP)*, 2002 A, Editores del Puerto, Buenos Aires.
316. SORIA, Patricia: "El jurado popular de la provincia de Córdoba", *Revista INFOJUS Derecho Penal n° 3 "Participación ciudadana en la justicia"*, Buenos Aires, 2013.
317. STEINER, I.D.: "Group process and productivity", New York, Academic Press, 1972.
318. STEPHENS, Pamela: "Controlling the civil jury. Towards a functional model of justification", 76, *Ky. L.J.*, USA, 81, 114, 1987.
319. SUNWOLF, "Practical Jury Dynamics2", Lexis Nexis, 2005.
320. SUNWOLF: "God-Thinking: Every Juror's Moral Brain, Religious Beliefs, and Their Effects on a Trial Verdict", LexisNexis, EEUU, 2013.
321. SWARD, Ellen E.: "The Decline of the Civil Jury", Carolina Academic Press, 2001, USA.
322. TANFORD, S. & PENROD, S.: "Jury deliberations: discussion content and influence processes in jury decision making", *Journal of Applied Social Psychology*, 16, 322-347, 1986.
323. TARUFFO, Michelle: "Cinco lecciones mexicanas" Editado por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación Mexicana, México, 2003.
324. TARUFFO, Michelle: "La motivación de la sentencia civil", Editada por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México, 2006.
325. TARUFFO, Michelle: "La Prueba de los Hechos", Ed Marcial Pons, 2010.
326. TARUFFO, Michelle: "La prueba, artículos y conferencias" Editorial Metropolitan, Chile, 2009.

327. TARUFFO, Michelle: “Simplemente la verdad. El juez y la reconstrucción de los hechos”, Ed Trotta, Madrid, 2002.
328. TEDESCO, Ignacio: “Algunas precisiones en torno al juicio abreviado y el privilegio contra la autoincriminación”, en <http://www.catedrahendler.org/doctrina>.
329. TEDESCO, Ignacio: ““Ficción e imagen cultural del acusado en el ritual judicial. Un estudio histórico comparado”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.
330. THAMAN, Stephen C.: “Questions of fact and law in Russian jury trials: the practice of the cassational courts under the jury laws of 1864 and 1993”, *Revue internationale de droit pénal*, 2001/1 Vol. 72.
331. THAMAN, Stephen: “Should criminal juries give reasons for their verdicts? *Chicago Kent Law Review*; USA, vol 86 n° 2.
332. THAMAN, Stephen: “The Nullification of the Russian Jury: Lessons for Jury-Inspired Reform in Eurasia and Beyond”, 40 *Cornell Int'l L.J.* 355, 2007.
333. THAMAN, Stephen: “Europe’s New Jury Systems: The Cases of Spain and Russia”, 62 *Law and Contemporary Problems* 233-260, Primavera 1999.
334. THAYER, James Bradley: “The origin and scope of the American doctrine of Constitutional Law”, Little, Brown, USA, capítulo 3, 1893.
335. TOMÁS DE AQUINO: *Summa Theológica*, Volumen III, La Segunda parte de la segunda parte, edición digital <http://hjpg.com.ar/sumat>
336. TULARD, Jean: “Napoleón”, Editorial Crítica, Barcelona, 2012.
337. TURLEY, Hugh: “The Grand Jury”, *Hyattsville Life & Times*, 2007.
338. URBINA, Ricardo M: “Anatomía de un juicio por jurado”, “La función del juez”, *Journal USA*, Departamento de Estado de los Estados Unidos, julio 2009, vol. 14, n° 7, p. 11 y ss
339. VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E.: “Crisis de la justicia penal y tribunal de jurados”, Editorial Juris, Rosario, 1998.
340. WALLIN, Paul Jeffrey: “To Impeach Or Not To Impeach: The Stability of Juror Verdicts in Federal Courts”, 4 *Pepp. L. Rev. Iss.* 2 (1977).
341. WATERS, Nicole & HANS, Valerie P.: “Un jurado de uno: Formación de la Opinión, conformidad y disidencia en los jurados”, en el libro de HANS, Valerie P. & GASTIL, John: “El juicio por jurados: Investigaciones sobre la deliberación, el veredicto y la democracia”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014.
342. WAYNE R. LaFave, Jerold H. *Israel Criminal Procedure*, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1985.

343. WEINER, Stephen: "The civil jury and the law/fact distinction", 54 Calif. L. Rev. (1966).
344. WELLS, Charles L.: "The origin of the petit jury". The Law Quarterly Review, Londres, Stevens & Sons, 1911.
345. WESTEN, Peter: "The Three Faces of Double Jeopardy: Reflections on Government Appeals of Criminal Sentences", Michigan Law Review, 78(7), 1001-1065, EE.UU, 1980.
346. WHITMAN, James: "Origenes de la duda razonable: raíces teleológicas del proceso penal", traducción de Nicolás Schiavo, Colección de Ciencias Jurídicas de la Univerisdad de Palermo, Buenos Aires, Argentina, 2016.
347. WIGMORE, John Henry: "A treatise on the Anglo-American System of Evidence in trials at common law", Vol 1, 3ª ed. revisada, Boston-Toronto, Little Brown and Company, 1983.
348. WILLOCK, Ian Douglas: "The origins and development of the jury in Scotland", The Stair Society, Edimburgo, Escocia, 1966.
349. WILSON, Richard: "El juicio por jurados en Estados Unidos", Revista del Congreso Internacional de Jurados en Materia Penal, editada por el Colegio de Abogados de La Plata, La Plata, Argentina, 1997.
350. YEAZELL, Stephen: "The new jury and the ancient jury conflict", 1990, University of Chicago, USA, Legal F. 87, 93.
351. ZAFFARONI Eugenio, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro: "Derecho Penal-Parte general", Buenos Aires, Ediar, 2000.
352. ZAFFARONI, Raúl (coordinador): "Sistemas Penales y derechos Humanos en América Latina", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984.
353. ZAMORA, Lecko: "Ecos de la Resistencia", Instituto de Cultura de la provincia del Chaco, (Colección Pajlhayis Kajiayayaj Pak. La luz de nuestros ancestros), 2009.
354. ZAMPINI, Virgilio: "Chubut Siglo XIX. Una década del juicio por jurados", Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Editorial AD-HOC, Buenos Aires, 2002, Vol. 8 nº 14.
355. ZEISEL, Hans: "And then there were none: The diminution of the federal jury", 38 U. Chi. L. Rev. 710-725 (1970-1971).
356. ZIFFER, Patricia: "Lineamientos de la determinación de la pena", Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1996.
357. ZIMMERMAN, Mara: "The News Media & The Law", Julio 2010
358. ZIYADOV, Nazim: "Can Trials by Juries Bring More Leniency to Inquisitorial Systems? Focused Comparison of the Russian and Azerbaijani

Criminal Justice Systems”, trabajo extraído de la tesis doctoral del autor: “Choosing for juries: Application and development of juries in old and new jury trial countries”, Maklu Publishers, Bélgica, 2013.

359. ZYSMAN QUIRÓS, Diego: “Determinación judicial de la pena, poderes de los jueces y derecho a un juicio por jurados. Una aproximación al sistema estadounidense de Sentencing Guidelines a partir del reciente fallo “Blakely vs. Washington”, Revista Nueva Doctrina Penal 2004 B, Editores del Puerto, Buenos Aires.
360. ZUCKERMAN: “The Social Context of Democracy in Massachusetts”, 25 Wm. & Mary Q. (3d ser.) 523, 526-527, 540-544 (1968).

### **REVISTAS, SITIOS WEB Y OTROS**

3. “The Insanity Defense: Hearings” on S.18, S.1106, S.1558,S. 1995, S. 2572, S. S.2658, and S.2669Before the Subcomm. on Criminal Law of the Senate Comm on the Judiciary, 97thCong., 2d Sess. 155-70(1982).
4. AJS, American Judicature Society  
[http://www.ajs.org/jc/juries/jc\\_privacy\\_exjurors.asp](http://www.ajs.org/jc/juries/jc_privacy_exjurors.asp).
5. American Bar Association, Comité de Ética Profesional y Quejas, opinión 319 (Common Professional Ethics and Grievances), Formal Op.319 (1967).
6. American Bar Association: “Allen charge dilemma”, en American Criminal Law Review, 10, 637-670, 1972.
7. Anatomía de un juicio por jurados, State Department USA, Julio 2009, vol 14, nº 7 en <http://www.america.gov/publications/ejournalusa.html>.
8. Artículo del New York Times, "Juez prohíbe hablar en el juicio al Dr Spock de la legalidad de la Guerra de Vietnam", The New York Times", Abril 17, 1968.
9. caso Bradley Cooper: [http://www.juicioporjurados.org/2011/12/videos-instrucciones-al-jurado-caso\\_24.html#more](http://www.juicioporjurados.org/2011/12/videos-instrucciones-al-jurado-caso_24.html#more)
10. Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez-Área de Investigación: “Jurados Populares: Opinión Sobre La Justicia Penal, Antes Y Después De Su Participación Como Jurados Resultados De Las Encuestas Año 2010”, <http://www.juicioporjurados.org/2011/11/cordoba-opinion-de-jurados-sobre-la.html#more>.
11. COLEGIO DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES: “Manual de instrucciones al jurado. Ley 14.543”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2014.

12. Comité de la Corte Suprema de Justicia de Arizona para un uso más efectivo del jurado y los jurados: “The Power of 12 (Report of the Arizona Supreme Court Committee on More Effective Use of Juries”, (1994)
13. Defused?, Missouri Law Review, Vol 43, n° 4, 1978
14. Zaffaroni, Eugenio. Diario El Atlántico del día 12/11/12 en <http://www.diarioelatlantico.com/diario/2012/11/12/47676-si-admitimos-jurado-puro-habria-contradiccion-constitucional%E2%80%9D.html>
15. Discursos del segundo presidente de los Estados Unidos, John Adams, en Yale Law Journal 74, 1964
16. Editorial de la AAJJ del 1º de diciembre de 2015 “Juicios por jurados, juicios auténticamente adversariales” en <http://www.juicioporjurados.org/2015/12/editorial-juicios-por-jurados-juicios.html>
17. Estudio empírico sobre el jurado cordobés en: <http://www.juicioporjurados.org/2011/11/cordoba-opinion-de-jurados-sobre-la.html#more>
18. Guía de la American Judicature Society Behind Closed Doors 1999. [https://docs.google.com/file/d/0B2yvs\\_8DQr4dZGxXQ3czNGVwa1U/edit?pli=1](https://docs.google.com/file/d/0B2yvs_8DQr4dZGxXQ3czNGVwa1U/edit?pli=1)
19. HARRIS INTERACTIVE, JURY SERVICE: “Is fulfilling your civic duty a trial? (¿satisface el juicio por jurados su deber cívico?) 11 (2004), en [http://www.abanow.org/wordpress/wp-content/filesflutter/127205271520\\_1\\_1\\_7\\_Upload\\_File.pdf](http://www.abanow.org/wordpress/wp-content/filesflutter/127205271520_1_1_7_Upload_File.pdf)
20. <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/zenger/zengerrecord.html>
21. <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/juryprojectstandards/principles.authcheckdam.pdf>
22. <http://www.ramajudicial.pr/sistema/supremo/manual-instrucciones-al-jurado-mayo-2006.pdf>
23. <http://www.slashgear.com/apple-vs-samsung-jury-foreman-speaks-with-bloomberg-in-video-interview-28244233/>
24. Instrucción admonitoria en el juicio de Casey Anthony (ver desde minuto 34:59 hasta 35:22) <http://www.juicioporjurados.org/2011/12/videos-instrucciones-al-jurado-caso.html>
25. Instrucciones Suplementarias para el juicio con jurados del Estado de Massachusetts, E.E.U.U., Instrucción 2500, pág 1, 2009.
26. ISIL (International Society for Individual Liberty): “History of jury nullification”, EE.UU., 2001, <http://www.isil.org/resources/lit/history-jury-null.html>

27. link de video “¿Qué son las instrucciones al jurado”? en la pág web de la AAJJ. El video dura dos minutos y es increíblemente práctico e ilustrativo. <http://www.juicioporjurados.org/2011/12/video-que-son-las-instrucciones.html>
28. link donde el Juez Belvin Perry instruye al jurado en el caso Casey Anthony durante el juicio en 2011: <http://www.juicioporjurados.org/2011/12/videos-instrucciones-al-jurado-caso.html>
29. link [http://www.plainlanguage.gov/examples/before\\_after/jury.cfm](http://www.plainlanguage.gov/examples/before_after/jury.cfm)
30. MAIER, Julio: Entrevista en el programa “Derecho Viejo”, Radio Nacional AM 780, 1º junio 2014. Audio completo en <http://www.juicioporjurados.org/2014/06/imperdible-maier-hendler-binder-y.html>
31. registro taquigráfico íntegro del juicio en <http://www.constitution.org/trials/lilburne/lilburne1.htm>
32. reportaje al ex juez español Baltasar Garzón en <http://www.juicioporjurados.org/2014/06/baltasar-garzon-destaco-la-importancia.html>
33. SISTEMAS JUDICIALES nº 5, CEJA, 2010.
34. NUEVA DOCTRINA PENAL, Editores del Puerto, Buenos Aires, nº 2005 A; 2004 B; 1996 A, nº 2002 A.
35. sitio web de Cornell University Law School <http://www.lawschool.cornell.edu/spotlights/Valerie-Hans-Launches-Empirical-Study-of-South-American-Juries.cfm>
36. STS de 2 de marzo de 2005, RJA 2005/4111, España.
37. Thomas Jefferson a Abbe Arnoux, 1789. ME 7:423, Papeles 15:283.
38. UNITED STATES COURTS for the 9th Circuit en <http://www3.ce9.uscourts.gov/jury-instructions/node/395>
39. West’s Encyclopedia of American Law en [www.answers.com/topic/adversarial-system](http://www.answers.com/topic/adversarial-system)