

COMISIÓN ASESORA DE REDACCIÓN

**ALEMANIA**

KAI AMBOS  
MARIANA SACHER

**ARGENTINA**

JUAN J. ÁVILA  
MARY A. BELOFF  
C. ALBERTO BERARDI  
ALEJANDRO D. CARRIÓ  
MARIANO A. CIAFARDINI  
DIANA B. CONTI  
FERNANDO CORDOBA  
JAVIER A. DE LUCA  
MIGUEL J. DEL CASTILLO  
HORACIO DÍAZ SIEIRO  
JULIÁN D. ERCOLINI  
SANTIAGO FELGUERAS  
MARCELO FERRANTE  
ALBERTO A. FERNÁNDEZ  
LUIS M. GARCÍA  
MANUEL GARRIDO  
FABRICIO O. GUARIGLIA  
HERNÁN V. GULLCO  
ARTURO A. GUTIÉRREZ  
LUCILA E. LARRANDART  
MARÍA F. LÓPEZ PULEIO  
MIRTA LÓPEZ GONZÁLEZ

JAVIER L. MAFFUCCI MOORE

H. MARIO MAGARIÑOS  
D. ESTEBAN MARINO  
PABLO H. MEDRANO  
DANIEL E. MORÍN  
DAPHNE PALÓPOLI  
DANIEL R. PASTOR  
LEONARDO G. PITLEVNIK  
MIGUEL G. PONS  
FERNANDO R. RAMÍREZ  
MAXIMILIANO A. RUSCONI  
MARCOS SALT  
MARCELO A. SGRÓ  
RICARDO SMOLIANSKI  
MARCELO SOLIMINE  
MÁXIMO SOZZO  
IGNACIO TEDESCO  
GUSTAVO P. VALLE  
AGUSTÍN M. VALOTTA  
PATRICIA S. ZIFFER

**COSTA RICA**

ALONSO SALAZAR

**ESPAÑA**

SILVINA BACIGALUPO  
MANUEL CANCIO MELIÁ

SECRETARIOS DE REDACCIÓN

SANDRO ABRALDES  
GONZALO ÁLVAREZ CASADO  
SILVINA BRUNO  
JAVIER CADENAS  
FERNANDO CANERO  
MARCO L. CERLETTI  
JUAN P. GARCÍA ELORRIO  
LEONARDO G. FILIPINI  
HERNÁN FOLGUEIRO  
ANDREA GALINDO  
ANA MARÍA GARCÍA  
PAULA GORDS  
VALERIA LOIRA  
FEDERICO MAIULINI  
J. EZEQUIEL MALARINO  
GABRIELA M. MC LOUGHLIN

PATRICIO H. MERCADER  
SIXTO MIHURA GRADÍN  
SABRINA NAMER  
ALBERTO NANZER  
MA. PALOMA OCHOA  
PATRICIO J. O'REILLY  
FERNANDO L. OVALLE  
PABLO F. PARENTI  
LISANDRO PELLEGRINI  
LEÓNIDAS A. QUINTELA  
AGUSTINA RODRÍGUEZ  
MARÍA ROLDÁN  
GONZALO S. RÚA  
VICTORIA RUIZ  
VIVIANA SÁNCHEZ  
LUCAS TASSARA

DIRECCIÓN EDITORIAL

RUBÉN O. VILLELA

CUADERNOS DE DOCTRINA  
Y JURISPRUDENCIA PENAL

DIRECTOR  
ESTEBAN RIGHI

SUBDIRECTOR  
GUSTAVO A. BRUZZONE

CASACIÓN

AÑOS VI/VII - NÚMEROS 6/7 - 2006/2007

DIRECTORES

GUSTAVO A. BRUZZONE  
EZEQUIEL MALARINO  
DANIEL R. PASTOR

CONSEJO ASESOR

PEDRO J. BERTOLINO  
JOSÉ I. CAFFERATA NORES  
FRANCISCO J. D'ALBORA †  
JULIO B. J. MAIER



AD·HOC



**¿ESTAMOS OBLIGADOS A OBEDECER LAS LEYES?  
THE JURY NULLIFICATION  
EL JURADO COMO GARANTÍA**

DARÍO ROLÓN

**I. *Introducción. El objeto de este trabajo***

Este trabajo parte del análisis de una de las cuestiones particulares que está presente en el juicio por jurados, esto es, si pueden los miembros del jurado oponerse a las instrucciones que le son formuladas por el juez. En otras palabras, el poder de veto conocido como el *jury nullification*. Es intención de este estudio proporcionar argumentos que justifiquen esta facultad del jurado. Ésta consiste en la absolución de los acusados cuya culpabilidad es evidente. Tiene como razones, entre otras, la injusticia de la norma aplicable.

Esta tarea implicará cuestionar la obligatoriedad de las instrucciones de los jueces en el marco de un jurado anglosajón y responder a las diferentes críticas en derredor suyo.

Como aclaración previa, debo decir que no se encontrará aquí un análisis minucioso sobre la jurisprudencia en la materia. Tampoco se ofrecerán construcciones teóricas formuladas en un lenguaje muy elaborado, ni argumentos a la autoridad como herramientas de contundencia intelectual.

Muy por el contrario, concentraré mis energías en que eso no suceda. La razón de ello fue que estimé que no se podía escribir sobre una libertad siendo prisionero del esquematismo formal que pretende explicarlo todo. Ha sido precisamente esa rigidez discursiva la que ha sepultado en el tiempo tan valiosa herramienta que consagrara el respeto a los derechos y libertades civiles.

Este trabajo, en suma, fundamenta una toma de postura a la disyuntiva entre el derecho y la ley por parte del jurado en un Estado constitucional de derecho.

## 2. Marco histórico.

### Sobre las diferentes nociones de Estado e individuo

El naciente capitalismo del siglo XIII hizo que las relaciones políticas y con ello las nuevas racionalidades, de las que no se excluyen las punitivas, cambiaran.<sup>1</sup> La expansión del mercado no fue óbice como para que no se configuren los primeros Estados soberanos de la Edad Media.<sup>2</sup>

Hasta ese entonces, el proceso penal era de naturaleza privada gracias a la influencia de las prácticas germánicas que se habían extendido por toda Europa.<sup>3</sup>

La idea de tercero imparcial recobra vigencia para el siglo XIII. El Estado incipiente se apoderó del conflicto con la necesidad de acumulación de riquezas.<sup>4</sup> Ello significó, según Roxin: "Expropiar a los ciudadanos el poder de reaccionar contra el ofensor y mandar a ciertos órganos del Estado a proceder de oficio (*per inquisitionem*), sin esperar ni atender a la voluntad de los individuos (*per*

<sup>1</sup> ANITUA, Gabriel I.: "Razones para el juicio por jurados en la era de la globalización", en [www.catedrahendler.org/materiales](http://www.catedrahendler.org/materiales), p. 7.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> FOUCAULT, Michael: *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 1991; en especial: "conferencia tercera", pp. 65-72.

<sup>4</sup> La forma de resolver un conflicto en sus orígenes siempre fue privado y no conoció más que dos partes. Con el derecho ateniense, el pueblo se apropió de la facultad de decisión, lo que reflejó una estrecha relación con el régimen democrático como forma de gobierno. Siglos más tarde, la monarquía romana, mediante la *cognitio*, instrumentó un procedimiento secreto, aunque compensado por la *provocatio ad populum*, que en definitiva terminó por desterrar aquellas prácticas. Con el trascurso de los siglos, mediante la *cognitio extra ordinem*, las cosas vuelven a cambiar, el procedimiento inquisitivo alcanzó su máximo esplendor. Luego, las prácticas de los pueblos germanos, según su particular forma de resolución de conflictos durante el siglo XII, vuelven a cederle el proceso penal a los protagonistas.

Con la caída del Imperio Romano, para el siglo XIII, la figura del inquisidor de la mano del Estado absoluto, será el personaje central en la disputa penal; he allí la existencia del tercero y con ello la noción de imparcialidad, la cual no será extraña para Europa continental en el futuro, aunque se reconozcan matices (conf. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo: *Derecho procesal penal*, t. I., 3ª ed., Lerner, Córdoba, 1982, pp. 25-26, 35-36 y 45-53; FOUCAULT: *ob. cit.*, pp. 63-88).

*accusationem*), por una parte, y en instituir a la pena y al derecho penal, en general, como un poder del Estado —sin duda, el arma más vigorosa y fuerte— para el control formal de los habitantes".<sup>5</sup>

En Europa continental, la caída del imperio romano no significó que las tradiciones hubieran cambiado por completo. La Inquisición, durante la Edad Media, como forma de ejercicio de saber-poder, se expandió brutalmente sobre los pueblos europeos.<sup>6</sup>

En las islas británicas, por el contrario, dada la reciprocidad y el carácter, en cierta medida, homogéneo de las relaciones entre las culturas dominantes y dominadas, se estableció una mixtura o fusión entre ellas a tal punto que las formas de resolución de controversias, fuertemente arraigadas en los pueblos, lograron mantenerse.<sup>7</sup>

Ello se debió, en gran medida, a la oposición de los tribunales locales y de los juristas de la época que se negaban a dispersar el saber de las experiencias romanas y de las prácticas provenientes de la dominación normanda encabezada por Guillermo el Conquistador.<sup>8</sup>

Si bien es cierto que también existieron prácticas inquisitoriales<sup>9</sup> y que por ende hayan existido algunos tribunales puramente inquisidores como por ejemplo las *Star Chamber*<sup>10</sup> (abolidas pa-

<sup>5</sup> ROXIN, Claus, cit. por MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, t. I, Fundamentos, 2ª ed., Buenos Aires, 1996, p. 814.

<sup>6</sup> VÉLEZ MARICONDE: *ob. cit.*, pp. 93 y ss.

<sup>7</sup> HENDLER, Edmundo S.: "El significado garantizador del juicio por jurados", en [www.catedrahendler.org/materiales](http://www.catedrahendler.org/materiales), p. 12.

<sup>8</sup> ANITUA, Gabriel I.; CAPPUCCIO, Emilio A., y ZETNER, Cynthia: "El sistema procesal de Inglaterra y Gales", en HENDLER, Edmundo S. (comp.): *Sistemas procesales penales comparados. Los sistemas nacionales europeos. Temas procesales comparados*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 273-276.

<sup>9</sup> Mediante la *inquisitio*, el representante del poder llamaba a personas probas y les preguntaba sobre lo que deseaba averiguar. Éste era un método de gestión administrativa que, en 1096, los conquistadores normandos emplearon para apoderarse de los bienes de la población anglosajona (conf. FOUCAULT: *ob. cit.*, pp. 78-79).

<sup>10</sup> *Star Chamber* era la definición que se le daba a los tribunales que establecieron un sistema basado en formas escritas y que llevaron a cabo prácticas inquisitivas en Inglaterra (conf. HENDLER, Edmundo, S., y TEDESCO, Ignacio, F.: "La declaración del imputado y una perspectiva histórica comparada: la justicia criminal en Francia e Inglaterra", en HENDLER, (comp.): *Sistemas procesales penales comparados...*, cit., p. 393).



ra 1641). En las islas británicas se mantuvo la forma de establecer la verdad de manera adversarial.

A raíz de las tensiones entre la monarquía y los barones feudales, en 1215 se estableció la Carta Magna inglesa, en la cual se previeron limitaciones al poder real de Juan Sin Tierra.<sup>11</sup> Ese tipo de relaciones se irá configurando como un *pactum societatis*.<sup>12</sup>

Dicho *pactum* se ha de ratificar progresivamente con el transcurso de los siglos. En 1628 se aprobó la *Pettition of Right* y en 1689 se firmó el llamado *Bill of Right*, colocando definitivamente en manos del Parlamento la máxima soberanía.<sup>13</sup> Esto último implicó reconocer los derechos que poseía la clase burguesa que por ese entonces, se irá posicionando en el centro de la esfera política.

La constitucionalización de las prácticas que los individuos venían desarrollando implicó una noción diferente del hombre y del Estado.<sup>14</sup> Ello se debió a que quedaron imbuidas en las disposiciones que fueron dictándose con el tiempo, concepciones del hombre que lo caracterizaban como un ser con derechos preexistentes al mismo Estado y con un rol diferente de éste en la sociedad.<sup>15</sup>

El hecho de que el Estado se encontrase presente en el proceso penal no era de extrañar, sobre todo desde que se abandonara el combate judicial propio de las costumbres bárbaras.<sup>16</sup> Sin embargo, la injerencia de aquél fue diferente de lo ocurrido en el continente.

En Inglaterra,<sup>17</sup> originariamente el derecho a declarar la verdad lo tenía un grupo de vecinos que juzgaban de acuerdo con el testimonio de los otros.<sup>18</sup> En ese sentido se mencionan los juzgamien-

<sup>11</sup> Entre ellas, el rey no podría involucrarse en los asuntos de la iglesia ni aumentar los tributos sin anuencia previa. Más allá de ello, la Carta Magna fue la primera declaración de las libertades cívicas y a su vez un intento de configurar un gobierno constitucional (conf. ANITUA-CAPPUCCIO-ZETNER: ob. cit., p. 274).

<sup>12</sup> ALLIAUD, Alejandra, M.: "Principio acusatorio. Estudio histórico-comparado de su génesis y evolución", en HENDLER, Edmundo, S. (comp.): *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico comparado*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001; p. 216.

<sup>13</sup> ANITUA-CAPPUCCIO-ZETNER: ob. cit., p. 275.

<sup>14</sup> ALLIAUD: ob. cit., pp. 219-223.

<sup>15</sup> Ídem., p. 223.

<sup>16</sup> Circunstancia que en Inglaterra ocurrirá para el siglo XIII, especialmente con los decretos conciliares del año 1215 (conf. HENDLER-TEDESCO: ob. cit., pp. 386-387).

<sup>17</sup> BROADBRIDGE, Sally: *The Criminal Justice Bill: Juries and Mode of Trial, Bill 8 of 2002-03*, Research Paper 02/73, 2 december 2002, pp. 42 y ss.

<sup>18</sup> HENDLER, Edmundo S.: "Jueces y jurados: ¿una relación conflictiva?", *NDP*, 1999/B, 2000, p. 440.

tos de las asambleas llamadas *moot* o *folkmoot* en la época de la conquista romana.<sup>19</sup>

La intervención de una autoridad profesional devino más tarde gracias a las imposiciones de los monarcas normandos.<sup>20</sup> Empero ello nunca fue totalmente acaparador de la jurisdicción pues la sociedad británica continuó desconfiando del sistema cultural hegemónico a tal punto de no ceder por completo el resguardo ante las prerrogativas del poder, me estoy refiriendo específicamente al juicio por jurados.<sup>21</sup>

Mientras que en una situación diversa se hallaban los países de Europa continental, sobre todo Italia, Francia, y España.<sup>22</sup> El escenario político, para ese entonces, fue copado por el poder eclesiástico que instauró una forma de saber enciclopédico —la Inquisición— que había permanecido oculta durante varios siglos.

La relación que se va a implantar entre el Estado y el individuo, será llamada *pactum subjectionis*.<sup>23</sup> Ello se tradujo en el entendimiento del hombre frente al poder de manera distinta a como sucedía en las Islas; el Estado concedía derechos. Esta concepción, es la de una fuerte concentración de poder<sup>24</sup> y una noción bastante desdibujada del individuo en la praxis, más allá de los esfuerzos de los pensadores franceses por cincelar lo contrario en la historia.

Del otro lado del océano, en los Estados Unidos de América, ocurrió algo similar a lo acontecido en Inglaterra durante los siglos XI y siguientes.<sup>25</sup>

Las culturas entre los pueblos no fueron abiertamente contradictorias, las relaciones entre ellas nuevamente se mantuvieron en equilibrio. Además, los Estados Unidos recibieron la influencia

<sup>19</sup> HENDLER-TEDESCO: ob. cit., p. 386.

<sup>20</sup> Ídem, p. 386.

<sup>21</sup> HENDLER, Edmundo, S.: "El significado garantizador del juicio por jurados", en [www.catedrahendler.org/materiales](http://www.catedrahendler.org/materiales), p. 12.

<sup>22</sup> VÉLEZ MARICONDE: ob. cit., pp. 102 y ss.

<sup>23</sup> ALLIAUD: ob. cit., p. 223.

<sup>24</sup> "El derecho penal del continente Europeo sufrió una transformación cualitativa y radical al finalizar la Edad Media: de representar, básicamente, un aspecto regulatorio de las facultades de los individuos que integran una sociedad, pasó a constituir, fundamentalmente, una función del Estado, esto es, la regulación jurídica de la reacción estatal frente a quien atenta contra el poder constituido (crimen de *lesae majestatis*) y, más modernamente (movimiento liberal), frente a la violación de prohibiciones o mandatos estatales (normas de deber) con categoría penal" (conf. BARATTA, Alessandro: citado por MAIER: *Derecho procesal penal*, t. I, Fundamentos, cit., 1996, p. 814).

<sup>25</sup> ALLIAUD: ob. cit., p. 224.

de los ideales de la Revolución Francesa. En coherencia con la ideología de un Estado liberal pero también con la influencia de la división de poderes, instituyeron la Constitución de los Estados Unidos, cuya Enmienda Sexta previó el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por sus pares.<sup>26</sup>

La práctica del enjuiciamiento por jurados, se desarrolló de la misma manera que lo acaecido en Inglaterra. Se le atribuyó a éste, el valor de poder contra la opresión de la monarquía. Ése fue el fundamento en virtud del cual, los colonos norteamericanos defendieron esa institución en distintos tiempos de su historia.

### 3. Las facultades del jurado. ¿Una separación estricta entre cuestiones de hecho y derecho?

Según Hendler, la participación ciudadana en el proceso penal puede canalizarse de una manera institucionalizada.<sup>27</sup> En ese sentido, el jurado se muestra como un alto grado de institucionalización.<sup>28</sup> La ciudadanía interviniente en el proceso penal, de alguna manera, también permite revelar la forma en cómo se ejerce el poder en el proceso penal.

En ese orden de ideas, las relaciones políticas entre los diferentes actores, por estar en constante puja, pocas veces encuentran equilibrio.

Existe consenso de que, en un jurado anglosajón, existe una clara división de labores.<sup>29</sup> En ese sentido, el juez aplica la ley, previo veredicto de culpabilidad por parte del jurado, al que le corresponde el análisis de los diversos extremos fácticos.

Sin embargo no puede hacerse de manera concluyente una división estricta al respecto. Señala Maier categóricamente que "una separación estricta entre los hechos y el derecho en la decisión ju-

<sup>26</sup> "Because trial by jury in criminal cases is fundamental to American scheme of justice, Fourteenth Amendment guarantees right of jury trial in all criminal cases which, were they to be tried in federal court, would come within Sixth Amendment's guarantee. U.S.C.A. Const. Amends"; véase "Duncan v. Louisiana 391 US 145 (1968)".

<sup>27</sup> HENDLER: "Jueces y jurados...", cit., p. 440.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> LAGO, Daniel, H.; URRIZOLA, Alfredo, E., y ZENTNER, Cynthia: "La participación ciudadana en el proceso penal", en HENDLER, Edmundo, S. (comp.): *Sistemas procesales penales comparados...*, cit., pp. 509 y 511.

dicial es imposible".<sup>30</sup> Nadie duda de que, por ejemplo, cuando los jueces deniegan alguna medida probatoria necesariamente se arrojan una esfera de competencia inconfundible del jurado.<sup>31</sup> Estas intromisiones incluso, han tenido estrecha conexión con otras instituciones de derecho procesal como puede ser la regla de exclusión probatoria frente al proceder ilícito del Estado.<sup>32</sup>

Desde otra perspectiva se podría decir que los jurados también efectúan análisis sobre diferentes aspectos de la ley penal, en el sentido de determinar el alcance de los elementos normativos, inmiscuyéndose en asuntos propios del juez. En el extremo se encuentran algunos distritos de Estados Unidos que confieren al jurado facultades de determinación de la ley y de los hechos.<sup>33</sup>

Hasta allí, se podría decir que existe cierto equilibrio de los factores en tensión. El conflicto se agudiza en aquellos casos en los que se plantea la posibilidad de que el jurado<sup>34</sup> pueda absolver al acusado aun cuando, en función de los hechos determinados y del derecho aplicable, correspondería una condena.<sup>35</sup>

Esta cuestión se revela en dos ejemplos paradigmáticos de la historia de Inglaterra y Estados Unidos. En Inglaterra tuvo lugar a raíz del caso de William Penn, que data de 1670 William Penn y William Mead habían sido acusados por practicar la religión quákera. En el juicio, el jurado encontró que los acusados habían tomado parte en las cuestiones por las que habían sido acusados; existía evi-

<sup>30</sup> Y a eso añade: "La visión que presenta la formalización jurídica sobre el trabajo de un tribunal con jurados es así, muy parcial y mezquina. En realidad, el jurado es, políticamente un filtro para la utilización del poder penal por parte del Estado y sus órganos" (conf. MAIER: *Derecho procesal penal*, t. I, Fundamentos, cit., pp. 789-790).

<sup>31</sup> HENDLER: "Jueces y jurados...", cit., p. 442.

<sup>32</sup> Dice lord Diplock: "Entiendo que se ha desarrollado actualmente una regla procesal por la cual en un juicio por jurados el juez tiene una atribución para excluir prueba que, aun cuando admisible técnicamente tendría un probable efecto prejuicioso sobre la mente del jurado, que sería desproporcionado respecto de su verdadero valor probatorio" (conf. HENDLER, Edmundo S.: "La regla de exclusión en Inglaterra", *NDP*, 2000/A, 2001, p. 257).

<sup>33</sup> HENDLER, Edmundo, S., y CAVALLERO, Ricardo: *Justicia y participación. El juicio por jurados en materia penal*, Universidad, Buenos Aires, 1988, p. 102.

<sup>34</sup> Aquí el término jurado, se emplea tanto para el gran jurado —*grand jury*—, (especie extinta en Inglaterra a partir de 1948, y en vías de extinción en los Estados Unidos), como para el jurado de juicio —*Petty jury*—. Sin embargo, el resto del trabajo se referirá específicamente al jurado de enjuiciamiento.

<sup>35</sup> BIANCHI, Alberto B.: *El juicio por jurados. La participación popular en el proceso*, Ábaco, Buenos Aires, 1999, p. 101.



dencia suficiente como para hallarlos plenamente culpables. El jurado estuvo algunos días deliberando; finalmente retornaron con la negativa a dictar un veredicto de culpabilidad.

Penn y el otro habían sido absueltos en contra de las directivas del juez. Aquella decisión dio lugar a que fueran encarcelados los miembros del jurado por desacato. Con posterioridad, serían liberados por la corte del *Common pleas* consagrándose así un precedente en el que se evidenció con claridad la función garantizadora del jurado.<sup>36</sup>

Los colonos americanos,<sup>37</sup> por su parte, no creían que el jurado tenía la función de verificar que se den solamente los extremos fácticos.<sup>38</sup> Ellos veían al jurado como una protección esencial de sus libertades contra las acciones del gobierno.<sup>39</sup>

Esa postura fue coherente con el pensamiento liberal pues éste siempre tuvo como meta consagrar la limitación del poder, transformando las monarquías absolutas en jóvenes repúblicas.<sup>40</sup> El liberalismo político creía en la separación de los poderes como instrumento o medio apto e idóneo para limitar al Estado.<sup>41</sup> En dicha ideología se pone de manifiesto la dicotomía entre ámbitos de la sociedad y del Estado, llevando este dualismo a la creencia en la limitación de la primera y a los precisos límites del segundo.<sup>42</sup>

<sup>36</sup> HENDLER: "Jueces y jurados...", cit., p. 442.

<sup>37</sup> GILDEA, Andrew, J.: "The Right to Trial by Jury", *26 Am. Crim. Law Rev.*, 1507, 1508 (1989) citado por BARKOW, Rachel, E.: "Recharging the Jury: The Criminal Jury's Constitutional Role in an Era of Mandatory Sentencing", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 152: 33, n° 1, noviembre 2003, p. 51.

<sup>38</sup> OSTROWSKI, James: "The Rise And Fall of Jury Nullification", *Journal of Libertarian Studies*, vol. 15, n° 2 (Spring 2001), pp. 90-91.

<sup>39</sup> "Cuál fue el ánimo de los constituyentes acerca del juicio por jurados, puede ser fácilmente observado del contexto previo a la ratificación de la Constitución. John Adams, segundo presidente de Estados Unidos, escribía para 1771: 'Los jurados son tomados por sectores o por elección, de la masa del pueblo, y ningún hombre puede ser condenado a muerte o ser afectado en su propiedad o reputación sin la concurrencia de la voz del pueblo...', siempre que un veredicto general es encontrado, éste ciertamente determinará los hechos y la ley. Aquello nunca puede ser puesto en duda por las instrucciones dadas por la corte en torno a la ley aplicable en el problema. El jurado tiene el poder de decidir una cuestión mediante su veredicto general. No es absurdo que ellos encuentren un veredicto de acuerdo a su propia opinión, juicio y conciencia...' (conf. OSTROWSKI: ob. cit., p. 96.)

<sup>40</sup> VANOSSI, Jorge R.: *Teoría constitucional*, t. II, Supremacía y control de constitucionalidad, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 2000, p.133.

<sup>41</sup> Ibidem.

<sup>42</sup> Ibidem.

Sesenta y cinco años después del caso Bushell<sup>43</sup> en Inglaterra, los colonos estadounidenses continuaron ratificando el derecho de los jurados a alcanzar un veredicto en contra de las instrucciones de la Corte. Peter Zenger, por una publicación en un periódico de Nueva York, fue acusado como libelo y sedicioso por criticar al gobernador real; el abogado defensor, Andrew Hamilton, le señaló al jurado que ellos podían decidir el caso teniendo en consideración la injusticia de la normativa aplicable.<sup>44</sup> Los jurados efectivamente lo obedecieron, lo que condujo a la absolución de Zenger.<sup>45</sup> El jurado había vetado la ley.

Esa decisión se tornaría no poco común sobre todo entre 1760 y 1770 donde continuaron revelándose contra el poder de la corona.<sup>46</sup>

#### 4. El concepto del poder de veto en los Estados Unidos. La falacia "relativista"

Proporcionar una definición acerca de qué significa *jury nullification*, es una tarea difícil. Ello depende de la función que se le asigne al jurado en el proceso penal.

Aquellos que rescatan el fundamento histórico del jurado y entienden que éste es una herramienta para proteger de la opresión del gobierno<sup>47</sup> contra acusaciones injustas y jueces demasiados sensibles a la autoridad,<sup>48</sup> vinculan la función del jurado como "un control al poder público".<sup>49</sup> En ese sentido, siguen entendiendo que en

<sup>43</sup> REYNOLDS, Glenn H.: "Review Essay: Of Dissent and Discretion (Jury Nullification: The Evolution of a Doctrine. By Clay S. Conrad)", *9 Cornell J.L. & Pub. Pol'y*, 685, p. 2

<sup>44</sup> "Why do judges fear lawyers? Because lawyers have the power to harm them: overtly, via moves for disqualification or removal, or (in the case of elected judges) by running against them or supporting those who do; or covertly, via courthouse gossip and 'background' conversations with reporters" (conf. CONRAD, Clay S., cit. por REYNOLDS: ob. cit., p. 4.)

<sup>45</sup> HANNAFORD-AGOR, Paula L., y HANS, Valerie P.: "Nullification At Work? A Glimpse From The National Center For State Courts Study Of Hung Juries", *Chicago-Kent Law Review*, vol. 78:1249, 26/8/2003, p. 1256, nota 41.

<sup>46</sup> BARKOW: ob. cit., p. 52

<sup>47</sup> Como por ejemplo sucedió con los jurados del Norte de Estados Unidos, quienes absolvían a los acusados de infringir la Fugitive Slave Act, durante la guerra civil; lo mismo cuando absolvían a muchos activistas que se oponían a la ley seca, o contra la guerra de Vietnam (conf. HANNAFORD-AGOR/HANS: ob. cit., p. 1256).

<sup>48</sup> "Duncan v. Louisiana", 391 US 145, 155-56 (1968).

<sup>49</sup> Dice Hender con relación a la función de la participación ciudadana: "Más bien interesa la función garantizadora frente a otros poderes, menos ostensibles

virtud de dichas cualidades se constituye al jurado como la piedra angular del sistema procesal criminal americano, reconocido en la Sexta Enmienda.<sup>50</sup>

La Corte de Apelaciones del segundo circuito, en "United States v. Thomas"<sup>51</sup> sostuvo que el término *jury nullification*, puede abarcar tanto la anulación de la ley en función de la identidad del acusado, como por desaprobación de algún extremo de la persecución penal, o también, de manera más genérica, por ser inaplicable la ley en el caso concreto. Sus razones como se observa, pueden contemplar diversos supuestos.<sup>52</sup>

Con más precisión se han tipificado los casos en los que procede el poder de veto del jurado, sobre todo respecto del jurado de enjuiciamiento (*petty jury*). Se ha sostenido que, a grandes rasgos, son cuatro: *a)* casos en los que el jurado se niega a condenar en función de una norma que entienden injusta; *b)* cuando la norma sólo en parte es injusta (p. ej. porque conlleva una pena desproporcionada); *c)* por mala conducción de las agencias del Estado (fiscales, policía, etc.); *d)* absuelve en razón de prejuicios en favor del acusado, o en contra de la persecución.<sup>53</sup>

La primera impresión que se vincula negativamente al tema, es el razonamiento según el cual, el hecho de dejar en manos de un lego una decisión sobre la norma, podría dar lugar a una aplicación

pero no menos terribles y mucho más sutiles" (conf. HENDLER-CAVALLERO: ob. cit., p. 151.)

<sup>50</sup> No puede dejar de concebirse en la lógica del proceso penal la posibilidad de abuso de poder por parte de los diferentes agentes que intervienen, particularmente de los jueces (conf. LANGBEIN, John, H.: "Sobre el mito de las constituciones escritas: La desaparición del juicio penal por jurados", trad. de Alberto Bovino y Christian Courtis, NDP, 1996/A, 1996, pp. 45 y ss.; en igual sentido véase DUANE, James, J.: "Jury Nullification: The Top Secret Constitutional Right", en <http://www.constitutio.org/211/2ndschol/131jur.pdf>, p. 2).

<sup>51</sup> "United States v. Thomas" 116 F. 3d 606 (2d Cir. 1997), citado por HANNAFORD-AGOR/HANS: ob. cit., p. 1253.

<sup>52</sup> Según un estudio de H. Kalven y H. Zeisel, las razones para que proceda pueden ser: *a)* simpatizan con el acusado; *b)* aplican criterios propios acerca del alcance de la legítima defensa; *c)* toman en consideración la culpa de la víctima; *d)* consideran a la legislación aplicable injusta o arbitraria; *e)* creen que el acusado ha sufrido ya suficiente o ha sido sometido a malos tratos por la policía (conf. CARRIÓ, Alejandro D.: *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos. Un análisis comparativo en función de una reforma procesal*, 1ª ed., Eudeba, Buenos Aires, 1990, p. 90 nota 25).

<sup>53</sup> Clasificación según el profesor BRAUN, Darryl, citado por HANNAFORD-AGOR/HANS: ob. cit., pp. 1254-1255.

no razonada y arbitraria del derecho. Dicha argumentación puede ser conceptuada, siguiendo a Nino, como falacia relativista.<sup>54</sup>

El argumento sostiene que es incorrecto y peligroso el hecho de que un individuo se oponga a las instrucciones juez, o a una norma jurídica en función de juicios de valor propios, pues ello le permitiría justificar cualquier decisión<sup>55</sup> por más descabellada que sea.<sup>56</sup> Gran parte de las críticas en torno al *jury nullification* parten desde esa perspectiva.<sup>57</sup> El contraargumento ante dicha posición falaz consiste en desenmascarar el fundamento antropológico de un Estado de libertades y de los mecanismos de legitimación de sus decisiones.

## 5. Legitimación de las decisiones del Estado

Desde un plano puramente ideal, la forma de legitimación de las decisiones es irrelevante si se cimientan en principios básicos universales.<sup>58</sup> En tales oportunidades las normas jurídicas se fusionan con aquellos principios reconocidos a los hombres por su condición de tal. Sin embargo, ello no es posible en un mundo de seres humanos de carne y hueso.<sup>59</sup>

<sup>54</sup> NINO, Carlos S.: *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1989, pp. 402-403.

<sup>55</sup> Ídem, 403.

<sup>56</sup> En 1997, la Corte Suprema de Alaska sostuvo que un ciudadano que pregonaba por la literatura sobre *jury nullification* podía ser acusado por obstrucción a la justicia. En igual sentido, las Cortes de California advirtieron a los jurados que ellos debían comunicar al juez si otro expresaba la intención de ir más allá de la ley en un veredicto. También se dijo que los jueces están autorizados a remover a un jurado que, durante las deliberaciones, insiste en decidir casos basados sólo en su conciencia —léase apartándose de las instrucciones del juez— (conf. OSTROWSKI: ob. cit., p. 109).

<sup>57</sup> En "United States v. Thomas", 116 F. 3d 606 (2d Cir. 1997), la Corte sostuvo que el jurado que piensa nulificar el juicio, está sujeto a ser expulsado. Incluso sostuvo que los jueces pueden investigar qué conductas ocurren durante las deliberaciones del jurado (conf. HANNAFORD-AGOR/HANS: ob. cit., p. 1259).

<sup>58</sup> Esto es conocido como "paradoja de la irrelevancia moral del gobierno" (conf. NINO: ob. cit., pp. 369-370).

<sup>59</sup> "Sin embargo, es obvio que esta coincidencia plena entre exigencias morales y normas jurídicas es absolutamente utópica. Las autoridades (más que los demás hombres, debido a la corrupción que genera el poder) son proclives a desvíos morales, sean deliberados o involuntarios" (conf. NINO: ob. cit., p. 370).



Desde un plano descriptivo, la forma de gobierno que garantiza que las tendencias individuales converjan en resultados probablemente más imparciales es la democracia.<sup>60</sup>

Según Ferrajoli, esta última puede tener una legitimación sustancial y/o formal.<sup>61</sup> En correlación con ello, el derecho anglosajón, es producto de una lenta y gradual concreción de principios sustanciales,<sup>62</sup> lo que implica ser resultante del consenso en la formación de principios básicos. Esos principios poseen un fundamento antropológico que capta al individuo como un ser con autonomía, libertad y dignidad.

En el ámbito procesal, ello se revela en una serie de instituciones que satisfacen los requerimientos que un gobierno democrático —formal y sustancial— plantea.

Uno de ellos es la participación en los asuntos públicos, el otro es la idea de control de los actos de gobierno.

Este sistema de “pesos y contrapesos” se configura como un límite a la arbitrariedad del poder y como un fundamento ético del consenso colectivo en una sociedad civil de personas libres e iguales.<sup>63</sup>

Empero como apunta Ferrajoli,<sup>64</sup> si la democracia sólo tiene como fundamento una razón meramente formal no es posible extraerse de algún tipo de poder decisional. Lo último se debe a que tales bases, supuestamente democráticas, no son equitativas.

Los conceptos vertidos tienen una estricta conexión con el poder de veto del jurado, pues desde una democracia puramente formal, que incluso adopte un modelo de enjuiciamiento con tendencias acusatorias —que no tiene otro remedio que ser formal también—, sólo se puede argumentar desde la lógica formalista. De

<sup>60</sup> NINO: ob. cit., p. 395. Tal como pensaba Aristóteles, que las ideas no pueden existir fuera de las cosas sensibles, porque todo en la realidad está informado por dos principios metafísicos: sustancia y accidentes (conf. SMITH, Juan C.: *El desarrollo de las concepciones jusfilosóficas*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, p. 38).

<sup>61</sup> FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo procesal*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 855 y ss.

<sup>62</sup> ALLIAUD: ob. cit., p. 222.

<sup>63</sup> GARGALIONE, Elvira L.: “La democracia como valor cultural. Incidencia en la gobernabilidad”, en SANDLER, Héctor (coord.): *Hacer la democracia*, 1ª ed., Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 150.

<sup>64</sup> FERRAJOLI, Luigi: “Sobre la definición de ‘democracia’. Una discusión con Michelangelo Bovero”, en [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01494873134580495210324/isonomia16/isonomia16\\_01.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01494873134580495210324/isonomia16/isonomia16_01.pdf), pp. 233 y ss.

acuerdo con ese punto de vista, se afirma que la decisión adoptada, luego de haberse transitado los procedimientos respectivos, siempre ha de estar moralmente justificada.<sup>65</sup>

Desde tales formas de entender la democracia, los jueces apoyarán sus decisiones en normas jurídicas realizando juicios de adhesión normativa.<sup>66</sup> Estos últimos consisten en juicios valorativos que se infieren de principios morales que prescriben obedecer el orden jurídico, y de proposiciones descriptivas de aquél.<sup>67</sup> Se trata, en suma, de lo que Ferrajoli denomina formalismo ético.<sup>68</sup>

Dicho razonamiento es compatible con la idea de un Estado legislativo de derecho.<sup>69</sup> Allí las razones políticas que justifican la existencia del jurado no encuentran cristalización alguna. Su intervención es meramente formal y secundaria.<sup>70</sup>

<sup>65</sup> A ello Nino lo denomina “falacia pseudopositivista” (conf. NINO: ob. cit., p. 402; por su parte Ferrajoli entiende que en tales oportunidades se ignora el concepto de vigencia como categoría independiente de las de validez y efectividad; véase FERRAJOLI: *Derecho y razón...*, cit., p. 871).

<sup>66</sup> NINO: ob. cit., p. 23.

<sup>67</sup> *Ibidem*.

<sup>68</sup> FERRAJOLI: ob. cit., pp. 230 y ss.

<sup>69</sup> *Ídem*: pp. 357 y ss.

<sup>70</sup> En aquellos Estados, como el nuestro, en los que el jurado aún no se ha implementado, se justifica el incumplimiento del mandato constitucional desde una perspectiva que generalmente es sólo formal. Una hermenéutica compatible con aquella definición, donde predomina el formalismo jurídico, debe prescindir de la búsqueda de principios que no se infieran deductivamente. La ignorancia es presupuesto de un razonamiento lógico incorrecto, lo que es motivo suficiente para descalificar (en igual sentido ver al respecto RAFECAS, Daniel E.: “Aproximación al concepto de garantismo penal”, en [www.catedrahendler.org/materiales](http://www.catedrahendler.org/materiales), pp. 1 y ss.).

Aquí se agrupan la mayoría de los argumentos antijuradistas. Sin considerar aquellos que apelan a fundamentos meta jurídicos como forma despectiva de entender la participación popular, como por ejemplo, las que cuestionan la honestidad del jurado, o realizan prognosis sobre su eventual instalación, ej. Favorecer la impunidad u otras que bajo un discurso, aparentemente prudente, pero de índole perfeccionista buscan analizar de manera previa si la implantación del juicio por jurados no es demasiada responsabilidad para el pueblo (conf. NAZARENO, Julio S.: “El proceso penal abreviado y el juicio por jurados”, *LL*, 1997-E, Buenos Aires, pp. 1438 y ss). En relación a la posición que sostiene que las normas constitucionales que instituyen el juicio por jurados han sido derogadas por desuetudo (conf. SAGÜES, Pedro N.: *Elementos de derecho constitucional*, t. II, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 79) recurrir a una fundamentación proveniente del propio orden positivo “implica desconocer un principio del razonamiento práctico según el cual una acción o decisión no puede justificarse sobre la base de meros hechos, como lo es el dictado y vigencia de normas jurídicas, sólo principios valo-



El rol del jurado queda reducido sólo como forma de verificación de los hechos (*factfinding*).<sup>71</sup> La norma que prevé una pena desproporcionada, dentro de dicha lógica, en la medida en que exista correspondencia con la fuente positiva de legitimación, será también perfectamente válida.

rativos morales o prudenciales (en ese orden) pueden constituir razones operativas para justificar una acción o decisión" —la bastardilla es mía— (conf. NINO, Carlos S.: *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 402; véase también NINO, Carlos S.: *La validez del derecho*. Colección mayor de filosofía y derecho, Astrea, Buenos Aires, 1985, cap. III.). Pero incluso si se recurre a una argumentación que se refugie en el orden positivo, podría contra argumentarse diciendo que la institución del juicio por jurados se encuentra prevista en el bloque de constitucionalidad, o lo que es lo mismo, en las denominadas normas primarias, eso hace que requieran de un procedimiento de enmienda más complicado que una ley ordinaria.

Si bien es cierto que Kelsen sostiene en *Teoría general del derecho y del Estado* que "hay una notable diferencia técnica entre los preceptos de la Constitución que prohíben cierto contenido y los que prescriben un determinado contenido en relación con las leyes futuras. Por regla general, los primeros tienen efectos jurídicos, no así los segundos... , si el órgano legislativo deja simplemente de expedir la ley prescrita por la Constitución, resulta prácticamente imposible enlazar a esa omisión consecuencias jurídicas". También es cierto que más tarde en teoría pura del derecho, como sostiene Bidart Campos, Kelsen se dio cuenta del problema de que si las cláusulas programáticas no pueden regir, la supremacía constitucional no podría estar asegurada, por eso dispuso: "La Constitución puede también determinar el contenido de ciertas leyes futuras al prescribir o prohibir tal o cual contenido. La prescripción de un contenido determinado equivale a menudo a la promesa de dictar una ley, pues las más de las veces la técnica jurídica no permite prever una sanción para el caso en que dicha ley no sea dictada (conf. KELSEN, Hans.: *Teoría general del derecho y del Estado*, 2ª ed., UNAM, México, 1995, p. 68), por el contrario, una constitución puede, con mayor eficacia prohibir las leyes que tengan un determinado contenido..." (Conf. KELSEN, Hans, citado por BIDART CAMPOS, Germán J.: "La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión", *ED*, 78-787). La conclusión a la que llega Bidart Campos es que la supremacía constitucional se vulnera por omisión mediante aquella técnica jurídica defectuosa. Ello permite encontrar una justificación fundada en principios estrictamente normativos, razones propias del formalismo positivista —en el caso es el principio de jerarquía quien define.

Desde esta perspectiva, tampoco tiene eficacia, el argumento de que no es posible presentar recursos contra las decisiones del jurado, pues también las normas pueden prescribir sobre su posibilidad, por ejemplo en el sistema norteamericano, donde por regla pueden apelarse los fallos definitivos, lo que implica, la sustanciación del caso nuevamente ante otro jurado donde rige la prohibición de la *reformatio in peius* (conf. HENDLER, Edmundo S.: *El derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, pp. 217 y ss.).

<sup>71</sup> La idea de "Factfinding" la adoptó de BARKOW: ob. cit., p. 35.

Si bien es cierto que es inevitable que en un plano descriptivo no siempre los modelos tetradimensionales<sup>72</sup> de la democracia reposen en un concepto de igualdad material. También es cierto que abandonar la idea de que ello sea posible, consagraría formas a través de las cuales se suprimirían los intereses de los sectores minoritarios mediante la imposición —directa o refleja— de aquellos planes de vida que el Estado estima correctos.

En tales situaciones, pese a que se esgriman argumentos que supuestamente pregonan por la tolerancia de las otras formas de vida, se practica lo contrario en aras del interés oficial (p. ej., el de la mayoría). Esas prácticas son propias del perfeccionismo de Estado. La autonomía individual de los disidentes o marginados no es importante.<sup>73</sup>

En tales oportunidades, las fronteras de injerencia oficial no pueden ser definidas claramente. Los ámbitos de moral intersubjetiva y autorreferente convergen en derredor del interés del Estado.<sup>74</sup> Aquél se configura como un fin en sí mismo.

El fundamento antropológico, en tales ocasiones, parte de conceptos que carecen de sustrato óntico. Una de las formas de concebir al hombre puede ser por ejemplo, de una manera idealista como lo concebía Hegel.<sup>75</sup> El hecho de que haya sido un pequeño grupo de individuos quienes hayan impuesto sus intereses en algunos contextos, sólo es una contingencia histórica pues ello no es óbice como para que no se pueda legitimar un gobierno dictatorial de una mayoría omnipotente (como p. ej., sucedió con el régimen nazi).

Con la fundación de los Estados constitucionales de derecho, la normativa se tiñe de principios universales que la informan y orientan. Aquellos principios deben entenderse como aceptables,<sup>76</sup> es decir, se trata de proposiciones valorativas sin valor de verdad o falsedad. Su contenido es de índole político-filosófico.<sup>77</sup> En este esquema, los jueces aplican la ley en algunas ocasiones realizando puras adscripciones normativas y en otras ratificando principios esenciales del orden jurídico.

<sup>72</sup> FERRAJOLI: "Sobre la definición de 'democracia'...", cit., pp. 232 y ss.

<sup>73</sup> NINO: ob. cit., pp. 413 y ss.

<sup>74</sup> Ídem.: pp. 208-209.

<sup>75</sup> ZAFFARONI, Eugenio R.: *Política criminal latinoamericana. Perspectivas. Disyuntivas*, Hammurabi, Buenos Aires, 1982, p. 34.

<sup>76</sup> NINO: ob. cit., ob. cit., p. 20.

<sup>77</sup> FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón...*, cit., pp. 358 y ss.

Lo que sucede es que se produce una disociación entre validez y eficacia normativa.<sup>78</sup> Las normas jurídicas positivas sean o no válidas o eficaces, comportan la obligación jurídica de observarlas. Pero de aquélla premisa no se deriva que el acatamiento, sea moralmente obligatorio.<sup>79</sup>

Las obligaciones incondicionadas de obedecer al derecho, son propias de un Estado autoritario. Se trata, en tales oportunidades, de un Estado amoral<sup>80</sup> que subordina el discurso metajurídico al estrictamente positivo hasta el punto de disolver al primero.

Por el contrario, debe entenderse que las normas jurídicas tienen sólo un valor instrumental —son un medio, no un fin—, y que tienen una significación reductora de la violencia pública y privada. Las razones prudenciales que ofrecen han de estar condicionadas a la existencia de no contradicción con otros valores de orden superior. Se trata en este último caso, de una obligación semiformal de obediencia, pues han de concordar los presupuestos morales y prudenciales como para que el condicionamiento se haga efectivo.<sup>81</sup>

Sin embargo puede irse aún más allá, como lo hace Ferrajoli, que no admite la posibilidad de un semicondicionamiento, “¿Hasta qué punto vale tal obligación y en qué punto comienza a no valer?”<sup>82</sup> —se pregunta.

Es plenamente válida la obediencia o desobediencia si hallan justificativo en las razones morales (externas a la normativa), aunque no en las prudenciales (propias del derecho positivo).

En un esquema puramente ideal, los jueces no pueden desobedecer las normas pues se encuentra como razón suprema el juramento de fidelidad a la Constitución y a las leyes.<sup>83</sup>

Empero, en el plano descriptivo, la situación es diferente. Ello se debe a que un Estado de derecho coloca al juez frente a la obligación política de denunciar leyes que no se ajustan a las disposiciones constitucionales, estén o no consignadas positivamente.<sup>84</sup>

<sup>78</sup> Ídem, p. 359.

<sup>79</sup> Ídem, p. 921.

<sup>80</sup> Ídem, p. 922.

<sup>81</sup> Ídem, p. 923.

<sup>82</sup> Ibídem.

<sup>83</sup> Ídem, p. 926.

<sup>84</sup> La afirmación contraria conlleva a afirmar la existencia de una casi absoluta irresponsabilidad política del juez (en ese sentido, véase FERRAJOLI: ob. cit., p. 926).

Cuestión que es lógica, pues se debe a la distancia entre un modelo ideal y un modelo histórico de la democracia. Por esa razón, un sistema democrático que respete el principio de autonomía individual, debe abrir paso a las soluciones que, mediante la reflexión individual, tengan mayor compatibilidad con los principios que confieren razón axiológica al sistema.

Esta última proposición presenta, según estimo, al menos tres aristas importantes. Ella implica lógicamente que: *a)* no es obligatorio obedecer normas moralmente injustas, *b)* se trata de una libertad del ciudadano, y *c)* su carácter de excepción, por la concordancia que debe existir en la mayoría de los casos entre las razones prudenciales y las razones metajurídicas en un Estado de constitucional de derecho.

Ello trasladado al poder de veto del jurado, permite desechar —por carecer de fundamento axiológico— la decisión que responda a motivos puramente relacionados con simpatía o con prejuicios sobre la persecución penal.<sup>85</sup>

#### 4. El poder de veto. Las reglas de la ley (the rules of law)

El término *jury nullification*, en función de la carga emotiva que conlleva, pareciera denotar una abierta oposición con las disposiciones legales<sup>86</sup> —*the rules of law*.<sup>87</sup>

<sup>85</sup> En igual sentido, Darryl Brown (conf. HANNAFORD-AGOR/HANS: ob. cit., p. 1255).

<sup>86</sup> Puede verse en correlación con ello, “Mayfield v. United States”, 659 A.2d 1249, 1254 (D.C. 1995); “State v. Bjerkaas”, 472 N.W.2d 615, 619 (Wis. App. 1991); “State v. Weinberg”, 631 N.E.2d 97, 100 (N.Y. 1994); “Davis v. State”, 520 So. 2d 493, 494-95 (Miss. 1988), “United States v. Krzyske”, 836 F.2d 1013, 1021 (6th Cir. 1988); “Dougherty”, 473 F.2d at 1130; todos citados por DUANE: ob. cit., pp. 4-5.

<sup>87</sup> Sin embargo las enmiendas Novena y Décima expresan otra filosofía, la filosofía republicana:

IX. La enumeración en la Constitución, de ciertos derechos, no será entendida como negación o constricción de otros derechos contenidos por el pueblo.

X. Los poderes no delegados a los Estados Unidos por la Constitución, ni prohibidos a éstos por los Estados, son reservados a los Estados respectivos, o al pueblo.

“Naturalmente esas enmiendas han sido citadas como posibles recursos para el ‘jury nullification’, sin embargo, los jueces modernos no preguntan si la novena o décima enmienda reservan ese derecho al pueblo, contrario a ello, ellos preguntan si la Constitución ‘enumera’ el derecho, o lo contempla expresamente” (conf. OSTROWSKI: ob. cit., p. 95).



Los jueces de algunas Cortes sostienen que el poder de anulación o de veto del jurado ha sido una atribución indispensable en Inglaterra en tiempos de la *Star Chamber*. También se rescata dicha atribución en momentos particulares de la historia estadounidense. En épocas de las colonias cumplían una función verdaderamente garantizadora frente al poder de los representantes de la Corona inglesa.<sup>88</sup>

No obstante, y pese a reconocer su existencia en la historia, entienden que por no existir los presupuestos sociológicos que invistan al jurado de tal atribución excepcional, en la actualidad sólo puede concebirse como una invitación a la anarquía.<sup>89</sup>

La Corte Suprema de los Estados Unidos, durante el siglo XIX,<sup>90</sup> tuvo oportunidad de expedirse sobre la cuestión en el caso "Sparf".<sup>91</sup>

Los votos de los jueces Karlan, Jakson y Brewen disponen, en primer lugar, que históricamente el poder de veto ha tenido una interpretación incorrecta.

El alcance que debía dársele a éste implicaba que los jurados debían contrastar el hecho concreto con la ley aplicable, para evaluar si el extremo fáctico era el que la hipótesis legal presagiaba. Los defectos de interpretación acerca de dicha facultad, según ellos, se debían al "incorrecto lenguaje empleado por muchos jueces y hombres de Estado refiriéndose al poder de los jurados (...), pero en realidad tienen correlación con las épocas en las que en la colonia existía vasta arbitrariedad de los jueces, de alguna manera de allí proviene la sobrevaloración de las facultades del jurado ("Williams v. State", 32 Miss. 389, 396.)".<sup>92</sup>

<sup>88</sup> "Sparf and Hansen v. United States", 156 US 51 (1895).

<sup>89</sup> SCHEFLIN, Alan W.: "Because juries have the right to nullify, judges have the obligation to give proper instructions", *California Bar Journal*, marzo 1999, en <http://www.electpd.org/schefflin.htm>, pp. 14-15.

<sup>90</sup> Alrededor de 1880 la Illinois State Bar Association debatió sobre esta facultad. En síntesis se trató de una férrea oposición a su existencia. Lo curioso es que se trataran de asociaciones de abogados las se manifesten en contra (¡) —ello revela, según entiendo, la necesidad de mantener incólume el *status quo*—. En este contexto, se sitúa el fallo "Sparf". Desde esos sectores de poder se irán configurando las diferentes manifestaciones discursivas de la idea de las reglas de la ley —*rules of law*— (conf. DALE, Elizabeth: "Not Simply Black and White. Jury Power and the Law in Late Nineteenth Century Chicago", *Social Science History*, 25:1 [Spring 2001], p.16).

<sup>91</sup> "Sparf and Hansen v. United States", 156 US 51 (1895).

<sup>92</sup> Voto del juez Karlan en "Sparf and Hansen v. United States".

Incluso postulan una versión diferente del caso "Bushell". Con citas de Curtis señalan que en realidad los jurados no podían correlacionar directamente las declaraciones de los acusados con las de los testigos (evidencia), en suma, no los pudieron declarar culpables debido a defectos probatorios. Sin embargo, afirman, ello pareció ser una oposición directa a las instrucciones del juez.<sup>93</sup>

Desde otro nivel de argumentación, el juez Karlan citando al ministro Chase dijo: "Si un jurado puede anular una ley, también puede hacer lo mismo respecto de todas las otras leyes, debido a que no habría otro límite más que la discreción. Si ese poder fuera admitido, los jurados de enjuiciamiento serán superiores a las legislaturas nacionales, y las leyes estarían sujetas a su control. El poder de vetar o de hacer leyes sería igual al de las autoridades".<sup>94</sup>

Desde un punto de vista similar la Corte Suprema en *Strickland v. Washington* sustentó el argumento de que el poder de veto es por demás, una decisión arbitraria y caprichosa.<sup>95</sup>

Sin embargo, la interpretación literal de las afirmaciones no deja de ser un mero formalismo que pretende negar, desde lo supuestamente descriptivo, un hecho sociológico real.

Dichas afirmaciones se caracterizan por la utilización de una frase con cualidad de ser puramente potencial. A la expresión produzca, sin plataforma fáctica de afirmación, es decir sin ningún tipo de herramienta empírica que la sustente (que por cierto no era mucha debido a la escasa cantidad de estudios sobre la materia); sólo cabe entenderla como pudiera llegar a ocasionar.

El juicio (en sentido ideológico) que formaliza la Corte, se basa en una prognosis sobre su futura o eventual aplicación. No es un argumento en sí mismo,<sup>96</sup> es una especulación.

Según mi opinión, el férreo apego a la denominada regla de la ley, puede conllevar a una visión puramente instrumental de la

<sup>93</sup> *Ibidem*.

<sup>94</sup> *Ibidem*.

<sup>95</sup> KAIMIPONO, David W., y HOFFMAN, David A.: "Nullificatory Juries", *Wisconsin Law Review*, 2003:1115, p. 1131.

<sup>96</sup> Se puede razonar como lo hace Zaffaroni cuando afirma: "Ello muchas veces, puede llevar implícita una visión idealista del operador judicial, se trata de una visión proporcionada por grupos de interés, que muestra la imagen del juez como la de un hombre 'aséptico del poder'..., que no es protagonista de los acontecimientos políticos de la época, y que dicta fallos adaptables a cualquier realidad" (conf. ZAFFARONI, Eugenio, R.: *Estructuras judiciales*, Ediar, Buenos Aires, 1994, p. 23).



democracia. Bajo ese razonamiento, durante el siglo XIX, muchos distritos de los Estados Unidos dejaron de conferirles a los jurados la posibilidad de decidir tanto sobre los hechos como respecto del derecho.<sup>97</sup>

Ello es bien claro cuando, por ejemplo, se sostiene que las normas creadas o derogadas por las vías democráticas encuentran legitimidad por estar satisfechos los senderos electorales *per se*. Sin embargo esa formalización de la democracia, mediante la doctrina de las reglas de la ley, es pura retórica conceptual sin contenido alguno y su implementación estricta tiene la potencialidad de legitimar cualquier poder opresivo.<sup>98</sup>

### 7. Las reglas de los hombres (the rules of men)

Existen otros dos argumentos en derredor de esta facultad. En consonancia con ello, se sostiene que si bien es cierto que el jurado puede aplicar la ley que estime conveniente, también es cierto que ellos tienen el deber moral de seguir las instrucciones del juez.

La explicación es falaz, por cuanto apela sin ningún motivo a la investidura (argumento a la autoridad) del juez para lograr una justificación moral del deber de los jurados. No es óbice la presencia de un juez, ya que ello no le confiere autoridad suficiente para desconocer la autonomía individual de los jurados.

La otra posición,<sup>99</sup> aparentemente más radical aún, consiste en explicar que los jurados tienen un deber derivado de su juramento, precisando en ese sentido que el juramento se efectúa por Dios y por la patria, no por los jueces, o algún otro funcionario.<sup>100</sup> En suma, entiendo que no se trata de un nuevo argumento, sino que es el reverso del anterior. Más allá de ello, la última posición es, a mi juicio, correcta, pues la decisión de los jurados debe ser conforme a la libre y razonada expresión de su conciencia. Desde allí, según mi criterio, adelanto la conclusión de que en caso de controversia entre la ley y la autonomía individual, el jurado debe optar por la segunda.

<sup>97</sup> HANNAFORD-AGOR/HANS: ob. cit., p. 1258.

<sup>98</sup> KAIMIPONO-HOFFMAN: ob. cit., p. 1132.

<sup>99</sup> Como puede verse en los argumentos esgrimidos por los jueces Shiraz y Gray (disidentes en fallo "Sparf").

<sup>100</sup> Muy curiosa es la opinión en contrario de algunas cortes que entienden que "los jueces no pueden instar a los jurados a violar sus juramentos"; véase "United States v. Trujillo", 714 F.2d 102, 106 (11th Cir. 1983); "Krzyske", 836 F.2d at 102; todos citados por DUANE: ob. cit., pp. 8-9.

La perspectiva que tiene un ciudadano en el rol de elector, no es la misma que la que tiene cuando actúa en el rol de jurado.<sup>101</sup> Pues si bien puede intervenir indirectamente en la configuración de normas penales, y en su control, si se torna inocua la función de contralor del jurado, su rol se desvanece, o por lo menos deja de ser lo suficientemente garantizadora para contener la violencia.

Tampoco puede agotarse su función en intervenir en el proceso como si fuera un mero asistente del juez. Ello en suma, podría no tener ningún sentido respecto del imputado, pues si bien es cierto que la garantía de un juicio oral, público, continuo y contradictorio puede garantizar que se lleve a cabo un proceso con mayores rasgos acusatorios, también es cierto que no escapa la posibilidad de que, paralelamente, exista una concepción sustancialista del ilícito penal, y junto con ello, mayores expectativas de padecer un castigo deshumanizado.<sup>102</sup> Conviene citar al respecto a Bustos Ramírez:<sup>103</sup> "El eje del derecho penal y procesal radica en la pena; lo demás son sólo presupuestos de ella. Lo que en definitiva va a afectar directa y concretamente al ciudadano es la pena que se le va a aplicar y, por tanto, necesariamente dentro del proceso tiene que dársele la significación en importancia que merece. Todas las garantías penales sustanciales y procesales carecen de sentido si la determinación de la pena está desprovista de toda salvaguarda respecto del procesado".

<sup>101</sup> "Nor is there any real potential for injustice. Jurors, after all, are supposed to represent (indeed, to embody) the people. What possible objection could there be to having the people rate the performance of their servants? And that's what judges, prosecutors, and even defense lawyers (in their capacity as officers of the court) are, though one would seldom grasp this from their behavior" (conf. CONRAD, Clay S., citado por REYNOLDS: ob. cit., p. 5).

<sup>102</sup> Ello no debe entenderse como una negación de los demás efectos que conlleva la participación ciudadana en el proceso penal tales como por ejemplo, el de lograr mayor integración comunitaria o en lo que respecta al efecto comunicativo que necesariamente conlleva (p. ej., véase ANITUA, Gabriel I.: *Justicia penal pública. Un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 349). Sin embargo, una perspectiva garantizadora, debe tener primordial consideración respecto del sujeto (destinatario de manera inmediata) de las dosis de castigo por parte del poder punitivo estatal.

<sup>103</sup> BUSTOS RAMÍREZ, citado por MAGARIÑOS, Mario.: "Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena", en MAJER, Julio B. J. (comp.): *Determinación judicial de la pena*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 71.

## 8. *Autonomía individual de los marginados vs. Estado perfeccionista*

Muchas tensiones se revelan, por ejemplo en casos relativos a la tenencia de estupefacientes.<sup>104</sup> Desde el perfeccionismo de Estado, la mera autodegradación moral, es motivo suficiente como para que aquél intervenga.

En ese contexto pseudopaternalista, es donde los sectores conservadores generalmente se oponen a la potestad denominada *jury nullification* de manera que el status quo se mantenga incólume.

En el Estado de Dakota del Sur, durante el año 2002, se sometió a decisión popular respecto de si las facultades decisorias podían extenderse a las cuestiones de derecho por parte de los jurados. La respuesta fue contundente, 78% en contra.<sup>105</sup>

Como señalan Hannaford-Agor y Hans, puede extraerse como evaluación resultante, que en primer lugar, el electorado está conforme con el funcionamiento del sistema de jurados tal cual como se encuentra.<sup>106</sup>

La segunda alternativa posible, un tanto más pesimista, es que no puede decirse que dicha decisión conlleve alguna sorpresa, en razón de que el *jury nullification* históricamente ha servido como una garantía contra la opresión que, generalmente efectuaba la mayoría respecto de la minoría.<sup>107</sup>

En investigaciones llevadas a cabo en 1998 por el Centro Nacional de Cortes de Estado con permiso del Instituto Nacional de Justicia de Estados Unidos, se examinó la frecuencia y las causas de los casos en los que se suspendían los juicios por no poder alcanzarse acuerdo entre jurados.<sup>108</sup> El análisis buscaba examinar las reaccio-

<sup>104</sup> Un caso que lo refleja fue el de "People v. Kriho" —996 P.2d 158 (Colo. Ct. App. 1999)—, en el que se acusó por obstrucción de la justicia a Laura Kriho, quien durante el *voir dire*, no reveló que había estado involucrada en un movimiento que pregonaba por la legalización de marihuana y que ella había sido arrestada en el pasado por supuesta tenencia de estupefacientes (conf. HANNAFORD-AGOR/HANS: ob. cit., p. 1262.)

<sup>105</sup> 68.620 votos a favor y 246.040 en contra (conf. HANNAFORD-AGOR/HANS: ob. cit., p. 1250).

<sup>106</sup> HANNAFORD-AGOR/HANS: ob. cit., pp. 1250 y ss.

<sup>107</sup> Ídem, pp. 1250 y ss. Véase en igual sentido, CONRAD, Clay S., citado por REYNOLDS: ob. cit., p. 3

<sup>108</sup> HANNAFORD-AGOR, Paula L.; HANS, Valerie P.; MOTT, Nicole L., Ph.D., y MUNSTERMAN, G. Thomas: *Are Hung juries A problem?*, National Center of Justice. Véase

nes de los jurados (entre otros actores) frente a la injusticia de las leyes, ilegitimidad de las persecuciones del Estado, etc. Allí se analizó la incidencia que puede tener el concepto de *jury nullification*.

Una de las conclusiones fue que la mayor causa por la cual los jurados no se ponían de acuerdo era debido a las apreciaciones que tenían sobre la injusticia de la ley aplicable al caso. La última visión es significativa, pues revela que mediante el poder de veto del jurado se pueden enviar señales a las autoridades políticas; se le informa a la legislatura que algo es injusto o en concreto no funciona bien. Algunos sostienen<sup>109</sup> que incluso si se entiende que la pena tiene efectos disuasivos, mediante esta facultad, ese efecto se puede lograr con mayor efectividad en la medida en que se tenga real conocimiento sobre cuál es la conciencia de los ciudadanos al respecto. Son ellos quienes, en definitiva, han de ser destinatarios de las normas penales.<sup>110</sup>

Por otra parte, sirve para configurar políticas públicas en materia criminal, al observar las reacciones de los ciudadanos frente a persecuciones de diversa índole. En dicho sentido se ha afirmado que el *jury nullification* sirve como un microorganismo de gobierno, actuando en los caminos: Ejecutivo (protegiendo), Judicial (equilibrando), y Legislativo (participando).<sup>111</sup>

Por último, se reveló que las cuestiones relativas a prejuicios, sea respecto del acusado o de la persecución del Estado, así como los factores demográficos en la configuración del jurado, tenían escasa o nula influencia como elementos de motivación de las decisiones.<sup>112</sup>

La última afirmación resta, según mi opinión, todo tipo de valor a las aseveraciones dogmáticas (en el sentido peyorativo de la

en [http://www.ncsconline.org/WC/Publications/Res\\_Juries\\_HungJuriesProblemPub.pdf](http://www.ncsconline.org/WC/Publications/Res_Juries_HungJuriesProblemPub.pdf), 30/9/2002, cap. 1, pp. 13-16.

<sup>109</sup> PAUL, H., y DARLEY, John, M.: "The Role of Deterrence in the Formulation of Criminal Law Rules: At its Worst When Doing its Best", en *Forthcoming 91 Georgetown Law Journal* (2003), 7/1/2003, pp. 54-55.

<sup>110</sup> Incluso hay quienes sostienen que esta facultad es trasladable a los casos civiles en lo que respecta a la cuantificación de los daños, a los efectos de disuadir delitos de índole económica por parte de los grandes monopolios. A dicha facultad en los casos civiles se la ha llamado *nullificatory jury*, véase KAIMIPONO-HOFFMAN: ob. cit., pp. 1115 y ss. Es objeto de iguales críticas.

<sup>111</sup> Ídem, p. 1157.

<sup>112</sup> HANNAFORD-AGOR/HANS: ob. cit., pp. 1273-1277.



palabra) que se oponen al poder de veto, y que ubican como principal eje de sus discursos a tales cuestiones.<sup>113</sup>

### 9. *La eficacia del poder de veto. The mandatory sentences guidelines and plea bargaining*

Si bien es cierto que el juicio por jurados es, y siempre ha sido entendido así, una garantía del acusado y un derecho político de los ciudadanos, que consiste en la facultad de participar en las decisiones más relevantes de la administración de justicia penal; y que en la estructura constitucional, el jurado es una institución que tiene por finalidad, en atención a la forma de gobierno, actuar como una herramienta más del *check and balance*. No obstante, también es cierto que el rol del jurado en los Estados Unidos se ha ido reduciendo cada vez más, hasta el punto de casi desaparecer.<sup>114</sup>

De todas maneras en aquellos casos en los que el jurado participa, para que pueda concretarse la función garantizadora, necesita que las atribuciones que presenta puedan ser realmente efectivas.

Es por ello que, cuando un jurado decide absolver, debe cerrarse la posibilidad de que el Estado pueda aplicar una pena. La decisión al respecto no es revisable<sup>115</sup> (en concordancia con ello se encuentra la prohibición del *double jeopardy*, previsto en la Quinta Enmienda).

En la praxis, sin embargo, sucede lo contrario; ello es manifiesto en los casos en los que la punición puede agravarse a tal punto de desconocerse el veredicto del jurado. Lo último se debe a la gran discreción de jueces y fiscales.

En lo que a los jueces respecta —aun veredicto del jurado mediante—, debido a disposiciones legislativas que confieren amplios márgenes de apreciación sobre los hechos, se les permite valorar, en perjuicio (*in peius*) del acusado, hechos o circunstancias personales que para el jurado no constituyen delito, o bien, lo que es más grave, factores respecto de los cuales no tuvo conocimiento. En definitiva, el poder decisionista se amplía en todo su esplendor. Se trata de las *sen-*

<sup>113</sup> Como por ejemplo BISKUPIC, Joan: "In Jury Rooms, Form of Civil Protest Grows", *Wash Post*, 8/2/1999, A1, citado por HANNAFORD-AGOR/HAN: ob. cit., p. 1250

<sup>114</sup> BARKOW: ob. cit., p. 34

<sup>115</sup> "United States v. Gaudin", 515 US 506, 513 (1995).

<sup>116</sup> Esta forma de determinación de las penas es signo de una enorme desconfianza hacia los tribunales. El modelo por excelencia fue el Código del Império do Bra-

*tencing guidelines*<sup>116</sup> (guías en las que las legislaturas locales estipulan que respecto de determinados delitos deben apreciarse algunos aspectos de la conducta y personalidad del acusado).<sup>117</sup> Dicha forma de fijar las penas comenzó siendo una facultad discrecional de los jueces, circunstancia que con el tiempo cambió, en virtud de que las bases de valoración se establecieron legislativamente.<sup>118</sup>

Entre algunos de sus fundamentos se encuentra el de lograr sentencias individualizadas, para permitir así la rehabilitación de los condenados.<sup>119</sup> El juez mediante las *mandatory sentencing guidelines*<sup>120</sup> debe, al determinar el monto de la pena, analizar los diferentes hechos y circunstancias que estime relevantes, para cumplir con mayor precisión los fines de la pena.<sup>121</sup>

sil, de 1830" (conf. ZAFFARONI, Eugenio, R.; ALAGIA, Alejandro, y SLOKAR, Alejandro.: *Derecho penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 992).

<sup>117</sup> CARRIÓ, A.: ob. cit., p. 81.

<sup>118</sup> "La idea tradicional de individualización de la pena considerada como un proceso de tres etapas, no responde al marco de un Estado constitucional de derecho, sino a una distribución de tareas extrañas al hoy generalizado sistema de control de constitucionalidad. En efecto: el derecho penal debe contener la irracionalidad del ejercicio del poder punitivo y, por ende, debe hacerlo desde que se abre el marco abstracto para su ejercicio hasta que se agota el que se impone sobre cualquier persona criminalizada" (conf. ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR: ob. cit., p. 949).

<sup>119</sup> Sin embargo se señalan otros fundamentos: 1. Retribución: mediante ellas se puede asegurar un castigo severo por graves infracciones, y evitar así sentencias indulgentes. 2. Disuasión: motivos de prevención general y especial (*general and especial deterrence*) 3. Incapacitación, especialmente de serios ofensores: protegiendo a la sociedad de peligrosos delincuentes. 4. Para evitar la disparidad en cuanto a los criterios de los tribunales. 5. Inducción a la cooperación: porque permite imponer una condena menor allí cuando el acusado ayuda a la investigación respecto de los delitos cometidos por otros. 6. Inducción a la confesión: se trata de algo que es frecuentemente citado por los agentes de persecución penal; véase United States Sentencing Commission. Special Report to the Congress: *Mandatory Minimum Penalties in the Federal Criminal Justice System*, agosto 1991, pp. 1213, en: [www.ussc.gov/r\\_congress/manmin.PDF](http://www.ussc.gov/r_congress/manmin.PDF); o también: [http://www.google.com/search?q=cache:yrR3LQcwmLcJ:www.ussc.gov/r\\_congress/Manmin.PDF+special+report+of+congress:+mandatory&hl=es](http://www.google.com/search?q=cache:yrR3LQcwmLcJ:www.ussc.gov/r_congress/Manmin.PDF+special+report+of+congress:+mandatory&hl=es) —en version html.

<sup>120</sup> La política de rehabilitación fue atacada por la ideología liberal de las décadas de los '70 y '80. Los liberales estaban insatisfechos con los arbitrios y dispares resultados de las *mandator* y *sentencing*, y dudaban de la habilidad del Estado para encontrar soluciones a las causas criminales. En una línea similar se encontraban las posiciones conservadoras (conf. BARKOW: ob. cit., p. 88).

<sup>121</sup> En ocasiones puede contemplar el daño patrimonial ocasionado a la víctima (conf. *US Sentencing Guidelines Manual*, § 2 F1.1 [1998], cit. por BARKOW: ob. cit., p. 90, nota 251).



En la práctica, los resultados no parecen concretar las expectativas que informan las normas en cuestión —más allá del fracaso de las ideologías “re”.

El verdadero objetivo de aquella forma de determinar la pena es el de eludir cualquier consideración a la culpabilidad y asegurar sentencias condenatorias irracionales.<sup>122</sup> Pueden, por ejemplo, permitir agravar la condena si juntamente con un delito de tenencia de estupefacientes se condena por poseer armas.<sup>123</sup>

En lo que al tema respecta, ello incide directamente sobre las facultades del jurado,<sup>124</sup> pero a su vez pone en evidencia que en ciertas circunstancias de excepción corresponda el poder de veto.

De manera categórica en “Mistretta v. United States”<sup>125</sup> se dispuso que el jurado no cumple ningún rol en lo que tiene que ver con el sistema de las *sentencing guidelines*.

Sin embargo, la Suprema Corte, en el pronunciamiento más importante al respecto, en “Apprendi v. New Jersey”,<sup>126</sup> se encargó de establecer los límites sustanciales a los esquemas locales de fijación de penas. Se dispuso que no se la podía fijar sino en función de hechos acreditados más allá de la duda razonable frente al jurado.<sup>127</sup> Sin embargo, debe hacerse notar que ese límite sólo alcanzaba a los futuros estatutos, no a los que ya se encontraban establecidos.<sup>128</sup> Aquél antecedente fue tenido en consideración en “Ring v. Arizona”, con el argumento de que la pena de muerte no sería aplicable al acusado, sino que éste debía ser condenado a prisión perpetua, luego de haber sido encontrado culpable de homicidio en primer grado, en razón de que las agravantes que permiten abrir paso a la pena de muerte no habían sido demostrados más allá de la duda razonable.<sup>129</sup>

<sup>122</sup> GROSS, Hyman, y VON HIRSH, Andrew, cit. por ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR: ob. cit., p. 993; también véase BERTONI, Eduardo A.: “La cesura del juicio penal”, en *Determinación judicial de la pena*, cit., Editores del Puerto, Buenos Aires, pp. 119 y ss.

<sup>123</sup> “United States v. Watts”, 519 US 148, 150, 157 (1997).

<sup>124</sup> También existen propuestas de institucionalización de esta forma de determinación de la pena en el Reino Unido (conf. BROADBRIDGE: ob. cit., p. 11).

<sup>125</sup> “Mistretta v. United States”, 488 US 361 (1989).

<sup>126</sup> “Apprendi v. New Jersey”, 530 US. 466, 498 (2000)

<sup>127</sup> BROWN, Darryl K.: “Watching Legislatures for Apprendi’s Effects on Plea Bargaining”, *California Criminal Law Review*, vol. 5, marzo 2002, art. 1, I, § 1.

<sup>128</sup> BARKOW: ob. cit., p. 40.

<sup>129</sup> Ídem, p. 41.; véase también OGLETREE, Charles, J. Jr.: “Black Man’s Burden: Race and the Death Penalty in America”, *81 Or. Law Rev.*, 15 (2002), Spring 2002, vol. 81, Number 1, pp. 2 y ss.

Empero más tarde, en “Harris v. United States”, la Suprema Corte, sostuvo la constitucionalidad de la aplicación de pena de manera discrecional, con o sin verificación de los hechos ante un jurado, en la medida en que ello suceda dentro de las escalas de las *mandatory minimum*.<sup>130</sup>

De manera que, de acuerdo con ello, es inconstitucional agravar la condición del acusado más allá del máximo si los hechos no están probados ante los pares. Pero es constitucional aplicar la pena de manera discrecional dentro de esos límites, sin importar que se haya probado el hecho.

Así como puede verse, el rol del juez en la determinación de la pena es muy acotado en lo que respecta a beneficiar al acusado conforme a este tipo de normas. A todo ello hay que agregar que se le confiere competencia al Ministerio Fiscal para apelar la decisión en caso de fijar una pena demasiado “indulgente”.<sup>131</sup>

Si un juez decide apartarse de ellas deben concurrir especiales circunstancias de agravación o atenuación, su decisión en ese sentido debe ser fundada,<sup>132</sup> decisión que suele ser excepcional, salvo en los casos que actúan las válvulas de seguridad de las *sentencing guidelines*<sup>133</sup> que son aquellos en los que existe “cooperación” del acusado.<sup>134</sup>

Por parte de los fiscales, no necesitan el veredicto de un jurado. El *plea bargaining* (sistema que se origina entre principios y mediados, y se consolida en el último tercio del siglo XIX)<sup>135</sup> les confiere un poder muy importante, pues se trata de que el acusado renuncie al juicio, su declaración formal sirve como veredicto al determinar la cuestión de hecho sobre su culpabilidad. La decisión debe, teóricamente, sujetarse al control judicial, a los efectos de que se controle que ella obedece a una decisión libre de imputado. Sin embargo los controles que se efectúan a la declaración son tan sólo

<sup>130</sup> Ídem, p. 41.

<sup>131</sup> HENDLER: *El derecho penal y procesal penal...*, cit., p. 133.

<sup>132</sup> Ídem.

<sup>133</sup> En la actualidad existen alrededor de sesenta estatutos criminales que contienen *mandatory minimum penalties*, aplicables para delitos federales. Los que tienen mayor aplicación son los que se vinculan con estupefacientes, y tenencia ilegal de armas (ej. el 21 U.S.C. § 841 que prevé una pena de prisión por el término de diez años por distribución de ciertas cantidades de droga; otro ejemplo es el de 18 U.S.C. § 924 que estipula prisión mínima de cinco años de prisión para el segundo supuesto); véase United States Sentencing Comisión: ob. cit., p. 5.

<sup>134</sup> Véase Special Report to the Congress: *Mandatory Minimum Penalties...*, cit., p. 22.



mínimos; ellos se han convertido, en la mayoría de los casos, en un mero formulismo. En ese sentido señala Bovino que la jurisprudencia ha realizado muchas excepciones que no permiten obtener la revocación del acuerdo tan fácilmente. Ello ha reducido significativamente el ámbito de operatividad del jurado, la etapa de juicio ha dejado de ser la fase central del procedimiento y ha pasado a ocupar un lugar simbólico como método de atribución de responsabilidad penal.<sup>136</sup> Según Ferrajoli, la argumentación que dispone que se trata (el juicio abreviado) de una manifestación del sistema acusatorio, en lo que se refiere a la naturaleza del proceso de partes,<sup>137</sup> sólo es de tipo teórico. Ello es, conforme a su pensamiento, totalmente ideológico y mistificador.<sup>138</sup> Se trata de una confusión entre el plano teórico y el histórico.<sup>139</sup>

Sin embargo, la distorsión se extiende a más del 90 % de los casos criminales que son "juzgados" por el procedimiento abreviado.<sup>140</sup>

La relación que tiene este último instituto con el anterior es significativa. Ello se debe a que en juicios en los que no son eficaces las garantías que un jurado proporciona (por reducirse su función a ser puro *factfinder*) y sobre todo, en razón de la condena desproporcionada que puede enfrentar el acusado gracias a las *sentencing guidelines*; por decisión estratégica, sobre todo en los casos en los que la culpabilidad es evidente, se recurre al procedimiento de institucionalización de la tortura<sup>141</sup> o mejor llamado *plea bargaining*.

<sup>135</sup> HENDLER: *Derecho penal y procesal penal...*, cit., p. 198.

<sup>136</sup> PENROD, Earl G.: "The guilty plea process in Indiana: a proposal to strengthen the diminishing factual basis requirement", *Indiana Law Review*, vol. 34, 2001, n° 3, pp. 1128 y ss.

<sup>137</sup> FERRAJOLI: ob. cit., p. 747.

<sup>138</sup> *Ibidem*.

<sup>139</sup> *Ibidem*.

<sup>140</sup> PENROD: ob. cit., p. 1130.

<sup>141</sup> A fin de compatibilizar que la confesión sea voluntaria, los juristas medievales entendían que no era válida la declaración obtenida mediante tortura, salvo que posteriormente se ratifique ello espontáneamente. Esta forma de "extraer" la verdad del acusado, guarda una estrecha relación con el juicio abreviado. Aunque huérfano de disposiciones constitucionales que lo hayan previsto, lo cierto es que su proliferación es muy veloz. Véase al respecto: LANGBEIN, John H.: "Tortura y *Plea Bargaining*" [trad. de María Lousteau y Alberto Bovino], en MAIER, Julio B. J., y BOVINO, Alberto (comps.): *El procedimiento abreviado*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, pp. 3 y ss.

En definitiva, las *sentencing guidelines* y el *plea bargaining* restan todo tipo de habilidad al jurado<sup>142</sup> para limitar una sentencia que pueda recibir el acusado.<sup>143</sup>

Lo que se trata de evitar con todo ello es el propio juicio; implica, como es lógico, eludir la garantía de ser juzgado por sus pares como forma de controlar el poder del Estado.

Contra todo ello se alza como protección eficaz e inatacable, la absolución total por parte del jurado, pues aunque la absolución sea parcial, la pena puede, no obstante ello, ser desproporcionada.<sup>144</sup> Un ejemplo de ello fue dado en "United States v. Manor",<sup>145</sup> caso en el que pese a una absolución parcial por la distribución de 250 g de cocaína, el acusado fue sentenciado como si hubiera sido culpable de la totalidad de los cargos levantados en su contra. Ello se debió a que de acuerdo con las *sentencing guidelines*, ese delito se encuadraba dentro de la categoría denominada "conspiración" (*conspiracy*) que permitía elevar considerablemente la pena.<sup>146</sup>

Un estudio de Frank R. Herrmann reveló que la mitad de las sentencias, desde que opera esta forma de determinación de la pena, han elevado el *quantum* punitivo al doble e incluso al triple sobre la base de considerar conductas no imputadas.<sup>147</sup>

La pena en tal caso debe considerarse ilícita, por violación del principio constitucional de proporcionalidad. En tales oportunidades, en palabras de Ferrajoli,<sup>148</sup> supera en exceso la violencia informal que en su ausencia padecería el acusado por la parte ofendida u otros fuerzas más o menos organizadas.

La existencia de tales formas de determinación judicial de la pena, muestra la funcionalidad que puede existir entre las diversas agencias del sistema penal. La pena como acto político, en tales oportunidades, no se contiene dentro de parámetros soportables.

Se desconoce que los principios constitucionales no sólo tienen relevancia para establecer los límites cuantitativos de las penas, sino también para saber si cualitativamente la propia manifes-

<sup>142</sup> REYNOLDS: ob. cit., p. 4.

<sup>143</sup> BARKOW: ob. cit., p. 97.

<sup>144</sup> *Ídem*, p. 93.

<sup>145</sup> "United States v. Manor", 936 F.2d 1238 (11th Cir. 1991), citado por BARKOW: ob. cit., p. 93.

<sup>146</sup> *Ídem*, pp. 93-94.

<sup>147</sup> HERRMANN, Frank R.: "30=20: 'Understanding' Maximum Sentence Enhancements", *46 Buff. Law Rev.*, 175, 190-97 (1998), cit. por BARKOW: ob. cit., p. 94.

<sup>148</sup> FERRAJOLI: ob. cit., p. 401.

tación de la coerción penal es constitucional.<sup>149</sup> La pena no puede involucrar aspectos de la moral autorreferente,<sup>150</sup> pues en ese caso, nunca alcanzará alguna consecuencia favorable (si es que la tiene) sino sólo servirá para fulminar al ciudadano.

En el "juego" de las formas jurídicas, el jurado es el único que puede hacer cumplir con mayor eficacia los principios de un Estado constitucional de derecho, pues posee el poder funcional para absolver pese a la existencia de diferentes herramientas que habilitan el decisionismo en el proceso penal.

Por ende, cuando la legislatura no respeta los límites sustanciales, ni tampoco los jueces o fiscales, y sobre todo, ello se traduce en límites irrazonables, el jurado debe intervenir haciendo valer su poder histórico como forma primaria de contralor y como guardián de los derechos individuales.<sup>151</sup>

La absolución de muchos hombres culpables, es un pequeño precio que hay pagar<sup>152</sup> para asegurar los principios republicanos de gobierno, invirtiéndose la lógica represiva que en aras de la eficacia, se traduce en la constricción de derechos y libertades que no le pertenecen.

## 10. Conclusión

La participación ciudadana en el proceso penal, mediante el juicio por jurados, tiene como función primordial evitar la materialización del ejercicio abusivo del poder estatal sobre los individuos.

Las razones que justifican el poder de veto existen en aquellos principios que reposan en el respeto a la autonomía individual del ciudadano. Puede decirse que la Constitución de Estados Unidos lo recepta en las enmiendas Sexta, Novena y Décima.

Hallar fundamentos jurídico-positivos que legitimen esta facultad a nivel infraconstitucional, es prácticamente imposible.

Sin embargo, el *jury nullification* puede fundamentarse desde adentro en contraste con diferentes herramientas propias de un esquema decisionista.

<sup>149</sup> ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR: ob. cit., p. 882.

<sup>150</sup> Ídem, p.467.

<sup>151</sup> BARKOW: ob. cit., p.127.

<sup>152</sup> BRYDEN, David P.: "Reason and Guesswork in the Definition of Rape", *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 3:585, 4/24/2000, p. 590. El autor esboza la idea del *jury nullification* para casos dudosos de delitos sexuales.

La lógica garantista no se satisface dejando en manos de jueces profesionales (sin importar la instancia en la que se hallen) el control último de razonabilidad de las leyes, ello se debe, por un lado, al problema de interpretación derivado de la cultura jurídica, y por el otro, a la invasión de las esferas jurisdiccionales por parte de otras agencias del sistema penal.

Lo contrario, en el mejor de los casos, significaría que el pueblo decida dejarlas sin efecto tras acudir al proceso electoral. Empero el tiempo que ello puede conllevar, necesariamente se ha de traducir en la pérdida de libertades civiles.

Basta con que un solo miembro del jurado plantee la absolución por entender que la norma es injusta, para que dicha facultad sea efectiva. De todas maneras, por la tensión entre validez y eficacia, su ejercicio se supone excepcional en un Estado de constitucional de derecho. Se deduce también que es inconstitucional cualquier regla que no respete el principio de unanimidad en el veredicto del jurado.