

EL VEREDICTO DEL JURADO TIENE QUIEN LO DEFienda
LA TESIS DOCTORAL DEL PROFESOR, DR. ANDRÉS HARFUCH

Por José Raúl HEREDIA

I

El Profesor, Doctor, Andrés HARFUCH ha presentado una Tesis para aspirar al título de Doctor por la Universidad de Buenos Aires titulada “El veredicto del jurado”; el Director de la Tesis es el Dr. Alberto BINDER. El jurado que tuvo a su cargo la evaluación -integrado por la Dra. Ángela LEDESMA, el Dr. Edmundo S. HENDLER y el suscripto-, después de su pública defensa en 3 de mayo de 2017, la ha calificado como *sobresaliente* y recomendado su publicación.

Cabe destacar ya que el Profesor HARFUCH, de reconocida trayectoria y continuos aportes en el tema del jurado específicamente, fue premiado, tras concurso, por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires con una estancia de investigación en el extranjero para finalizar su propuesta. Él mismo nos lo dice, sus ideas despertaron el inmediato interés de la Prof. Dra. Valerie Hans, experta mundial del juicio por jurados y profesora de Derecho en la Universidad Cornell, ciudad de Ithaca, en el Estado de Nueva York, Estados Unidos. Ello derivó en una invitación formal a una estancia de investigación allí para cosechar, de primera mano y merced a múltiples entrevistas y a la consulta de una de las mejores bibliotecas sobre juicio por jurados del mundo, los datos duros de cómo la cultura jurídica del *common law* investigó -desde todo el campo de las ciencias sociales- el complejo proceso de la deliberación, la toma de decisión -individual y grupal-, el veredicto y su control posterior.

Por estar aún inédita, no puedo detenerme en un comentario circunstanciado de la tesis. Pero he creído conveniente referirme a ella bajo la forma de reseña para celebrar su advenimiento.

II

Como anticipa el autor, la hipótesis de investigación general de la tesis es demostrar que el veredicto del jurado es la más fundamentada de todas las decisiones judiciales y se propone una abierta defensa del veredicto del jurado. Está dividida en tres Partes, a saber: PARTE I - Estructura del veredicto; PARTE II - El veredicto del

jurado y sus dispositivos de control de partes, y PARTE III - El veredicto del jurado y la verdad.

Afirma en la Introducción que la forma en que rinde el jurado su veredicto general asegura un modo de enjuiciamiento único, sin par y epistemológicamente superior en todo sentido al juicio profesional. El juicio por jurados es un preciado tesoro de la Civilización, afirma, y ha sido el garante del sistema acusatorio. Sin él, no es posible un sistema acusatorio y *adversarial* real, ni un juicio sin expedientes escritos. Para probar esta hipótesis anuncia una confrontación intensa contra buena parte del *motivacionismo* radical del *civil law*. Sitúa la cuestión: la verdad en el sistema acusatorio fue siempre obtenida y construida a partir de una acusación presentada en un litigio público de partes y ante un jurado. La fundamentación del veredicto del jurado en los sistemas acusatorios -dado que siempre se trató indiscutiblemente de una decisión fundamentada- recae completamente en la acusación y en la carga de que el acusador pruebe la verdad de los hechos que alega en un juicio público, pletórico de los controles externos que el litigio provoca sobre la decisión, ante un jurado imparcial y más allá de toda duda razonable. El acusador debe concluir y fundamentar racionalmente en corte abierta su hipótesis acusatoria, de modo tal que el veredicto del jurado (o la sentencia del juez) es simplemente el reconocimiento de los fundamentos de dicha acusación. Esta es -y ha sido siempre- la epistemología acusatoria y este es el estilo acusatorio de fundamentación.

Resulta esencial para el autor advertir esta distinción: fundamentar significa apoyar la decisión en la prueba de los hechos y que la misma sea la derivación razonada del derecho. Todo ello existe y es abastecido de manera muy superior en un juicio por jurados. Motivar, en cambio, significa expresar posteriormente las razones en un documento escrito o en una audiencia oral. El veredicto del jurado es una decisión fundada, aunque permanezca inmotivada por razones muy importantes. *Inmotivación* del veredicto no es falta de fundamentación. Son conceptos completamente distintos. El estilo inquisitorial de fundamentación, o epistemología inquisitiva, es un modo de construcción de la verdad sin litigio o con un litigio degradado y secreto (no social), individual (no colectivo) y fuertemente subjetivo y afincado en la convicción [la mente] del juez (no objetivable). Hay numerosas indicaciones de que tal estado de cosas no ha cesado hoy en el *civil law*. Frente a ese cuadro, no hay duda alguna que el veredicto

del jurado es una decisión superiormente fundamentada en términos de racionalidad y de verdad a la sentencia escrita de un juez profesional.

Resume el objeto de su investigación: los elementos centrales de la prácticas y los problemas jurídicos concretos vinculados a la forma de litigar ante los jurados, el modo como ellos construyen la decisión y el modo como ella es revisada en la práctica de los países del *common law*, en los análisis críticos de la doctrina y en su jurisprudencia. Culmina la Introducción señalando que ante el fabuloso renacer del jurado en la Argentina su tesis no sólo es una investigación sobre el veredicto específico en sí, sino que es, además, una indagación sobre el sentido del jurado y sus proyecciones sobre el siglo XXI, en especial en nuestro país.

La extensa investigación transita todos los aspectos vinculados con el tema; con apasionamiento, que no le resta en absoluto rigor científico, evidenciando un dominio singular del jurado, se detiene en referencias históricas para situarlo en diversos momentos. Desde ese relato destaca seis apariciones del jurado, que examina en cada caso. Es relevante su demostración de la misión que cumplió el jurado en la larga y dolorosa lucha por la conquista de las libertades. Pone de manifiesto con amplitud de datos, que revela un gran conocimiento de la Historia de la institución del jurado y su funcionamiento a través del tiempo, cómo los jurados –los ciudadanos convocados para participar en la administración de justicia para decidir sobre la culpabilidad o la no culpabilidad de personas acusadas en diversos momentos en Inglaterra y en Estados Unidos de Norteamérica- se erigieron en verdaderos héroes que enfrentaron al poder despótico del monarca. Aun en condiciones extremas y con consecuencias gravísimas para su integridad física y sus derechos una y otra vez se pronunciaban por la no culpabilidad evitando la arbitraria condena de personas perseguidas por el poder.

III

El control de la decisión es una objeción central en la cultura con raíz en el derecho continental europeo. El doble conforme exigido en el derecho internacional de los derechos humanos, que tuvo un hito en el caso HERRERA ULLOA fallado por la Corte IDH, es un argumento al que se acude para criticar el veredicto del jurado. El autor de esta tesis sostiene que el argumento es circular y efectista. Vuelven -una y otra vez- los mismos interrogantes que el *motivacionismo* no responde y que se niega a asumir: ¿a qué llaman “nuestro” debido proceso? ¿Poseen acaso los sistemas del

common law menos garantías que los de América Latina, cuando ellos han sido quienes acuñaron la expresión *due process of law* y son la cuna de las garantías constitucionales? ¿Acaso puede afirmarse seriamente que los condenados en el *common law* no saben por qué los condenaron ni pueden criticar las razones de su condena? Cita: los juristas estadounidenses en Oñati [Congreso sobre Juicio por Jurados celebrado en Oñati, España, en 2014] explicaron que el jurado penal no necesita dar razones porque las razones están claras. El jurado que condena en un caso penal está diciendo que, tras haber valorado cada uno de los elementos que el fiscal tuvo que probar para cada delito en particular, dictaminó que el acusador logró probarlos más allá de toda duda razonable. No se necesitan razones adicionales para comprender las bases de dicho veredicto.

IV

El autor dedica la Parte II a mostrar los múltiples mecanismos de control a que se ha sometido a lo largo del tiempo y se somete hoy al veredicto del jurado. Estos controles –externos- no solo existen sino que son muy superiores en cantidad y calidad, en términos de garantías, a los internos y verticales del *civil law*. Enfatiza que los seis principales mecanismos de control de partes que ha elegido hacen del veredicto del jurado una decisión única e incomparable. Varios de ellos son inexistentes en el juicio profesional del *civil law* y, por ende, debilitan su posición cualitativa y epistemológica como decisión judicial. Esa es la principal razón por la cual es imprescindible la motivación -escrita u oral- de las sentencias de los jueces técnicos.

Tales mecanismo son, en el orden en que los consigna: 1) el control popular de la investigación y la acusación (Gran Jurado); 2) la audiencia de *voir dire* (selección del jurado); 3) el litigio *adversarial*; 4) el rol imparcial del juez técnico en el juicio por jurados; 5) las instrucciones del juez al jurado, y 6) la deliberación. Este último mecanismo, la deliberación, lo examinará luego en cuatro capítulos adicionales: 1) el número de doce jurados; 2) el veredicto unánime; 3) la regla del secreto del jurado y 4) la composición aleatoria y plural del jurado y la accidentalidad de los jueces ciudadanos.

Afirma que el jurado clásico y la forma de su veredicto general representaron la más alta expresión de protección de las garantías y libertades individuales del Pueblo. Su sola existencia dentro del procedimiento señalaba que no sólo bastaba con que el poder en el proceso estuviera dividido en tres etapas y repartido en tres partes

diferentes, sino que la propia función de decidir también estuviera escindida entre el jurado popular y el juez. A este jurado de doce miembros llamaron los anglosajones el “*Petit Jury*”. Pero, sigue diciendo, si a ello le sumamos que el sistema acusatorio del *common law* también separó la función de investigar y de acusar entre el Gran Jurado (*Grand Jury*) y el fiscal, de tal suerte que sin el permiso de un jurado de 23 vecinos el fiscal no podía llevar a nadie a juicio, pues entonces estamos ante la máxima expresión conocida en el mundo de la división de poderes dentro de un sistema judicial. Subraya que pocos conocen que el *common law* retiene todavía la figura del jurado para ciertas etapas iniciales de la investigación, sobre todo para determinar las muertes sospechosas, súbitas e inexplicables en centros de detención. En Inglaterra y Gales, se llama a este procedimiento “*Inquest*” y al jurado que actúa en él se lo conoce como “*coroner’s jury*”.

Y en Estados Unidos, el Gran Jurado de acusación no se limita sólo a valorar la prueba del fiscal para decidir si hay causa probable (*probable cause*) como para enviar a juicio a una persona. También tiene amplias facultades para investigar y/o controlar la investigación de la fiscalía. Va mucho más allá del mero control de la acusación. Destaca “Es la democracia en su máxima expansión. Ningún sistema judicial del *civil law* puede siquiera exhibir semejantes niveles de desconcentración del poder, de control del Gobierno y de oralidad plena en esta fase. A la arrogante afirmación de Taruffo acerca de la “*falta de democracia*” en los sistemas judiciales del *common law* - porque no motivan como los europeos-, hay que contrastarla, propicia, con este formidable ejercicio democrático que desencadena la presencia del jurado. Cualquiera sea la etapa -investigación, acusación o juicio- el jurado está allí para controlar de manera efectiva al Poder. Y referencia que cada vez que sucedía una muerte violenta o que no parecía natural, los ingleses continuaron recurriendo al “*coroner’s jury*” para determinar si un sospechoso por una muerte podía ser llevado a juicio en conexión con ella. Hasta el día de hoy lo hacen, bajo el nombre de *Inquest*. De modo similar al Grand Jury, este *coroner’s jury* simplemente investiga y presenta cargos, no condena.

Desde 1988, la *Inquest* y el *Coroner’s Jury* se continúan utilizando en Inglaterra y Gales, pero sólo para los casos en que la muerte haya ocurrido en la prisión, bajo custodia policial, cuando la haya causado un oficial de policía durante un procedimiento, en cualquier circunstancia que pueda afectar la seguridad y/o salud pública, **o cuando el juez así lo decida**. Sólo en 2004, informa, hubo en Inglaterra y Gales nada menos

que 570 veredictos del *coroner's jury*. Muchos de ellos fueron seguidos de una muy alta exposición mediática y social.

Inevitablemente, pues, propone comparar esta práctica -oral y pública- de entregar al veredicto de los ciudadanos la *averiguación de causales sospechosas de muerte* con los sumarios escritos, secretos y completamente manipulados que son realizados en Argentina por las propias agencias de seguridad sospechadas de la muerte. El veredicto de esta clase de jurados es prácticamente el único reaseguro para una decisión verdaderamente independiente. Y recomienda: un progresivo avance del juicio por jurados en la Argentina debería incorporar sin dudar este tipo de prácticas, ejercidas desde hace mil años, por el gran efecto preventivo que tendrían sobre las fuerzas de seguridad.

V

Precisa las diferencias con el control judicial “profesional” de la acusación. Los sistemas judiciales del *civil law* poseen su etapa intermedia, a veces con un juez distinto al que actuó durante la investigación fiscal, a veces ante el mismo juez, para controlar la requisitoria de elevación a juicio y verificar si hay motivos para ir a un debate público¹. Por lo general, se trata de una etapa totalmente escrita. Las diferencias con el sistema norteamericano del Gran Jurado son abismales. El control judicial de la acusación es practicado ante 23 jueces ciudadanos que forman un cuerpo judicial completamente independiente del Estado. El fiscal debe exponer **oralmente** la prueba que estime necesaria para alcanzar el estándar probatorio de *causa probable*.

Por ende, todo imputado de un delito que es llevado a juicio goza de la protección de este doble control adicional de sus pares frente al poder punitivo: el veredicto de un primer Gran Jurado de acusación y el veredicto de un segundo jurado en el juicio. Terminantemente afirma el autor que no existe en el *civil law* un ejemplo democrático y de limitación al poder de esta naturaleza; esto es, para un veredicto válido de acusación del Gran Jurado se precisa al menos que doce de los veintitrés jurados estuviesen de acuerdo y como, por otra parte, los doce componentes del jurado de juicio deben

¹ Recuerdo por mi parte lo que dice CLARIÁ: “Se advierte ya que antes de pasar decididamente al momento crítico, el mismo tribunal de instrucción debe hacer mérito de su propia investigación ya cumplida”. Hemos criticado esta “ficción” en *LECTURA CONSTITUCIONAL...* (2010).

también ser unánimes para admitir la culpabilidad, resulta que un hombre no puede ser declarado culpable más que por la declaración de veinticuatro jurados.

VI

Un momento crucial es la selección del jurado imparcial: la audiencia de *voir dire* que el autor de la tesis analiza como el segundo dispositivo de control directo sobre el veredicto. Inicialmente se interroga: ¿Qué es la imparcialidad? La doctrina legal de la corte norteamericana -destaca con cita de fallo- está muy cerca de la caracterización de “neutralidad” que, en la Argentina, han elaborado dos *juradistas* de fuste, como Alejandro Carrió y Julio Maier. Este último resaltó también la imposibilidad técnica de definir a la imparcialidad. Lo máximo que uno puede hacer en un sistema humano e imperfecto de justicia es aproximarse a ella como un ideal. Nada mejor que caracterizar al ideal de juzgador como neutral². Dado que la Corte estadounidense afirmó que no hay ningún test constitucional para decidir cuándo un juzgador es o no imparcial, la pregunta clave es *¿apropiada indiferencia/neutralidad frente a qué?* Allí comenzó un progresivo esfuerzo por definir el concepto de *prejuicio*, el cual produjo la ampliación de la noción de imparcialidad hasta sujetarlo en el único punto posible que permite el control y la verificación por las partes en un procedimiento judicial: **la prueba del juicio** y, en menor medida, **la ley del caso**. Valerie Hans resumió, nos dice, en una sola frase la quiebra de la imparcialidad: el prejuicio es la incapacidad del juzgador para decidir el caso **desde la prueba**. Un juzgador, sea juez, sea jurado, es pasible de ser tachado de parcial cuando su decisión se base en factores extraños a la prueba producida y a la ley del caso. Allí radica el *prejuicio*: en el apartamiento de la prueba y de la ley para decidir.

² Agrego por mi lado lo que dijo nuestra Corte Suprema in re “QUIROGA” [23-12-2004, T. 27, P. 5863 (V. esp. consid. 15)]. Y remito también a Julio MAIER: “La imparcialidad de los jueces que integran el tribunal es una utopía pero sí se puede medir la mayor o menor proximidad con ese ideal, como casi todos los principios que rigen de alguna manera al Estado es posible medir el grado de acercamiento que tiene a esa utopía; con el principio de imparcialidad pasa lo mismo y lo que pretendemos es que el tribunal entre al juicio sin conocer siquiera el nombre del imputado...Hoy la imparcialidad o neutralidad del juzgador se define, precisamente, en relación con la ausencia de conocimientos previos sobre el caso, de manera que la audiencia del debate cumpla sus fines naturales; se observa que un juez que conozca el caso de antemano, es, al menos potencialmente, un juez con prejuicios, sospechoso de parcialidad...”. “...Esta concepción de la imparcialidad o neutralidad de los integrantes del tribunal del juicio se observa con mayor naturalidad cuando los tribunales están integrados por ciudadanos (jurados o escabinos), pues es regla natural para ellos el desconocimiento de toda información sobre el caso, antes de la audiencia prevista para ese fin” [Exposición de Motivos de su Proyecto de Código Procesal Penal para Chubut (1999)].

Hoy, además de la exigencia de que cada jurado sea lo más neutral posible frente al caso, debe decirse que un veredicto imparcial no puede conseguirse si no se respeta la demanda constitucional de que el panel de jurados haya sido extraído de una base en la que esté representada, de manera justa y equitativa, **toda la comunidad de vecinos del lugar del hecho**. Es lo que el *common law* llama, acertadamente, a *fair cross-section of the community*. El ideal de juez imparcial ha mutado grandemente en el *common law*, desde las iniciales concepciones del liberalismo clásico -como el estado mental de apropiada indiferencia o de neutralidad- hasta las luchas civiles de los años '50 y '60 contra la discriminación racial, educativa o de género en la integración de los paneles de jurados. Ellas marcan el concepto actual -más amplio- de imparcialidad, **asociado a la neutralidad, a la exigencia de diversidad de miradas en la deliberación, a una justa y equitativa representación comunitaria en el jurado y a su sujeción estricta a la prueba**. Todo ello facilita el más amplio control de partes sobre su consecución y sobre el veredicto final del jurado.

Inmediatamente establece el origen del ***voir dire*** y el alcance de **la imparcialidad como producto del litigio**. La posibilidad de las partes de seleccionar el jurado e influir en la constitución del tribunal de juicio es casi tan antigua como el jurado mismo. Pero fueron los ingleses, como ya vimos, quienes la perfeccionaron hasta su modelo y su denominación actual. En la actualidad, el *voir dire* es considerado “*el juicio dentro del juicio*”, la más grande batalla legal diseñada por el sistema *adversarial* para cumplir con uno de los fundamentos de la Constitución: la garantía de imparcialidad de quien va a tomar la decisión.

Y destaca el poder concedido a las partes para conformar el tribunal de jurados: el *voir dire* es el primero de los dispositivos de control de parte sobre el veredicto del jurado. Es el procedimiento público destinado a seleccionar -mediante preguntas, impugnaciones, objeciones y recusaciones- a los doce jurados titulares y los suplentes que juzgarán el caso, **y representa el intento más poderoso de la historia de los sistemas judiciales por acercarse al ideal de imparcialidad del juzgador**. Como nunca antes, el juicio por jurados nos permite apreciar que **la noción de máximo rendimiento del ideal de imparcialidad del juzgador sólo puede provenir de un litigio de partes**. De un intensa disputa, efectuada en corte abierta y delante del acusado y del juez. Se trata de un litigio de control poderoso sobre la conformación del tribunal de jurados y, por ende, sobre su veredicto. El litigio del *voir dire*, que ya empezó

a afirmarse plenamente en la Argentina, es lo que ha permitido darle contenido concreto y visible -ya no más teórico o reducido a mero eslogan- a la máxima de que la imparcialidad es una garantía constitucional que ampara sólo al acusado frente al Estado.

VII

Tiene importancia de nuevo la contraposición entre sistemas. Sienta un concepto de incuestionable vinculación con lo que llamamos el debido proceso pero con una mirada verdaderamente constitucional. Así, pone en evidencia que la imparcialidad no puede reconocer otra fuente que no sea el litigio *adversarial*. Los sistemas inquisitoriales del *civil law*, en cambio, reniegan del principio de control de la imparcialidad del juzgador a través de un litigio público y han llevado a la extendida práctica de asimilar la imparcialidad del juez como un atributo inherente a su investidura. Por ende, a negarle en la práctica su noción como garantía del acusado. El *civil law* reconoce, *en teoría*, que la imparcialidad la tiene el imputado frente al juez y al Estado por su estatus de garantía constitucional. Pero el ejercicio sistemático que se lleva a cabo en la realidad de sus sistemas judiciales repugna esta noción y está muy lejos, a años luz todavía, de afirmarlo en la práctica.

La cultura del *civil law* actúa como si “juez” e “imparcialidad” fueran sinónimos, siendo la segunda un atributo que portarían desde el instante mismo en que son nombrados. En el *common law* es exactamente al revés: obsérvese, **la imparcialidad es un atributo que el juez o el jurado obtienen luego de un litigio público adversarial en donde ella se discute ampliamente**. La concepción autoritaria que asimila *per sé* al juez con la imparcialidad hunde sus raíces en la base ideológica del sistema inquisitorial cuando los jueces eran designados por el Monarca. Los tiempos han cambiado y los jueces modernos del *civil law* son hoy designados democráticamente por el Poder Ejecutivo y Legislativo, previo examen de oposición y antecedentes. Pero siguen insertos en una estructura rígida y medieval que repudia la concepción de imparcialidad como garantía y obstaculiza la normalidad de su ejercicio. En el *common law*, recusar a jurados por sesgo, prejuicio o parcialidad es una tarea elemental, cotidiana, normal, imprescindible y ejercida en el transcurso de una audiencia pública. Sin embargo, recusar a un juez por parcialidad es una tarea poco menos que imposible para cualquier litigante del *civil law*. Quienes lo intenten -sin éxito,

por lo general- corren serios riesgos de represalias posteriores e, inclusive, de perder el caso. Recusar a un juez técnico por parcial es tomado prácticamente como una ofensa personal y un grave ataque a su investidura, además de ser extremadamente difícil de lograr. ¿Por qué? Pues porque tramita “*por expediente escrito separado por cuerda*”, el cual tiene el efecto de paralizar “*las actuaciones principales*”. El sistema mixto inquisitorial hace todo lo posible por desalentar el ejercicio de la garantía de imparcialidad y, con ello, de un control inestimable de partes sobre la sentencia del juez. En el *civil law*, las partes deben conformarse con el juez que les toca y pagan un alto costo si lo desafían. Se advierte allí con toda claridad la herencia cultural de la Inquisición: la que asimila al juez como a un sacerdote del Derecho en la Tierra.

La expresión *voir dire*, añade, también hace referencia al proceso -en audiencia pública- mediante el cual se analiza la admisibilidad de la prueba que las partes intentarán llevar al juicio. Muy especialmente, la competencia, cualificaciones y antecedentes de los peritos para dar opinión sobre cierto tema que se ventilará en el debate. Pero también la de ciertos testigos. Por lo general, tiene lugar antes del juicio, aunque también puede sobrevenir durante su transcurso. Nuevamente, resalta, el juicio por jurados pone en el primer plano el extremo control de partes sobre la prueba que se pretende llevar al debate, **ya que a él no se podrá llevar cualquier cosa**. El sistema *adversarial* opera bajo la lógica brutal de la desconfianza y el test mutuo de la contraparte sobre la admisibilidad de la prueba del contrario.

VIII

Se refiere igualmente al **control externo del *voir dire*, los sorteos**. Los doce jurados que finalmente se sentarán como jueces ciudadanos, que presenciarán las pruebas en el juicio público, que recibirán instrucciones y que rendirán un veredicto **proviene de un doble sistema de control público: a) Sorteo anual:** el sorteo público, anual y aleatorio del padrón electoral, de miles de ciudadanos que pasarán a integrar las listas de potenciales jurados de cada distrito judicial durante un año calendario. **b) Sorteo para cada juicio:** Cada vez que se haya designado un juicio, se producirá otro sorteo; pero esta vez efectuado en los tribunales, delante de las partes y en audiencia pública para evitar cualquier tipo de manipulación. De la lista anual de

jurados para cada circunscripción, se sortearán cerca de cincuenta potenciales jurados, que serán convocados a una audiencia pública de selección llamada *voir dire*.

En la misma audiencia se sorteará el nombre del juez designado para conducir el debate, aunque en algunas provincias argentinas se ha tomado la saludable decisión de hacerlo antes de que comience la etapa intermedia. Inmediatamente trata **el control interno del voir dire: las recusaciones con y sin causa**. Una vez fijada la audiencia de *voir dire* para seleccionar el jurado, comenzará la verdadera disputa por obtener un jurado imparcial. Para ello, las partes disponen de un litigio para obtener información sobre cada jurado. También disponen de ilimitadas recusaciones con causa y de cierto número de recusaciones sin causa.

Señala **límites, reglas, uso de cuestionarios** en la audiencia. Pone de relieve que Estados Unidos es el país en donde el *voir dire* ha alcanzado su mayor sofisticación, con audiencias que han durado varias semanas en los casos muy mediáticos y en donde se han convocado a cientos de potenciales jurados en la búsqueda de un jurado imparcial. Tal es la importancia que tiene esta audiencia, en donde prácticamente se decide, según muchos, el resultado del posterior juicio³. Sin embargo, esta audiencia se caracteriza por su agilidad y porque, dada la gran tradición de litigio de partes en el *common law*, permite obtener abundante información con sólo dos o tres preguntas por cada potencial jurado. Este es otro punto clave del desarrollo de esta audiencia y de la capacidad profesional del juez para conducirla. En un contexto del *civil law*, en donde los juicios son tediosos, interminables y con preguntas repetidas y superabundantes, el gran peligro que encerraban las primeras audiencias de *voir dire* en Argentina era tener a partes y jueces no experimentadas con el litigio ante jurados interrogando durante

³ Acaso pueda relacionarse aquí, como ejemplo, el resonante caso “Simpson” –que menciona en una nota a pie el autor de la tesis-. Pude leer hace años ya la opinión de un destacado Fiscal de EE. UU. retirado: ponderaba él [cito de memoria en ausencia del texto] precisamente la pericia de los abogados que intervinieron en la selección de los jurados. La teoría del caso transitó por develar una cuestión racial que a su entender llevó al jurado al veredicto de *no culpable*. Se pudo demostrar que dos funcionarios policiales habían violado garantías del acusado, como ingresar sin orden en su domicilio lo que se habría valorado como una injerencia ilegal por tratarse de un afroamericano. Pese a las evidencias que conducían a la culpabilidad –se tuvieron en cuenta para la condena en sede civil-, el veredicto se erigió en un mensaje: “así no”. Puede verse también <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/148/12.pdf> / un equipo de célebres abogados, quienes deciden centrar la atención en el racismo dentro de la policía de Los Ángeles. (<https://www.netflix.com/ar/title/80083977>) / <https://ar.usembassy.gov/wp-content/.../7-10-09-anatomy-of-a-jury-trialsp-final.pdf> (ANATOMÍA DE UN JUICIO POR JURADO) / biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/148/12.pdf (RACISMO EN EL JUICIO POR JURADO).

una hora o más a cada uno de los cincuenta potenciales jurados. Ningún juez en el *common law* permite semejante desatino. Afortunadamente, en la Argentina han empezado a cundir los cursos de capacitación intensa en técnicas de *voir dire*, que permiten no hacerle perder el tiempo a los jurados ni al sistema judicial y obtener toda la información necesaria para las partes. Como herramienta clave se han extendido también en la Argentina el empleo de cuestionarios previos que son llenados por los candidatos a jurado ante de comenzar el juicio.

Antes de la audiencia de *voir dire*, ilustra, para seleccionar a los jurados y junto con la citación a ella, en el *common law* es práctica común el envío de un formulario con un listado de preguntas que contienen información relevante para que las partes evalúen de antemano la parcialidad o imparcialidad de los potenciales jurados. **El contenido de esas preguntas se litiga en la audiencia preparatoria del debate ante el Juez.** La contraparte puede oponerse a preguntas que considere inadecuadas y el Juez resolverá la objeción de inmediato y de manera irrecurrible. Estos cuestionarios están ya muy estandarizados y **permiten ahorrar horas y días enteros de audiencia de voir dire.** Tienen el formato de una declaración jurada, son confidenciales e integran el registro del juicio.

Relaciona luego las ***recusaciones con causa: influencia mediática y condenas anteriores.*** Se las llama en el *common law* las “*recusaciones motivadas*” y no hay un número límite para ellas. Aquí comienzan los interrogatorios de las partes para detectar causales de parcialidad que, por las razones que fuere, no hayan sido exteriorizadas por los jurados para excusarse. A los efectos de esta audiencia, los jurados quedarán sometidos a los interrogatorios de las partes. El juez debe ser muy estricto al explicarle al jurado que, si mienten u ocultan información que afecte su imparcialidad, serán pasibles de consecuencias legales. En esta audiencia están obligados a decir la verdad sobre todo lo que les pregunten, más allá que el juez pueda impedir cierta línea de interrogatorio inapropiada. La norma que guía esta parte del interrogatorio son las causales normales previstas para la excusación en cualquier código de procedimientos moderno. Todas ellas están prolijamente enumeradas: parentesco, relación laboral, amistad o enemistad, si ya juzgó la misma causa por los mismos hechos, etc. Pero especial importancia debe dársele a la cláusula genérica que dice, más o menos textualmente: **“13.- Si mediaren circunstancias que, por su gravedad, afecten su independencia e imparcialidad”.**

Es aquí donde las partes, en los casos de gran repercusión mediática, intentarán determinar hasta qué punto está condicionada la imparcialidad de los jurados y qué nivel de conocimiento tienen del caso. Obvio resulta decir que dicha exposición mediática afecta tanto al juez profesional⁴ como a los jurados, sólo que este mecanismo de recusaciones dota al sistema de jurados de resguardos para las partes desconocidos en el juicio profesional. Aun cuando el juez considere que un jurado no puede ser excluido del panel por sus opiniones previas sobre el caso, las partes lo podrán luego recusar sin causa, si así lo desean. El margen de discrecionalidad del juez es amplio y él es quien, finalmente, deberá decidir si hace lugar o no a la recusación, aunque en Canadá ni siquiera se permite que sea el juez técnico quien decida esta incidencia.

Otros casos problemáticos, refiere, son los candidatos a jurados que se enteran por los medios, por conocimiento personal previo o porque se trata de una persona pública, que el acusado tiene condenas anteriores; el *common law* es especialmente celoso en este punto e impide absolutamente que el jurado entre en contacto con los antecedentes del imputado. Castiga severamente a aquellos funcionarios que les hagan saber al jurado de condenas anteriores. En el juicio se juzgan hechos, no el pasado del autor (CN, 19). Para un jurado lego es fatal saber que el acusado ya estuvo preso. ¿En qué condiciones puede decidir una duda razonable a su favor? La presunción de inocencia se ve fatalmente afectada.

En siguiente punto examina ***recusaciones sin causa y control del veredicto***. Es el derecho que tienen las partes en esta audiencia de excluir a los potenciales jurados sin tener que expresar fundamento alguno. Es una de las más grandes conquistas del juicio por jurados en la Historia y una de las causantes principales de la confianza social en sus veredictos. En muchas ocasiones, es aquí donde se libra la madre de todas las batallas para intentar ganar un caso. Por eso se llama al ***voir dire***

⁴ Me permito señalar a mi vez que basta remitirse a la televisación de los procesos penales en desarrollo: es posible ver que los medios conocen circunstancias de las causas que deberían quedar en secreto a lo menos hasta tanto avancen las investigaciones. Es frecuente observar que testigos y aun “arrepentidos” declaran ante el periodismo antes incluso que se celebren las audiencias que se les fijan judicialmente. Uno de estos comunicadores apareció informando que en algunos momentos se produciría un allanamiento en un determinado domicilio en cuyo frente se instaló a la espera del acontecimiento. Es habitual que aparezcan con presuntas víctimas de hechos delictivos “apurando” la condena de personas que ellos mismos presentan como culpables. Hay que agregar las presiones del poder político: es frecuente que funcionarios de altísimo rango, como el mismo Presidente de la República, se refieran a decisiones judiciales para criticarlas. Los españoles le han llamado a esto “juicio paralelo”.

“el juicio dentro del juicio”. Cada parte tiene el derecho de recusar sin causa a un número limitado de potenciales jurados (cuatro en Argentina, hasta diez o más en los Estados Unidos y Puerto Rico y desde cuatro, doce o **¡veinte!** en Canadá). Se las llama “recusaciones perentorias” en el *common law*. La indiscutible superioridad del juicio por jurados en términos de garantía por sobre el juicio profesional radica en la **intensidad de los controles sobre la decisión final**. No hay para las partes en el juicio profesional tantas posibilidades de influir legítimamente en el resultado del juicio como las que existen en el juicio por jurados, visto aquí como su poder para conformar la integración del tribunal en igualdad de condiciones. Mittermaier se dio cuenta de ello inmediatamente en sus viajes a Inglaterra y Escocia y lo resumió -una y otra vez- de manera magistral en varios pasajes de su obra, cita.

Da cuenta, siguiendo la tendencia del *common law* con jurados hacia la máxima desconcentración del poder estatal en materia penal, que Canadá legisló que esa decisión quede en manos del mismo jurado. Si durante la audiencia de *voir dire* las partes proponen una o varias recusaciones con causa, ellas serán tratadas y definidas por un “mini-jurado”, compuesto por dos de los jurados o por dos potenciales jurados, si es que ninguno de ellos todavía juró como tal.

IX

Toca después el modelo de *deselección* y la importancia crucial de la teoría del caso. Se trata, no de elegir a los jurados que se desea, sino a sacar del pool de potenciales jurados a los que harán perder el caso. Este modelo exige, así, un esfuerzo adicional de litigación e impele a cambiar completamente el eje práctico-conceptual de la audiencia de *voir dire*. Las dos partes deben concurrir al *voir dire* para *deseleccionar*, mediante las recusaciones con o sin causa, a los potenciales jurados que jamás acompañarán **su teoría del caso**. Esto requiere, como es obvio, algo inexistente en el sistema mixto del *civil law*: que las partes diseñen y concurren al juicio con algo tan revolucionario, simple y sencillo, como es una teoría del caso bien preparada, que es el corazón del litigio *adversarial*. Por lógica deducción, la teoría del caso es un ejercicio profundamente estratégico, sumamente pensado y jamás librado al azar. **Es preparada cuidadosamente y, una vez empezado el juicio, un buen litigante no la abandona jamás**. Todo lo que haga en el juicio, **y muy especialmente en la audiencia de *voir dire***, todas las preguntas que efectúe, todas las pruebas que presente, todas las

objeciones que haga estarán en línea con su teoría del caso. Lo contrario suele resultar fatal en términos de credibilidad en un juicio por jurados. Esa es la misión de ambos litigantes -fiscal y defensor- en una audiencia de *voir dire* en situación de completa igualdad de armas. Deben obtener información de alta calidad para luego recusar a conciencia y sobre bases firmes. De ese enfrentamiento de máxima *adversarialidad* saldrá el mejor jurado posible en términos de imparcialidad. Requiere de un mayor esfuerzo a los litigantes, pero brinda un mayor control sobre la imparcialidad del panel.

Resalta la potestad del re-examen por la Corte –con mención de un caso fallado en el que se detiene- sobre la imparcialidad del jurado que demuestra el valor de referencia que tiene el récord taquigráfico para resolver conflictos en los que no tuvo intermediación. Afirma con contundencia que jamás el sistema mixto-profesional del *civil law*, por su prácticamente nulo control de parte en la conformación del tribunal, la dificultad en recusar con causa y la prohibición de recusar sin causa, pudo exhibir en su historia un respeto semejante a la garantía de imparcialidad ni un litigio de tanta intensidad.

X

Avanza en el **tercer dispositivo de control directo de parte sobre el veredicto, el litigio plenamente adversarial** poniendo de manifiesto la construcción social, colectiva y objetiva de la verdad. Abre este capítulo citando el razonamiento del Dr. Binder quien sostiene que cuando el jurado es totalmente dependiente del litigio de las partes hay más control. La imparcialidad se logra sólo cuando hay un buen litigio de las partes. Ser las dueñas del litigio, sostiene el Profesor Harfuch, les da a las partes mucho más que un inmenso control final sobre el veredicto. En la producción paritaria - no oficiosa- de las pruebas y en su controversia total mediante un apropiado litigio público realizado en corte abierta radica el establecimiento total de la verdad de los hechos del caso.

Llega aquí a otro de los puntos neurálgicos de su tesis y en la discusión con los *motivacionistas*: ¿es posible fundamentar (controlar) una decisión por otros medios distintos a los de la justificación por escrito de sus conclusiones? Por supuesto, responde. Avanza: no existe una sola epistemología.

Se pregunta: a) ¿es el convencimiento del juzgador sobre los hechos una simple operación mental, algo que sucede nada más que en su interioridad y en la subjetividad

de la psiquis del juez o de los jurados?; b) ¿en qué medida el litigio público sobre la prueba, realizado con una intensidad sin precedentes para nosotros, permiten rodear de controles extrínsecos objetivables a la convicción del juzgador sobre los hechos y, más aún, a la eventual impugnación de dicha valoración de la prueba por arbitrariedad?; c) ¿en qué medida el litigio público establece y consolida la verdad total de los hechos discutidos en juicio?. La respuesta a estas preguntas es, sostiene sin dudas, la respuesta a la hipótesis de su tesis doctoral.

Luego del desarrollo y acabado fundamento de su respuesta, concluye: a menores poderes de las partes sobre el litigio, menor imparcialidad del juez y menor control sobre la sentencia; este es el modelo del juicio mixto con juez profesional imperante en gran parte de Europa Continental y América Latina. La motivación escrita de la sentencia -como acto en sí mismo- no logra compensar la pérdida de control de partes sobre el litigio, la fijación de los hechos y la decisión. Por el contrario, a mayores poderes de las partes, máximo rendimiento de la garantía de imparcialidad y control sobre la decisión, aun inmotivada: este es el modelo de juicio *adversarial* con jurados. Entregarle por entero el litigio a las partes significa transferirles a ellas el dominio absoluto sobre los hechos del caso y sobre el convencimiento del juzgador en su decisión. El fiscal fija los hechos históricos disputados en su acusación y la defensa los controvierte o agrega otros. El juez no puede -en este contexto *adversarial*- introducir otros hechos distintos, como sí lo hace en el sistema mixto. Esto se traduce en una consecuencia indigerible para los juristas del civil law, aun cuando le reconozcan estatus (meramente teórico) constitucional: que ese litigio sea el único, el final, el definitivo, la única instancia en donde se decida la cuestión. La revisión posterior -únicamente por parte del condenado- de la determinación que el jurado efectuó sobre esos hechos está entonces absolutamente garantizada, conocida y delimitada por el litigio de partes. Toda la información para impugnar ampliamente un veredicto de culpabilidad está allí y en el resto de los dispositivos ya mencionados.

En síntesis, el litigio *adversarial* ante un jurado le da a las partes el control total sobre los hechos y, por ende, sobre su necesaria consecuencia: el veredicto.

XI

Luego desarrolla el cuarto dispositivo directo de control de parte sobre el veredicto: ***el juez como juez de garantías del juicio con jurados***. El juicio por jurados

-al dividir la decisión entre el veredicto para el jurado y la sentencia para el juez- logra el efecto de que el juez profesional retome su auténtico rol de juez de garantías del juicio, especialmente en sus decisiones sobre la admisibilidad o rechazo de las pruebas. El jurado, que es quien emite el veredicto de culpabilidad o inocencia, no tiene ningún compromiso con la decisión sobre la admisibilidad o exclusión de pruebas viciadas. Es el juez profesional, desligado ya de impartir el veredicto, el que asume ahora sin ataduras ni riesgos la tarea de escuchar el debate sobre el vicio que afecta a la prueba y a decidir la exclusión solicitada por las partes.

Nuevamente advierte el beneficio de la división de poderes en el sistema *adversarial* frente al juez del sistema mixto donde concentra el poder de juzgar: decide la prueba; decide el veredicto; decide la sentencia y decide la pena. Es un garante de sí mismo y de su propia decisión.

Aborda el quinto dispositivo de control directo de las partes: **las instrucciones del juez al jurado**, uno de los momentos fundamentales del debate con jurados, a punto tal que, sin ellas, no podría haber nunca un veredicto válido, equivalente a una sentencia profesional sin fundamentos ni cita legal. Subraya que la Corte Europea de Derechos Humanos, en sus fallos *Taxquet vs Bélgica* (2010) y *Judge vs UK* (2011), ratificó el alcance constitucional de las instrucciones del juez al jurado e inclusive lo amplió y les atribuyó estatus convencional internacional como garantía del debido proceso: gran parte de las razones para la condena se encuentran en las instrucciones del juez a los jurados.

Resalta que las instrucciones son el más poderoso mecanismo existente de control judicial y de partes sobre las deliberaciones y el veredicto del jurado. Se detendrá específicamente en sus aspectos de control sobre el veredicto, en el rol de fundamentación legal y jurídica del veredicto y en cómo se transmite mediante ellas la garantía de inocencia. Es decir, el estándar probatorio de *más allá de duda razonable*, que es la gran fuente de corroboración y verificación de toda la prueba de los hechos del juicio, especialmente para la defensa.

Como sexto dispositivo directo de control de las partes examina **la deliberación**. Dos de sus características, subraya el autor, revelan la gran autonomía del jurado sobre la deliberación: 1) la deliberación es conducida en el más estricto secreto y, 2) derivada del secreto, los jurados son libres para estructurar las deliberaciones como ellos deseen. Desde hace siglos todo el mundo quiso saber qué pasaba, verdaderamente,

dentro del *jury room*. Resalta la relevancia de la investigación de las ciencias sociales en relación a cómo deliberan y deciden los jurados. Explica la garantía constitucional de *nulla poena sine deliberare* y cómo es la deliberación del jurado. Afirma que se puede investigar cómo deliberan los jurados, y además medir la calidad del proceso deliberativo. Desarrolla cómo es el proceso para la toma de decisión y el paso desde la íntima convicción individual hasta la decisión grupal unánime.

En el final de la Parte II en varios capítulos desarrolla, con abundante citas de casos, las cinco salvaguardas históricas que aseguran la deliberación: 1) el número de doce jueces ciudadanos; 2) la unanimidad de su veredicto; 3) la regla del secreto de la deliberación; 4) la composición plural del jurado y, 5) su accidentalidad (su no pertenencia al Estado). Afirma: veredicto unánime y juicio por jurados son sinónimos; es lo que ha hecho famoso al juicio por jurados en la Historia como forma de enjuiciamiento. Por más que hoy existan jurados con veredictos mayoritarios, la unanimidad continúa siendo lo que distingue al juicio por jurados. Esa es su verdadera esencia y, además, ha demostrado ser perfectamente posible. La combinación entre el alto número de jurados y un veredicto unánime es lo que convierte a la deliberación - que es el gran estabilizador racional del veredicto- en imposible de evitar. No hay juicio profesional que pueda igualar este estándar de decisión. Sin la unanimidad, memora aquella pieza de cine, ¿qué hubiera sido del muchachito llevado a juicio en *12 Hombres en Pugna*? Hubiera sido declarado culpable por 11 a 1 y condenado a la silla eléctrica a no ser por ese solitario voto de Henry Fonda. Un valioso voto individual, la preciada voz de las minorías que forzó a los otros once a escuchar sus argumentos en una larga deliberación. Sin él, no había veredicto válido posible. La unanimidad es la segunda salvaguarda que, junto al número de doce, garantiza una deliberación de alta calidad y, con ella, un gran control de partes sobre el veredicto que es su resultado.

Desarrolla las funciones de la unanimidad: A. Fomenta la deliberación centrada en la prueba; B. Realza la escucha a las minorías; C. Fortalece la calidad de la deliberación; D. Resguardo de la inocencia; E. Legitimación de los veredictos; F. Satisfacción cívica del jurado con su servicio; G. Fuerza el proceso de razonamiento; H. Sabiduría colectiva. Democracia, unanimidad y jurados.

Ante el gran interrogante de qué sucede cuando no se llega a la unanimidad, analiza el concepto, historia, estadísticas del *hung jury* o jurado estancado. Como

remedio para evitarlo (cuando sea necesario aclara), está previsto el nuevo juicio. Aunque destaca las bajas tasas en que se produce el estancamiento.

La tercera salvaguarda que asegura, resguarda y potencia al máximo la deliberación del jurado es **la regla del secreto**. Esta Regla del Secreto le asegura a la deliberación del jurado la más amplia libertad de discusión, sin temor alguno a que en el futuro salgan a la luz sus detalles. Ella automáticamente le quita a la deliberación y posterior decisión del jurado cualquier tipo de condicionamiento, temor o especulación. El resultado será siempre una deliberación sobre la prueba y la ley de muy superior calidad a cualquier otra forma de enjuiciamiento. Lo que allí se debata quedará para siempre entre ellos y jamás nadie podrá obligarlos a testimoniar qué pasó en el *jury room* o cuáles fueron sus razones o motivos para tal o cual punto de la decisión. Las deliberaciones del jurado son conducidas en secreto y los jurados no pueden ser sujetos jamás a una investigación judicial posterior como testigos para impugnar su veredicto.

Explicita el Dr. Harfuch: **la regla del secreto del jurado -con un tratamiento jurisprudencial continuo de más de tres siglos- se afianzó para cumplir con estos seis objetivos:** **1.-** La seguridad de que todo lo que se discuta en el recinto de deliberación quedará en secreto **permite la más absoluta libertad de expresión;** **2.-** La necesidad de asegurar el **carácter definitivo e irrevocable del veredicto**, que, una vez que ha sido oficialmente anunciado, conlleva la firmeza y la autoridad de un pronunciamiento legal; **3.-** La necesidad de **proteger a los miembros del jurado** contra el acoso, la censura y las represalias del Ejecutivo, de los poderes fácticos o de las partes perdedoras; **4.-** La exposición pública de las deliberaciones del jurado y de sus motivos **socavaría el sistema;** **5.-** Si los jurados no estuvieran **blindados contra el indeseado escrutinio público**, los ciudadanos serían reacios a participar como jurados; **6.-** El secreto del jurado **facilita la toma de decisión**, porque protege a los jurados de las influencias externas.

XII

La Parte III está dedicada al **veredicto del jurado y la verdad**. Se introduce de inmediato en la confrontación entre **“Sistemas sin motivación y sistemas con motivación”**. Recuerda que en los fallos *“Taxquet” v. Bélgica* y *“Thomas Judge vs UK”* la CEDH finalmente resolvió, como en tantos otros precedentes anteriores, que el veredicto del jurado clásico es perfectamente constitucional y que cuenta con múltiples

salvaguardas para que los acusados sepan por qué los condenaron y para su normal revisión. Además, decidió estas tres cosas, sostiene, esenciales que van directamente al núcleo de la tesis: a) que los sistemas de justicia que se rigen por el sistema de jurado clásico -con íntima convicción y veredicto general- constituyen un *fair trial* con garantías procesales suficientes para respetar las normas de las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos; b) que no se le puede exigir motivación a los veredictos, y c) que los fundamentos del veredicto del jurado –por hechos y derecho- se encuentran en la acusación del fiscal y en las instrucciones del juez. Cita: “...*la Corte asegura que el funcionamiento del sistema de jurados está regido por ciertas garantías procesales que considera como suficientes para asegurar un juicio justo. Las garantías incluyen, en particular, la inclusión en la acusación y/o en las preguntas al jurado de una descripción precisa de los hechos relevantes y de las disposiciones legales aplicables, los cuales son necesarios para clarificar la base jurídica sobre la que se persigue la condena de los acusados, y la asunción de un papel central por parte del presidente del tribunal para garantizar que los procedimientos judiciales se llevan a cabo de manera justa y que se han dado las instrucciones adecuadas al jurado*”.

La CEDH reconoce lo que es obvio: los sistemas con jurado clásico y los sistemas con jueces técnicos son diferentes, tienen peculiaridades distintas, poseen institutos propios que se hallan en unos más no en los otros y, por ende, deben ser siempre analizados por separado y a la luz de dichas características peculiares.

Explica que, demostrada ya la superioridad del juicio por jurados en términos de control, su calidad en la determinación de los hechos y posterior decisión y el estilo acusatorio de fundamentación (que recae íntegramente en el acusador), en esta parte se propone discutir abiertamente con los *motivacionistas* el último cliché que han enarbolado en contra del jurado, esto es, las tesis radicales que han llevado hasta la exageración la necesidad de motivación y asocian al juicio por jurados, y al ideal *adversarial* que lo sustenta, con el abandono de la búsqueda de la verdad. Según esta visión tan sesgada, el único sistema capaz de asegurar la verdad sería el proceso ante jueces técnicos, vinculados a la averiguación de la verdad y con obligación de motivar posteriormente por escrito, aunque haya matices de moderación. Informa que en ocasión de exponer esta parte de la tesis durante su estancia de investigación en la Universidad Cornell de Nueva York, los profesores estadounidenses no podían salir de su asombro. La profesora Shari Diamond, por caso, hasta pareció perturbada. Cita sus

palabras, resumen de la postura de casi todos los interlocutores que consultó: “*Nuestro sistema judicial con jurados está completamente orientado a determinar la verdad*”. Dice nuevamente que **la fundamentación de la verdad para una condena recae siempre en el acusador**. Frente a esa actividad se pronuncia el jurado o el juez técnico, positiva o negativamente según haya considerado fundamentada o no la acusación.

Menciona las críticas levantadas en Argentina entre penalistas especialmente en contra de la generalización del juicio por jurados clásico poniendo énfasis en impugnar el veredicto general y acudiendo al precedente de la Corte IDH “HERRERA ULLOA” y a los dichos por nuestra Corte en “CASAL”. Se trata de reacciones de orden político que expresan una honda incomodidad cultural por lo que entiende necesario detenerse en todos los factores en que se sostiene ese rechazo, que son de naturaleza epistemológica, ideológica, normativa y constitucional. Asevera que ha sido la obra de Mirjan Damaška la que ha echado luz sobre la comparación, los puntos de encuentro y las incomprensiones entre los sistemas procesales del *civil law* y los del *common law*, en realidad, dos formas absolutamente distintas de organizar el Estado. El *civil law* de Europa continental alumbró el *Ideal Jerárquico*, profesionalizó a los funcionarios judiciales, los organizó jerárquicamente de manera estricta e impuso normas técnicas para tomar decisiones. La maquinaria de justicia centralizada y verticalista de Europa continental y de América Latina busca la verdad bajo estas condiciones. Damaška se pregunta: “*En primer lugar, ¿cuáles son las implicaciones principales de la profesionalización, la ordenación vertical de funcionarios y el apego a la forma de toma de decisiones técnica que caracteriza a la visión jerárquica del poder?*”

El *common law* anglosajón, en cambio, dio luz al *Ideal Paritario*. Un sistema judicial que se estructura en base a funcionarios legos (jurados, jueces de paz, *magistrates* ciudadanos y, relativamente, muy pocos jueces profesionales, muchos menos que los del continente). Signados por la distribución horizontal del poder entre ellos y con un método de toma de decisión bajo criterios de justicia substantiva (no técnico-legalista). Esta maquinaria de justicia angloamericana (*amorfa*, según Damaška, por comparación con la enorme burocracia del *civil law*) también busca la verdad, pero bajo premisas muy diferentes. El desafío siempre se planteó en estos términos: ¿Cuál de los dos grandes sistemas procesales de Occidente es el más apto epistémicamente para averiguar y determinar la verdad de los hechos del caso?

Resalta que las diferencias son evidentes: el sistema continental europeo o romano canónico –inquisitivo o actualmente mixto- hizo de la averiguación de la verdad **la meta absoluta e histórica** del procedimiento penal durante casi los cinco siglos que duró la Inquisición. En los sistemas acusatorios del *common law*, si bien partieron de ideologías en que la verdad era uno de los fines del procedimiento, ella no era perseguida por un juez inquisidor sino que tenía que ser establecida por un jurado imparcial de doce vecinos, tras un juicio oral y público. La verdad siempre estuvo asociada a la prueba de la acusación; y ni la producción de la prueba ni la acusación provinieron nunca del juez o del jurado.

Cita a Julio MAIER quien establece las funciones materiales –no solo la verdad- que persigue un proceso *adversarial* y por jurados como el que consagra la Constitución Argentina, a saber: a) la realización del derecho material (penal o civil); b) la protección personal contra la venganza de sangre del ofendido y contra el abuso ilimitado del poder del Estado, y c) la recomposición de la paz jurídica a través de una sentencia que pone fin y culmina el conflicto.

Frente a una complejidad epistemológica si la verdad no es el centro exclusivo, existe una tensión según la ideología que prevalezca. Contrariamente a tan fuerte dicotomía, muchos teóricos del sistema *adversarial* han puesto el eje en que a la verdad se llega siempre con mejor información sobre los hechos. Y en este punto, no andan con vueltas acerca de la superioridad incuestionable del *adversary* para obtener la mejor información posible de los hechos del caso. Precisamente porque proviene de sujetos *contraepistémicos* enfrentados. Cita: “*La mayor ventaja atribuida al sistema adversarial angloamericano es que los abogados del sistema adversary proveen mucho mejor descubrimiento de pruebas y transmisión de información a los que deben tomar la decisión legal, que lo que hacen los abogados en un sistema inquisitorial*”.

En un avance importante en materia de conclusiones, aún provisionales, sienta que no es fácil afirmar que sea “**mejor**” un proceso penal o civil ante un juez profesional que motiva que ante un jurado que no motiva. En todo caso, entrarán aquí a jugar las preferencias subjetivas, la idiosincrasia cultural y las legítimas opciones político-ideológicas que adopten los Estados para decidir cuál de los dos sistemas es el que adoptarán. Nuestra Constitución, como la de la mayoría de los países iberoamericanos hizo una opción expresa en favor de la instauración del juicio por jurados.

Alude a la confrontación de ideologías, el sistema inquisitivo y el soplo libertario del sistema acusatorio de jurados. Cita a FERRAJOLI: “*El proceso inquisitivo asumió muy pronto, de hecho, carácter ordinario, difundiéndose después del siglo XVI en todo el continente europeo; generalizándose para todo tipo de delitos...organizándose según un complejo código de pruebas legales, técnicas inquisitivas, prácticas de tortura y cánones de enjuiciamiento; generando, y a su vez alimentándose, de aquella multitud de formalidades, de intrigas y laberintos inventados por las milicias togadas y las doctorales legiones que durante cinco siglos infectaron Europa, haciendo de la doctrina del proceso penal una especie de ciencia de los horrores*”.

Cuando irrumpe el sistema acusatorio con jurados el juez es corrido de escena y convertido en un ser verdaderamente neutral, se decreta el monopolio de las partes en el juicio, se le imponen límites a la búsqueda de la verdad, el acusado recobra su antigua condición de ser sujeto de derecho, se restablecen el juicio oral y público, el principio de inocencia y se le confiere la decisión de los hechos a un grupo de doce personas del pueblo.

La búsqueda de la verdad, manifiesta, remitiendo a las leyes inglesas y norteamericanas, ha sido siempre uno de los objetivos primordiales del procedimiento aunque no el único. El jurado inglés, en su evolución, reemplazó el sistema procesal de las ordalías por un sistema de pruebas como medio de reconstrucción racional del hecho discutido. Advierte que es innegable la orientación del sistema inglés de jurado hacia la verdad pero en un marco *adversarial*. Cita al profesor norteamericano John Henry Wigmore, al referirse al contraexamen o *cross examination* característico del sistema *adversarial*, quien escribió: “*es el engranaje legal más grande jamás inventado para buscar la verdad*”. La propia definición de veredicto, con la cual un jurado concluye su deliberación, es, precisamente, “*decir la verdad*”.

Lo característico del sistema *adversarial* es que, sin ser epistemológicamente perfecto (como tampoco lo es el sistema continental de juez profesional), está diseñado sobre la base de la confianza en que la competencia *adversarial* entre partes ante un juez neutral producirá una información de altísima calidad que redundará en mayores aproximaciones a la verdad procesal como forma de resolver con justicia el conflicto.

En otro tramo de su trabajo de tesis, el autor remarca otra diferencia entre los sistemas. Con el argumento de la búsqueda de la verdad, el aparato de justicia europeo-continental decretó la supresión total de la oralidad y publicidad en materia civil y penal

para dirimir el caso en secreto, por escrito y en un expediente. El universo del *common law* gracias a la presencia del jurado nunca fue afectado por esta forma antinatural y ridícula de hacer un juicio, dice. En ese mundo existe desde hace siglos una cultura de la litigación y de enseñanza del derecho con centro en el juicio por jurados, en la audiencia oral y pública. Por el contrario, el proceso romano canónico, al suprimir la oralidad también suprimió al juicio. Todo el procedimiento se volvió episódico –no continuo- y mucho más prolongado. Así se refiere a lo que denomina **la destrucción de la garantía de la publicidad en el continente europeo**.

Explica que el desordenado pasaje del jury a Francia -y al resto del continente europeo- provocó una hecatombe cultural, una gran confusión y un sinnúmero de equívocos, hoy presentes -en mucha menor medida- en el reclamo de motivación al jurado. Se detiene en diversas vicisitudes sobre el particular, con cita de Carrara, Carmignani, Mittermaier, Voltaire, Ferrajoli y otros. Particularmente, destaca la defensa del jurado por Carrara y de la íntima convicción. Carrara advierte desde un principio que no puede exigírsele jamás motivación al jurado popular. **La motivación es siempre para el juez profesional, nunca para el jurado**. El veredicto del jurado no admite otra forma que la clásica forma de *culpable o no culpable*. Y cita esta afirmación del gran Carrara: “*Pero cuando la civilización moderna no se pagó más de los progresos del siglo XIII ni de las tradiciones del proceso inquisitivo.....reconquistó su predominio el principio de la convicción íntima. Este principio es completamente razonable si se une a la institución de los jurados*”.

Subraya el aporte de la obra de Mittermaier –contemporáneo de Carrara-, quien estudió a fondo el sistema anglosajón en las mismas Inglaterra y Escocia y se relacionó epistolarmente con juristas norteamericanos. Remite a sus trabajos que, asevera, son fundamentales para despejar el equívoco de exigirle al jurado motivación. Más adelante, resume: la tesis central de este libro es que el reclamo de motivación al jurado clásico obedece a una pertinaz actitud de ceguera cultural, que deriva de abrir apresurados juicios sobre él sin hacer el necesario y mínimo esfuerzo por situarse en el entorno de donde proviene, tan distinto y extraño al que moldeó nuestra manera de concebir el procedimiento. De este conflicto entre el entorno cultural de pertenencia y el entorno cultural de referencia continúan sacándose, aún en pleno siglo XXI, conclusiones groseras y burdas sobre el jurado que nada tienen que ver con cómo funciona en realidad.

Destaca que Mittermaier olfateaba que la *intime conviction* del jurado francés poco tenía que ver con la forma en que juzgaba y valoraba la prueba el *jury* inglés. Tras dedicarle años al estudio de dicho sistema, Mittermaier se convirtió, por pura decantación lógica, en un convencido *juradista*, partidario del sistema clásico con veredicto general y en un defensor a ultranza de las bondades del *adversary*, del juicio oral y del *fair trial* anglosajón, al punto tal que orientó toda su teoría del procedimiento y de las Pruebas para hacerla compatible con el jurado. Lo más relevante que el maestro observó del sistema inglés es que era ampliamente aceptado, a la vez, por los acusados y por la sociedad. Así, dice, declara no haber conocido nunca ningún otro sistema judicial más garantizador para el derecho de defensa del acusado que el *jury* inglés, escocés y norteamericano. Añade que Mittermaier detalla cuatro características que son patrimonio exclusivo del jurado: 1° de que para cada causa son llamados a entender y decidir ciudadanos sacados del pueblo; 2° de que estos ciudadanos no son sino los Jueces del hecho; 3° de que eximidos de toda regla de prueba legal y no obedeciendo más que a su convicción personal, no tienen que dar cuenta de su sentencia; 4° de que, gozando el acusado del más amplio derecho de recusación, pueden aparecer como Jueces, cuya decisión acepte libremente”. Mittermaier expone el núcleo central de su visión sobre el jurado inglés. Lugo de detenerse a enumerar las objeciones que se le hacían al jurado, refuta punto por punto -y con una maestría sin par- cada una de las objeciones; les da contenido a las cuatro características esenciales y propias del jurado y, finalmente, ataca de lleno el argumento opositor hacia la *inmotivación*.

Cita el autor de la tesis: “1°Mientras que los Jueces ordinarios, bastante indiferentes a veces hacia la opinión de sus conciudadanos, y a menudo más interesados en sus ascensos, se esfuerzan en conquistar el favor de aquellos de quienes depende su propia fortuna y la de sus parientes y allegados, descuidan sus funciones por estar al abrigo de toda censura pública, y nada tienen que temer de las consecuencias de una sentencia defectuosa. Los Jurados, por el contrario, contraen una inmensa responsabilidad moral ante la opinión pública del país, Juez soberano e incorruptible. / Basta haber vivido en un país donde esté en vigor el jurado, para saber la impresión que sus veredictos causan en todas partes; y cuando, terminada su misión, vuelve a entrar el jurado en el seno de la ciudad, se halla al punto en presencia de la crítica general; allí ninguno deja de censurarlo cuando se presenta la ocasión, y la

reprobación pública puede herirle de muy distinto modo que al Juez los apercibimientos de sus superiores; y sabedor de esto presta a los debates una atención incesante y más concienzuda”. Siguen las citas.

Interesa lo relativo a la impugnación o recurso, en que se detiene. Tema que ha tratado desde diversas ópticas para mostrar, de un lado, que el acusador solo tiene una chance para lograr el veredicto de culpabilidad y no se le concede derecho a recurso en caso de un veredicto de no culpable. Pero el acusado sabe por qué se lo declaró culpable y cuenta con todos los controles para recurrir.

XIII

Se refiere en adelante a las tesis *motivacionistas* y a la idealización de la motivación, deteniéndose en un principio en los conceptos verdad en el pensamiento de Ferrajoli y de Taruffo. Con esos pensadores confronta como lo había anticipado en el inicio.

Menciona, lo había hecho en otros tramos de la tesis antes, un artículo del Profesor Daniel Pastor, que cita aquí como *una tarde con Julio Maier y Luigi Ferrajoli*. Se exponen allí las diferencias entre los dos Maestros respecto de la motivación, que el jurista argentino afirma como ajena a exigencias de la Constitución y que, en cambio, siguiendo a Ferrajoli, Pastor la encuentra implícita en la garantía del condenado a un doble conforme. Desde luego, el Profesor Harfuch adscribe a la postura del Dr. Maier según lo ha venido explicando sostenidamente desde la Parte I.

Reflexiona después sobre ***la motivación como garantía exclusiva para el juicio profesional***. Persigue, nos dice, el único fin de demostrar la incongruencia de exigirle motivación al jurado. Ha dicho varias veces en esta tesis que, por historia, tradición y por la estructura tan diferente de sus procesos, la motivación es indispensable en el juicio profesional del *civil law*, pero incompatible y contraindicada en el juicio por jurados. Europa continental padeció el infierno de los jueces que juzgaron sin motivar, empleando la íntima convicción de los jurados entre los siglos XVIII y XIX. Como reacción a ese desmedido poder, nace la exigencia liberal -con la Revolución Francesa- de motivar las sentencias de los jueces profesionales. La motivación y los jueces-magistrados nacieron simultáneamente durante la Inquisición medieval. Ninguno de los dos surgió precisamente como una garantía individual, sino

todo lo contrario. Aunque hoy figure como una garantía expresa en algunas pocas Constituciones modernas, la motivación es un imperativo dirigido de manera exclusiva a las sentencias de los jueces profesionales, muy especialmente a los del *civil law*. Afirma que el nivel de intensidad que debe poseer la motivación del juez para satisfacer la garantía -problema que en España se ve con toda claridad-, es imposible imponérsela al veredicto del jurado.

El *motivacionismo* europeo-continental, reitera, no está pensando nunca en el jurado, sino exclusivamente en el juez profesional; ha ido mutando el concepto de motivación con el tiempo. En un primer momento, se definió a la motivación como el camino lógico mediante cual el juez formulaba su decisión al final de un pleito. La motivación, de acuerdo a este concepto, era la descripción o explicación del proceso mental que llevaba al juez a su decisión. A esto se lo llama la *tesis psicologista de la motivación judicial*. Varios de los doctrinarios motivacionistas más radicales, como Taruffo, Ferrajoli y Perfecto Andrés Ibáñez, se oponen a esta tesis. La motivación es mucho más que “*el conocimiento del proceso lógico-jurídico del juez que conduce al fallo*”. Para estos autores, la motivación es *justificación judicial*. La exigencia de motivación no es una mera descripción de los procesos mentales del juez, sino que, a partir de explicitar externamente esas inferencias lógicas, sea por método de razonamiento deductivo o inductivo, el juez pueda justificar la sentencia.

La crítica de inconstitucionalidad al veredicto inmotivado del jurado, repite, es un error y una sobre exageración de la Regla Herrera Ulloa de la Corte IDH, destinada exclusivamente a corregir los déficits mayúsculos de fundamentación de las sentencias escritas de los jueces profesionales latinoamericanos. Ambos -jurado y motivación- son tan incompatibles como el agua y el aceite. Dicho esto no por quienes defienden a ultranza al modelo de jurado clásico, sino por los teóricos principales del motivacionismo europeo. Remata: prescindir del jurado –de la ciudadanía- en las democracias de este siglo amparado en una supuesta falta de garantías -si la alternativa que se ofrece es la de un juez del Estado- es insostenible teórica y políticamente. Este es el problema de pontificar desde un *deber ser* quimérico a los sistemas judiciales, como el jurado del *common law*, cuyos componentes garantistas (en todo sentido) son indisputables. A la investigadora norteamericana Shari Diamond le preguntaron lo siguiente: “¿Cuál es su visión acerca de la experiencia argentina con jurados? / Estoy muy impresionada con la reacción que generó la implementación de los jurados. Veo mucho entusiasmo, **pero**

a la vez me llama la atención que se dude de que la gente común participe de la Justicia. No veo ninguna razón por la cual no se pudieran desarrollar los juicios por jurados. **Es una terrible acusación pensar que la gente común no puede participar en este tipo de instancias.** En Estados Unidos, los jueces son los mayores defensores de los jurados. Lo vemos todos los días en las cortes”.

Cito textual al autor en esta central afirmación: **El juicio adversarial con jurados es la más formidable maquinaria judicial de publicidad, de transparencia, de control de todo lo que sucede en el debate y de construcción racional de la verdad que se haya inventado en la historia de la Humanidad.**

XIV

Puntualizo algunas de sus conclusiones. Si motivar no es tan sólo justificar por escrito las razones para una decisión, sino objetivar **todo** el proceso decisorio con la máxima cantidad de controles imaginables, entonces su hipótesis acerca de la superioridad del veredicto del jurado en términos de fundamentación ha quedado demostrada. **Lo importante es el control, no la motivación.** Ni la epistemología inquisitorial ni la actual epistemología de los sistemas mixtos, que pusieron esa carga en el juez para abolir el sistema de partes, han logrado igualar el modo simple y sencillo con que los sistemas acusatorios con jurados adjudicaron la verdad y produjeron decisiones fundadas y racionales en términos de verdad.

Afirma en el final: ningún sistema acusatorio es posible sino se comprende que la llave de la fundamentación reside en el acusador. La clave pasa por dimensionar el rol de la acusación en la fundamentación de las decisiones judiciales, luego de sortear los extremos controles del litigio público. El diseño íntegro de controles internos y externos del procedimiento para la toma de decisión (lega o profesional), que es el corazón de la tesis, es la característica principal de esta muy antigua epistemología del litigio para obtener la verdad de las proposiciones fácticas. Por limitaciones culturales lógicas, es casi imposible hacer entender algo así a los juristas del *civil law*, acostumbrados a un procedimiento degradado, casi sin controles y a una sentencia escrita posterior. El *civil law* apenas se ha acercado a desarrollar este tipo de controles: de allí su obsesión -antigua y moderna- por la fundamentación escrita, que es sólo uno de los métodos existentes para motivar. Bien lo dice Binder, cita, quizás resumiendo en

una frase el esfuerzo de tres décadas por lograr instaurar al jurado, a su litigio acusatorio y a sus controles en Iberoamérica: “*Este es el camino que nos abre la visión de la epistemología de las decisiones judiciales sobre la verdad del hecho*”.

XV

No puedo eludir este sencillo comentario: la ilustrada tesis del Dr. Harfuch tiene potencialidad para conmover las férreas posturas de los *anti juradistas*. En verdad, a medida que se avanza en su atrapante lectura cabe reflexionar acerca de las vallas que han impedido que en Argentina su Congreso –y el Poder Ejecutivo- haya avanzado en el cumplimiento de un mandato constitucional. No es posible ya dudar acerca de que el juicio por jurados es un mandato de la Constitución y no un mero consejo de ella, según afirmó Domínguez⁵. Entonces, *el enjuiciamiento penal sin jurados* no pertenece a la filosofía ni a la letra de la Constitución Argentina. Reconocer esto es ponernos a caminar con los pies, no con las manos como hasta ahora. Ha de notarse que todos los antecedentes fundacionales ponen de manifiesto la adscripción en los orígenes de nuestro Derecho al clásico juicio por jurados⁶.

Como bien informa el autor, algunas provincias argentinas se han anticipado otra vez al Congreso nacional y han instaurado el juicio *por* o *con* jurados. Ello se condice con la postura que he sostenido respecto a sus potestades constitucionales para sancionar el jurado sin esperar a que el Congreso lo haga y sin subordinación a él. Chubut pudo ser la primera atendiendo a su tradición *juradista* –el juicio por jurado practicado por los galeses durante una década en el siglo XIX cuando era Territorio Nacional [el Dr. Harfuch menciona esa experiencia citando el notable trabajo del Profesor Zampini]-, la consagración en su Constitución de 1994 de la participación ciudadana –para integrar su Consejo de la Magistratura de base parcialmente popular, órgano de selección y de designación de funcionarios y jueces, único modelo en Occidente en ese momento, o para elegir directamente por voto popular a algunos jueces de paz o para integrar jurados populares para administrar justicia-. Y pudo serlo porque el Dr. Maier contempló el juicio *por* y *con* jurados en su Proyecto de Código

⁵ José Domínguez, constituyente y miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, autor del proyecto de ley de jurado popular que tuvo estado parlamentario en simultáneo con el Proyecto de Obarrio sin jurado.

⁶ Me he detenido en una breve referencia al tema (HEREDIA, 2003 y 2010).

Procesal Penal de 1999, que, aunque sancionado por unanimidad en diciembre de ese año, lamentablemente no rigió.

No dudo en señalar que esta tesis del Dr. Harfuch, fruto de sus investigaciones de años en el país y en el extranjero, está sólidamente fundamentada con citas abundantes de acontecimientos históricos, de fallos, de doctrina de los más prestigiosos autores partidarios del jurado clásico y también de sus oponentes, de normas vigentes en diversas épocas en el mundo juradista y exhibe una erudición singular en el tema. La bibliografía que acompaña es frondosa y notable. Se trata de un decisivo aporte para el desarrollo del jurado en Argentina.