

Apuntes sobre la epistemología del Juicio por Jurados. Por Juan Carlos Ustarroz (*)

Sumario: 1.- Introducción; 2.-El Proceso Penal visto Epistemológicamente; 3.- EL Juicio Por Jurados, 3.1.- Como funciona el Juicio por Jurados, 3.2.- Como conoce el jurado: Las instrucciones; 4.- El juicio por Jurados y el Proceso de conocimiento, 4.1.-Un Jurado Imparcial y el proceso de 'voir dire', 4.2.- Una barrera epistemológica importante: La duda razonable, 4.3.- Otra barrera epistemológica: La inmotivación del jurado, 4.4.- La investigación, las pruebas del debate el papel del fiscal y la justicia negociada, 4.5 Un elemento a favor: el consenso del jurado; 5.-Conclusiones.

1 INTRODUCCIÓN

Este artículo trata de epistemología, pero *no trata de epistemología del Derecho*, es decir no trata de 'como conoce la Ciencia de Derecho' sino que se focaliza en una práctica única del Derecho: ***Trato de analizar como construye su verdad el proceso penal.***

Entiendo a la epistemología en su definición clásica. Esto es *la ciencia que estudia como conoce la Ciencia*. Va de suyo, entonces, que entiendo al Derecho como Ciencia, pero no solo por el prestigio que ostenta desarrollar una práctica científica sino porque el Derecho posee *todas* características de una Ciencia, posee un objeto, posee una metodología, sistematiza sus conocimientos con la Dogmática y que responda a variables sociales no le quita si carácter de tal (de hecho, posiciones actuales de la epistemología dan cuenta de la influencia de los factores sociales en los resultados de las ciencias naturales y hasta en las formales).

Abordo el estudio del conocimiento del Derecho desde la epistemología porque si bien existen otras formas de abordaje respecto a la manera en que una ciencia descubre 'su verdad', como la lógica¹ (en este caso, la lógica jurídica), que también estudia el conocimiento 'correcto', estos estudios tienen alto nivel de abstracción y solo me interesan en cuanto a predicados de verdad. Exactamente lo mismo ocurre si desea abordarse el conocimiento del Derecho desde el punto de vista del observador (psicología jurídica), pero sepa el lector que estas posibilidades de abordaje existen...

Porqué es imperativo que reflexionemos como el Derecho logra su conocimiento? Pues ese conocimiento otorga sentido a numerosas prácticas sociales, como –concretamente- lo que

¹ Lo lógica –concretamente- teoriza sobre cómo debe ser un 'razonamiento correcto'... Los fundamentos de la lógica son ciertamente muy usados en el Derecho y sobre todo en la valoración probatoria. Es muy común la frase "...con los fundamentos de la lógica, la razón, la experiencia y el sentido común..."

se discute en Tribunales, lo que se discute en Doctrina (la Dogmática Jurídica), lo que se enseña en las Aulas de Derecho, etc.-.

La Epistemología del Derecho como dije en artículos anteriores, es una ciencia ‘tomada’ por intelectuales de diversas ramas –fundamentalmente de la Filosofía- que quizás sean abogados, pero no son –en su gran mayoría- litigantes. Esto explica porque el proceso como formador de verdad (relativa, acota, motivadora de veredicto y todas las características que definen a la verdad en el proceso) está fuera de las reflexiones centrales en este campo².

No se me escapa que la epistemología del Derecho , y más concretamente sus dos corrientes más importantes, la empirista (según la cual el Derecho es lo que es y hay que estudiarlo como está) y la constructivista según la cual el Derecho (como cualquier otro objeto de estudio) está ‘pre conformado’ por la visión del sujeto cognoscente, oscila entre posiciones en las que considera que su objeto de estudio es el derecho visto ontológicamente (y en su caso si debe considerarlo ‘objeto’ o ‘fenómeno’) o como práctica lingüística.

La primera opción busca al derecho como ‘ente’ cognoscible, es la que maneja conceptos del derecho como poder, coacción, consenso, etc., y es campo fértil para los estudiosos de las ciencias Sociales, más concretamente de la Filosofía del Derecho. Sus postulados son de un alto nivel de abstracción y son interesantes, pero raramente captados por los profesionales de la práctica jurídica y –más raramente aún- por los operadores judiciales.

En la segunda opción –que es la de mi interés- aparecemos los juristas: Esta opción es metalingüística, y los juristas -según nuestra práctica- la abordamos con diferentes discursos: Discursos DEL derecho (normas, las que dicta el legislador), discursos CON el derecho (decisiones jurídicas, las que se dictan en el curso de un proceso por los operadores judiciales), discursos SOBRE el derecho (valores de los discursos DEL y CON, filósofos y teóricos que analizan desde el punto de vista de valores los discursos anteriores) y discursos PARA el derecho (dogmática jurídica, que en el sistema continental es un sistema cerrado, deductivo)³.

Dicho esto, queda claro que, -más allá de las diferentes teorías-, es importante ‘conocer’ al Derecho, pero, -recuerdo lo que dije al principio- mi centro de interés es “*conocer como conoce el Derecho*” o –más concretamente- como se conoce en una práctica social específica (que es el juicio) que está regida por las normas del Derecho. Es –si se quiere- una ‘*meta epistemología*’. Y

² Unido a la pobre formación humanística que recibimos los abogados, la nula formación en idiomas y nuestro desapego por los pensamientos abstractos.

³ Comanducci Paolo, “Estudios sobre la Constitución y Derechos Fundamentales”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Mexico, 2016.

me centro en el proceso penal⁴, pues es allí donde se ‘conoce’ en la forma significativa que manda la ley, esto es, para fundamentar un castigo o una absolución.

Lo que trato de analizar ahora es, si la novedosa incorporación del jurado al juicio afecta ese proceso de conocimiento. En otras palabras, si se busca la misma verdad, de la misma manera, si hay nuevas barreras epistemológicas, y si se eliminan otras. Como resultado ‘colateral’ de ese estudio quedarán algunas reflexiones sobre esta institución en nuestra cultura jurídica, de cuño continental.

2 EL PROCESO PENAL VISTO EPISTEMOLÓGICAMENTE

En artículos anteriores, he abordado el tema epistemológico del juicio como un proceso por el cual se busca la ‘verdad’ como dirimente de la acusación condena. Que el derecho no se exprese en un lenguaje formal, hace que debamos plantarnos claramente que significa que una proposición sea *verdadera* o *falsa*, pues esa es la base del conocimiento de proceso penal, conocimiento orientado a determinar algo que ocurrió en el pasado. Ya habíamos visto que la verdad (siempre relativa) no tiene un sentido unívoco en distintos contextos. También habíamos dicho que la ‘verdad’ en un sistema moderno no es la verdad ‘real’ en tanto que implique conocer ‘exactamente’ que pasó en el hecho investigado, sino que se limita a buscar la ‘verdad’ de la imputación. Solo eso. Si no se llega a la esa verdad, el juicio termina y no hay fundamento para condena alguna.

En los dos artículos que preceden a este sobre el tema⁵, habíamos visto que, en las múltiples instancias históricas en que una sociedad debía encontrar una verdad como fundamento de condena, se recurrió a diferentes lógicas. Como sabemos, esas lógicas existieron pues eran funcionales a la época en la que se desarrollaron. Eran coherentes con el simbolismo dominante, con la conformación social, con el momento político, etc. En suma, ninguna de esas lógicas de

⁴ Pues en el proceso civil, laboral, administrativo también el Derecho ‘conoce’ como fundamento para la toma de decisiones, pero más allá que en el Derecho Penal el resultado de ese conocimiento es una pena (o quizás precisamente por ello), las exigencias del conocimiento en esta rama varían respecto a las otras...

⁵ Ustarroz, J, ; “*Algunas reflexiones sobre el Conceptos de “verdad” en el Proceso Penal*” (www.derechopenalonline.com 25/11/18) y “*Apuntes sobre una epistemología olvidada: Mas sobre La verdad en el proceso penal*” (www.derechopenalonline.com 23/02/19)

averiguación de la verdad eran irracionales para sus tiempos (salvo que las veamos con la lógica de un observador contemporáneo, lo cual es –ciertamente- un error)⁶.

Así, en sucesivas etapas históricas y en diferentes ámbitos geográficos (o –lo que es más acertado- en diferentes conformaciones sociales) se ha determinado que una persona cometió o nó un hecho ocurrido en el pasado por juramento, por una prueba (ordalía), por un combate, por inquisición, por lo que lo dicen un grupo de vecinos, porque así lo dice un cuerpo profesional, etc.

Como recuerda Foucault, es sumamente lógico que en una época en que todo lo transaccional se hiciera por combate, las decisiones sobre la verdad se hicieran también por combate. “..*el proceso penal era la continuación de la guerra.*”⁷

Esta epistemología es la que estudia el proceso de conocimiento que se produce en un juicio como resultado del cual se alcanza una verdad que fundamenta una condena o una absolución. El conocimiento lo logra quien dicta la sentencia que –justamente- es dictada porque el decidente logra ese conocimiento en debate.

A simple vista se ve que el conocimiento, se realiza en un escenario diferente y –si se quiere- más complicado que el contexto de descubrimiento de otras Ciencias. Veamos: *En primer lugar*, no puede usarse todo el material probatorio disponible, *en segundo lugar*, ese conocimiento (o la falta del mismo) se debe determinar en una corta instancia de tiempo, *en tercer lugar*, aquí la ‘duda’ es un operador no para lograr más conocimiento sino para concluir la investigación, *en cuarto lugar*, no es indiferente la distribución de errores: Todo el sistema de conocimiento procesal (al menos en los sistemas acusatorios) está diseñado para evitar ‘falsos positivos’ (inocentes declarados culpables) y *en quinto lugar* la verdad no es buscada como fin en su misma, sino como disparador de la condena o absolución.

Como dije en un artículo anterior, el tema de la ‘verdad’ no es un tema que hayamos analizado muy profundamente los juristas litigantes, tan empeñados en seguir las técnicas del proceso en manera automática, que nos hemos olvidado de reflexionar sobre la verdad que buscamos probar (en acusación o defensa) para conseguir probar nuestra teoría del caso. ***Además de ello no reflexionamos sobre la calidad de la verdad a la que llegamos.*** Entiendo que

⁶ Si fueran irracionales, el cuerpo social las hubiera rechazado rebelándose contra ellas (ello en el supuesto caso que alguien las hubiera intentado imponer contra la lógica de su tiempo) y no nos hubiéramos siquiera enterado de su existencia...

⁷ Foucault, M. “*La verdad y las Formas Jurídicas*”, Gedisa, Barcelona 1998

no reflexionar sobre esto, en el acto de procedimiento más gravoso que puede tener un Estado contra un individuo. Es una falta injustificable.

Esto se pone aún más en crisis en el sistema donde el veredicto está a cargo de jurados legos. Porque a los problemas de justificación de la verdad alcanzada ahora se le suma que nos es imposible conocer la motivación de un jurado, ya que el nuevo sistema descansa justamente en esa falta de motivación. El jurado decide según su 'íntima' convicción...

3 EL JUICIO POR JURADOS

Se repite en la contemporaneidad la coexistencia de diferentes lógicas para hallar la verdad como fundamento de condena: Como ocurría en la Edad Media, donde coexistían las ordalías con los inquisidores en los ámbitos geográficos dominados por las culturas germánicas y (los restos) de la cultura románica, desde la Ilustración hasta hoy han predominado los juicios por jurados en los países del 'common law' y los del sistema de jueces profesionales (con variaciones) en los países donde predomina el 'civil law' (Europa Continental y Latinoamérica).

El jurado, por razones que no viene al caso estudiar aquí, es extraño a nuestra práctica penal. Es importante, pues, que veamos en que consiste el juzgamiento por un jurado para luego hablar de cómo 'conoce' el mismo

3.1 COMO FUNCIONA EL JUICIO POR JURADOS

Excursus: Con respecto al juicio por jurados hoy en la Argentina tenemos dos vías de opinión –en muchos aspectos irreconciliables,- entre los que propugnan el juicio por jurados como única salida democrática para resolver un litigio penal (los llamaré 'juradistas') y el otro –mas heterogéneo- que enarbola distintas objeciones a este sistema (los –obviamente- 'antijuradistas').

Tengo posición tomada respecto a este punto, que, como todas las posiciones sobre temas de conocimiento, ejerceré mi derecho a cambiar. No pretendo que este artículo sea un aporte a esa discusión sino a la de la epistemología del proceso. Cada bando podrá usarlo a su capricho. Cuando sea necesario, sí, me referiré a las posturas que los juradistas o antijuradistas enarbolan sobre un punto crítico de la que trate en el desarrollo del tema.

Breve contextualización histórica

En la República Argentina, el juicio por jurados aparece como mandato constitucional, lo cual es exaltado casi hasta el paroxismo por la corriente juradista⁸. Lo cierto es que el Constitucionalista de 1852 adoptó el sistema sajón como modelo de enjuiciamiento⁹ pero por razones políticas en nuestros sistemas procesales –especialmente el Federal- y la misma organización de la Justicia penal se mantuvo con características típicas del conocimiento inquisitivo, plenamente al principio y con matices acusatorios más luego. De hecho, la oralidad no fue introducida hasta el dictado de la ley 23.984 en 1991 **(y solo en los juicios penales, los juicios civiles son HOY una burla al sentido común con rasgos directamente medievales)**.

Recién en 2011¹⁰ la Provincia de Neuquén implementó un sistema por jurados, seguido casi inmediatamente por la Provincia de Buenos Aires (ley 14.543)¹¹. No es indiferente para nuestro análisis, que las mayorías que se necesitan para un veredicto, cambien en cada provincia, pero veremos eso luego.

Como dice Schiavo¹², en ninguna de las dos provincias (Neuquén y Buenos Aires) el juicio por jurados se emplea para juzgar *todos* los delitos. La competencia de los juicios por Jurados en Neuquén se aplica al juzgamiento de delitos cuya pena en concreto (es decir el fiscal pedirá esa pena al sindicado) implique un tiempo de prisión superior a los quince años, mientras que en Buenos Aires, el juicio por jurado adquiere posibilidad con la pena en abstracto mayor a quince

⁸ Es necesario destacar que -en lo que a incumplimientos constitucionales se refiere- tenemos una amplia gama de acciones no cumplidas y en las que no se pone tanta pasión: Me refiero a la salud pública (en un país donde aún se discute la legalización del aborto), las cárceles sanas y limpias, la vivienda digna, el ambiente sustentable, etc.

⁹ Así, el art 118 de la CN establece que *“todos los juicios criminales deben juzgados por jurados”*. El art. 24 dice que *“el Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todo sus ramos y el establecimiento de un juicio por jurados”* y el art. 75, inc. 12 determina que le corresponde al Congreso dictar *“leyes generales que requiera el establecimiento de juicio por jurado”*

¹⁰ En rigor, el primer juicio por jurados fue en 1012 cuando un grupo de vecinos decidió sobre la suerte de tres reos acusados de robo. EN realidad los vecinos ya sabían del robo pues uno de los reos había confesado el hecho para salvarse (el primer ‘testigo de la corona’). Los tres fueron colgados.

¹¹ En Neuquén, por la ley 1784 que empezó a regir en 2012 y en PBA por la ley 14543 que empezó a regir en 2013. Si bien es cierto que la primera provincia en adoptar un sistema juradista fue Córdoba, que dictó en 2004 la Ley 9.182 que entró en vigencia en el 2005, en donde se adoptó un sistema escabinado, es decir con la participación de jueces profesionales. Recientemente el sistema cordobés ha dado un paso que lo acerca a un modelo clásico, pues el Tribunal Superior de Justicia de esa Provincia (TSJ) emitió el 8/05/17 la Acordada Nº 260, titulada “Protocolo de Actuación en Juicio de Jurados Populares”, que establece que los jueces deberán abstenerse de participar de la deliberación de los jurados. El motivo de esa acordada, según se informa públicamente, es evitar que los jueces técnicos contaminen la deliberación del jurado...

¹² Schiavo, N., “El Juicio por Jurados, la Experiencia de Buenos Aires y Neuquén, Argentina”, Revista Ius et Praxis, Año 25, Nº 2, 2019, pp. 223 – 260.

años del delito a ser juzgado¹³. En los EEUU rige prácticamente para todos los casos, excepto los ‘minor trials’¹⁴. En Neuquén, a diferencia de Buenos Aires y los EEUU, el juicio por jurados no puede ser renunciado¹⁵. En la Provincia de Buenos Aires¹⁶, puede ser renunciado en oportunidad de la audiencia preliminar al juicio (CPPPBA 22 bis) y, en los hechos, antes del debate¹⁷. Si bien en la actualidad, además de Córdoba y Neuquén, las provincias de Mendoza, Chaco, Santa Fe, Río Negro¹⁸ y Chubut¹⁹ han adherido al Juicio por Jurados, la PBA es la provincia que más casos aportó a este sistema²⁰.

La dogmática parece seguir de atrás este proceso que muestra diferencias importantes desde el punto de vista instrumental y que deberían –por lo menos- ser motivo de reflexión, como el carácter renunciable del mismo, la diferente cantidad de votos condenatorios, etc. Incluso, me quedan dudas (no es tema de este artículo) sobre si la organización del jurado es un tema no delegado por las Provincias a la Nación²¹, a tenor de lo que –literalmente dice el art. 75 inc.12 de la CN. Por otra parte me pregunto si las diferentes mayorías agravadas para lograr una condena que no sea perpetua (por caso, 8 sobre 12 en Neuquén, 10 sobre 12 en PBA, unanimidad en Chubut) no violan un elemental principio de igualdad.

El juicio por Jurados en la Provincia de Buenos Aires

Según consta en la exposición de motivos de la ley 14.543, la instauración del juicio por jurados en la provincia apunta no sólo a reconocer la participación ciudadana en los asuntos públicos, sino que a potenciar el principio de publicidad de los actos de gobierno y la

¹³ Para los juradistas a ultranza se sigue incumpliendo la manda constitucional, ya que en el art. 118 establece el instituto para “todo juicio criminal”.

¹⁴ *Baldwin v. New York*, 399 U.S. 66 (1970). Como veremos más abajo, el jurado es la excepción y NO la regla. La mayoría de los casos se pactan con el fiscal. Solo un dos por ciento de los casos elegibles para jurado llegan como tales a juicio.

¹⁵ En USA se deben cumplir ciertas condiciones en el proceso federal para su renuncia.

¹⁶ Cuando en el texto me refiera a ‘Buenos Aires’ me estoy refiriendo a la Provincia. También emplearé las siglas PBA. Cuando deba referirme a la ciudad emplearé el término ‘CABA’

¹⁷ En efecto, los Tribunales de Juicio suelen convocar nuevamente al acusado para que nuevamente se expida sobre esa renuncia

¹⁸ El primer juicio por jurados en la Pcia. De Río Negro está previsto para Marzo de 2020.

¹⁹ En Chubut comenzará a regir el sistema de jurados en enero de 2021

²⁰ El primer juicio por jurados en la PBA tuvo lugar en Marzo de 2015, en el DJ de San Martín.

²¹ De hecho, ese fue uno de los fundamentos de la Defensa para pedir la inconstitucionalidad del Juicio por Jurados Neuquino en ‘Canales’, fallo que analizaré –críticamente- más abajo...

transparencia en la administración de justicia (*es irónico que para implementar publicidad en los actos de gobierno se elija un sistema que se basa en el secreto y la inmotivación como su elemento más destacado...*). Como vimos más arriba, en la PBA, el juicio por jurados no es para 'todo acto criminal: Se aplica (y es renunciable) a los juicios donde la pena en abstracto supere los 15 años.

En los juicios por jurados, además del defensor y el fiscal hay un juez, que actúa como presidente, y doce jurados titulares con seis suplentes. El modelo de juicio por jurados es del tipo clásico donde los ciudadanos deliberan bajo la dirección de un juez profesional determinando si el acusado es culpable o inocente.

En relación al procedimiento deliberativo, se dispone que, terminado el debate, el juez explicará al jurado las normas que rigen la deliberación, debiéndoles entregar un escrito con copia de ellas e instrucciones (este punto será analizado en detalle más abajo, pues forma parte importante del proceso de 'conocimiento' del jurado). Inmediatamente después, los jurados pasaran a deliberar en forma secreta y continua. Dicha deliberación no podrá extenderse más de dos días, prorrogables por igual termino, y solamente estarán presentes en ella la totalidad de miembros titulares. El veredicto condenatorio requerirá como mínimo de diez votos afirmativos sobre las cuestiones planteadas o, en caso de imputaciones por delitos que prevean condena de prisión o reclusión perpetua, a la totalidad de miembros (en Neuquén se requieren 8 votos para penas temporales y unanimidad para penas de prisión perpetua).

Resultados de los juicios por jurados realizados hasta ahora en PBA

Es útil, antes de adentrarnos en el estudio epistemológico, analizar cómo ha sido el funcionamiento del jurado. Me concentraré en la PBA por dos razones: En primer lugar es – dentro de las provincias que han adoptado el sistema clásico, la que más juicios de este tipo ha tenido, en segundo lugar, realizo aquí mi actividad profesional.

En PBA, el periodo 2014/2018 fueron elevadas a juicio oral (CPP 334) más de 3161 causas con posibilidad de ser juzgadas por jurados (esto es, como vimos con pena en expectativa que podía superar los quince años), siendo San Martín el Departamento Judicial con más casos elevados (555) y Necochea el de menos casos (menos de 10)²²- De esos 3161 se realizaron efectivamente por jurados 278 casos solamente, de los cuales 163 terminaron en condena 79 en absolución, 31 en condena parcial (esto es que se condenó a uno y se absolvió a otro, o que se condenó pero a una pena menor, etc.) y 5 jurados quedaron estancados.

²² La PBA se divide en diecinueve Departamentos Judiciales (DJ). Se desestimó la creación del DJ de Pilar y se está conformando el DJ de Avellaneda- Lanús ya con cargos designados. (Estadísticas SCBA de mayo 2019)

La primera consideración respecto al análisis de estos números nos lo da la *abismal diferencia entre los casos que podrían ser resueltos por jurados y los juicios efectivamente realizados*. Algunos juradistas lo atribuyen a la posibilidad de renuncia (que existe en PBA pero no en Neuquén, como vimos): Esto no parece explicarlo todo.

En este supuesto, la relación de casos resueltos, durante el año 2017, arrojaría que un 56,42 % se concluye por acuerdo de juicio abreviado, un 17 % por debate, un 0,56 % por jurados y el resto por otras formas.

Otro elemento importante es la relación de los resultados de los juicios por jurados respecto a los juicios tradicionales. Para el periodo 2014- 2018 resultaron, de los 278 juicios realizados 163 condenas, esto es un 58,6% de condenas.

Dos observaciones sobre esto: Si efectuamos desviación estándar de la ratio de condena por cada DJ nos resulta un promedio de 65, 46%, lo que significa que ***el promedio obtenido más arriba es de buena calidad***, los datos parecen consistentes y no presentan desviaciones significativas. Tampoco parece haber una diferencia sustancial entre la ratio de condena de los jurados y la de los tribunales técnicos, aunque las cifras son difíciles de comparar, pues la colección de casos de uno y otro grupo son muy diferentes, como vimos. Pero por ahora, no es un motivo a destacar.

3.2 COMO CONOCE EL JURADO: LAS INSTRUCCIONES

Si bien en el debate hay varios momentos en que el Juez le dicta instrucciones al jurado²³, aquí me referiré concretamente a las instrucciones finales, esto es, las que se dictan terminada la audiencia y antes que el jurado pase a deliberar. Estas instrucciones son importantes, pues, como se hace notar en el Código procesal de la PBA²⁴, es lo que reemplaza la motivación del jurado.

En los países del ‘common law’ los jueces se valen de modelos estándar de instrucciones previamente confeccionados, denominados “manuales de instrucciones”. En Argentina no se

²³ Por caso *las instrucciones iniciales*, que son las explicaciones que el juez debe impartir a los jurados al inicio del juicio, tras darles la bienvenida y antes de ceder la palabra a los abogados de las partes. Suelen ser mucho más escuetas que las finales y consisten en pautas de orientación sobre las funciones del juez y del jurado y la mecánica general del juicio y los delitos juzgados. Aquí se les informa que no deberán consultar fuentes de información externa, ni empezar a formarse una opinión antes de la deliberación. También tenemos las *Instrucciones especiales* (limitativas o correctivas). Estas varían de juicio a juicio y pueden no tener lugar: El juez puede (de oficio a pedido de parte) efectuar explicaciones o aclaraciones puntuales al jurado ya sea para limitar los alcances de una prueba determinada —instrucción limitativa— o para corregir algún vicio provocado durante el litigio —instrucción correctiva—. Este tipo de instrucciones suelen ser reiteradas durante las instrucciones finales.

²⁴ CPPPBA art. 371 ter inc.1ª

emplea –de manera oficial un manual²⁵, por lo que –para ilustrarlas - pues poco se sabe de ellas. Para este punto, me basaré en un texto de Cristián Penna²⁶, defensor de San Martín quien – además de ser un reconocido juradista- ha estudiado el tema en profundidad desde sus inicios.

En la PBA las instrucciones están contempladas en el art. 371 ter inc.1^a, pero en todas las provincias que implementaron o estas por implementar (como Chubut) sistema de jurados²⁷ las instrucciones cubren los siguientes tópicos: a) instrucciones sobre la función del jurado; b) instrucciones para delimitar qué es prueba y qué no es prueba; c) instrucciones sobre los derechos y garantías constitucionales que estructuran el proceso penal; d) instrucciones sobre el modo en que se valora la prueba; e) instrucción sobre la soberanía e independencia del jurado para decidir el veredicto; f) instrucciones sobre las reglas para la deliberación; g) instrucciones sobre el derecho sustantivo aplicable.

a) Instrucciones sobre la función del jurado

La función consiste en: valorar la prueba, determinar los hechos, acatar las instrucciones del juez sobre el derecho y, finalmente, rendir un veredicto aplicando el derecho a los hechos probados.

b) Instrucciones para delimitar qué es prueba y qué no es prueba

En esta parte, el juez advierte al jurado que solo es prueba válida la que ha sido producida en el juicio y que no pueden valorar otra información más que la obtenida de las pruebas del juicio. Esta exigencia se encuentra expresamente contemplada por la mayoría de las legislaciones de Argentina, en las que se refiere que “solamente podrán considerar la evidencia producida en el juicio” (arts. 371 ter inc. 1 segundo párrafo in fine CPP Bs. As., 70 primer párrafo in fine Ley Chaco y 201 tercer párrafo CPP Río Negro) y mencionado por Penna en su artículo.

Es sabido que nuestro sistema legal –aun con jueces profesionales- emplea la regla de exclusión probatoria de la prueba obtenida ilegalmente o de la prueba legal cuyo origen fue un

²⁵ He encontrado dos manuales elaborados en el marco de investigaciones privadas. Uno de ellos es “Manual de instrucciones al jurado” elaborado por el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) y la Asociación Argentina de Juicio por Jurados (AAJJ), publicado en HARFUCH, Andrés (Director), El Jurado Clásico. Manual Modelo de Instrucciones al Jurado. Ley Modelo de Juicio por Jurados, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014. Otro fue por el Colegio de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Buenos Aires, Manual de instrucciones al jurado. Ley 14.543, Hammurabi, Buenos Aires, 2014. Es sabido que la Procuración General ante la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires ha compilado muchas instrucciones impartidas en algunos de los juicios por jurados llevados a cabo en esta provincia pero no pude hallar dicha compilación.

²⁶ Penna Cristian, “Las instrucciones del Juez al Jurado”, Inecip, 2019

²⁷ Por caso, arts. 6, 9, 69, 70 y 71 Ley Chaco, 206 CPP Neuquén y 202 del CPP Río Negro...

acto ilegal²⁸. Esta es –evidentemente – una barrera al conocimiento, barrera que se acepta normalmente²⁹, aunque las razones para tal aceptación divergen en doctrina.

Pero, las instrucciones respecto a este punto no terminan con la exclusión probatoria: Aquí el juez también le instruye al jurado que “prueba” es la información aportada por testigos y peritos en el juicio, la prueba material y documental allí introducida y el contenido de las estipulaciones probatorias y que “no es prueba” toda la información ajena a la producida en el juicio. Las nuevas leyes de Juicios por jurados parecen tender –como en USA- a excluir de la evidencia que den tener en cuenta los jurados a los ‘testigos de oídas’ (‘hearsay witness’)³⁰, lo que tradicionalmente se trataba con la valoración de la sana lógica.

c) Instrucciones sobre derechos y garantías constitucionales —el principio de la duda razonable—

Este punto es uno de los más relevantes para nuestro estudio: Aquí el juez explica al jurado el principio de inocencia y sus derivaciones, entre ellas, el principio de la “duda razonable”. En este contexto se le explica al jurado el derecho del acusado a no declarar sin que de ello pueda inferirse presunción de culpabilidad alguna, el principio ‘in dubio pro reo’ que lo ampara y la carga de probar los hechos imputados en cabeza exclusiva de la acusación. Pero lo más novedoso en este punto es la introducción del principio de “duda razonable”. Esto es, solo se deberá votar por una condena si la acusación (fiscal y/o querrela) pudo probar los hechos y el derecho más allá de una duda razonable que pudieran tener los jurados. En adelante me referiré a este punto como BARD por sus siglas en ingles³¹.

En efecto, en las instrucciones la ‘duda’ no aparece como concepto sino como umbral a superar. Como el sistema tiende a evitar ‘falsos positivos’ (es decir inocentes condenados), el umbral de duda razonable es alto. Esto no es extraño al juicio con juez técnico, el cual ante una sentencia condenatoria enarbola casi una certeza ‘apodíctica’. En este sentido, el juicio por jurados, ‘desnuda’ una limitación del conocimiento humano. Se condena solo si superamos un

²⁸ Doctrina de los frutos del árbol envenenado (CSJN, Rayford, 1985, a partir de precedentes de la jurisprudencia de USA)

²⁹ Pues en el Derecho Continental se comparte el valor que la verdad no puede ser obtenida a cualquier precio...

³⁰ No se entiende bien porque es necesaria esta aclaración, pues si ese testimonio no es aceptable, lo mejor sería no presentar el testigo para no confundir al jurado. La otra reflexión que se abre es, si no es un tímido retorno a las ‘pruebas legales’.

³¹ BARD: “Beyond Any Reasonable Doubt” (más allá de una duda razonable). Así aparece abreviado en los Tratados de jurisprudencia y en los textos que se ocupan del tema.

umbral (alto), pero nunca llegamos a la certeza. Sin embargo, veremos que la definición de ese 'umbral alto' no es tan sencilla...

La terminología "duda razonable" ha sido expresamente receptada por la ley de jurados del Chaco y los Códigos procesales de Buenos Aires y de Río Negro. Las tres legislaciones adoptaron una fórmula prácticamente idéntica: "...el juez le explicará al jurado en qué consiste 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 duda razonable..." (arts. 70 Ley Chaco, 202 CPP Río Negro y 371 ter CPP Bs. As.).

Este punto es uno de los más controvertidos desde el punto epistemológico, pues justamente por la importancia que las instrucciones al jurado le atribuyen al BARD como umbral a superar por la acusación, la polisemia del término hace que alrededor del mismo se desarrollen profundas discusiones sobre todo en el ámbito del common law (y en nuestro medio deberían realizarse también...), donde se han intentado –para definirlo- formulas objetivas, formulas subjetivas o –directamente- no emplear ninguna fórmula (que es lo que se hace en nuestro medio) sin que haya –aun hoy- acuerdo sobre el concepto.

Volveré sobre este punto más adelante.

d) Instrucciones sobre el modo en que se valora de la prueba

En esta parte, los jurados son instruidos sobre las particularidades de los diferentes medios de prueba utilizados, cuáles son las pautas a aplicar para la adecuada valoración de la credibilidad de los testigos y peritos, en qué consisten las pruebas directas y las circunstanciales, cuáles son los alcances específicos de algunos medios de prueba, etcétera. Por ejemplo, aquí el jurado puede ser instruido sobre el alcance convictivo que debe tener un testigo de oídas³², las manifestaciones de credibilidad de una pericia, etc.

e) Instrucción sobre la soberanía e independencia del jurado para decidir el veredicto

La ley chaqueña resalta que la falta de esta información al jurado, tiene sanción de nulidad (arts. 9, 70 último párrafo y 71 Ley Chaco). Lo mismo con la reciente ley de jurados de Chubut (que regirá desde el 1 de enero de 2021). Los ordenamientos de las provincias de Neuquén y

³² En general, -como vimos antes- las distintas leyes procesales indican que los testimonios de oídas deben ser desestimados salvo circunstancias especiales. Como en todas las instrucciones, no se puede saber si esto es obedecido (o comprendido) por todos los jurados.

Buenos Aires no contienen fórmula semejante, pero –de cualquier manera- siempre esta instrucción está presente en los juicios por jurados³³.

f) Instrucciones sobre las reglas para la deliberación

El juez deberá informar al jurado que durante la deliberación deberán elegir a un portavoz —también es habitual referirse a él como “presidente del jurado”-, como lo hacen las leyes bonaerense, neuquina y rionegrina.

También aquí se explica cuáles (además del secreto que deben guardar) cuales son los requisitos necesarios para arribar a un veredicto —se tiende a la exigencia de unanimidad, tanto para la condena como para la absolución, aunque esto no ocurre como vimos, en todas las legislaciones provinciales— y cómo debe ser completado el formulario en el que deberán asentarlo³⁴. Este punto —el de la deliberación también es de importancia epistemológica. Lo veremos en detalle mas abajo.

g) Instrucciones sobre el derecho sustantivo aplicable: el delito principal, los delitos menores incluidos y las defensas

Para que el jurado pueda aplicar la ley sustantiva a los hechos del caso rindiendo un veredicto, el juez deberá explicar cuáles son y en qué consisten los elementos constitutivos del delito principal imputado y de las defensas alegadas; también deberá explicar, cuando corresponda, cuáles son los delitos menores incluidos en la acusación y cuáles son los elementos constitutivos de cada uno. Finalmente, deberá explicar cuáles son en concreto las propuestas de veredicto entre las que deberán optar. Se explica cómo confeccionar el formulario de veredicto, donde se enumeran las posibilidades para cada hecho en orden decreciente desde la más gravosa —acusación principal— hasta la menos gravosa —no culpable—

³³ Es por ello que en las instrucciones suelen incluirse fórmulas en las que el juez aclara al jurado que: “...decidir los hechos que ocurrieron en este caso es su exclusiva tarea, no la mía. Por lo tanto, ignoren si yo hice o dije algo que los haga pensar que prefiero un veredicto por sobre otro...” y que “...Ustedes son independientes y soberanos para decidir: su veredicto debe estar libre de cualquier presión ya sea de las personas que estamos en la sala o de cualquier otra persona”. Como destaca Cristian Penna, esas fórmulas -extraídas de las instrucciones del primer juicio por jurados bonaerense- son muy habituales y están bastante estandarizadas.

³⁴ La exigencia de unanimidad, propia de los sistemas de jurados de tipo clásico en países del ‘common law’, ha sido receptada en Argentina por las legislaciones de Chaco, Río Negro y Mendoza —en la PBA la exigencia de unanimidad sólo para el veredicto de “culpable” en los delitos de prisión perpetua. En los delitos con penas temporales requiere 10 votos para condena y 8 para absolución, si no se declara estancado. En la nueva ley de Chubut, si no hay unanimidad el jurado se declara estancado y se debe realizar un nuevo juicio donde se pide mayoría de diez votos. En Neuquén se requieren 8 votos en penas temporales y unanimidad en las penas de perpetua. Como dije antes, - dada la diversidad de opciones- debemos preguntarnos si no se afecta el principio de igualdad ante la ley.

La defensa puede simplemente negar la materialidad o la autoría y limitarse a esperar que la prueba producida en debate no alcance el BARD. Pero si plantea alguna cuestión, como una causal de exclusión de la acción, de la tipicidad, de la antijuridicidad o de la culpabilidad — por ejemplo: una legítima defensa, el juez indicará al jurado que en todos esos casos deberán optar por la opción “no culpable” sin especificar la razón³⁵. La excepción a lo expuesto es el veredicto de “no culpable por razones de inimputabilidad”, pues consiste en un tercer tipo de veredicto regulado por las leyes de jurados, que no es “culpable” ni “no culpable”, y que habilita la realización de la audiencia de cesura para el debate sobre la imposición de una medida de seguridad.

Si hay delitos menores que concursan en forma real (CP 55) o ideal (CP 54) estos darán lugar a tantas opciones en el formulario de veredicto como correspondan³⁶.

Como se ve claramente en la nueva ley de jurados de Chubut, y como vimos más arriba, el jurado aplica el derecho. No se limita a los hechos³⁷. Esto parte no solo de la lógica sino *además es contrario a nuestro tradicional empeño es separar hechos y derecho*³⁸.

El jurado valora la prueba y determina los hechos. A esa determinación aplica el derecho arribando a un veredicto. Ese veredicto es imposible de escindir de una calificación jurídica concreta y determinada. En efecto, tomando un ejemplo de homicidio el jurado puede determinar que el acusado mató intencionalmente a una persona sin justificación alguna pero que también puede determinar que la mató, pero actuó en forma justificada al defenderse legítimamente; por otro lado, puede haber una opción intermedia como que se defendió pero en exceso.

Para arribar a cualquiera de las opciones disponibles el jurado necesitó recibir el derecho brindado por el juez, quien no solo interpretó y explicó el derecho sustantivo, sino que también tomó la decisión final sobre las opciones de veredicto que en el caso podían ser consideradas. Y de acuerdo a la división de funciones entre ambos el juez tiene prohibido ignorar el veredicto del jurado cambiando la calificación jurídica por otra, pues ello inevitablemente implicaría modificar los hechos determinados por aquel, lo que implicaría una invasión ilegítima de sus competencias.

³⁵ Pues sería una motivación, lo cual está prohibido...

³⁶ Así explícitamente lo dicen las legislaciones provinciales, como los arts. 70 y 82 Ley Chaco, 197 CPP Río Negro y 33 Ley Mendoza

³⁷ Aunque la redacción de los Códigos neuquino y bonaerense parezcan decir lo contrario...

³⁸ Y que justifica a mi entender institutos que deberían ser discutidos como el *‘iure novit cura’*.

Es decir que la determinación de la culpabilidad que hace el jurado es tanto una cuestión de “hecho” como de “derecho”, aunque quien interpreta el “derecho” es el juez al elaborar las instrucciones y el jurado necesita de esa interpretación para poder llevar a cabo esa determinación³⁹

Aquí las “alternativas” podrán ser planteadas a través de las instrucciones. Esto significa que ahora el litigante podría dedicarse a defender a una única hipótesis en sus alegatos, a su hipótesis de máxima, para en todo caso pedirle al juez que instruya al jurado por los delitos menores incluidos que sean pertinentes.

El juez quien al instruir al jurado ofrecerá esas opciones —es pertinente señalar que — ilustra Penna- bajo ningún concepto el juez podría informar al jurado que una de la partes ha requerido una instrucción por delito menor incluido determinada, pues ello no solo implicaría brindar al jurado información ilegítimamente perjudicial hacia alguna de las partes, sino que además se trataría de una opción incorrecta pues, si el juez autorizó la introducción del delito menor, es porque como intérprete del derecho entiende que se trataba de una opción jurídica y razonablemente viable para el caso. Es cierto que alguna de las partes puede no estar de acuerdo, pero eso refleja la tensión entre el principio acusatorio y el ‘iure novit curia’, también presente en el caso de un juicio tradicional...

Visto todo lo anterior, debemos ahora responder es si un sistema en el cual *en lugar de uno o tres jueces técnicos la decisión la toman doce jueces legos; donde los mismos puedan recusarse⁴⁰ con mucha mayor amplitud que los jueces técnicos, donde se necesitan acuerdos de mayoría para lograr ese veredicto⁴¹, donde exista la posibilidad que el jurado esté imposibilitado de emitir veredicto alguno, donde el jurado no motive y ni siquiera fundamente su decisión tiene influencia en el conocimiento histórico que se busca como verdad justificante de una condena.*

4 EL JUICIO POR JURADOS Y EL PROCESO DE CONOCIMIENTO

³⁹ Con respecto a las acusaciones alternativas, , en Neuquén no se permiten (art. 164 CPP Neuquen), al igual que en Río Negro —arts. 159, 163 y 168 inc. 2 CPP rionegrino—. En cambio, las acusaciones alternativas son admitidas en la provincia de Buenos Aires: art. 335 CPP Bs. As.

⁴⁰ En el proceso de ‘voir dire’...

⁴¹ Es cierto que en un Tribunal Colegiado también se necesitan mayorías (solo en los Colegiados) pero esa mayoría se consigue de manera poco clara y ciertamente no con la deliberación reglada que se impone al jurado...

Como proceso de conocimiento...¿influye que el veredicto sea pronunciado por un jurado?

En este punto, adelanto que dado que lo que trata este artículo es sobre epistemología, o si se quiera del conocimiento con el que puede predicarse una verdad, por lo que no voy a discutir la bondad del jurado como implementación de una participación ciudadana en los actos de gobierno (aunque me pregunto porque no se pone el mismo énfasis en la participación ciudadana en la formación de las leyes o en la administración).

Entre los juradistas –además- el jurado no solo se ve como garantía individual sino también como organización política, al decir –por ejemplo- de Maier cuando afirma que “...que es una forma de distribución del poder político o de organización judicial pero fundamentalmente un derecho fundamental de cada habitante de ser juzgado por los propios conciudadanos...”.⁴²

Como sea, no voy a discutir que el jurado representa una participación popular directa en los actos de uno de los tres poderes del Estado. Y simbólicamente no puedo dejar de reconocer que es atractiva la imagen de alguien que no es juzgado por un enviado de Dios a la Tierra (como se sienten individualmente muchos jueces) sino por sus propios vecinos.

Pero no se trata de eso, se trata de saber si el proceso de hallar la verdad es igual, o diferente al sistema de jueces profesionales. Y no hablo de calidad, como insisten los juradistas, hablo de reflexionar sobre las diferencias

En otras palabras lo que quiero responder es si un sistema en el cual *en lugar de uno o tres jueces técnicos la decisión la toman doce jueces legos; donde los mismos puedan recusarse*⁴³ *con mucha mayor amplitud que los jueces técnicos, donde se necesitan acuerdos de mayoría para lograr ese veredicto*⁴⁴, *donde exista la posibilidad que el jurado este imposibilitado de emitir veredicto alguno, donde el jurado no motive y ni siquiera fundamente su decisión tiene influencia en el conocimiento histórico que se busca como verdad justificante de una condena.*

4.1 UN JURADO ‘IMPARCIAL’ Y EL PROCESO DE ‘VOIR DIRE’

Como vimos anteriormente, en toda actividad que busca el conocimiento, *la objetividad del investigador*, es fundamental para la calidad de éste. Si bien la epistemología moderna aplicada

⁴² MAIER, Julio B. J.; “Derecho Procesal Penal: Fundamentos”, tomo I, 2da. edición, 3ª reimpresión, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, p. 777.

⁴³ El proceso de ‘voir dire’...

⁴⁴ Es cierto que en un Tribunal Colegiado también se necesitan mayorías (solo en los Colegiados) pero esa mayoría se consigue de manera poco clara y ciertamente no con la deliberación reglada que se impone al jurado...

a cualquier ciencia ha demostrado como influyen las ideas preconcebidas del investigador e incluso el entorno cultural que enmarca a lo producido intelectualmente en el 'contexto de descubrimiento' e incluso en el de 'justificación' (recordar, por caso, la magistral obra de Kuhn⁴⁵) lo cierto es que, por la particularidad del conocimiento que se busca en un proceso (donde lo que se 'conoce' es fundamento de una condena o una absolución), el sistema penal se 'blinda' contra estos elementos que distorsionan la investigación de una manera particular, diferente al de las demás ciencias: Se estructura de tal manera que la distribución de errores NO sea aleatoria (lo que sí ocurre en las demás ciencias, confiando en que la ley de los grandes números evitará cualquier desviación significativa). *En el proceso penal se distribuyen los errores de tal manera que el sistema sea totalmente reactivo a los falsos positivos (un inocente declarado culpable) aceptando como mal menor los falsos negativos (un culpable declarado inocente).*

Como la distribución de errores en un tema del conocimiento y por lo tanto, es tema de este artículo, hablaré de ello, pero luego, cuando hablemos de la duda. Por ahora, basta decir que el primer intento de encarar un proceso de conocimiento es intentar obtener –con las limitaciones expuestas- un investigador *objetivo*, y –en nuestro caso- un juzgador *imparcial*.

Aunque hoy parezca obvio, la moderna concepción de imparcialidad fue una garantía nacida en los tiempos modernos. Antes del siglo XVIII en la cultura continental *y también en los países sajones*, la imparcialidad se la entendía desde un punto de vista semántico: No tener prejuicios acerca de la culpabilidad o inocencia del acusado. Solo eso. El concepto etimológico (no ser parte) no había aparecido aún. El inquisidor, se veía como imparcial y el sistema lo aceptaba así aun punto tal que el mismo sistema considerara innecesario la existencia de un defensor. *Lo mismo ocurrió en los juicios por jurados en Inglaterra hasta mediados del siglo XVIII*. Tan fuerte era este concepto que la imparcialidad no fue un derecho o garantía reivindicado en el Iluminismo clásico, como dije en un artículo escrito hace años⁴⁶.

En los tiempos modernos y con la irrupción del sistema acusatorio y la creciente 'desconfianza' al decidente imparcial, se desarrolló el moderno concepto de imparcialidad que es en realidad una mega garantía que tiene varias facetas, entre las que se destacan: a) el decidente como ajeno a las partes del proceso; b) la ausencia de prejuicios sobre el 'tema decidendi'; c) la ausencia de presiones sobre el juzgador y d) el juzgador como 'juez natural', es decir no creado 'ad hoc' para decidir sobre un tema concreto. Como se ve, la imparcialidad, se puede entender a la vez como derecho y como garantía del debido proceso. Por otro lado, es

⁴⁵ Kuhn, Thomas, "La estructura de las revoluciones científicas", Breviarios del Fondo de Cultura Económica, México, 2004 (es reimpresión, el artículo data de 1962)

⁴⁶ Ustarroz J., "El concepto de imparcialidad en nuestra cultura jurídica", Ed. Ad Hoc. Buenos Aires, 2008.

obvio que es una garantía multifacética y como tal está reconocida en los Pactos Internacionales de DDHH que forman parte de nuestro plexo constitucional desde 1994⁴⁷.

Que pasa con el jurado y su imparcialidad?

En primer lugar, el jurado (como decidente) parte del principio que toda persona 'debe ser juzgado por sus pares'. El término 'pares' es –en nuestro sistema- tomado de manera muy laxa y se aproxima a la definición de '*alguien que no es un juez profesional*'⁴⁸. No queda claro –entonces- porque ese es un derecho, y porqué –de la manera en que son elegidos- le atribuimos una cualidad destacable a los 'pares' que potencialmente pueden llegar a ser miembros de un jurado.

El sistema de elección de potenciales jurados que en cada provincia parte de sorteos que se realizan en padrones electorales. Si se usa el padrón electoral, es obvio que se asimila el término 'par' a 'vecino'.

Me pregunto –seriamente- si es acaso el espacio geográfico lo que hace 'pares' a las personas. En la Edad Media, donde las actividades rurales y el pillaje eran las únicas que se realizaban en el campo, las transacciones comerciales se realizaban en los burgos, las actividades de guerra se organizaban en el castillo del señor y la profesión de la fé se hacía exclusivamente en las abadías podría sostenerse que el asentamiento territorial convertía en 'pares' a los vecinos. ***Dudo que en nuestros tiempos ocurra lo mismo...***

Pero, dejando este tema de lado, además de ser "par" el jurado debe ser, imparcial para que la garantía aplique. Las leyes de Jurados Provinciales, entre ellas la de PBA, instituyen reglas para garantizar las varias facetas de la imparcialidad: Entre ellas, la que abordaré ahora es la de evitar un jurado 'prejuicioso' con respecto al objeto procesal. Ello se logra con un instituto 'ad hoc' donde los potenciales jurados son seleccionados (titulares y suplentes) en una audiencia inmediatamente previa al juicio: la audiencia de 'voir dire'⁴⁹

⁴⁷ Por caso art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) establece el derecho de toda persona a ser oída "*por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial...*" y, con fórmulas similares, idéntica exigencia puede encontrarse en los arts. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADyDH)

⁴⁸ En realidad más allá que causales de recusación (que son similares a las que podrían usarse para recusar a un juez técnico) hay además inhabilidades para ser jurados, por ejemplo el caso de los abogados. De cualquier manera, el punto tiende a reflexionar sobre el concepto de juicio por 'pares'.

⁴⁹ Esta terminología francesa (que literalmente significa 'ver decir') es usada exactamente de esa forma en el 'common law'. De hecho el término lo importamos de allí, no de Francia. Sin embargo, la etimología francesa refiere en su origen al término 'voire' (verdadero –del latín 'veritas'), es decir el significado es '*ver la verdad*' o '*to see the truth*' en su versión inglesa...

Como se sabe, además de la excusación donde el apartamiento lo pide el propio juzgador, los motivos que puede exhibir una parte para recusar (apartar) un juez profesional de un caso son taxativos. Además de ello, el sistema para pedir el apartamiento de un juez se debe realizar ...ante el mismo juez, lo que, unido a que el estamento judicial en la PBA suele ver el pedido de recusación como un ataque a la ética y a la profesionalidad del juzgador cuyo apartamiento se requiere⁵⁰, hace que deba coincidir con Cristian Penna cuando dice “...en todo sistema procesal, la regulación de los mecanismos para la integración de los órganos juzgadores—esto es, de los mecanismos y posibilidades de excusación y recusación— debería adecuarse a las exigencias que venimos analizando⁵¹. Como veremos, ningún sistema permite un mayor apego a esas exigencias que un sistema de juicio por jurados como el instaurado por la provincia de Buenos Aires...”⁵² Sin embargo, como veremos, no creo que el ‘voir dire’ consiga jurados ‘imparciales’ en el sentido que indica Penna. Veamos:

La audiencia de ‘voir dire’ en PBA está regulada en el art. 338 quater. Allí se establece que en primer lugar se verificará que ninguno de los citados esté comprendido por alguno de los impedimentos enumerados en el art. 338 bis, inc. 3º⁵³, luego se les harán conocer los motivos de excusación (donde el mismo jurado potencial debe apartarse) preguntando a los presentes si encuadran en alguno de esos supuestos previstos por la ley⁵⁴.

A continuación viene la parte más novedosa –a mi criterio- de esta audiencia: Un interrogatorio realizado por las partes a los potenciales jurados, quienes contestarán bajo juramento de decir verdad. Los jurados, a diferencia de los testigos, no son identificados en esta etapa.

Estas preguntas, son del mismo tipo que las que se pueden hacer en juicio, abiertas, cerradas e incluso sugestivas (nunca pueden ser capciosas) y su utilidad remite, según la teoría dominante

⁵⁰ Así el TCriminal Morón, nro. 4, 29/6/2006 en un planteo de recusación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal en la causa 1422 dijo “*las causales de recusación son de interpretación restrictiva, máxime si se advierte que se trata de un acto de singular gravedad, **dado el respeto que se debe a la investidura de los magistrados***” (las negritas son mías). Citado por Penna.

⁵¹ Se refiere a la imparcialidad como ausencia subjetiva y objetiva de prejuicios sobre el objeto procesal...

⁵² Penna C., "Lineamientos para litigar un juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires", LLBA, año 21, nro. 8, septiembre 2014, págs. 828 a 842

⁵³ Que se refieren a las inhabilidades para desempeñarse como jurado, por ejemplo haber tenido condena penal, etc...

⁵⁴ "serán motivos especiales de excusación... haber actuado como miembro de un jurado en los últimos tres años o tener un impedimento o motivo legítimo de excusación, que será valorado por el juez con criterio restrictivo" (art. 338 quáter, inc. 2º)

a determinar la posición de cada jurado particular y desechar un jurado con ideas fuertemente preconcebidas que sea reacio a admitir con mente amplia la evidencia que se brindará en debate. Aquí, pues, se busca el jurado imparcial.

Tras ello, se efectuará el planteo de recusaciones. Las recusaciones se hacen al juez de juicio. Las recusaciones, en principio y como acontece con los jueces deben tener una 'causa', que puede partir de la inadmisibilidad para actuar como jurado⁵⁵ (si el jurado no se excusó previamente en la etapa anterior) o los mismos motivos de excusación de jueces enumerados en el art. 47 del ritual⁵⁶.

Lo novedoso de la audiencia es que permite a las parte recusar –en principio- hasta cuatro jurados *sin necesidad de expresión de causa* (art. 338 quáter, inc. 4°). A quienes se recusa?, en palabras de Penna *"...cada parte —alternadamente, comenzando por la acusación—podrá recusar "sin causa" hasta a cuatro potenciales jurados (32) que, a su criterio, resulten **estratégicamente inconvenientes frente al caso**. Cuando un jurado sea recusado en función de esta modalidad, deberá ser excluido sin más y de ningún modo podrá actuar en el juicio. Aquí "nada hay que resolver [...] de este modo, las partes son los principales protagonistas de esta etapa procesal destinada específicamente a la conformación del juzgador, contando con amplias posibilidades de intervención y facultades para efectuar planteos tendientes a despejar temores de parcialidad"* (la negrita es mía). Luego de esta etapa, y mediante sorteo, el jurado queda conformado por 12 titulares y seis suplentes (hombres y mujeres en igual número)

Ahora bien, postulo que lo que Penna llama con elegancia 'jurado estratégicamente inconveniente frente al caso', no es un jurado parcial en el sentido que estamos hablando aquí. *Es un jurado que potencialmente puede no ser receptivo a la teoría del caso de la parte recusante.* Es un tema epistemológico? Si, pues a diferencia de lo que ocurre en otras ciencias, *en esta audiencia se busca al observador (decidente) que sea más propenso a escuchar lo que la parte tiene definido como verdad.* Es como si al principio de una investigación que debe determinar los efectos de una vacuna en los niños seleccionemos investigadores que sostienen que no se debe vacunar hasta que la enfermedad haya aparecido. La calidad del descubrimiento dependerá de esa primera selección.

Se podrá objetar que los 'jurados peligrosos' se filtran ya con las recusaciones con causa...entonces...*para que están las recusaciones sin causa?* Y en número importante, pues en

⁵⁵ Las condiciones de inadmisibilidad para actuar como jurado están descriptas en el art. 338 bis, incs. 2° y 3° del CPPBA

⁵⁶ Si bien el listado del CPPPB 47 es taxativo, contiene una cláusula que puede acoger distintas situaciones en el inc. 13 donde dice *"...si mediaren circunstancias que, por su gravedad, afecten su independencia e imparcialidad..."*

caso de un solo imputado tenemos que cada parte puede recusar sin causa a un 1/3 del jurado!!!. Y eso en las leyes de juicio por jurados en PBA. *NO se busca un jurado imparcial, sino un Jurado sensible a la teoría del caso que se va a exponer, evitando los jurados que sean insensibles a esa historia. La audiencia no es audiencia de selección, sino de rechazo.* Si bien en teoría ambas partes tienen iguales posibilidades de rechazo, no me cabe duda que las armas pueden no estar tan equilibradas en cuanto a casos importantes se trate. En los Estados Unidos país, se permiten aún más recusaciones⁵⁷. En los casos de alto perfil, hay empresas que trabajan con 'Big Data' capaces de predecir el resultado y ayudar en la selección del Jurado adecuado.

EL sistema no viola garantías pues las partes se equilibran en sus recusaciones, pero es justamente esta recusación sin causa lo que demuestra que el criterio de verdad que se busca en un juicio por jurados es un criterio diferente al de un juicio con juez técnico, como veremos.

4.2 UNA BARRERA EPISTEMOLOGICA IMPORTANTE: LA DUDA RAZONABLE

Empecemos recordando que el concepto de BARD "*más allá de una duda razonable*" es una cuestión que suele despertar permanentes y profundas discusiones en el ámbito del 'common law', y se observa un intento constante de perfeccionamiento de la fórmula en miras a lograr transmitir con la mayor precisión posible su contenido y lograr mayor grado de objetividad. Reconocido esto, vemos que la incerteza sobre este punto, crucial en cuanto es lo que reemplaza la motivación del juez técnico aparece como un problema epistemológico subvalorado (en el mejor de los casos), pues primero pues fue creado en un entorno cultural diferente al nuestro y segundo pues ahora se convierte en el 'baremo' a vencer para justificar una condena. Veamos esto con más detalle, en la jurisprudencia de USA

Lo preocupante, es que no se intente más que superficialmente establecer un concepto del BARD, pues este es usado en todas las leyes que paulatinamente están incorporando – provincia a provincia- el sistema de jurados en nuestro país.

Si es el 'umbral' a superar por el acusador en cuanto a la convicción que las pruebas provocan en el jurado, lo más lógico es definir cuál es ese umbral. Por lo menos para explicárselo al jurado en las instrucciones (pues otra manera no hay).

⁵⁷ Dependiendo de la legislación estadual...

A primera vista, parece – como en Cortázar en su cuento ⁵⁸- que estoy tratando de describir lo obvio. Veamos si es tan así...

Conocemos mucho de la historia del desarrollo de nuestro sistema de juzgamiento. Conocemos de etapas de las que no nos enorgullecemos y hemos aprendido de ellas.

Pero el jurado sajón también *pasó por etapas históricas no tan brillantes*. El jurado tal como lo conocemos hoy, funciona como tal hace relativamente poco tiempo en términos históricos. En sus orígenes, el jurado inglés decidía sobre la suerte de un vecino que debía defenderse sin la asistencia legal. La introducción de los abogados en su representación, datan del siglo XVIII, es decir cuando en el continente se habían ya comenzado a desligar de las ataduras medievales.

En esas tempranas épocas no había BARD: Los jurados juramentaban (como los testigos) condenar solo si estaban convencidos de ello⁵⁹.

Con el tiempo la fórmula “Más allá de Duda Razonable” se extendió a las colonias Inglesas en USA que lo adoptó para los jurados estatales y los juicios Federales. En esa época, los jurados ya se liberaron del juramento original y el BARD empezó a figurar en las Instrucciones previas a la deliberación. La definición ‘canónica’ del BARD que se convirtió en un estándar usado durante mucho tiempo en las Cortes Norteamericanas fue la del Juez Lemuel Shaw, de la Corte Suprema del estado de Massachusetts quien dijo⁶⁰ “...*que es la duda razonable? Es un término muy usado, bonito y parece ser fácil de entender, aunque no es fácil definirlo. No es una mera duda, ya que todos los asuntos humanos relacionados con la convicción moral están abierto a la duda, real o imaginaria. Es que el caso luego que comparen todas las evidencias mostradas deja en el decidente una convicción fuerte, una certeza moral de que la acusación es verdadera. La carga de la prueba la tiene el acusador. Todas las presunciones de la ley son de inocencia. Y si luego de toda la prueba hay una duda razonable que resta, el acusado debe ser absuelto. No es suficiente con que haya una probabilidad -aunque sea fuerte- que los cargos con que se lo acusan sean verdaderos, sino que la evidencia debe establecer la verdad de los hechos con una certeza tal que*

⁵⁸ Cortázar J., “Instrucciones sobre cómo subir una escalera”, cuento incluido en el libro “Historia de Cronopios y de Famas”, Minotauro, Buenos Aires, 1962.

⁵⁹ John Locke –tan admirado- por los iluministas Franceses- hablaba de ‘certeza moral’...

⁶⁰ En las citas en otro idioma, pondré en el texto principal su traducción española (libre y de mi autoría) y en la nota al pie la cita en su original, en aras de la fluidez en la lectura...

*satisfaga la razón y el juicio de los que están obligados a actuar responsablemente sobre esto...*⁶¹
(la negrita es mía, no figura en el original)

Con esa frase (que en Inglés se lee bonita) las Instrucciones al Jurado contenían la fórmula de “certeza moral”, pero ya en este siglo muchos jueces comenzaron a objetarla diciendo que ese lenguaje podía confundir al jurado y *llevarlo a decidir según sus estándares morales y no según los estándares de la prueba*⁶².

Supongo que este concepto temprano de BARD respondía a la concepción epistémica de su época, y está enlazado (como la ‘duda’ en nuestros sistemas jurídicos) con la poderosa influencia del papel que la duda ejerce en la tradición judeo cristiana

La realidad es -y esto es importante para lo que analizamos aquí- es que el término BARD, incluso en la cultura que lo creó, fue creado en una tradición epistémica y no se podía sostener de manera objetiva. Eso se discutía en USA, cuando nosotros importamos el jurado...y el BARD, sin analizar mucho sobre ello.

Debo aclarar que a pesar (o quizás por) esa discusión, muchos jueces de USA se inclinaron por la idea que era mejor no aclarar nada sobre que es “Duda Razonable”. Y ya en el siglo pasado, la Suprema Corte tuvo oscilaciones sobre ello. Así en un juicio por poligamia en Utah en 1894 el juez explicó en sus instrucciones que *“la duda razonable es aquella que no es irrazonable”*. Con esa tautológica definición el reo fue condenado y ante la Apelación de la Defensa, la Corte Suprema dijo que *“...la instrucción contenía toda la definición sobre el BARD que una Corte debía dar al jurado”*⁶³. Es importante este concepto pues parece ser la fórmula empleada en nuestro país, como veremos luego.

⁶¹ “... what is reasonable doubt? It is a term often used, probably pretty well understood, but not easily defined. It is not mere possible doubt; because every thing relating to human affairs, and depending on moral evidence, is open to some possible or imaginary doubt. It is that state of the case, which, after the entire comparison and consideration of all the evidence, leaves the minds of jurors in that condition that they cannot say they feel an abiding conviction, to a moral certainty, of the truth of the charge. The burden of proof is upon the prosecutor. All the presumptions of law independent of evidence are in favor of innocence; and every person is presumed to be innocent until he is proved guilty. If upon such proof there is reasonable doubt remaining, the accused is entitled to the benefit of it by an acquittal. For it is not sufficient to establish a probability, though a strong one arising from the doctrine of chances, that the fact charged is more likely to be true than the contrary; but the evidence must establish the truth of the fact to a reasonable and moral certainty, a certainty that convinces and directs the understanding, and satisfies the reason and judgment, of those who are bound to act conscientiously upon it. This we take to be proof beyond reasonable doubt. . . .”

⁶² Ver por ejemplo, Victor V Nebraska, 511 U.S. 1 (1994) disidencia del juez BlackMun...

⁶³ U.S. vs. Dunbar, 156 U.S. 185 (1894)

Sin embargo, en la Jurisprudencia Norteamericana, un famoso fallo de 1970 “Winship”, hizo decir que el BARD era un requisito constitucional⁶⁴ y que por lo tanto todos los jurados debían ser instruidos sobre éste antes de un veredicto.

Ente ese panorama, la jurisprudencia de los Estados Unidos intentó diversas fórmulas para definir el BARD de manera objetiva a los jurados. Veamos algunas de ellas. En este punto quien quiera profundizar debe leer el extraordinario libro de Laudan sobre la Verdad y la ley⁶⁵

a) BARD con el mismo nivel de certeza que uno encara decisiones en la vida diaria.

En este esquema (que he visto en instrucciones en la PBA) se trata de instruir al jurado para equiparar la certeza de la condena con la certeza con la que uno encara asuntos importantes de la vida diaria. Eso supera el umbral de duda razonable. De otra manera, debería absolver. La fórmula canónica era “...*la prueba que supera el BARD es una prueba tan convincente como la que los haría a Uds. [al jurado] actuar **sin dudar** ante los más importantes asuntos de su propia vida...*”⁶⁶(la negrita es mía pues en Inglés aparece en idéntica – y tautológica- forma (ver traducción en la nota).

Como concepto es difícil de sostener... Justamente, *los más importantes acontecimientos en la vida personal, se toman con dudas*. Cambiar un trabajo, irse a vivir al extranjero, casarse o tener hijos, son decisiones que –normalmente- se toman con dudas, justamente por su *importancia*. Ello hizo decir a la Suprema Corte de Massachussets que justamente las alusiones a la vida personal deberían excludas del concepto del BARD con el que se instruye a los jurados.

b) BARD como la clase de duda que haría vacilar a una persona prudente

En esta corriente, no se trata de definir el BARD como ‘umbral superado’ esto es como certeza, sino como el tipo de duda que se presenta como ‘entendible’ en la vida diaria. El concepto aquí se presenta como: “*La duda razonable (no ya el BARD) es el tipo de duda que en algo que Uds. [el jurado] creen que provocaría que dudasen en actuar en base a esas creencias*”.

Tampoco es posible esta remisión a la vida personal, pues las decisiones personales constituyen un entramado de circunstancias sociales, psicológicas e históricas. **Las personas**

⁶⁴ Los defensores de esta tesis explican que está contenido en la enmienda XIV, pero el mismo fallo ‘Winship’ tuvo la disidencia del Juez Black que dijo que la Constitución establecía el juicio por jurados pero no el BARD.

⁶⁵ Laudan Larry “ *Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*”, Cambridge Studies in Philosophy and Law, USA, 1996

⁶⁶ Proof beyond reasonable doubt, therefore, is proof of such a convincing character that you would be willing to rely and act upon it **without hesitation** in the most important of your own affairs.” Instrucciones al Jurado del Quinto Circuito (1990) (la negrita es mía)

dudamos aun con elementos que no razonables. Pensemos sin mas,- y esto lo he vivido en mi oficina muchas veces- en la mujer golpeada que pide volver con su marido, en problemas con la ley –justamente- por esos golpes. *Según la fórmula propuesta, se puede decir que la mujer tiene dudas razonables -y enfatizo ‘razonables’- acerca que su pareja la volverá a golpear?*

Sostengo que tales instrucciones, que remiten a las ‘certezas’ que uno tiene para los asuntos personales, darían un umbral (en caso que esas instrucciones sean entendidas) muy bajo para sostener una culpabilidad.

c) BARD como una convicción de culpabilidad

Discutidas las explicaciones del Umbral de Duda (BARD) y la misma duda (Doubt) como referencias a los asuntos de la vida diaria, se intenta otra fórmula que-específicamente- desecha esas alusiones y trata de colocar el BARD como una creencia que se puede sostener en el tiempo (el término en Inglés es ‘abiding’) acerca de algo. No parece tampoco una fórmula acertada. Si creo sostenidamente en el tiempo –por ejemplo- que los Estados Unidos montaron un show para hacer creer al mundo que llegaron a la luna en 1969, cualquier actuar en base a esa creencia – sostener que fue propaganda con fines geopolíticos, intentar crear un status jurídico para el futuro, etc- se hará en base a un umbral superado de duda razonable.

La fórmula empleada en Cortes del estado de California se lee como “...*la Duda Razonable no es una duda posible; pues todo asunto relacionado con la vida y la conciencia moral está abierto a duda (real o imaginaria). La duda razonable es aquella que, luego que Uds. [el jurado] analicen toda la evidencia, les deja la impresión perdurable en el tiempo (abiding) de la verdad de la acusación*”⁶⁷

Apenas se lee la fórmula se observa el intento de contrarrestar la definición de Shaw de 1850. Sin embargo, y esto pasa también entre nosotros-, se intenta explicar la duda, y lo que se explica es el *umbral* a superar de esa duda. Son dos cosas diferentes. Pero aun aunque se crea que esa distinción (epistemológicamente importante) está sobredimensionada, el término ‘abiding’ -literalmente ‘perdurable en el tiempo’- es confuso: Puedo tener certeza de mis ideas perdurables en el tiempo retrospectivamente, pero cómo se explica algo para el futuro? Puede que las Cortes de California usen ese término en sentido figurado, como para indicar una convicción firme. Sin embargo, *esto no asegura un umbral razonable de duda a superar.* En

⁶⁷ “Reasonable doubt is defined as follows: It is not a mere possible doubt; because everything relating to human affairs, and depending on moral evidence, is open to some possible doubt or imaginary doubt. It is that state of the case which after the entire comparison and consideration of all the evidence, leaves the minds of the jurors in that condition that they cannot say they feel an **abiding** conviction, to a moral certainty, of the truth of the charge.” (la negrita es mía)

efecto, un integrante del jurado puede tener la convicción firme que puede conocer, por la mirada, si una persona miente o no⁶⁸. Como el 90% de la evidencia que se la va a mostrar son testimonios, esa persona podría formarse una opinión en función de esas ‘firmes’ convicciones y no de la evidencia en sí⁶⁹. Y habrá seguido las instrucciones. Me adelanto aquí a dos objeciones: a) Un juez pues tener la misma creencia. Es cierto, pero si lo explica en sus fundamentos, esa sentencia será considerada arbitraria, por firme que sea la convicción del juez en su ‘especial habilidad’; b) se podría instruir al jurado que la opinión perdurable en el tiempo sea solo la que resulta de la evidencia *en sí*, pero entonces...para que está la mención a lo perdurable en el tiempo?

d) *BARD como una duda de la que pueden darse razones*

Esta fórmula es del tipo que menciona que la duda razonable es la que se podría darse razones y que debe basarse en la evidencia presentada en el caso.

En general esta fórmula ha sido desechada por la doctrina de USA y muchas Cortes Superiores revieron sentencias de juicios donde se dieron las instrucciones eran de este tipo. En primer lugar no se ve claro a quien se le deben dar razones... (a los demás jurados, supongo). Por otro lado, está en contra de la cultura de la ‘íntima convicción’ de este sistema. Ello sin contar con la presión que puede darle a un miembro del jurado sostener ‘razones’ ante los demás.

Así, en Morgan Vs. Ohio⁷⁰, se dijo “...*que significa ‘dar razones’? Debe ser una razón fuerte o alcanza con una débil? Quien va a juzgar esas razones? Esta definición es poco clara y se necesita más explicación para superar la indefinición. Por otro lado, puede llevar [a los jurados] a confusión: A quienes hay que darle razones? A los otros jurados? En las instrucciones eso no se dice y a los jurados no se les requiere dar razones a otros por su veredicto...*”⁷¹.

Esta fórmula, como dije, no solo atenta contra el ‘corazón’ de este sistema que es la íntima convicción, sino además contra principios establecidos también en el ‘civil law’, como el principio

⁶⁸ De hecho, en la vida diaria, uno se encuentra con personas que se jactan de ello...

⁶⁹ De paso, repárese que en los juicios por jurados, los testigos se ubican mirando al mismo. Las leyes que adoptan juicios por jurados en nuestro país siguen esa disposición física. EN los juicios con jueces técnicos, el testigo debe mirar al juez.

⁷⁰ Morgan vs. State, 48 Ohio St. 371 (1896)

⁷¹ “What kind of a reason is meant? Would a poor reason answer, or must the reason be a strong one? Who is to judge? The definition fails to enlighten, and further explanation would seem to be needed to relieve the test of indefiniteness. The expression is, also, calculated to mislead. To whom is the reason to be given? The juror himself? The charge does not say so. And jurors are not required to assign to others reasons in support of their verdict”.

de inocencia, pues la fórmula pide explicaciones *a cualquier duda*, incluso la de inocencia. Si se aplicara (y el jurado la entendiera y la siguiera) el defensor debería plantear su caso. Como dijimos, *la verdad -en el sistema acusatorio- es solo la verdad de la acusación*. Pedir la verdad (o razones) de la inocencia es volver a principios inquisitivos.

e) BARD como alta probabilidad

Como dije más arriba, el concepto temprano de BARD respondía a la concepción epistémica de su época, y está enlazado (como la 'duda' en nuestros sistemas jurídicos) con la poderosa influencia del papel que la 'duda' ejerce en la tradición judeo cristiana. De allí que los conceptos de 'duda' en nuestro sistema y de 'umbral de duda' en el sistema sajón estén relacionados con 'asuntos morales' (recordar la definición canónica del Juez Shaw).

Definir el BARD como probabilidad es más acorde a la cultura epistémica del nacimiento de las ciencias. En el 'common law', particularmente en las Cortes Civiles Norteamericanas, la fórmula que se emplea para dirimir las contiendas civiles es lo que en Inglés se llama "*preponderance of the evidence*", que algunos doctrinarios conocen como "*more likely than*"⁷². Es un umbral- obviamente- más bajo que el BARD que se emplea en las fórmulas penales y se basa en cuál de las partes presenta *mejor evidencia*. La diferencia con el sistema penal es obvia: En el sistema penal, la defensa puede presentar una evidencia pobre o aún ninguna, pero si la carga de la prueba acusatoria no es convincente (o -en términos epistemológicos- si no supera la duda razonable) se debe absolver. En términos de teoría de la probabilidad, sabemos que el 0 indica que el hecho no ocurrirá (que podemos asimilarlo a la inocencia) y el 1 indica certeza que ocurrirá (que podemos asimilarlo a la culpabilidad). Cualquier probabilidad debe encontrarse entre cero y uno. Si dos eventos se autoexcluyen (como la culpabilidad y la inocencia), entonces la probabilidad de la inocencia más la probabilidad de culpabilidad deben sumar uno. Así una persona que tiene una probabilidad de inocencia de 0,4 (o sea 40%) tiene una probabilidad 0,6 (60%) de ser culpable (ya que 0,4 más 0,6 dan 1). Frente a esto, tenemos dos problemas: a) Como pasa el jurado de la impresión que le dejó la exhibición de la evidencia en el debate a esos números?; b) Cuál es el umbral que requiere el BARD? (0,7, 0,99, 0,99...?).

Sin embargo, apenas nos adentramos en esta fórmula del BARD, reparamos otro problema: Que su uso es 'políticamente incorrecto' porque *desnuda algo que no queremos ver*: Asíelijamos como umbral una probabilidad alta (digamos, 0,99 o sea 99% para superar el BARD) *estamos reconociendo que hay una chance del 1% que estemos condenando un inocente*. En nuestra cultura jurídica también sostenemos esa clase de ficción cuando decimos que el juez debe condenar cuando tiene la 'certeza 'apodíctica' (sic) de la culpabilidad. Digo 'políticamente

⁷² "Mas probable que..."

incorrecto' aunque no es incorrecto. *No se puede exigir a la acusación fiscal que disipe todas las dudas del jurado respecto a la culpabilidad, sino solo las razonables.* Yo creo que el llamado a fórmulas de probabilidad no es conveniente por los dos motivos que expuse más arriba (más allá que los abogados tienen una especial aversión por números y fórmulas)

La existencia de estas diferentes fórmulas en el 'common law' muestra diferentes concepciones del umbral que debe ser traspasado por la evidencia de debate para arribar a una culpabilidad. Y los umbrales se definen de tantas maneras diferentes que indican diferentes concepciones de la carga convictiva, tanto en cantidad (probabilidad) como en calidad (subjetivo u objetivo). *La solución podría ser no definir que es el BARD (de la misma manera que nosotros no definimos 'duda'), tal como hicieron Inglaterra y Canadá hace pocos años, pero no es doctrina totalmente aceptada hoy en USA: Así, en US v Glass⁷³, la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito dijo: "... [el término]' duda razonable' debe hablar por sí mismo. Los jurados entienden que es 'razonable' así como entienden que es 'duda'. Los jueces y abogados que intentan capturar su significado con frases tales como 'asuntos de la mayor importancia' solo oscurecen las aguas...es por lo tanto inapropiado para los jueces dar una instrucción que defina que es 'duda razonable'..."⁷⁴.* Esta parece ser la solución a la que tiende la Argentina, aunque no creo que sea pacífico esto en la Dogmática por venir. Más bien parece una salida a la impotencia de no poder definir el concepto. Tampoco creo que el concepto de 'duda razonable' esté impreso genéticamente en la mente de los jurados (basta con leer a Kant), como para obviar una explicación. Este problema es uno de los dos problemas epistemológicos del juicio por jurados, que se potencia frente al otro (que analizaremos luego, que es la falta de motivación). No sabemos si el jurado empleó un estándar correcto de umbral para condenar o absolver y - *peor aún- ni siquiera en doctrina podemos definir qué es lo correcto...*

Adelanto desde ya mi posición que se necesita definirlo de manera objetiva (no subjetiva) y relacionado con las pruebas. Y adelanto mi defensa a la segura objeción que estoy propiciando un retorno a las pruebas tasadas o legales. No estoy haciendo eso, *aunque recuerdo que las pruebas legales eran una garantía del imputado frente al poder del inquisidor.* Es mejor que condenar o absolver por un concepto indefinido.

4.3 OTRA BARRERA EPISTEMOLÓGICA: LA INMOTIVACIÓN DEL JURADO

⁷³ US. Vs. Glass 846 F. 2nd. 386 (1988)

⁷⁴ "“Reasonable doubt” must speak for itself. Jurors know what is “reasonable” and are quite familiar with the meaning of “doubt.” Judges’ and lawyers’ attempts to inject other amorphous catch-phrases into the “reasonable doubt” standard, such as “matter of the highest importance,” only muddy the water. . . . It is, therefore, inappropriate for judges to give an instruction defining “reasonable doubt”..."

Este punto es defendido por los más fervientes juradistas basándose en dos puntos a) Que la falta de motivación es esencial en el funcionamiento del juicio por jurados; b) que la motivación es reemplazada por las instrucciones al jurado.

Respecto al primer punto, donde los más fervientes juradistas hacen mucho pie⁷⁵ se suele decir que la inmotivación y el secreto son esenciales al funcionamiento del jurado (lo que no se discute, dada la vigencia por siglo en países de mucha calidad institucional) *pero no nos dice nada sobre porque el jurado es más eficiente para 'conocer' que un Tribunal Profesional.*

Muchos países que no conocieron el jurado como forma de administración de justicia pueden exhibir galones de calidad institucional importante y similares a los países del 'common law', por lo que no puede tirarse por la borda una cultura jurídica que más allá de etapas siniestras en su desarrollo histórico (como la Inquisición) se reinventó continuamente.

Por otro lado, si bien es cierto que la evolución del proceso penal continental, cuando comenzó su evolución de ser un derecho privado a uno público, muestra fases vergonzantes, el juicio público por Jurados no fue siempre como se lo considera hoy... de hecho es relativamente reciente en términos históricos. Recién en el siglo XVIII se conformó como "adversarial trial", justo a tiempo para exportarlo a la naciente Constitución Americana. En el siglo XV era un proceso criminal sin acusador ni defensa ("lawyer free criminal trial") donde el acusado debía defenderse solo, y –según los textos de la época *"el inocente que habla por sí mismo será capaz de defenderse como el mejor de los abogados"*. No abundaré –por lo obvio- con las semejanzas de este proceso con el sistema inquisitivo. Recién cuando la evolución del sistema penal sajón registra la entrada de los abogados litigantes, el 'solicitor', el 'barrister' y el 'prosecutor'⁷⁶ comienza su evolución al sistema adversarial actual⁷⁷. El contra interrogatorio nació como ayuda para la defensa y evitar que con poca prueba de cargo se llegara a una condena y fue entonces que - por primera vez- se aceptó que el justiciable sea asesorado por un abogado, pero solo para los conainterrogatorios..y eso pasó a mediados del siglo XVIII, cuando el sistema continental ya presentaba la fractura inminente del pasado medieval.

⁷⁵ Harfuch Andrés, "Inmotivación, secreto y recurso amplio en el juicio por jurados clásico", Rev. Derecho Penal N.3 , Año 1, Ed. Infojus, pág.113

⁷⁶ El 'solicitor' era el abogado procurador, que conseguía las pruebas de la acusación, pero luego comenzó a aconsejar al acusado. No litigaba. El que litigaba era el 'barrister', mientras que el 'prosecutor' era el acusador. El primero en parecer históricamente era el 'solicitor'. Estos abogados se afianzaron en la escena procesal y constituyeron las bases del sistema adversarial actual...

⁷⁷ Langbein J, "*The origins of Adversary Criminal Trial*", Oxford Studies, New York, 2003

Por lo visto, *poseemos una visión idealizada del sistema de Justicia Sajón*. Esta visión hace decir a muchos que el Juez profesional *debe motivar y el jurado no lo debe hacer* por la diferencia de legitimación. Un claro razonamiento circular, que no solo NO es cierto en términos históricos – como vimos- , sino que además no responde al tema que me interesa en este artículo: Conocer como ‘conoce’ el jurado.

Plantea un problema epistemológico la falta de motivación? En principio creo que sí, ya que la misma posee funciones exógenas (permitir el control de las partes y de la sociedad sobre las decisiones judiciales)⁷⁸ y endógenas (autocontrol racional del decidente sobre su propio juicio).

Sin embargo, justo es reconocer que de estas dos funciones la más ‘afectada’ por el sistema de jurados es la ‘exógena’, pues con respecto a la función ‘endógena’ (autocontrol) no debe subestimarse una deliberación de doce personas⁷⁹ donde los acuerdos se logran por mayorías agravadas (o para los casos más graves por unanimidad)⁸⁰. **En este punto, el jurado –obligado a lograr consensos- posee una ventaja epistemológica importante respecto al Juicio frente a Jueces técnicos.** Trataré el tema más abajo.

Ahora bien, incluso con la función exógena, juradistas fervientes como Harfuch, sostienen que “...*El control exógeno o extraprocesal de la decisión del jurado es obtenido del requerimiento fiscal, de las instrucciones del juez, de la transcripción taquigráfica de todo el juicio y [...] por la sujeción absoluta ex ante y ex post de su juicio al estándar probatorio de duda razonable, ampliamente verificable y criticable en sede recursiva por el condenado...*”⁸¹

Aquí comienzan a pesar -de manera importante-, las instrucciones finales dadas al jurado previamente a la deliberación, que expuse más arriba.

⁷⁸ Paradojal para el discurso juradista que afirma que la participación de ciudadanos legos en la Administración de Justicia se corresponde con la publicidad que por imperio Constitucional debe darse a los mismos...

⁷⁹ Justamente el ‘número mágico de doce personas’ parte de la necesidad de obtener un consenso amplio pero no exigir acuerdos tan amplios que trabe la toma de decisiones. Todos los sistemas de Jurados giran alrededor de ese número. En Escocia los jurados son 15...

⁸⁰ En el jurado clásico de USA, las decisiones son siempre por unanimidad. Aquí tímidamente se va tendiendo a ello... pero por ahora en PBA –si no se trata de delitos que impliquen pena a perpetuidad- se requieren 10 votos y en Neuquén 8. En la nueva ley de Chubut se requiere unanimidad en todos los casos.

⁸¹ Harfuch Andrés, “Inmotivación, secreto y recurso amplio en el juicio por jurados clásico”, Rev. Derecho Penal N.3 , Año 1, Ed. Infojus, pág.127

Sin embargo...como sabemos que el jurado las siguió?, o siquiera si las entendió? Como sabemos, al decir de Laudan⁸² que no son un “mensaje en botella” al jurado?

Aunque no se lo menciona muy seguido, es bueno recordar que en los países anglo parlantes hay estudiosos del tema que admiran el sistema continental de jueces profesionales⁸³, o que tiene reparos epistemológicos⁸⁴ frente al sistema juradista.

Parecería que la respuesta a esta pregunta es reactiva: Si el jurado no entendió las instrucciones o no las siguió, no pasaría el estándar de la revisión, dicho sea de paso, solo para la defensa pues en todas las nuevas leyes de Jurados, el recurso se permite solo contra las sentencias condenatorias. Si se considera –seriamente- que el recurso fiscal viola en ‘non bis in idem’, deberían pedirse – para ser coherentes- la inconstitucionalidad de los artículos de los rituales procesales que permiten el Recurso Fiscal (ya la CSJN dijo que no es garantía reconocida en los Pactos que el acusador tenga un doble conforme, pero acepta que lo sea por ley)⁸⁵.

Antes de avanzar, repasemos las citas que vimos más arriba respecto de las Cortes de Apelaciones en USA: Todas ellas se basaban en supuestas deficiencias en las instrucciones del Juez al Jurado. De hecho, podemos agruparlas en dos grandes grupos: O la Alzada no coincidía con la definición de BARD, o se suponía que la instrucción era confusa. Pero en todos los casos hay un supuesto que parece dado y no lo es desde el punto de vista de la epistemología: *que el jurado entendió o siguió esas instrucciones...* por qué debemos suponer que una instrucción deficiente (al sentir del Juez de Alzada) de BARD confundió al jurado? AL revés... porqué suponer que una instrucción correcta de BARD fue seguida por el jurado? Que pasa con los elementos de psicología del conocimiento que hacen que una persona ‘aprehenda’ la realidad (en este caso la evidencia del debate) con sus anteojos en los que prima sus prejuicios, su historia de vida, su formación?

Como dice Cristián Penna “*esos anteojos también los tiene el Juez técnico*”, lo que no se discute. Pero Penna omite que se puede seguir el hilo de las ‘anteojeras epistemológicas’ del

⁸² Laudan Larry “ *Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*”, Cambridge Studies in Philosophy and Law, USA, 1996. De paso es útil el ejemplo para reforzar la idea que no todo el mundo en los países anglo parlantes creen que el jurado sea la mejor manera de administrar justicia....

⁸³ Entre quienes han bregado por una reforma del sistema de jurado clásico angloamericano puede consultarse a Smith y –sobretudo- al profesor de la Universidad de Yale, John Langbein (ver, por caso, “*The origins of Adversary Criminal Trial*”, en Oxford Studies, New York, 2003)

⁸⁴ Laudan Larry “ *Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*”, Cambridge Studies in Philosophy and Law, USA, 1996, entre otros.

⁸⁵ Más allá que creo que se olvida que el MP representa la sociedad, que puede no querer tolerar falsos negativos, es sorprendente que en los Juicios por Jurados exista esa restricción y con los Tribunales profesionales, no.

juez. El juez técnico debe no solo ‘justificar’ su decisión sino además ‘motivarla’⁸⁶. El jurado no. El jurado decide por ‘íntima convicción’. Eso es nuevo en nuestra cultura jurídica, acostumbrada a la valoración racional de la evidencia. Y no podemos dejar de mencionarlo.

El tema de la motivación fue abordado por la CSJN en el fallo ‘Canales’⁸⁷. La sentencia llegó a la CSJN pues la defensa de los dos imputados (habían sido condenados por homicidio) solicitó la declaración de inconstitucionalidad del juicio por jurados en Neuquén (allí, como vimos, el juicio es irrenunciable). La CSJN, tomo el caso (seguramente para sentar precedente, pues no parece lógico que lo haya tomado) y por mayoría rechazo el pedido.

Para hacerlo, adoptó una postura casi esquizofrénica, pues definió la motivación de las sentencias en su manera tradicional⁸⁸, para luego devaluar un eje axiológico que se sostuvo durante más de 150 años. De hecho, el principal motivo que ‘abre’ el REX es la ‘arbitrariedad de sentencia’, felizmente adoptado por sucesivas etapas de refinamiento en el concepto y que se basa JUSTAMENTE en la motivación. *En ‘Canales’ se tiró todo por la borda...*

En efecto, pues luego de definir motivación de la manera en que se ha presentado en este artículo (comprensiva de la justificación de razones por la que se prefiere un dato a otro y la explicación de cómo el conjunto explica la decisión), la CSJN pasa a adoptar un criterio más amplio de motivación (a mi entender es un criterio divergente) según el cual motivación es “...*la coherencia entre las afirmaciones de las partes, las pruebas y el sentido de la sentencia...*”. Lo que la Corte había definido en un principio como ‘motivación’ pasa a ser una ‘explicación de razones’ (y por lo tanto no necesaria para fundamentar una sentencia). Esto es confundir lo que caracteriza con lo caracterizado. Es como definir ‘pura sangre’ a ciertos caballos. *Un caballo puede ser de pura sangre pero es siempre es un caballo. Es obvio que una sentencia –para que sea válida- debe ser coherente entre su sentido y lo expresado legalmente en debate. Pero no se puede decir que esa coherencia ES la sentencia válida.* Esa coherencia es solo un criterio para definirla como tal (como sentencia válida).

⁸⁶ Justificar y motivar son cosas distintas...al justificar se dice que elementos de la evidencia producida en debate fueron los que llevaron a la conclusión final. La motivación explica porque ESOS elementos fueron los decisivos frente a otros que fueron descartados. Muchas veces, la motivación esgrime esa anteojera conceptual del juez. Son los famosos casos de ‘*fundamentación aparente*’, es decir donde el juez interpretó los hechos con su propia lente.

⁸⁷ CSJN, “Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado - impugnación extraordinaria.” 02/05/2019, 461/2016/RH1

⁸⁸ Que los fundamentos del fallo “...*constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa*” (la negrita es mía...)

Contrariamente a lo que dijo la CSJN en 'Canales' creo que ***el decisorio de cualquier jurado, aunque sea totalmente coherente con lo expuesto en debate carecerá siempre de motivación.*** Ahora, si decidimos que – por las razones que fueren- aceptamos como válidas las sentencias – coherentes-no motivadas, eso es otra cosa y discutiremos sobre eso.

Un segundo problema plantea esta posición de la CSJN en 'Canales': Siempre se entendió la motivación como elemento fundante de la condena. En este nuevo paradigma (en donde no es necesario expresar la motivación pues ella estaría representada por la coherencia entre el sentido de la sentencia y lo expuesto en debate) tenemos una consideración 'ex post'.

La única manera pues, de intentar realizar un recurso eficaz ya no es analizar críticamente lo que pensó el decidente, pues en el caso del jurado *no se sabe exactamente nada porque decidió lo que decidió* y para resolver cualquier instancia recursiva se debe 'empezar de cero' sin la partes con la video filmación⁸⁹, las notas, o lo que sea. Juicio que ha de ser realizado...por un juez técnico!!! Lo cual es paradójal para los que ven el juicio por jurados como Garantía del imputado, pues ese recurso, debe realizarse...como Garantía del debido Proceso (conf. Art. 8.2.h del CADH y 15.1 PIDCyP).

Este tema es abordado por los juradistas, que sostienen que la [ahora desvalorada] motivación fue un recurso para legitimar a los jueces. Repito que – al sostener esto- se confunden *procesos históricos diferentes*. En la tradición jurídica continental NUNCA se pasó de jurado popular a un jurado por jueces. **En el paso del derecho penal privado al público siempre tuvimos jueces** (bajo diferentes formas y nombres). Las razones históricas de la motivación surgieron como *garantía* del imputado (casi en la misma época en que el sistema inglés adoptaba el contra interrogatorio) para prevenir el uso descontrolado de las sentencias 'in pectore' que hacían los jueces del 'Ancien Regime' una vez desligados de los controles de las pruebas tasadas⁹⁰. Allí nace la motivación en nuestro contexto cultural e histórico.

Resumiendo, para terminar este punto: Para la CSJN, como los jueces populares son 'legítimos' no deben motivar, pero de cualquier manera si la sentencia es coherente con las pruebas, están motivando (aunque no lo sepan).

Suena raro. Es esta la misma Corte que dictó el fallo Casal?...

⁸⁹ En PBA el juicio por jurados debe filmarse, bajo pena de nulidad

⁹⁰ Como dije en un artículo anterior, las pruebas tasadas eran una garantía del imputado por las que se controlaba el poder absoluto del inquisidor...

4.4 LA INVESTIGACION, LAS PRUEBAS DEL DEBATE EL PAPEL DEL FISCAL Y LA JUSTICIA NEGOCIADA

Terminamos aquí repasando brevemente algunas diferencias estructurales que rodean al proceso continental y al proceso americano (el cual verifica una influencia creciente con cada ley nueva de jurados que se incorpora a las provincias juradistas).

En primer lugar, tenemos que recordar que en los Estados Unidos, solo un ínfimo porcentaje de casos llega al jurado (cuando digo ínfimo digo menor al 5%). Que pasa con resto? Son arreglos entre el Fiscal y el imputado.

Antes de abordar el tema epistemológico, planteo algo concreto: *El costo de organizar un jurado para una sola audiencia iguala al costo mensual del juez que lo preside* (ello en el mejor de los casos, y sin contar que el jurado puede –en la PBA al menos- quedar estancado). **No parece ser sostenible por una Administración de Justicia que ya está colapsada –precisamente- por su deficiente organización**⁹¹. Como excursus diré que *debemos terminar con los feudos privados de los magistrados judiciales, sus despachos, su clan de secretarios, prosecretarios, relatores y administración con reglas propias, y dejarlos libres de esas tareas...que la organización de los papeles las realicen profesionales de logística, administración de empresas, ingenieros industriales. Los jueces solo deben consultar la agenda y asistir a un juicio. Es incomprensible que en la PBA se imponga plazo a la IPP (4 meses) y el juicio tarde más de un año. Ello sin hablar de los recursos. Juicio y Recurso deberían también estar conminados con plazos fatales.*

Vamos a lo epistemológico. Si para sostener el jurado como decidente ‘en todo proceso criminal’ y que esto sea sostenible, debemos pasar a una justicia negociada... representa una mejora en la calidad de toma de decisiones (absolución o condena)?

Podríamos optar por la solución de los acuerdos. Opción que se debería estudiar en cuanto a su calidad y alto nivel de selección. Cito por caso a Perfecto Andrés Ibáñez en una reciente publicación⁹² “...Paradigmático al respecto es, precisamente, el caso de Estados Unidos, uno de los países del conocido como primer mundo, donde más graves padecimientos experimenta aquel en el caso del imputado estándar, que, al mismo tiempo, arroja la evidencia de estremecedoras **cifras porcentuales de impunidad**. Referidas, claro, a conductas criminales de infractores excelentes, de enorme gravedad y muy negativa trascendencia social, que nunca llegan al

⁹¹ Con la (muy esperable) resistencia de los jueces...

⁹² Ibáñez, Perfecto Andrés, Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio, Madrid, 2020, pp. 75-102

juzgado. Pero, eso sí, que nada tienen que ver con la delincuencia común convencional, generalmente **tratada con los expeditivos procedimientos de la justicia «negociada»**. La justicia sin juicio *made in USA* basada en una contratación —adhesiva para el acusado— sobre la culpabilidad y/o la pena ¹⁹; que, como advertiera Schünemann (1991), protagoniza desde hace años una muy preocupante «marcha triunfal» por el mundo, con la complicidad de no pocos juristas, jueces y fiscales. Este inaceptable modo de operar produce sentencias condenatorias sin proceso a escala industrial; y, en tal sentido, presta un efficacísimo servicio en términos de masivo control social, sirviendo al mismo tiempo para deflacionar el proceso penal⁹³...”. Las negritas son mías. Aquí recuerdo que Estados Unidos tiene más de dos millones de personas encarceladas, un tercio sin posibilidad de condicional y su tasa de encarcelamiento triplica la nuestra⁹⁴.

En efecto, en los Estados Unidos, El Ministerio Público (MP) posee una gran poder para realizar acuerdos de oportunidad o conveniencia muchísimos más amplios que lo que acuerda nuestro ritual para el Agente Fiscal⁹⁵ en el art. 56 bis⁹⁶ : EL Fiscal Norteamericano, ya sea federal o estadual puede realizar acuerdos de desestimación de cargos y decidir no acusar a un sujeto que cometió un crimen en razón de su colaboración eficaz para el esclarecimiento de ese mismo hecho (diferente a la ley del ‘Arrepentido’ Argentina que está sujeta –como todo- a controles verticales y de otro poder). Además el Ministerio Público (MP) posee ilimitado poder de negociación para arribar a un *plea bargaining*, en lo que hace al monto de pena pactada. *Es decir, el campo de actuación del juicio por jurado es mucho más amplio, porque también lo son los mecanismos que permiten resolver el caso (incluso con una condena) sin la realización del debate.*

Esto hace que los modelos de juicio anglosajones, apenas dejamos de encandilarnos con el jurado ofrecen varias dudas acerca de su lógica epistemológica, pues el procedimiento otorga al Fiscal un poder inmenso en las instancias previas al acusatorio y en todos los casos el acusado se encuentra frente a la opción de elegir entre una segura pena menor y una posibilidad cierta de una pena muchísimo mayor. Me adelanto a la objeción que sostiene que lo mismo podría

⁹³ Citado por el mismo autor, figura Taibbi (2015), que califica “...de ‘curioso misterio estadístico’, que es el representado por la expresiva conjunción de tres factores: que la pobreza aumenta, el crimen disminuye y la población reclusa se duplica. Al que habría que añadir otro, y es que el fraude de los agentes económicos responsables de la reciente crisis, que arrastró con el cuarenta por ciento de la riqueza mundial, ha pasado sin consecuencias para ellos [...] « Una mentira en San Diego es un crimen. ¿Un millón de mentiras [en Wall Street]? Un buen negocio»...”

⁹⁴ Alrededor de 700 reclusos/100,000

⁹⁵ Que –por otro lado- está sujeto a la revisión obligatoria del Fiscal General del Departamento Judicial (DJ) que se trate y de la misma víctima (CPP 83 inc.8)

⁹⁶ Por otro lado sometido al control del Superior...

decirse del '*juicio abreviado*'⁹⁷ en nuestro sistema, pero hay una diferencia de grado en la 'tentación' por parte del sindicado a aceptar una condena por un hecho no cometido o en el cual hay atenuantes que es difícil de probar en debate: Mas allá que reconozco que también este juicio 'abreviado' así como los 'plea bargaining' son barreras epistemológicas que nos alejan de la verdad, en nuestro sistema, el fiscal no puede apartarse de la base fáctica del caso y por lo tanto de los límites de la pena para el tipo de delito que se trate. Por otro lado debe pasar el control Judicial sobre la legalidad⁹⁸. Por el contrario, en USA el Fiscal puede determinar- como parte de la pena- condiciones de ejecución, lo que aquí queda reducido a la condicionalidad o no de la primer pena de prisión menor a tres años. Ni siquiera puede el fiscal discutir la reincidencia que podría ser declarada de oficio por el Tribunal.

En segundo lugar, pasemos a la investigación. En este punto, propongo un ejercicio: Ver la serie más vista de la historia del entretenimiento: *La ley y el Orden*. Más allá de la ficción, esta serie revela cómo se realizan las investigaciones criminales, mucho más cortas que nuestras IPP y con papel fundamental y autónomo de los investigadores policiales que pueden interrogar al sospechoso, obtener datos, trazar hipótesis y solo requieren la presencia del juez para los límites que nos son conocidos: la requisa, el allanamiento y la intervención telefónica. La coordinación con el 'prosecutor' es para coordinar diferentes acusaciones, con las que se presiona – literalmente- al sospechoso para obtener una confesión que evite el juicio (como vimos antes).

Tercero. Un poco de Derecho probatorio. Que pasa con la evidencia que llega a debate? En los estados Unidos, dado que se conoce que si se llega a juicio el juez será un jurado lego, años de jurisprudencia y normativas han creado un sistema de 'filtros' de la prueba para que la información que llegue al jurado esté libre de contaminaciones indeseadas. Por ello en los EEUU existen estrictas reglas de exclusión de evidencia (EER) que aquí no existen.

Como dijimos más arriba, en muchos países, el '*voir dire*' que aquí se ha tomado como una audiencia de selección (en realidad, de rechazo) de jurados, abarca otros temas importantes, a punto que se la considera '*a trial inside a trial*' (un juicio dentro de otro) pues es también el análisis previo a los testigos (sin la presencia de jurados –obviamente-) para ver *la calidad de prueba que pueden aportar*. Esto es necesario en esos países pues lo demanda la corta

⁹⁷ El encomillado es irónico: es obvio que no se trata de un juicio. Ese nombre debería ser desterrado de los Códigos.

⁹⁸ Con buen criterio, el FG de Bahía Blanca impuso que los acuerdos de abreviación del proceso de todas las Fiscalías de dicha Ciudad, los realice una Fiscalía especializada que tenga un criterio uniforme. Lamentablemente ese ejemplo no es seguido por otros Departamentos Judiciales, y en el mismo DJ de Bahía Blanca no se aplica a las Fiscalías Descentralizadas...

investigación. En nuestro sistema técnico, lo que el testigo va a decir lo sabemos pues consta en algún acta de la IPP...y si no lo oraliza, le 'refrescamos la memoria'.

La importación del jurado no cambió nuestro sistema probatorio. En nuestra cultura, el filtro de las pruebas que se presenta al juez es casi cero (*en realidad es cero*, pues es el mismo juez el que –de oficio o a pedido- elimina las pruebas sobre abundantes y por supuesto las ilegales). A lo sumo, y con timidez algunas provincias han adoptado un sistema de exclusión simplificado con respecto a los testigos de oídas.

Un cuarto problema epistemológico se refiere a la posición del fiscal en el proceso de tradición Inglesa y el de tradición continental. En nuestro sistema, el Fiscal no es realmente una parte. Es un participante procesal. Debe buscar la objetividad y actuar-incluso- como defensor del imputado. Esto tiene raíces profundas en el sistema inquisitivo, que prioriza la verdad real. En un sistema adversarial, por el contrario, el fiscal, como el defensor es parte. No se trata de convencer (a un juez) sino de persuadir (a un jurado). Esto tiene profundas diferencias, más allá de la semántica, entre otras cosas, en el tipo de criterio de verdad que se emplea para decidir si el hecho investigado ocurrió o no.

En el juicio por jurados, el fiscal –sobre quien cae la carga de la acusación- debe narrar una historia que sea coherente con las evidencias. El criterio de verdad ahora es coherentista. Es una verdad Semántica⁹⁹...

Si alguien duda de esto, recóplense las múltiples ofertas de cursos para preparar a los operadores judiciales (particularmente fiscales y defensores) para el proceso por jurados y se podrá verificar fácilmente que entre estos cursos -además de los clásicos de litigación¹⁰⁰- hay cursos de oratoria y hasta de teatro!!!.

No hay, como cabría esperarse en un sistema donde el criterio de verdad es el de la correspondencia cursos de lógica o –si se quiere- de pedagogía.

Esto plantea problemas respecto al tipo de conocimiento que genera en el debate, y es resultado –como la indefinición del BARD- de la importación acrítica sin mayores análisis de institutos que se implantan a la fuerza en un sistema concebido con una tradición epistemológica diferente.

⁹⁹ EN este punto, no discuto su calidad, sino su esencia

¹⁰⁰ Hay que reconocer en estos cursos de litigación la saludable tendencia a vencer la resistencia de operadores judiciales que insisten –aun hoy- en la incorporación de pruebas por lectura “*porque no se puede hacer de otro modo*” (sic de verdaderos dinosaurios). Una natural depuración generacional, nos mostrará operadores más jóvenes –que hoy asisten a esos cursos- sin miedo a la oralidad...

4.5 UN ELEMENTO A FAVOR: EL CONSENSO DEL JURADO

Este consenso es quizás el aporte epistemológico más importante del sistema juradista. Veamos.

El sistema de jurados exige un consenso (diferente según cada Provincia) para determinar si la acusación tuvo éxito en ser demostrada en debate. Como venimos diciendo, esa es la ‘verdad’ buscada. No la verdad de los hechos en el sentido ‘lato’ del término. Lo que se busca en un sistema acusatorio es solo si la acusación se muestra suficiente para convencer al jurado por encima del BARD¹⁰¹. Ahora bien. El jurado está compuesto por 12 personas. Ese ‘número mágico’ (hay países donde el jurado tiene un número diferente, pero todos rondan alrededor de ese número) está pensado –como vimos- para ser lo suficientemente grande para que se alcance un consenso y no ser tan grande como para paralizar la discusión.

Que el jurado alcance un consenso de 8, 10 o 12 personas para decidir sobre la verdad de la acusación no es menor: Si el Jurado N. 1 tiene ‘anteojeras epistemológicas’ que distorsionan fuertemente la evidencia mostrada, deberá confrontarlo con los otros 11 jurados. Los otros 11 jurados también tendrán sus anteojeras y se verán en la misma situación que nuestro primer jurado. Ese consenso en un número relativamente importante, no es menor, y es quizás, el avance epistemológico más fuerte que presenta ***el juicio por jurados frente al del juez técnico.***

Debo recordar que - más allá que sospecho fuertemente del tipo de ‘consenso’ logrado en los Tribunales Criminales (y en algunos casos ni siquiera se pide consenso, pues muchos delitos se juzgan con Juez unipersonal)- al Juez que comienza su voto al estilo de la conocida frase “*adhiero por las mismas razones al voto de mi distinguido colega preopinante*”, tampoco se le piden explicaciones...

5 CONCLUSION

Visto esto, el contexto de descubrimiento que se realiza en un juicio por jurado comparte las mismas características del contexto de un juicio con decidentes profesionales, con las cinco

¹⁰¹ Es obvio que la acusación está formulada en función de demostrar algo que ocurrió en el pasado, solo resalto que es solo eso lo que se busca. Si la acusación no alcanza a convencer al Jurado –o lo que es lo mismo, al Juez Técnico- lo que ocurrió en el pasado deja de importar. Puede haber otra persona que cometió el hecho investigado, puede no haber ocurrido, puede haber ocurrido de diferente manera, pudieron haber intervenido otras personas, etc. Eso ya no importa, si no fue contemplado en la teoría del caso de la acusación. En un sistema inquisitivo, eso era impensable. Lo que se quería conocer era ‘que había pasado’ exactamente. Era una cuestión de orden público, donde en el ambiente cultural en que ese sistema se creó, la ‘verdad’ jugaba un papel importante...

características propias del descubrimiento en un debate, que lo diferencian del descubrimiento en otras ciencias y que habíamos analizado en el acápite 2.

Lo que si cambia es el contexto de justificación. Y fuertemente. La inmotivación, esto es, la decisión por íntima convicción, alejada de la sana crítica racional que caracteriza nuestro sistema probatorio moderno plantea nuevos desafíos que deben sortearse con más elegancia que sostener que “la inmotivación es la clave del funcionamiento del jurado”. Mucho menos, saldar la discusión con el argumento que “*una sentencia coherente con las pruebas expuestas es debate*”, como hizo la CSJN en “Canale”.

Otro elemento diferente en el contexto de descubrimiento es el concepto de umbral de duda a superar por el jurado para sostener una decisión condenatoria. Las vacilaciones que se exhiben –incluso en los países del Common Law- respecto al significado del umbral de la “Duda Razonable” (BARD) es clara muestra de ello. Si bien habíamos empleado siempre la palabra ‘duda’ en nuestro contexto jurídico clásico, esto nunca trajo aparejadas grandes discusiones semánticas pues la duda no era empleada como *umbral* sino como *concepto* opuesto al de la certeza (relativa como todas las certezas) que, -si existe- debe ser motivada. En el jurado, como vemos ello no ocurre, de ahí la importancia de la definición clara del BARD.

Un elemento que cambia en el contexto de justificación y en el que la decisión del jurado se muestra más sólido epistemológicamente que en la decisión con jueces profesionales, es en el necesario consenso (normalmente por mayorías agravadas o por unanimidad) que requiere el jurado para emitir un veredicto condenatorio. Es obvio la mejora en el control endógeno de la decisión si 12 personas deben acordar sobre un tema. Podrá decirse que en los casos graves se necesitan mayorías en los Tribunales, pero como dije más arriba, *desconfío de esas mayorías*, que -por otro lado – casi siempre son inmotivadas. De ‘lege ferenda’ sería adecuado –en los debates con jueces profesionales- exigir la motivación en todos los votos, impidiéndose las adhesiones.

La audiencia de ‘voir dire’ no afecta –como podría pensarse- el contexto de descubrimiento sino el de justificación. En la búsqueda de ese jurado (individuo)¹⁰² “estratégicamente conveniente a los planes de la parte” según elegante dicho de Cristián Penna, *está la búsqueda de un jurado que sea sensible al relato de la parte*. Nunca un jurado imparcial. Su falta de empatía con la teoría del caso de la parte recusante, implicará su recusación sin causa si es posible. Esta metodología, más allá, que no creo que otorgue paridad a las partes por el solo hecho que se

¹⁰² En Ingles, la distinción entre jurado (individuo) y jurado (como grupo decidente) es más fácil pues se los denomina ‘juror’ y ‘jury’ respectivamente. En español, debería entenderse según el contexto. En los casos que lo desee resaltar por su importancia, lo aclararé...

concedan a ambas la misma cantidad de recusaciones (será motivo de otro artículo), habla por sí del criterio de verdad que se busca en este sistema, que es la verdad por coherencia, el 'story telling'. Dejo como reflexión al lector, si el jurado elegido por el 'padrón electoral, es un 'par' en el sentido simbólico con que se emplea el término.

Deberíamos preguntarnos la razón por la que ya -a unos 15 años de la irrupción del jurado clásico (o casi clásico) en nuestro sistema de juzgamiento-, *nadie se pregunte como se produce el conocimiento en un juicio por jurados*, pues en las explicaciones sobre este tema campeon discursos como *"el jurado funciona así, es diferente a un juez técnico"*. Ante esas explicaciones, -verdaderos ejemplos de petición de principios, por otro lado- adelanto una teoría provisoria: Pues por parte de los que desean el jurado como decidente, plantean su importación acrítica desde una corriente jurídica (y cultural) diferente a la nuestra, encandilados por la belleza simbólica de alguien juzgado por sus "pares"¹⁰³, y los que se oponen lo hacen por resistencia al cambio (que de eso en la Justicia sabemos mucho). No hay hoy, estudios serios sobre que significa el jurado insertado en la tradición del Civil Law, como si los hay en Alemania e Italia.

Finalizo pues exhortando a que si deseamos la sostenibilidad de este novedoso sistema de juzgamiento, seamos capaces de criticarlo para adaptarlo a nuestra cultura jurídica. Que comencemos una práctica sistemática de autocrítica, ***evitando lo que genialmente Perfecto Ibañez califica como "la pobreza cultural de una práctica sin teoría"***.

Esto implica, en la práctica jurídica, leer, razonar, y criticar más. Evitar la práctica automatizada de nuestro sistema de Justicia, apegado a los formalismos y con escaso despliegue teórico, el que queda confinado en Universidades (a veces ni eso).

También implica que si deseamos convivir con el Juicio Por Jurados, deberemos a) aumentar la tasa de 'negociación' de los conflictos penales; b) modificar radicalmente la forma de administración de justicia, quitando la administración de manos de los jueces y contratando personal (no necesariamente con formación en leyes) para ocuparse de esto (esto se debe hacer de cualquier manera); c) que es necesario un cambio en la posición del Fiscal, hoy potencialmente defensor del imputado; d) que son necesarios cambios en nuestro Derecho Probatorio, particularmente, en la práctica del manejo de la evidencia; e) que son necesarias normas generales de manejo y – sobre todo- de valoración de la prueba (regreso a las pruebas legales?) para que ella llegue filtrada y con mejor calidad a los jurados legos: f) abandonar la ficción que con los jurados tenemos una sentencia fundada; g) reconocer frente a la sociedad que le estamos ofreciendo un sistema con más 'falsos negativos'; h) y – finalmente- siendo conscientes de las

¹⁰³ El encomillado es irónico...

diferencias epistemológicas entre ambos sistemas, parte de las cuales he intentado exponer aquí..

En ese momento –y recién en ese momento- habremos superado el estado actual de discusión que presenta una dicotomía ingenua entre los que adhieren acríticamente al sistema de jurados por la novedad y para oponerse a las falencias del sistema actual (que las tiene y muchas) y los que simplemente...se resisten al cambio.