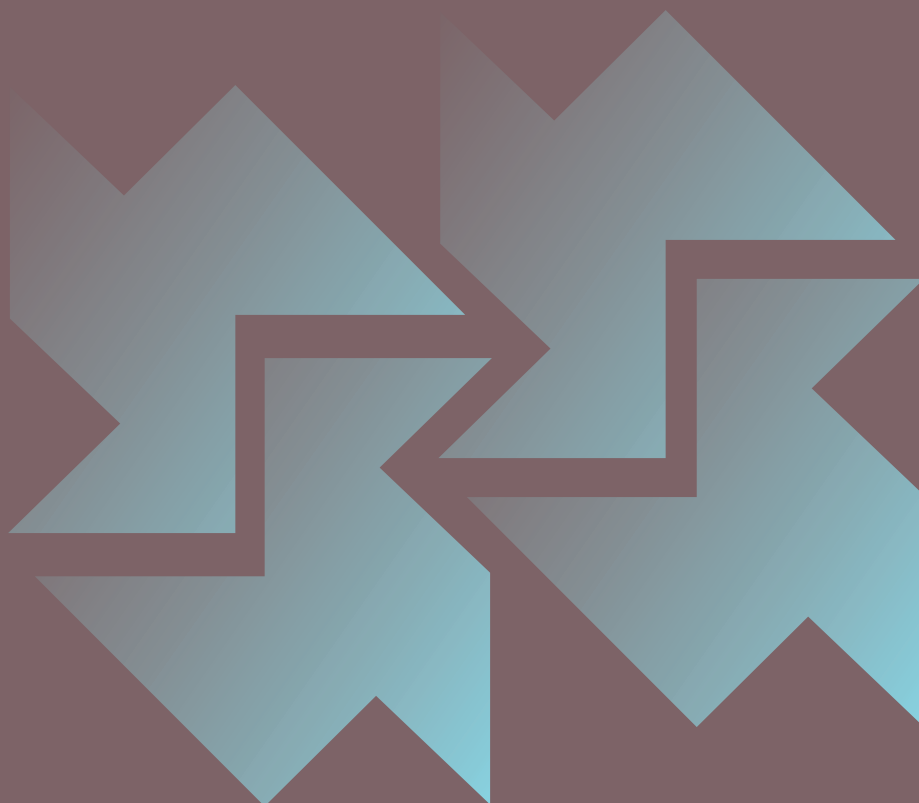


Sistemas Judiciales

Una perspectiva integral sobre la administración de justicia



Juicio por Jurados

Katherine Corrick y Marc Rosenberg Trial by jury: the canadian experience • **Terry Skolnik** The jury system in Canadá • **Carla Pandolfi** Comentarios sobre el sistema canadiense • **Ramiro Orías Arredondo** Jueces ciudadanos: democratizando la justicia en Bolivia • **Andrés Harfuch** La nueva Ley de Juicio por Jurados, de la provincia de Neuquén, Argentina • **Norman Garland** An essay on: *Of Judges and Juries* revisited in the context of certain preliminary fact questions determining the admissibility of evidence under federal and California rules of evidence • **Gustavo Letner** El juicio por jurados en la Ciudad de Buenos Aires • **DEBATE** Reinaldo Imaña y Leonardo Moreno • **Entrevista** a Andrés Harfuch • **Marcelo Nieto Di Biase** Algunas apostillas sobre la oralidad. Una mirada positiva

Sistemas Judiciales

Directores

Cristián Riego

Alberto Martín Binder

Comité Editorial

Christina Biebesheimer

Rafael Blanco

Carlos Cordovez

Alfredo Fuentes

Linn Hammergren

Luis Paulino Mora Mora

Luis Pásara

Hernando París

Carlos Peña

Rogelio Pérez Perdomo

Silvina Ramírez

Juan Enrique Vargas

⇒ EDITORIAL	4
⇒ TEMA CENTRAL Juicio por Jurados	
▶ Katherine Corrick y Marc Rosenberg Trial by jury: the canadian experience.....	6
▶ Terry Skolnik The jury system in Canadá	16
▶ Carla Pandolfi Comentarios sobre el sistema canadiense.....	23
▶ Ramiro Orias Arredondo Jueces ciudadanos: democratizando la justicia en Bolivia	26
▶ Andrés Harfuch La nueva Ley de Juicio por Jurados, de la provincia de Neuquén, Argentina	38
▶ Norman Garland An essay on: <i>Of Judges and Juries</i> revisited in the context of certain preliminary fact questions determining the admissibility of evidence under federal and California rules of evidence.....	42
▶ Gustavo Letner El juicio por jurados en la Ciudad de Buenos Aires.....	58
⇒ DEBATE	61
▶ Reinaldo Imaña	
▶ Leonardo Moreno	
⇒ ENTREVISTA a Andrés Harfuch	64
⇒ NOTAS GENERALES	
▶ Marcelo Nieto Di Biase Algunas apostillas sobre la oralidad. Una mirada positiva.....	68

[Las opiniones vertidas en la revista son de responsabilidad de sus autores y no de las instituciones que la editan.]

Directores

Alberto Binder
Cristián Riego

Coordinadores temáticos

Ricardo Lillo
Jorge Boerr

Equipo editorial

Andrea Cabezón
Francisco Godínez Galay
Inés Binder
Leticia Lorenzo

Diseño gráfico

Patricia Peralta

CEJA

Rodo 1950, Providencia,
Santiago de Chile,
Tel: +56 (2) 2742933
Fax: +56 (2) 3415769

E mail: info@cejamericas.org

Página web: www.cejamericas.org

INECIP

Talcahuano 256, 1° piso (C1013AAF)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina,
Tel/Fax: (00-54) 1143720570,
E-mail: inecip@inecip.org
Página web: www.inecip.org

*“Si en buscar las pruebas de un delito se requiere habilidad y destreza, si en el presentar lo que de él resulta es necesario claridad y precisión, para juzgar el resultado mismo no se requiere más que un simple y ordinario buen sentido, menos falaz que el saber de un juez acostumbrado a querer encontrar reos, y que todo lo reduce a un sistema de antojo recibido de sus estudios. ¡Dichosa aquella nación donde las leyes no fuesen una ciencia! Utilísima ley es la que ordena que cada hombre sea juzgado por sus iguales, por que donde se trata de la libertad y de la fortuna de un ciudadano deben callar aquellos sentimientos que inspira la desigualdad, sin que tenga lugar en el juicio la superioridad con que el hombre afortunado mira al infeliz, y el desagrado con que el infeliz mira al superior.” (BECCARIA, César. *De los delitos y de las penas*, 1764. Traducción de Juan Antonio de las Casas, 1774. Fondo de Cultura Económica, México, primera reimpresión 2006, página 242 y 243)*

La discusión sobre la implementación, funcionamiento y utilidad de los sistemas de enjuiciamiento por jurados no es nueva; prueba de ello la cita que acompaña a este texto, que ha sido seleccionada de muchas otras posibles de pensadores desde las épocas de la Ilustración hasta los días presentes.

Los sistemas judiciales latinoamericanos viven momentos de intensos cambios. Las nuevas Constituciones del continente se han interesado particularmente por los temas judiciales incorporando desde la oralidad como principio rector de los procedimientos hasta, en casos como el boliviano, la elección popular de los integrantes de los altos tribunales de justicia.

A la vez, el debate sobre cómo debe ser la administración de justicia, cómo debe integrarse, proceder, rendir cuentas, relacionarse con los otros Poderes del Estado y abrirse a la ciudadanía, está presente en la agenda de nuestros países en la actualidad.

De allí el interés que hemos puesto en que esta edición de la revista *Sistemas Judiciales* se refiera a la incorporación de los jurados a los procedimientos de juzgamiento judicial.

Para ello, hemos procurado de una parte proveer al lector con algunos artículos provenientes de la tradición juradista más longeva de nuestro continente,

razón por la cual se encontrará con dos artículos canadienses que explican el funcionamiento del sistema de jurados en aquel país, haciendo una descripción del mismo y analizando críticamente los pros y los contras de dicha forma de enjuiciamiento. También se publica un artículo estadounidense, referido a una cuestión más concreta y compleja vinculada al enjuiciamiento, cual es la admisión de la prueba. En adición, hemos querido también aportar la mirada latinoamericana sobre esos sistemas de larga tradición, por lo que incorporamos un artículo específico escrito por una abogada argentina sobre su experiencia en la observación del funcionamiento del jurado en Canadá.

De otra parte, sabemos que no son pocas las experiencias latinoamericanas en implementación de distintos tipos de sistemas de jurados. Por ello este número contiene un artículo sobre la experiencia boliviana en la integración de tribunales ciudadanos compuestos por jueces técnicos y jueces ciudadanos (sistema escabino), que viene funcionando en aquel país desde 2001 hasta la actualidad; este artículo marca tanto los aspectos positivos que ha tenido la experiencia como las cuestiones que continúan siendo problemáticas hasta la actualidad. La sección principal se integra también con un artículo referido a la reciente aprobación del sistema de jurados clásico en la provincia de Neuquén, en la Patagonia argentina; si bien en este caso se trata de un sistema que aún

no se ha implementado, el autor rescata la importancia histórica que tiene para la Argentina y la región la aprobación de lo que denomina el primer sistema acusatorio prácticamente puro de la región.

Seguramente mucha información sobre diversas experiencias ha quedado sin recopilar. En alguna medida la entrevista sobre el tema con Andrés Harfuch, estudioso de los sistemas de jurados y conocedor de los avances y retrocesos en la materia en toda la región, busca presentar a quienes se acercan a este número, una visión global sobre la temática y su situación actual.

La entrevista, por su parte, trae la opinión de dos juristas muy involucrados con la reforma en sus respectivos países (Chile y Bolivia) y su postura con relación a tres cuestiones: son los jurados una herramienta necesaria para el sistema judicial; cuáles son los beneficios de su aplicación; existen resistencias a la implementación de sistemas de jurados.

Quienes se acercan a este número encontrarán que hay ciertas afirmaciones que, de una u otra manera, atraviesan todo el contenido vinculado al tema central: participación ciudadana, democratización del sistema, mayor posibilidad de comprensión del trabajo de la administración de justicia, desarrollo de una ciudadanía más responsable. Todo ello se vincula con la implementación del juicio por jurados. Y si

bien observamos que permanentemente se intenta plantear su incorporación o no como sistema de enjuiciamiento en términos jurídicos (es constitucional o no es constitucional; vulnera o no disposiciones internacionales, etc.) creemos necesario asumir que el debate sobre la adopción y puesta en marcha de este tipo de enjuiciamiento tiene un contenido claramente político: se trata de decidir cuán afectos somos a abrir el sistema de administración de justicia al escrutinio y la participación diaria de los ciudadanos y ciudadanas en el mismo.

Esperamos que esta edición de Sistemas Judiciales constituya un aporte a las discusiones que se presentan en la actualidad, a partir de la información concreta sobre algunas de las experiencias existentes en nuestro continente. ■

Katherine Corrick

Judge of the Superior Court of Justice for Ontario.

Marc Rosenberg

Judge of the Court of Appeal for Ontario. We wish to thank Shirley Smiley, law clerk to the Court of Appeal for Ontario for her assistance with some of the research for this article.

Trial by Jury: The Canadian experience

PART 1: BACKGROUND

Any person charged with an offence has the right... to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment.

The right to be tried by a jury, enshrined in section 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* set out above, has been a cornerstone of the criminal justice system in Canada since Canada became a country.

The present-day jury system evolved over centuries as part of the English common law. Early trials by jury in England developed to assist courts to determine the facts of a case. Juries were made up of local residents summoned by Crown officials to provide sworn information about crimes that had been committed and the people suspected of committing them. Over time, English judges became reluctant to take on the responsibility of weighing the facts as found by the jury and passing judgment. Consequently, the jury's role was extended from simply determining the facts of the case to making the final decision about the guilt or

innocence of the accused person. When the right to trial by jury in criminal cases was first incorporated into Canadian law, this important role of the jury to determine guilt or innocence was already well established.¹

In stark contrast to the historic jury system, however, jurors in today's system do not know anything about the case before they begin the trial, other than what they may have read in the media. Great pains are taken to screen potential jurors to ensure that they have no relationship with the accused person and no special knowledge about the case.

What kind of cases do juries hear?

In Canada, jury trials are held primarily in criminal cases. Although a jury can hear a civil case, only about 15 percent of all jury trials in Canada occur in civil cases.² That said, the overwhelming number of trials, criminal

¹ For a full discussion of the history of jury trials, see Christopher Granger, *The Criminal Jury Trial in Canada*, 2d ed. (Toronto: Carswell, 1996).

² *Canada's System of Justice: The Role of the Public*, online: Department of Justice <<http://www.justice.gc.ca/eng/dept-min/pub/just/09.html>>.

and civil, are tried by judges without juries. This paper deals only with jury trials held in criminal cases.

Trial by jury is a benefit available to a person accused of committing an indictable offence that is punishable by five years or more in prison. Indictable offences in Canada are generally more serious offences. This means that trial by jury is not imposed upon an accused person. Rather, a person accused of certain offences may *choose* to be tried by a jury, but is not required to do so. An accused person charged with an indictable offence can choose to be tried by a judge alone, or by a judge and jury.

For less serious indictable offences and summary conviction offences, the accused person does not have a choice; the accused is simply tried by judge alone. On the other hand, some of the most serious indictable offences, including murder and treason, are almost always tried by a judge and jury.³

How is a jury selected?

The process of jury selection begins with the jury roll, a list of citizens who reside within the territorial district of the court who are eligible to perform jury duty. Every Canadian province has legislation that sets out who is eligible to be a juror, and the process for producing the jury roll. In Ontario, this legislation is the *Juries Act*. Jurors must be Canadian citizens, be at least 18 years of age, and reside in the province where the court is located. Certain people are not eligible to be jurors because of their occupation. For example, judges and lawyers cannot serve on juries. Neither can prison guards nor police officers. Also, a person with a criminal record for an indictable offence cannot be a juror.

To summon people for jury duty, the sheriff, who is a court official, sends a notice by ordinary mail to the people on the jury roll. Those people attend at the courthouse on a specified date. These people form what is known as the jury panel. The prosecutor and the defence counsel are both provided with a list of the people on the jury panel. The list includes the name, place of residence and occupation of each person on the jury panel.

Twelve jurors must be selected from the jury panel to hear a criminal case. During the selection process, the prosecutor and the accused have the right to “challenge” or reject any potential juror. The number of jurors they can challenge varies depending on the seriousness of the offence with which the accused person is charged. They may be permitted to challenge as few as four potential jurors, or as many as twenty. The prosecutor and accused have an equal number of challenges. This type of challenge is known as a “peremptory challenge” because no reason has to be provided for challenging or rejecting the potential juror.

Peremptory challenges are distinct from another kind of challenge that the prosecutor or defence can make to a potential juror—a challenge for cause. The prosecutor and accused can challenge an unlimited number of potential jurors for cause, but they must provide a sound reason for believing that the potential juror should be rejected. The most common challenges for cause relate to cases in which there has been extensive pre-trial publicity that may have prejudiced potential jurors against the accused, and to cases in which the accused person is from a racial minority and there is a concern that potential jurors may discriminate against the accused person for that reason.

The *Criminal Code* sets out the procedural rules that govern challenging potential jurors for cause. Briefly, the prosecutor and accused are permitted to ask each potential juror questions to try to determine if the juror should be

.....
³ Certain offences can only be tried by a superior court of criminal jurisdiction. If the prosecutor and the trial judge agree, even murder and treason can be tried by a judge alone. This is rarely done; virtually all murder cases are tried by a judge and jury.

challenged. The trial judge must approve the questions before they are asked.

Twelve jurors hear a criminal trial. They are chosen from the jury panel according to the following process:

- The jury panel is assembled in a courtroom along with the accused, defence counsel, the prosecutor, court staff and the trial judge.
- The names of all members of the jury panel are placed in a box. The court staff draws the names of potential jurors from the box. As each name is called, the potential juror from the jury panel comes to the front of the courtroom.
- If the jury panel is not being challenged for cause, the prosecutor and the accused alternate turns indicating whether they “challenge” the potential juror or are “content” with the potential juror.
- If either the prosecutor or the accused “challenges” the potential juror, the juror is excused and rejoins the rest of the jury panel. That potential juror is eligible to be selected as a juror in another case.
- If both the prosecutor and accused are content with the potential juror, the juror is sworn or affirmed as a member of the jury. The steps are repeated until twelve jurors have been selected.

How does a jury trial proceed?

Once the jury is selected, the charge is read to the accused, who is asked to plead guilty or not guilty. The trial judge will briefly instruct the jury about issues such as their duties, and the way the trial will proceed. The prosecutor makes an opening statement to the jury, and then calls witnesses to prove the charge against the accused. Once the prosecutor’s case is finished, the defence counsel may make an opening statement to the jury and call witnesses. After the evidence is finished, the prosecutor and the defence counsel make closing statements to the jury. If the accused

calls evidence during the trial, the prosecutor addresses the jury last. If the accused calls no evidence during the trial, the defence counsel addresses the jury last.

There are certain features of jury trials that distinguish them from trials before a judge alone. For example, the jury must hear all of the evidence at trial, but the trial judge alone must consider questions about the admissibility of evidence. Some questions of admissibility are determined by the trial judge before the jury is selected. However, questions about admissibility may arise during the trial. This requires the jury to leave the courtroom and wait in the jury room while the trial judge determines the admissibility of the evidence. To determine the admissibility of evidence, the trial judge may hear witnesses, and will hear the arguments of the prosecutor and the accused. The jury cannot hear any of that. If the trial judge rules that the contested evidence is not admissible, the jury will never hear it. If the trial judge rules the evidence admissible, the evidence will be presented once the jury returns to the courtroom.

Another distinguishing feature involves the jury charge. At the end of the trial, after all of the evidence has been heard and the prosecutor and the accused have addressed the jury, the trial judge then “charges” the jury. The jury charge consists of the judge’s instructions to the jury about the law that applies to the case being tried.

Jury verdicts in criminal trials must be unanimous. All twelve jurors must agree on the verdict. Once the trial judge charges the jury, jurors deliberate until they reach agreement. If the jurors cannot agree after an extended period of deliberation, the trial judge may declare a mistrial and a new trial may be ordered. The jury’s decision-making process is secret and cannot be discussed with anyone outside of the jury room, even after the jury delivers its verdict. It is a criminal offence for anyone to disclose any information about a jury’s deliberations.

During a jury trial, the prosecutor and defence counsel must be particularly alert about what they say before the jury. In opening and closing statements, they must not make statements that are not supported by the evidence or are unduly inflammatory. They must not refer to facts that are not admitted in evidence, or express a personal opinion about the credibility of a witness. They can only refer to the law to the extent that it is necessary to adequately explain the facts. It is for the trial judge to explain the law to the jurors.

How does the jury know what law to apply?

The trial judge is responsible for determining what law applies to the case and explaining it to the jury in the jury charge. The jury charge is fundamentally important to enable jurors to properly carry out their fact-finding functions and arrive at a proper verdict. Jurors must follow all of the instructions the trial judge gives them about the law. If required during their deliberations, jurors can ask the trial judge to clarify any questions they have about the law. Generally, the jurors will put their question in writing and a member of the court staff will deliver it to the trial judge. The trial judge will then inform the prosecutor and the accused about the question and hear their submissions about the appropriate response. The jury will return to the courtroom and the trial judge will answer the question. The trial judge must always deal with the jury in open court in the presence of the accused person.

Every jury charge is different. It will vary according to the offence the accused is charged with, the type of evidence heard at the trial, and the style of the individual trial judge. There is no single recipe for a perfect jury charge. The trial judge may review all of the evidence for the jury, or only those pieces of evidence that relate to the law the jurors must apply. The trial judge may express an opinion on the weight jurors ought to give

certain evidence as long as it is clear to jurors that the question of weight is theirs alone to decide. On the other hand, the trial judge may say nothing about the weight that should be assigned. The jury charge must make clear to the jury which party has the onus of proof and what burden of proof applies. Depending on the evidence heard during the trial, the trial judge may be required to give jurors special instructions about things such as the use they can make of expert evidence, the testimony of disreputable witnesses, or evidence that jurors mistakenly heard that they should not have.

As the complexity of criminal trials has increased, so too has the complexity of jury charges. This has led to many trial judges providing jurors with written copies of their jury charges to take into the jury room with them while they deliberate.

How does an appeal court review a jury verdict?

It is particularly difficult to assess the reasonableness of a verdict following a jury trial. In Canada, jurors cannot tell anyone about the decision-making process they followed in the jury room. No reasons or explanations for a jury verdict are permitted. This decision-making model makes appellate review following a jury trial quite different from a trial by judge alone. In a judge alone trial, the focus of the appeal tends to be the trial judge's reasons for decision. Appellate review of jury trials tends to focus on the trial judge's decisions about the admissibility of evidence and the adequacy and correctness of the trial judge's instructions to the jury in the charge. It is well accepted that a jury charge must be examined as a whole to determine if there has been any error. It ought not to be dissected piece by piece. Instead, the appellate court will consider the overall effect and general sense conveyed by the charge. Essentially, the question on an appeal is whether, in all likelihood, the jury correctly understood the law as it applied to the circumstances of

the case. Exceptionally, the appeal court may set aside a conviction by a jury on the basis that the verdict was unreasonable. However, this is extremely rare.

PART 2: EVIDENTIARY RULES SHAPED BY JURY TRIALS

The involvement of juries in the criminal trial process has helped to shape many of Canada’s rules of evidence. In this part, we explore three examples that demonstrate the influence of juries on the rules of evidence. But first, it is important to understand the procedure used to determine the admissibility of evidence in a jury trial. This process is known as a *voir dire*.

What is a voir dire?

The easiest way to think of a *voir dire* is to imagine a mini-trial before the trial judge alone within the larger trial before the jury. The *voir dire* takes place in the absence of the jury. Typically, the prosecutor or defence counsel will inform the trial judge, in the absence of the jury, that there is evidence they wish to present to the jury that is objected to by the other side. In those circumstances, the trial judge must rule on the admissibility of the evidence before the jury can hear it. Often, this will take place before the jury is even selected. This is the most efficient method of proceeding. The trial judge rules on the admissibility of contested evidence before the trial begins. This allows the prosecutor and defence counsel to know whether they can mention the evidence in their opening addresses to the jury. It also makes the trial run more smoothly because there are fewer disruptions requiring the jury to be excused to the jury room. If an evidentiary issue that requires a *voir dire* arises in the middle of the trial, the jury must leave the courtroom.

During a *voir dire*, the trial judge will hear evidence and the submissions of counsel and rule on admissibility. If the evidence is ruled admissible, it will be presented again in the

presence of the jury. If it is ruled inadmissible, the jury will never hear it.

*Voir dire*s can be lengthy and complex or short and fairly simple. The trial judge may be able to deliver a ruling on admissibility from the bench or may require time to consider the matter. The outcome of a *voir dire* can determine the outcome of the trial. For example, if the prosecutor’s case depends on the accused’s confession, and the confession is ruled inadmissible, the prosecutor is not likely to continue with the trial if there is no reasonable prospect of obtaining a conviction.

Three types of evidence provide excellent examples of the way in which jury trials have shaped the law of evidence – similar fact evidence, evidence of the accused’s prior convictions, and statements of the accused.

Similar Fact Evidence

The Supreme Court of Canada has held that evidence of an accused person’s general bad character is inherently prejudicial and presumptively inadmissible.⁴ The fear is that if jurors hear this type of evidence they may convict the accused on the basis that the accused is “the type of person” who would commit the crime. There is also a fear that jurors might give too much weight to the other examples of the accused’s misconduct and use them as proof that the accused committed the crime in question, and fail to adequately consider the other evidence in the case. The risk of a wrongful conviction greatly increases if jurors draw an inference of guilt from an accused person’s bad character.

In spite of these fears, the Supreme Court of Canada has also recognized that **sometimes** evidence of the accused’s previous misconduct can be highly relevant to the search

4 R. v. Handy, [2002] 2 S.C.R. 908.

for the truth.⁵ The evidence of previous misconduct must go beyond the general bad character of the accused, and demonstrate that the accused is likely to act in a specific way in particular circumstances. For example, assume an accused is charged with robbery. The prosecution alleges that the accused entered a bank and gave the bank teller a note written in a child's crayon that said, "Give me all your five and ten-dollar bills and you won't get hurt." Evidence that the accused robbed another bank in which he gave the teller a similar note written with a child's crayon may be admissible to prove that the accused is the robber. The greater the similarity between the offence with which the accused is charged and the prior misconduct, the more valuable the evidence is in the search for the truth.

If the prosecution wants to lead similar fact evidence, a *voir dire* must be conducted. The prosecutor and defence counsel will make submissions for and against the admissibility of the potentially dangerous evidence in the absence of the jury. The jury will only hear the evidence of prior misconduct if the trial judge rules that it is admissible.

If the trial judge allows the jury to hear the evidence, the trial judge must also instruct the jurors about how they can and cannot use the evidence in their deliberations. The jurors may only use the evidence to decide the specific issue to which it is relevant; in our example, the identity of the accused as the robber. The prosecutor will likely have identified the issue for the trial judge at the beginning of the *voir dire*. The jury may not use the evidence to decide that the accused is a person of bad character and for that reason alone more likely to have committed the robbery with which he is charged. The trial judge may give this instruction to the jury right after the jury has heard the evidence and again at the end of the trial in the jury charge.

Evidence of Prior Convictions of the Accused

Evidence of an accused person's prior convictions can be relevant in a trial, particularly if the accused testifies. It can also be highly prejudicial to the accused. Like similar fact evidence, the fear is that jurors might consider it more likely that the accused is guilty of the offence if they know that the accused has previously been convicted of crimes. The trial would be unfair if the jury used an accused person's record of prior convictions to support a finding of guilt.

At common law, evidence of the accused's prior convictions is admissible to attack the accused's credibility. This rule is codified in the *Canada Evidence Act*, which applies to all criminal trials. Section 12 of the *Canada Evidence Act* permits a witness to be questioned about whether the witness has been convicted of any offence. So, the trial judge has the discretion to permit the prosecutor to ask an accused who testifies at the trial about prior convictions.

Despite these statutory provisions and the common law rule, there are circumstances in which allowing the jury to hear evidence of the accused's prior convictions could result in an unfair trial. Like other evidence of prior misconduct, the risk is that the jury will give undue weight to the evidence of prior convictions. In other words, the risk is that the jury will not limit the use of the prior convictions to assessing the accused's credibility, but will use the prior convictions as evidence that the accused committed the offence for which he or she is on trial. The greater the similarity between the prior convictions and the charged offence, the greater the risk the evidence of prior convictions will be misused. For example, if an accused is charged with assault, and has a prior conviction for assault, the judge will often not permit the prosecutor to question the accused on that conviction, but permit questioning on other prior convictions, especially for crimes of dishonesty, which are much more relevant to credibility.

.....
5 See *R. v. Sweitzer*, [1982] 1 S.C.R. 949.

If the trial judge permits the accused to be questioned about prior convictions, the jury must be instructed about how it may and how it may not use the evidence. Again, the trial judge may instruct the jury as soon after it hears the evidence and again at the end of the trial in the jury charge.

Statements of the Accused

Before a jury is permitted to hear evidence about a statement an accused person gave to a person in authority, such as a police officer, the prosecutor must satisfy the trial judge that the accused made the statement voluntarily. The trial judge must determine this on a *voir dire* conducted in the absence of the jury. The issue on the *voir dire* is whether the accused made the statement voluntarily. This issue is never considered by the jury – it is an issue for the trial judge alone. If the statement is admitted, the jury will consider whether it is reliable evidence or not. Voluntariness as an issue is not decided by the jury.

The accused is permitted to testify on a *voir dire*. It does not happen very often except in the case of a *voir dire* to determine the admissibility of a statement made by the accused. The accused is not required to testify. The accused may testify on the *voir dire*, and not testify at the trial.

As these examples demonstrate, certain procedures have developed in the Canadian law of evidence to ensure that jurors hear only admissible evidence.

We now turn to the lessons learned from the Canadian experience with jury trials.

PART 3: LESSONS LEARNED FROM THE CANADIAN EXPERIENCE

As we have explained, in Canada, judges without juries hear the overwhelming number of civil and criminal cases. Jury trials

nevertheless remain an important component of the Canadian criminal justice system. Evidentiary rules are based on the theory that a jury composed of ordinary citizens without any legal background will hear the case. The instructions to the jury in the jury charge about how to use the evidence the jurors have heard and how to apply the law are also based on the assumption that the jurors have no legal training. Yet, because in criminal cases, juries simply deliver a verdict of guilty or not guilty and do not provide reasons, it is almost impossible to determine whether the jury has followed these instructions; has properly applied the law as it has been explained; and has properly used the evidence that they have heard.

Nevertheless, most trial judges believe, based on their experience, that the jury almost always delivers the correct verdict. Much of the system's faith in the jury process is based on the view that most criminal cases turn upon findings of fact and that 12 ordinary citizens without special legal training are well-suited to make such findings. Legal norms and rules are usually based in experience and common sense and by bringing together a group of 12 strangers with different and varied backgrounds it is possible to arrive at a factually and legally correct verdict.

What are the advantages of a jury system?

The jury system provides a number of important advantages. The most obvious is citizen involvement in the justice system. Most people never become involved in the criminal justice system. If they do, it is because they are victims, accused persons or witnesses. By being on a jury, the citizen has the opportunity to observe an entire trial and to gain a much better appreciation of, and value of, a properly functioning justice system. The experience of almost everyone who has served on a jury is that while they were initially somewhat reluctant to become involved because of the time

commitment, in the end they found the experience to be very worthwhile.

Secondly, the jury system contributes to the openness and transparency of criminal proceedings. Except when they are excluded so that the judge can make evidentiary rulings, the jurors are present throughout the trial and observe the system in action. Their mere presence guards against secrecy and censorship of criminal proceedings.

Thirdly, on very rare occasions, the jury system serves as a safeguard against irrational and inhumane laws. As we have said, judges are convinced that almost always juries correctly apply the law as it has been explained to them and come to a correct verdict on the facts. There have been occasions, however, in most common law countries that have a jury system where the jury has refused to apply the law when it was considered unfair or inhumane. The most striking examples in Canada occurred over 35 years ago when doctors were prosecuted for performing therapeutic abortions in violation of the law against abortion. Juries consistently refused to convict the doctors despite the overwhelming evidence that the offences were committed. The law was viewed as inhumane and irrational, and juries refused to apply it. In the end, after the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* came into force in 1982, the Supreme Court of Canada struck down the abortion laws because they violated the rights of women. While so-called jury nullification is rare, it is an important safeguard and, if nothing else, acts to deter prosecutors from seeking to enforce legislation that is out-dated and inhumane.

How does the jury system deal with the open court principle?

It is a fundamental principle of the Canadian criminal justice system that the courts are open to the public, and the media are free to publish reports of what occurs in court. While

judges trust juries to arrive at the correct verdict, there are several safeguards in place to protect against decision-making based on irrelevant or inflammatory information. We have already discussed the fact that *voir dire*s are conducted in the jury's absence so that if the judge rules that the evidence is inadmissible, it never comes to the jury's attention. Canadian courts, however, are open to the public, including members of the media. Conducting the *voir dire* in the jury's absence would be of little value if the media could report the proceedings. Accordingly, the *Criminal Code* prohibits publication of anything that occurs in the absence of the jury until the trial is over. This ban on publication extends to other pre-trial proceedings such as evidence heard on a bail hearing, at the preliminary inquiry⁶ and in pre-trial motions before the jury is selected.

The important value of the open-court principle is not, however, compromised by these publication bans. Although the jury is excluded during the *voir dire*, the court remains open to everyone else. Once the trial is finished, the media can report on all of the pre-trial proceedings and proceedings that took place in the absence of the jury.

What are the problems with appellate review of jury verdicts?

We have mentioned that appellate review of jury verdicts is generally limited to a review of the trial judge's rulings on admissibility of evidence and instructions to the jury. The limits on appellate review derive from the fact that, in Canada, as in most common law jurisdictions, juries do not provide reasons for their verdicts in criminal cases. It is therefore impossible to review the path that the jury took

6 A preliminary inquiry is a hearing before a judge in which the prosecution calls witnesses to establish that there is sufficient evidence to justify the accused being put on trial. The accused or the accused's counsel has the opportunity to cross-examine witnesses and to try and persuade the judge that the case should not proceed because of the insufficiency of the evidence.

in finding the facts and whether it correctly applied the law to the facts. It is impossible to tell whether the jury overlooked important evidence or misunderstood important evidence. This can be a troubling aspect of jury proceedings and has led to several developments.

The first is an increasingly robust role for the trial judge in screening evidence that has the potential to be misleading and unreliable. This has become known as the gatekeeper function and has assumed special importance in the area of expert evidence. The unfortunate experience in Canada over the last 20 years in which unreliable expert evidence was admitted in both jury and non-jury cases has led the Supreme Court of Canada to require judges to more carefully scrutinize expert evidence. The Court has come to appreciate that expert scientific evidence that is not properly explained, that may be unreliable, and that does not adhere to strict scientific principles may overwhelm and confuse the jury. Judges are now expected to be much more rigorous in examining the reliability of proposed expert evidence. This gatekeeper function is not confined to expert evidence. The judge is also required to critically examine other evidence that may be of limited value in reaching an accurate verdict. An example is demeanour. Until relatively recently, it was not unusual for the prosecution to lead evidence of the reaction of the accused to events in an attempt to bolster its case. For example, evidence would be led at the trial in a case involving the death of a child, where the parent was suspected of the killing, that the parent did not act “appropriately,” or was not sufficiently concerned about the child’s welfare. Experience has shown that this type of evidence is so subjective, so highly unreliable and of such limited real value that it should not be led before the jury. The judge, in carrying out the gatekeeper function, will exclude this evidence from the jury.

The second development has been touched on earlier. Judges are expected to bring to the jury charge the lessons learned over the last

almost 50 years from inquiries into wrongful convictions. Judges must instruct the jury, for example, on the particular dangers associated with eye-witness identification, evidence from jail-house informers, or other persons with special interests in the prosecution. Based on the wealth of experience gained from these inquiries, judges will explain to the jury the dangers of relying upon certain kinds of evidence and why this evidence may be unreliable or dangerous and why it must be subjected to special scrutiny.

The third development is the increasing role appellate courts are playing in reviewing the facts in a jury case. Although juries do not give reasons, the appellate court still has the power to overturn a conviction because it is satisfied that the verdict is unreasonable. The test for overturning a jury verdict is necessarily a strict one. The values of transparency, citizen involvement and openness would be undermined if the appellate courts too frequently intervened to overturn jury verdicts simply because they did not like the result. Nevertheless, the appeal court will examine the transcript of the proceedings to determine whether the verdict is unreasonable. The appeal court is more likely to find the verdict is unreasonable where it is based upon evidence that in the court’s experience has led to miscarriages of justice, such as eye-witness identification or problematic circumstantial evidence.

What are the concerns about jury trials?

No criminal justice system delivers perfect justice. In this final part of the paper we highlight problems that are particular to the Canadian jury system. The first concerns the length and complexity of the system. There is no question that jury trials take longer. This is a function of the manner in which the jury trials are conducted in Canada. Since evidentiary rulings are made in the absence of the jury, considerable time may be taken up in these proceedings. Then, if the evidence is admitted, it must be repeated before the jury. In a case where there are many rulings

to be made or many objections by counsel, the proceedings can be very lengthy. Even in a relatively straight-forward case, a trial by a jury takes twice as long as the same case being tried by a judge without a jury.

The second problem is with the complexity of jury instructions. As jury instructions have come under more intense scrutiny by appeal courts, trial judges have reacted by giving juries longer and more complex instructions to ensure that the jury charge conforms to the directions given by appeal courts in previous cases. The concern is that these complex and lengthy instructions are too difficult for the jury to properly apply. There have been some efforts to simplify jury instructions and put the instructions in “plain language.” It is not clear that these efforts have been successful.

It has also become a common feature of jury charges in Canada that trial judges review, at considerable length, the evidence that has been called at the trial. Some feel that this lengthy review of evidence is unnecessary given that the jury has also heard the evidence, is entitled to make notes as the evidence is presented, and is then given summaries of the important parts of the evidence in the closing arguments by counsel for the prosecution and for the accused. This review of evidence by the trial judge is probably a function of the concern that the jury may not have appreciated the important parts of the evidence or may have misunderstood it. Unfortunately, some judges simply repeat at great length the testimony without really performing the critical function of identifying the important pieces of evidence that the jury should take into consideration in applying the law.

Finally, the increasing length and complexity of jury cases has led to concern about the continued viability of the jury system. Are jurors being asked to pay too high a price in lost time and wages while they serve on juries? As well, to date, cases of jury intimidation are almost

non-existent in Canada. However, as Canada deals with more terrorism and organized crime cases, it may have to face problems that have occurred in other jurisdictions and have led to the abolition of jury trials in some cases. For example, in the United Kingdom, alleged IRA terrorists were not allowed jury trials because of the concern over jury intimidation. To date, there is no reason to take similar measures in Canada and such a change would face constitutional issues because of the entitlement to a jury trial in the *Charter of Rights and Freedoms*. However, other safeguards, some of them very costly, may have to be considered at some point to preserve the integrity of the system.

PART 4: CONCLUSION

More than twenty years ago, the Supreme Court of Canada described the important role of the jury this way:

The jury, through its collective decision making, is an excellent fact finder; due to its representative character, it acts as the conscience of the community; the jury can act as the final bulwark against oppressive laws or their enforcement; it provides a means whereby the public increases its knowledge of the criminal justice system and it increases, through the involvement of the public, societal trust in the system as a whole.⁷

While the number of jury trials in Canada has steadily declined, the jury remains a defining element of the Canadian criminal justice system. Despite the challenges the present system faces, with appropriate attention to evidentiary rules and other safeguards, the jury continues to serve its invaluable function in the Canadian criminal justice system. ■

.....
7 *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509, at 523-24.

Terry Skolnik

This paper was written by University of Ottawa law student Terry Skolnik, under the supervision of, and with the assistance of, several counsel with the Public Prosecution Service of Canada: Sherri Davis-Barron, Counsel; Nancy L. Irving, General Counsel; and Noel Sinclair, Associate Chief Federal Prosecutor, Yukon PPSC.

The Jury System in Canada

Introduction

This article provides a brief overview of Canada’s jury system. The first part discusses the purpose of the jury, which has been unique to common law countries,¹ including when trial by judge and jury is available to the accused. The second part describes who is eligible to sit on a jury in Canada, the pre-trial selection of a jury panel and the selection of jury members at trial. The final part discusses how the Canadian jury renders a verdict.

Part I: an overview of the jury system in Canada

A. The definition of a “jury” in Canada and its availability in criminal trials

Canada’s jury system derives most directly from the English common law,² which entitled accused persons, in certain cases, to be tried by judge and jury. However, both the purpose

of the jury, and jury procedures, have evolved significantly through the centuries.

The historical role of the jury in England was very different from what it is today. Originally, jurors were chosen from the local community and were themselves the source of information –sworn under oath to disclose what they knew of the facts.³ Prior to the Norman Conquest, “rough justice’ [was] administered by close neighbours in light of their knowledge of local affairs and the personalities of those involved in them.”⁴ Their use to determine facts became part of criminal proceedings during the reign of Henry II in the latter part of the 12th century.⁵ The jury, in a sense, originally functioned as both witness and adjudicator. Through the centuries, however, jurors ceased to be witnesses; the jury came to function as a check on the power of the state, and to eventually represent the right to be tried in serious cases by a jury of one’s peers, 12 ordinary citizens, who are both impartial and randomly chosen.⁶

The right to be tried by judge and jury in Canada for indictable offences was initially provided in the 19th century by the *Criminal*

1 *R. v. Bryant* (1984) 48 O.R. (2d) 732 (Ont. C.A.).

2 Although a link between 12 triers and criminal justice can be identified as far back as King Alfred the Great in 879 A.D., and assemblies of up to 1,001 persons judged cases in fifth-century Athens, the direct origin of the jury trial in Canada can be traced to the time of William the Conqueror in 1066 A.D. See *R. v. Bryant*, *ibid.*, for a general discussion of the history of the jury trial in England, the United States and Canada. See also Sadakat Kadri, *The Trial: A History, from Socrates to O.J. Simpson* (New York: Random House, 2005), at 8 and 70.

3 *R. v. Bryant*, *supra* note 1.

4 Christopher Granger, *Canadian Criminal Jury Trials*, 2d ed. (Scarborough, Ont.: Carswell, 1997) at 13.

5 *R. v. Bryant*, *supra* note 1.

6 *Ibid.*

Code of 1892.⁷ Although this right was codified in 1892, the right to trial by jury existed in the four original Canadian provinces before the provinces formed the Canadian Confederation in 1867.⁸

Since Confederation, the procedures regarding the functioning of the jury in Canada have evolved. Jury trial procedures are now set out in Part XX of the *Criminal Code*. Modern Canadian juries are composed of lay persons chosen at random, called upon to legally determine the guilt or innocence of an accused person charged with a serious crime.⁹ A jury is usually composed of 12 persons,¹⁰ male or female, who are to act as impartial triers of fact in assessing whether the Crown has proven its case against the accused beyond a reasonable doubt. The number of jury members can be increased to 13 or 14 persons if the judge considers it advisable in the interests of justice, however, only 12 jury members may deliberate in order to render a verdict.¹¹

When a person is tried by judge and jury in Canada for an indictable offence, he or she can elect to have a “preliminary inquiry.” A preliminary inquiry refers to the process by which a provincial court judge will “inquire into the charge to determine whether there is

sufficient evidence to warrant placing the accused on his trial.”¹²

It is important to understand that jury trials are not available in all cases;¹³ their availability depends on the nature of the crime that a person is accused of committing. In some cases, such as murder, the accused is to be “automatically tried” by judge and jury unless a special application is made by the defence to be tried by judge alone with the consent of the Attorney General. In other cases, the accused can elect to be tried by judge and jury, while, in the case of less serious offences,¹⁴ the accused must be tried by judge alone. Young persons¹⁵ are also afforded the right to be tried by judge and jury in some cases, notably where they stand accused of serious offences such as murder.¹⁶ In Canada, the *Youth Criminal Justice Act* generally governs the prosecutions of young persons who are charged with criminal offences. A young person is defined as a person who is at least 12 but under 18 at the time of the commission of the offence.¹⁷

B. Right to trial by judge and jury in Canada

The right to be tried by judge and jury is a constitutionally afforded right provided by subsection 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*¹⁸ (hereafter, *Canadian Charter*), when the accused is charged with an offence punishable by a maximum of five years or more of imprisonment.

7 S.C. 1892, c. 29. See also Granger, *supra* note 4, at 36.

8 Don Stuart, Ronald J. Delisle & Tim Quigley, *Learning Canadian Criminal Procedure*, 10 ed. (Toronto: Carswell, 2010) at 884.

9 *Ibid.*, at 6.

10 *Criminal Code* (R.S.C., 1985, c. C-46), s. 631(5). See also: *Fair and Efficient Criminal Trials Act* (S.C. 2011, c. 16), s. 7 which amended the *Criminal Code* to allow a judge to swear up to 14 jurors. This measure was introduced because the time required to hear criminal trials in Canada has steadily increased over the last decade, especially in large, complex cases. This can affect the jury’s ability to render a verdict, since it is not uncommon for jurors to be discharged in the course of a trial for various reasons, such as ill health or due to some other unforeseen circumstance. This can result in the size of a jury being reduced to below the *Criminal Code* minimum requirement of 10 jurors to render a valid verdict. To address this concern, up to 14 jurors may be sworn, subject to a random selection process that determines, after the judge’s charge to the jury, which jurors will deliberate.

11 *Ibid.*

12 *Supra* note 8, at 713.

13 In reality, the majority of criminal cases in Canada are not tried by jury; most are tried by judge alone. See David M. Paciocco, *Jury Selection in Criminal Trials: Skills, Science, and the Law*, (Concord, Ontario: Irwin Law, 1997) at p. 28.

14 These are referred to as “absolute jurisdiction offences,” which are tried by provincial court judges. See s. 553 of the *Criminal Code*.

15 *Youth Criminal Justice Act* (S.C. 2002, c. 1), s. 2.

16 *Ibid.*, s. 67.

17 *Supra*, note 15.

18 *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part 1 of the Constitution Act, 1982, being schedule B to the *Canada Act 1982* (UK), 1982, c 11.

i. Mandatory trial by judge and jury unless both attorney general and accused agree to trial by judge alone

The accused must, in some cases, be tried by judge and jury in Superior Court unless both the Attorney General and the accused consent to trial by judge alone. This is the case for indictable offences (the most severe criminal offences) mentioned in s. 469 of the *Criminal Code*,¹⁹ which include murder, conspiracy to commit murder, treason, intimidating Parliament or a legislature, and other offences expressly mentioned within the section. Trial by judge and jury is mandatory for these crimes, unless both the Attorney General and the accused consent to the latter being tried by judge alone.²⁰ Furthermore, although the right to be tried by judge and jury is a constitutionally protected right when the maximum punishment is five years or more of imprisonment, trial by judge alone is not a constitutionally protected right.²¹

ii. Mandatory trial by judge alone

As mentioned above, some less serious offences must be tried by a judge alone in Provincial Court. Such offences include theft under \$5,000 (other than theft of cattle), mischief where the value of the property is under \$5,000 and other offences related to gambling.²² In these cases, a jury trial is not possible even if the accused wishes to have one.

iii. Trial by judge and jury or by judge alone: Cases in which the accused can elect his method of being tried

In cases where a person is accused of an offence not specifically mentioned in sections 469 or 553 of the *Criminal Code*, the accused

can elect to be tried by judge and jury in Superior Court, or by judge alone in either Superior Court or Provincial Court.²³ The majority of criminal offences provide the opportunity for accused persons to choose how they will be tried. Where the accused has an election but does not choose his mode of trial, he is deemed to be tried by judge and jury.²⁴ Furthermore, in some cases, even where the accused elects to be tried by judge alone, the Attorney General can require the accused to be tried by judge and jury where the crime is punishable by five or more years of imprisonment.²⁵

PART II : Selection of jury members in Canada

A. Eligibility and initial selection of jury members

I. Pre-trial selection of potential jurors

Jury members in Canada must be selected at random from the local community where the trial is to be held.²⁶ They must be impartial between the state and the accused.²⁷ The selection of jury members is a two-tier process. The first part of the process involves selecting potential jury members from a list of eligible candidates prior to trial. Jury lists or “rolls” are compiled according to the particular process specified in the relevant provincial or territorial legislation, which varies across Canada. Generally, the list is comprised of names of persons residing in a particular judicial district drawn from voters’ or electors’ lists.

Each province and territory in Canada has its own legislation that determines who is

19 (R.S.C., 1985, c. C-46).

20 *Ibid.*, s. 473.

21 *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296 at 1321.

22 *Criminal Code*, s. 553.

23 *Ibid.*, s. 536 (2).

24 *Ibid.*, s. 565(1)(c).

25 *Ibid.*, s. 568. The Attorney General may direct that an accused be tried by a judge and jury when he or she believes it is in the public interest to do so.

26 See Granger, *supra* note 4, at 83.

27 *Ibid.*

eligible for jury duty.²⁸ In most Canadian provinces and territories a person must be 18 years of age and a Canadian citizen to sit on a jury.²⁹

These statutes that provide eligibility criteria for potential jury members, automatically exclude police officers, lawyers, members of Parliament, and judges from being jurors. Provincial and territorial statutes also specify grounds upon which potential jurors may apply to be excused or exempted from jury duty, such as hardship or physical, mental or other infirmity that is incompatible with the discharge of the duties of a juror. These potential jurors compose what is referred to as the “array” or “the panel,”³⁰ which is eventually reduced to 12 to 14 jurors in the second part of the jury selection process: in-court selection.

II. At – trial selection of potential jurors

The second part of the process involves the in-court selection of jury members prior to the commencement of the trial. This selection process is governed exclusively by the *Criminal Code*. Firstly, the potential jury members who comprise the jury panel present themselves at court. The panel number, name, and address of each member of the panel are written separately on equal sized cards.³¹ The cards are then delivered to the clerk of the court who places the cards into a box and shakes the box thoroughly.³² The clerk then draws the cards from the box and calls out the number on each card, and confirms the number corresponds to the name of the person on the card³³ until the

number of persons is sufficient to constitute a full jury in the opinion of the judge, in light of the fact that some potential jurors may be excused, challenged, or be directed to “stand by.”³⁴ The jurors are then sworn in by the clerk of the court.³⁵

B. Excusing and challenging jury members

i. Excusing jury members

The *Criminal Code* provides that the judge may, at any time before the commencement of the trial, excuse jury members from jury service regardless of whether a challenge has been made against a member of the panel. Firstly, jury members may be excused where the judge has concerns that the juror has a personal interest in the matter to be tried.³⁶ Secondly, a relationship between the juror and the judge presiding over the jury selection process, or between the juror and the trial judge, the prosecutor, the defence counsel, the accused, or a prospective witness, may also lead to the juror being excused.³⁷ Finally, personal hardship of a member of the panel can also lead to a panel member being excused.³⁸

ii. Challenges of jury members by counsel

At trial, counsel for either the defence or the Crown can “challenge” potential jurors. The purpose of the challenge is “to eliminate or to reject undesirable jurors”³⁹ or those suspected of potential partiality. There are three methods of challenging potential jurors: (a) the entire panel can be challenged, (b) individual members of the panel can be challenged by a “peremptory challenge” (c) or by “challenge for cause.”

.....
28 See for example in the province of Ontario: *Juries Act* R.S.O. 1990, c. J.3; for the province of Quebec: *Jurors Act* R.S.Q. 2002, c. J-2.

29 Some jurisdictions (British Columbia, New Brunswick, Saskatchewan, the Northwest Territories and the Yukon) have an age requirement of 19 years.

30 See Granger, *supra* note 4, at 143.

31 *Criminal Code*, s. 631(1).

32 *Ibid.*, s. 631(2).

33 *Ibid.*, s. 631 (6) provides that measures to protect the identity of jury members is permissible if it is in the interest of the administration of justice. It is therefore not necessary that the name of the juror be called out.

.....
34 *Ibid.*, s. 631(3).

35 *Ibid.*, s. 631(4).

36 *Ibid.*, s. 632 (a).

37 *Ibid.*, s. 632(b).

38 *Ibid.*, s. 632 (c).

39 See Granger, *supra* note 4, at 144.

a. Challenge to the “array”: challenging the entire panel.

Firstly, counsel can challenge the entire jury panel referred to as a “challenge to the array.”⁴⁰ The entire panel can only be challenged on three grounds: partiality, fraud or wilful misconduct on the part of the sheriff or other officer by whom the panel was returned.⁴¹

b. The peremptory challenge.

Both the prosecution and the defence have a limited number of peremptory challenges, which they can use without having to establish a reason.⁴² The peremptory challenge is made by counsel prior to the jury member being sworn in at trial.⁴³ The number of peremptory challenges depends upon the gravity of the crime for which the accused is being tried. When the accused is charged with first degree murder or high treason, the prosecution and the defence each have 20 peremptory challenges.⁴⁴ Other situations provide for 12 or four peremptory challenges, depending on the maximum penalty for the offence being tried.⁴⁵ Even where accused persons are tried on multiple counts, they still benefit from the same number of challenges as if they were tried on one count alone, according to the count which permits the most peremptory challenges.⁴⁶

c. The challenge for cause

Finally, both the prosecution and the defence may challenge an unlimited number of jurors for cause, on grounds that must be “specified and proven.”⁴⁷ Members of the panel are not automatically excluded for cause, but rather, will be excluded if the grounds of the challenge are proven on a balance of

probabilities (meaning that it is more likely than not that the grounds of the challenge are true.)⁴⁸ There are only six possible grounds for challenge for cause, which are exhaustively listed in the *Criminal Code*:

- a. the name of a juror does not appear on the panel, but no misnomer or misdescription is a ground of challenge where it appears to the court that the description given on the panel sufficiently designates the person referred to;
- b. a juror is not indifferent between the Queen and the accused;
- c. a juror has been convicted of an offence for which he was sentenced to death⁴⁹ or to a term of imprisonment exceeding twelve months;
- d. a juror is an alien;⁵⁰
- e. a juror, even with the aid of technical, personal, interpretative or other support services provided to the juror under section 627, is physically unable to perform properly the duties of a juror; or
- f. a juror does not speak the official language of Canada that is the language of the accused or the official language of Canada in which the accused can best give testimony or both official languages of Canada, where the accused is required by reason of an order under section 530 to be tried before a judge and jury who speak the official language of Canada that is the language of the accused or the official language of Canada in which the accused can best give testimony or who speak both official languages of Canada, as the case may be.⁵¹

The purpose of making such challenges is to ensure a fair trial before an impartial jury rather than to over- or under-represent a certain class of society, or to go on a fishing

.....

40 *Ibid.*
 41 *Criminal Code*, s. 629(2)
 42 See Granger, *supra* note 4, at 144.
 43 *Ibid.*, at 189.
 44 *Criminal Code*, s. 634 (2)(a).
 45 *Ibid.*, s. 634(2)(b) and (c).
 46 *Ibid.*, s. 634 (3).
 47 See Granger, *supra* note 4 at 158.

.....

48 *Ibid.*
 49 The death penalty was abolished in Canada in 1976 but s. 638 of the *Criminal Code* has not been revised to reflect this fact.
 50 Alien in this context means a non - Canadian citizen.
 51 *Criminal Code*, s. 638.

expedition.⁵² Common challenges for cause include cases where pre-trial publicity may destroy the juror's indifference between the Crown and the accused,⁵³ and admitted racial prejudice.⁵⁴

PART III: Rendering a verdict by jury

The purpose of the modern-day Canadian jury is to render a decision in the criminal case presented before it by either acquitting or convicting the accused.⁵⁵ In order to render a general verdict of acquittal or conviction, the jury's verdict must be unanimous.⁵⁶ In Canada, a jury does not explain the reasons for its verdict. The jury can either convict the accused (by concluding that guilt has been proven beyond a reasonable doubt), or acquit the accused (where guilt is not proven beyond a reasonable doubt). The jury need not unanimously agree on the innocence of the accused;

a unanimous agreement of reasonable doubt is sufficient to warrant an acquittal. In order to render their verdict, jury members deliberate in private so that their verdict is free from external influence, which is referred to as "sequestration."⁵⁷ Where jurors are unable to reach a unanimous verdict, (a situation referred to as a "hung jury,") the judge may declare a mistrial and direct that a new trial take place.⁵⁸

For a jury to convict in a criminal trial, it must be satisfied that the prosecution has proven the guilt of the accused beyond a reasonable doubt. It is the trial judge's responsibility to properly explain to the jury this burden of proof. Errors in jury instruction are considered legal errors and are subject to appeal, which can ultimately result in a new trial being ordered.⁵⁹

If the jury is left with a reasonable doubt, it must acquit the accused. A satisfactory jury instruction by the trial judge regarding reasonable doubt includes an explanation of what constitutes a reasonable doubt. A reasonable doubt must be based on reason and common sense.⁶⁰ It should not be based on sympathy or prejudice.⁶¹ Furthermore, the concept of reasonable doubt must be logically connected to the evidence presented at trial.⁶²

52 The term "fishing expedition" in this context means an investigation or inquiry undertaken in the "hope" of discovering information. See also Granger, *supra* note 4 at 158 and *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509 at 533.

53 *Supra* note 13 at 90. See also *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129 at 164 (C.A.).

54 See: *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128. There is a presumption in Canada that a jury pool is composed of persons who can serve impartially. However, where an accused establishes that there is a realistic potential for partiality, defence counsel is permitted to question prospective jurors as to whether they harbour prejudices against people of the accused's race and, if so, whether they are able to set aside those prejudices and act as impartial jurors.

55 In a jury trial, the jurors become judges of the facts while the presiding justice remains the judge of the law. Accordingly, the presiding justice continues to have an active role in the proceedings and is called upon at many points during the jury trial to rule upon the admissibility of evidence and to determine other procedural issues, which arise in the course of the trial. Many of these rulings are done in the absence of the jury so their minds are not tainted by exposure to potentially inadmissible evidence such as, for example, involuntary statements made by an accused under duress.

56 During the course of the trial, the jury is prohibited from engaging directly in the examination of witnesses. Jury members may, however, provide written questions to the presiding judge at any time during the trial or during their deliberations, if they require assistance or if they need clarification concerning the judge's instructions or they wish to review particulars of the evidence.

57 See Granger, *supra* note 4 at 305.

58 *Criminal Code*, s. 653(1).

59 *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, at para 40. Model Jury Instructions for judges, endorsed by the Canadian Judicial Council, are available at the following link: http://www.cjc-cm.gc.ca/english/lawyers_en.asp?selMenu=lawyers_mode-ljuryinstruction_en.asp

60 *Ibid.*, at para 36.

61 *Ibid.*

62 *Ibid.*

CONCLUSION

Among the paramount objectives of Canada's jury system is to ensure that the guilt or innocence of an accused person in relation to a serious criminal matter is determined by an impartial jury of his or her peers, generally in the community where the alleged crime occurred. This goal is supported by juror eligibility requirements in provincial and territorial legislation, and by numerous procedural mechanisms in the *Criminal Code*, to ensure fairness, notably by challenging and excusing jury members, sequestering jurors, and requiring unanimous jury verdicts.

Although the roots of Canada's jury system derive most directly from the English common law, and can be traced to the 11th century, the Canadian jury system has evolved markedly through the centuries. The learning and experience of almost a millennia has led to the refinement of a hallowed institution. The fact that Canada has constitutionally entrenched the right of an accused to be tried by a jury of his or her peers in serious criminal matters demonstrates the sanctity of the jury as an integral part of the Canadian criminal justice system. ■

BIBLIOGRAPHY

SECONDARY SOURCES

- Christopher Granger, *Canadian Criminal Jury Trials*, 2d ed. (Scarborough, Ont.: Carswell, 1997)
- Sadakat Kadri, *The Trial: A History, from Socrates to O.J.Simpson* (New York: Random House, 2005).
- David M. Paciocco, *Jury Selection in Criminal Trials: Skills, Science, and the Law*, (Concord, Ontario: Irwin Law, 1997)
- Don Stuart, Ronald J. Delisle & Tim Quigley, *Learning Canadian Criminal Procedure*, 10 ed. (Toronto: Carswell, 2010).

LEGISLATION

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part 1 of the Constitution Act, 1982, being schedule B to the *Canada Act 1982* (UK), 1982, c. 11
- Criminal Code* (R.S.C., 1985, c. C-46)
- Fair and Efficient Criminal Trials Act* (S.C. 2011, c. 16)
- Juries Act* R.S.O. 1990, c. J.3
- Jurors Act* R.S.Q. 2002, c. J-2
- Youth Criminal Justice Act* (S.C. 2002, c. 1)

JURISPRUDENCE

- R. v. Bryant*, (1984) 48 O.R. (2d) 732 (C.A.)
- R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320
- R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509
- R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296
- R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128
- R. v. Zundel*, (1987), 58 O.R. (2d) 129 (C.A.)

Carla Pandolfi

Coordinadora de la Comisión Interpoderes para la reforma procesal penal neuquina.

Comentarios sobre el sistema canadiense

En mayo de 2011 tuve la oportunidad de visitar Canadá, en el marco de una pasantía otorgada por CEJA, para conocer su sistema de justicia. Este país tiene uno de los sistemas adversariales más antiguos, cuenta con juicio por jurados para muchos de los delitos que deben ser juzgados, y la sociedad tiene una percepción muy positiva en cuanto a su funcionamiento.

Fue una experiencia enriquecedora. Fue gratificante conocer la organización del sistema y constatar el compromiso de todos los operadores para su correcto funcionamiento. Pude entrevistarme con jueces, policías, fiscales, defensores, oficiales de *probation*, etc. Cada uno conoce cabalmente cuál es su trabajo, cuáles son las reglas del juego, y están dispuestos a cumplirlas y hacer su trabajo correctamente. Para que ello ocurra, existen mecanismos de control que funcionan en tiempo y forma, logrando brindar una respuesta en un plazo razonable.

Particularmente me interesaba conocer el funcionamiento del juicio por jurados, dado que en varias provincias argentinas se está debatiendo su implementación en el marco de las

reformas procesales, que buscan dejar atrás el sistema inquisitivo y pasar a un sistema acusatorio para cumplir con la manda constitucional impuesta en 1853.

En Canadá los delitos con una pena mayor a 5 años, deben ser juzgados por jurados. La intervención del jurado comienza una vez que ya está determinada la fecha de juicio. La primera actividad que los involucra es la audiencia de selección de jurados para el juicio. Se cita a los potenciales jurados para un día determinado en la sala de audiencias, en un número bastante mayor que el necesario para integrar el jurado.

Cuando llegan, se les entrega un número a cada uno. Luego se sortean públicamente, grupos de diez personas. Posteriormente son interrogados por el juez, en relación a si tienen algún impedimento para actuar como jurados, si creen que no van a poder ser imparciales, o tienen criaturas o ancianos que cuidar y no pueden estar lejos de su hogar, etc. Fuera de ello, ser jurado es una carga pública, y los ciudadanos están orgullosos de participar en la administración de justicia. Las partes pueden recusar sin causa, una cantidad variable de

jurados, de acuerdo a la gravedad del delito a juzgar. Así se van sorteando, hasta que queda conformado el jurado de doce personas. Juran cumplir con su deber, y comienza el juicio, como un juicio común.

La estructuración del proceso, con ausencia total del deber de “*disclosure*” de la defensa, es decir que no tienen obligación de adelantar absolutamente nada de su teoría del caso (si será una defensa positiva, por inimputabilidad, etc.), sumado a que no hay obligación de concentrar los planteos por nulidades, exclusión de evidencia, entre otros, hace que muy frecuentemente se produzcan audiencias de *voir dire* para llevar adelante estas discusiones durante los juicios. Para esto, los jurados son invitados a salir de la sala, para que no vean comprometida su imparcialidad con esas discusiones.

Una vez terminado el juicio con la discusión final de las partes, sin la presencia del jurado, se debaten las instrucciones que les van a ser brindadas al jurado, para la apreciación de las pruebas producidas, que guiarán el razonamiento para alcanzar un veredicto.

Usualmente, el juez que dirige el proceso va realizando un borrador sobre las posibles instrucciones mientras se desarrolla el proceso, intercambiando opiniones con las partes informalmente. Hay una cantidad de reglas básicas en relación por ejemplo a la duda razonable, que siempre están incluidas, a las cuales se agregan las particulares del caso, luego de la discusión entre partes y la determinación del juez. En caso de que el jurado manifieste alguna duda en relación a las instrucciones para resolver ciertas cuestiones, deben expresarlas por escrito y se formula una nueva audiencia entre las partes y el juez, para evaluar si se brindan más instrucciones o no.

El jurado alcanza el veredicto con los doce votos coincidentes, ya sean por la absolución o la condena. Si no se alcanza la unanimidad,

la ley canadiense obliga a realizar nuevamente el juicio.

La percepción de los operadores, jueces, fiscales, defensores, policías, y la del público en general, es muy positiva para con el sistema de jurados. No conciben su sistema de Justicia, sin la existencia de los jurados. Resaltan la necesidad de legitimar decisiones y compartir la responsabilidad de impartir Justicia con el pueblo.

Ello es sumamente valorable, más aún en un sistema como el canadiense, que tiene como característica la ausencia total de regulación de plazos procesales. No hay plazos totales para los procesos, ni para los actos. Y no hay prescripción para perseguir un delito. Además, la tipificación de conductas como delitos es bastante más extensa que en otros lugares, como por ejemplo Argentina, ya que en muchos casos, lo que para nosotros constituye simple infracción o falta administrativa, en Canadá constituye un delito que debe ser investigado y juzgado por el sistema criminal. Todo ello genera procesos “largos”, ya que los plazos son convenidos entre la defensa y la fiscalía, y el flujo de casos y la extensión de las acusaciones son muy importantes.

La ausencia de regulación de una etapa intermedia del proceso, también contribuye al alargamiento de los procesos, ya que las incidencias relativas a cuestiones de prueba, entre otras cosas, pueden plantearse en todo momento.

Y aun con una percepción social muy positiva del funcionamiento de la justicia, los funcionarios de rango se encargan de llevar adelante políticas para revisar el funcionamiento del sistema y seguir mejorando la calidad. Ejemplo de ello es el comité para revisar sentencias erróneas, la existencia de “*guidelines*”, instrucciones fiscales para la actuación en base a criterios objetivos del Ministerio Público, que facilita además la capacitación

de los fiscales; la existencia de programas para acortar los tiempos de la justicia, imponiéndose pautas internas de auditoría para concentrar presentaciones en las audiencias; la existencia de programas de coordinación con redes de ayuda, para las personas que ingresan al sistema de justicia, ya sea como víctimas o imputados; la aparición de tribunales especializados, para delincuentes con problemas mentales, o de drogas, que prevén programas especiales, adecuados a las patologías, así como un seguimiento específico; en algunas jurisdicciones, cortes para niños y adolescentes que concentran todas las actuaciones vinculadas a las personas, ya sean civiles, de familia o penales, con la participación de equipos interdisciplinarios, para arribar a la mejor y más justa solución.

El corazón del sistema de justicia canadiense, son las personas. El enorme nivel de compromiso de todos los involucrados a lo largo del proceso en el camino de la administración de justicia, hace la diferencia. Trabajan para dar una respuesta, pensando siempre cómo mejorar el servicio. Un lugar muy especial en este proceso, lo tienen los jurados.

La participación de los ciudadanos en la administración de justicia canadiense, es el elemento que según la percepción social brinda equilibrio, legitimidad y sentido común para manejar uno de los asuntos más sensibles para la sociedad, como lo son los casos criminales. ■

Ramiro Orias Arredondo

Boliviano, abogado, especialista en reforma y acceso a la justicia. Fue subdirector de *Ciudadanos Trabajando por la Justicia* (2005-2009) y actualmente es director ejecutivo de la *Fundación CONSTRUIR*, rorias2@fundacionconstruir.org

Jueces ciudadanos: democratizando la justicia en Bolivia

El presente artículo se refiere al proceso emprendido en Bolivia para democratizar el sistema de administración justicia. Aporta un análisis específico sobre la incorporación, alcances y funcionamiento de Jueces ciudadanos en el juicio oral e identifica los nuevos desafíos para el proceso de reforma procesal penal.

1. Introducción

Uno de los objetivos que buscó la reforma procesal penal boliviana fue democratizar la justicia. Así, desde la vigencia plena del Código de Procedimiento Penal (CPP) promulgado mediante Ley N° 1970 del 25 de marzo de 1999, una de sus reformas más innovadoras ha sido la incorporación de los Jueces ciudadanos, como una manera de evitar que el poder de la decisión punitiva recaiga en una sola persona, estableciendo Tribunales de Sentencia integrados por dos jueces técnicos y tres jueces ciudadanos, con competencia para conocer la sustanciación y resolución del juicio oral en los delitos de acción pública, sancionados con pena privativa de libertad, cuyo máximo legal sea superior a cuatro años.

La introducción de la figura del Juez ciudadano ha significado un importante avance,

que ha innovado sustancialmente la aplicación de la ley penal en Bolivia. No sólo que con ella se acerca la justicia a la ciudadanía, sino que su presencia representa el sentido de justicia para la comunidad y su participación es valorada como sinónimo de transparencia e independencia en los procesos penales.

Los Tribunales de Sentencia están compuestos por jueces técnicos y por ciudadanos no profesionales en derecho que actúan como un tribunal colegiado en igualdad de condiciones, es decir, con los mismos derechos, facultades y obligaciones desde el inicio del juicio hasta el dictado de la sentencia, pronunciándose conjuntamente -a diferencia del jurado clásico- sobre la culpabilidad y la pena. Estos tribunales se han establecido para el conocimiento de determinados delitos, donde la infracción penal resiente con mayor intensidad el interés público.

La participación de Jueces ciudadanos ha contribuido a la independencia judicial, pues la presencia de un tribunal colegiado disminuye los márgenes de discrecionalidad, opacidad y selectividad que otorgaba a un solo juez el anterior sistema penal de tipo inquisitivo. Ahora se cuenta con un modelo de decisión compartida que permite una auténtica deliberación para poder fundamentar la sentencia inmediatamente después de concluida la producción de prueba; toda vez de que debe ser tomada entre el conjunto de los jueces ordinarios y los miembros de la sociedad en la que tuvo origen el delito.

La incorporación activa del ciudadano en la impartición de justicia en Bolivia fue una verdadera innovación, aunque no es necesariamente una idea nueva. Ya en el siglo XIX el estudioso francés, Alexis de Tocqueville, luego de una larga visita a los Estados Unidos, en su obra *La Democracia en América*¹ señaló las ventajas del jurado con los siguientes conceptos:

- El jurado pone la dirección real de la sociedad en manos de los gobernados o en una parte de ellos y no en las de los gobernantes; es un medio poderoso para hacer soberana a la mayoría.
- El jurado sirve para dar a todos los ciudadanos una parte de los hábitos del juez y estos hábitos son los que preparan mejor al pueblo para ser libres.
- Difunde por todas las clases de la sociedad el respeto por la cosa juzgada y la idea del Derecho.
- Enseña a los hombres la práctica de la equidad; cada uno al juzgar a su vecino, piensa que podrá ser juzgado a su vez.
- Enseña a los hombres a no retroceder ante la responsabilidad de sus propios actos.
- Reviste a cada ciudadano de una especie de magistratura ya que hace sentir a todos que tienen deberes hacia la sociedad y que

intervienen en su gobierno. Al obligar a los hombres a ocuparse de otras cosas que no sean sus propios asuntos, combate el egoísmo individual que viene a ser el carcoma de las sociedades.

- No disminuye los derechos ni el papel del juez ya que no hay país donde los jueces sean tan poderosos como aquellos en que sus privilegios son compartidos con el pueblo.
- La soberanía reside en el pueblo y el jurado es el medio más enérgico de hacer reinar al pueblo, también es el medio más eficaz de enseñarle a reinar.

Conforme al derecho comparado, existen diversos modelos para propiciar la participación ciudadana en la administración de justicia, como ser el jurado tipo anglosajón; el sistema mixto y el tribunal escabinado. Es a éste último modelo que se adscribe el sistema penal boliviano.

El tribunal tipo escabinado es integrado por jueces profesionales letrados, abogados, y por ciudadanos, legos, participando ambos en la totalidad de las decisiones que se derivan del proceso. Los escabinos al igual que los jurados, son una respuesta frente a las limitaciones e insuficiencias del juez unipersonal, con la ventaja de que este sistema toma lo mejor de las competencias de experto legal del juez letrado y combina con la participación de ciudadanos, que representan a la comunidad.

Como expresa Ferrajoli, “mientras al sistema acusatorio le corresponde un juez espectador dedicado sobre todo a la objetiva e imparcial valoración de los hechos y, por ello, más sabio que experto, el rito inquisitivo exige sin embargo un juez actor, representante del interés punitivo y por ello, leguleyo, versado en el procedimiento y dotado de capacidad de investigación”².

1 Alexis de Tocqueville. *La Democracia en América*, Ediciones Paidós, Barcelona, España, 1992.

2 Citado en Álvaro Gálvez y Paulino Verastegui, *Panorama de la reforma del sistema de Justicia Penal en Bolivia*, USAID/Compañeros de las Américas, Editorial Plural, La paz, julio de 2010.

En más de diez años de funcionamiento del sistema penal reformado en Bolivia, la institución de los Jueces ciudadanos ha sido hasta ahora una de las más apoyadas por la población y que ha ganado los índices más altos de credibilidad social.

Así, un estudio de campo realizado por *Ciudadanos Trabajando por la Justicia* entre sus conclusiones se exhibe “la gran valoración que la población le otorga a esta función ciudadana, considerada como expresión de una justicia más democrática y transparente”³. Distintas encuestas de opinión y evaluaciones muestran que la sociedad expresa que uno de los elementos mejor valorados y con mayor reconocimiento en la justicia nacional son precisamente el juicio oral y los Jueces ciudadanos. Así, en una investigación de opinión pública sobre la cultura política en Bolivia, el 82.9% de los ciudadanos entrevistados, según una muestra estadística nacional, consideró que el juicio penal “mediante jueces ciudadanos”, es algo bueno y/o muy bueno para la justicia en el país⁴. En el mismo sentido, una encuesta realizada en mayo de 2006, por encargo de *Ciudadanos Trabajando por la Justicia*, detectó que 7 de cada 10 encuestados consideraba que el principal beneficio del CPP era la inclusión de jueces ciudadanos y el juicio oral. Mencionamos también un segundo trabajo de Mitchel Seligson, que al consultar la opinión de los operadores de la justicia con relación al apoyo/resistencia al cambio institucional, el 88% de ellos afirmaron que la participación de Jueces ciudadanos es buena y/o muy buena para los procesos penales⁵.

A pesar de esa alta valoración social, se han registrado en los medios algunas críticas desde el seno de la judicatura. Por ejemplo, se ha dicho que “los Jueces ciudadanos se han convertido en una de las mayores debilidades del sistema de juicios penales orales”⁶, así como que “la mayoría de ciudadanos elegidos por sorteo para conformar Tribunales de Sentencia retardan y hacen inviable una oportuna administración de justicia”⁷. Recientemente se ha reiterado que los Jueces ciudadanos son un factor que retarda el inicio del juicio oral⁸.

De forma general se ha señalado también que “la información imprecisa de la central de notificaciones del Consejo de la Judicatura para nominar a los jueces ciudadanos y el padrón electoral desactualizado son identificadas como dos de las dificultades que impiden mejorar la administración de justicia, desde la aplicación del Código de Procedimiento Penal”⁹. Asimismo, algunos Jueces ciudadanos han denunciado que “el Consejo de la Judicatura no les paga los honorarios previstos por ley por el cumplimiento de su labor, y se han quejado por el maltrato que reciben cuando acuden a esas instalaciones en procura de su legítima remuneración”¹⁰.

Por todo ello, se hace necesario hacer un balance de sus avances y debilidades, a fin de entender por qué un instituto con tan alta valoración social ha empezado a generar críticas y cuestionamientos sobre su contribución a la mejora de la justicia. En este artículo de análisis, efectuaremos una síntesis de su normativa

.....

3 Ciudadanos Trabajando por la Justicia, *El rol de los jueces ciudadanos en la administración de justicia penal*, Compañeros de las Américas/USAID, La Paz, 2004.

4 Mitchel A. Seligson, *Auditoria a la democracia en Bolivia*, Universidad de Pittsburgh, Departamento de Ciencias Políticas, UCB, USAID, 2002.

5 Mitchel A. Seligson, *Elites, Instituciones y el público: una nueva mirada a la democracia boliviana*, Universidad de Pittsburgh, Departamento de Ciencias Políticas, UCB, USAID, abril de 2004.

.....

6 *Jueces ciudadanos, el talón de Aquiles del proceso penal*, La Prensa, Suplemento Especial: Grandes temas, La Paz, 29 de octubre de 2007,

7 “Los jueces ciudadanos se convirtieron en una pesadilla para los litigios”, *Jornada*, La Paz, lunes 17, mayo 2010.

8 “Advierten que jueces ciudadanos ahondan la retardación de justicia”, *La Razón*, La Paz, domingo 20 de noviembre de 2011, p. A-8.

9 “Fallas en padrón electoral causan problemas en la justicia boliviana”, *El Deber*, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, domingo 10 de abril de 2005.

10 “Deuda con los jueces ciudadanos”, *La Razón*, La Paz, 16 de octubre de 2002.

legal, tomaremos algunos datos estadísticos y empíricos de evaluaciones realizadas, para terminar con conclusiones y recomendaciones para fortalecer el régimen legal de los jueces ciudadanos.

2. Régimen legal de los jueces ciudadanos

Cuando Bolivia nació como República, en su primera Constitución Política del Estado, del 19 de noviembre de 1826, ya se contempló la participación de ciudadanos en la administración de la justicia, que establecía en ese entonces el juicio público por jurados, que no tuvieron mayor arraigo en la cultura de solución de litigios en el país.

Art. 125 – En las causas criminales el juzgamiento será público; reconocido el hecho y declarado por jurados (cuando se establezcan) y la ley aplicada por los jueces.

Es hasta los albores del siglo XXI que el Código de Procedimiento Penal (CPP), aprobado en 1999, que introdujo un capítulo especial en el que regula la integración de los Tribunales de Sentencia con Jueces ciudadanos, los requisitos e impedimentos para cumplir la función de Juez ciudadano, los mecanismos de selección, sus deberes, facultades y las sanciones en caso de incumplimiento.

El rol de los Jueces ciudadanos solo puede entenderse, junto con la introducción del juicio oral, como garantía del debido proceso penal. El Juicio Oral significa la auténtica publicidad, referida a todos los ciudadanos, no solo a los sujetos procesales o a la intervención de las partes, que es esencial en un régimen democrático y constituye un eficaz instrumento de control ciudadano sobre el poder que ejercen los operadores oficiales del sistema. No cabe duda que la integración de los tribunales de sentencia por Jueces ciudadanos es una de las

actividades previas al Juicio Oral que mayor trascendencia reviste dentro del procedimiento penal. Así, conocen el juicio oral tribunales conformados por cinco jueces. Tres deben ser procedentes de la ciudadanía; proporción mayoritaria que debe mantenerse aun en aquellos casos en que por alguna contingencia se produzca la ausencia de algún juez (art. 52 del CCP).

Se establecen los requisitos (art. 57 CPP) que deben cumplir los ciudadanos para poder ser designados como Jueces ciudadanos, entre los que se encuentran: 1) ser mayor de 25 años; 2) estar en pleno ejercicio de los derechos ciudadanos; 3) tener domicilio reconocido; y 4) tener profesión, ocupación, oficio, arte o industria conocidos.

Así como se contemplan los impedimentos (art. 58 CPP) por los cuales ciertos ciudadanos no podrán cumplir con esta función y entre ellos tenemos: 1) los abogados; 2) los funcionarios auxiliares de los Juzgados y de la Fiscalía; y 3) los miembros de Servicio Activo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Con esto se busca evitar el sesgo jurídico dominante en la composición del Tribunal de Sentencia y así asegurar mejor el sentir de la comunidad mediante la participación popular.

En cuanto a los mecanismos de selección, estos se activan a partir de las listas del padrón electoral. Son los Tribunales Departamentales Electorales los encargados de elaborar anualmente el padrón de ciudadanos que cumplan los requisitos exigidos para ser Jueces ciudadanos y presentan anualmente dicho padrón a las Cortes Superiores de Justicia de cada departamento del país (art.59 CP).

Las Cortes Superiores de Justicia en cada departamento son las encargadas de elaborar la lista de candidatos a Jueces ciudadanos para cada uno de los Tribunales de Sentencia, por sorteo y según el domicilio correspondiente (art. 60 CPP).

Una vez señalada la audiencia del juicio oral y 15 días antes de la fecha señalada para su realización, el presidente del Tribunal deberá elegir en sesión pública por sorteo a 12 ciudadanos de entre los que él tiene asignados para su tribunal. El nombre de los 12 seleccionados debe ser puesto en conocimiento de las partes a fin de realizar la *audiencia de constitución* (art. 61 CPP).

La audiencia de constitución es el acto público en el cual deben quedar seleccionados los tres jueces que definitivamente constituirán sala de justicia. Es en la audiencia donde se resolverá sobre impedimentos o excusas presentadas por alguno de los candidatos, sobre la recusación fundada que pueda ser presentada por alguna de las partes, así como la posibilidad que existe de recusar a dos de los jueces, sin necesidad de fundamentar dicho rechazo (art. 62 CPP).

En el caso en que no fuese posible integrar el Tribunal con la lista original, se efectuará un sorteo extraordinario y se repetirá el procedimiento de selección y constitución del Tribunal, abreviando plazos para evitar demoras en el juicio. Si efectuado el sorteo extraordinario no fuera posible integrar el Tribunal con los Jueces ciudadanos, el juicio se celebrará en el asiento judicial más próximo, repitiéndose el procedimiento de selección (art. 63 CPP).

En relación a los deberes, atribuciones y sanciones aplicables a los jueces ciudadanos, la norma establece que desde el momento de su designación, los Jueces ciudadanos serán considerados integrantes del Tribunal y durante la sustanciación del juicio tendrán los mismos deberes y atribuciones que los jueces técnicos (art. 64 CPP). Si incumple sus deberes judiciales, será sancionado como delito de desobediencia a la autoridad (art. 65 CPP). Finalmente, la función de Juez ciudadano es remunerada, sea mediante la declaratoria en comisión con goce de haberes cuando tiene un empleo fijo, o con una asignación del Estado

en su favor -cuando se trate de trabajadores independientes-, equivalente al 50% del pago de un juez técnico (art. 66 CPP).

Concluida la actuación de constitución del Tribunal de Sentencia, se ingresa a la sustanciación del juicio oral. Sus cinco miembros asumen su labor deliberativa del caso en igualdad de condiciones y decisión. Este tribunal colegiado valora cada uno de los elementos de prueba, aplicando las reglas de la sana crítica o sistema de libre convicción, en base a la apreciación integral, conjunta y armónica de toda la prueba esencial producida (art. 173 CPP) y expondrán los razonamientos en que fundamenta su decisión (art. 359 CPP).

Concluido el debate, los miembros del Tribunal pasarán de inmediato y sin interrupción a deliberar en sesión secreta. Los jueces -letrados y legos- deliberarán y votarán respecto de todas las cuestiones, en el siguiente orden: 1) cuestiones incidentales; 2) la absolución o condena del imputado; y 3) la imposición de la pena.

Las decisiones se adoptarán por mayoría. Los jueces fundamentarán por escrito y separadamente sus votos si hay disidencias o lo harán en forma conjunta cuando todos ellos estén de acuerdo.

En el último tiempo, este régimen jurídico ha ido dando algunos avances, ampliando y fortaleciendo la participación de los jueces ciudadanos en la función judicial. Hoy el país vive un proceso de transición constitucional y reforma institucional de los órganos del Estado, que se están adecuando al mandato de la nueva Constitución Política del Estado, aprobada en el referéndum nacional constituyente de 2009, que define que *la potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano*, y se sustenta por los principios de participación ciudadana, publicidad, oralidad entre otros (art. 178 CPE).

Podemos decir que los Jueces ciudadanos constituyen una expresión de ese proceso enunciado constitucional, que hoy se está institucionalizado. Si bien el Código de Procedimiento Penal introdujo la participación de los Jueces ciudadanos dentro del juicio penal, el sistema judicial en lo orgánico no los asimiló como parte de su composición y estructura, hasta que la reciente Ley N° 025 del Órgano Judicial, de 24 de junio de 2010, en su artículo 60, establece ahora que:

“Los Tribunales de Sentencia, están integrados por dos jueces técnicos y tres ciudadanos. Los Tribunales de Sentencia, conocerán de los asuntos penales, anticorrupción y otros especializados conforme a ley. Tienen competencia para conocer la substanciación y resolución del juicio penal en todos los delitos de acción pública, sancionados con pena privativa de libertad mayores a 4 años, con las excepciones establecidas en la ley”.

Además, en esta misma ley se amplía su presencia en los nuevos Tribunales Disciplinarios, competentes para sustanciar en primera instancia, procesos disciplinarios por faltas gravísimas de los jueces; así el artículo 192 de la LOJ señala: *los Tribunales Disciplinarios estarán compuestos por la Jueza o el Juez Disciplinario y dos (2) Jueces ciudadanos elegidos del Padrón Electoral, conforme a las reglas señaladas en el Procedimiento Penal.*

3. Un balance crítico necesario

En el país ha habido muy pocos esfuerzos sistemáticos para evaluar el desempeño de los Jueces ciudadanos dentro el sistema penal reformado. Existe una primera mirada desde la sociedad civil que *Ciudadanos Trabajando por la Justicia* realizó en el año 2004, que publicó un estudio sobre el rol de los jueces ciudadanos en la administración de la justicia penal, que ya adelantaba alguno de los

principales desafíos para consolidar este instituto¹¹. En aquel entonces ya se evidenciaron algunos elementos prácticos sobre la necesidad de mejorar los sistemas de conformación de los Tribunales de Sentencia.

A los 10 años de la aprobación del Código de Procedimiento Penal, en el año 2009, Chechi Consulting y Compañeros de las Américas, dentro del Programa de Apoyo a la Administración de Justicia de USAID, realizaron un estudio de campo sobre el funcionamiento de los Jueces ciudadanos en la justicia penal, a partir de un proceso de observación de audiencias y recolección de información, encomendando al abogado penalista Paulino Verastegui la sistematización de la investigación¹². El presente acápite es una versión basada en la información presentada en ese reporte.

Dicho trabajo de evaluación del funcionamiento de los Jueces ciudadanos se centró esencialmente en lo referido al sorteo de la lista de los 12 ciudadanos y la audiencia de constitución de tribunal con los 3 Jueces ciudadanos. De manera tangencial se ha abordado la problemática del desempeño de éstos en el juicio oral en sí.

El estudio establece una muestra altamente representativa en cuanto a sus resultados, ya que cubrió las tres ciudades del eje central, es decir La Paz, Cochabamba y Santa Cruz, además de ciudades importantes aledañas, como son: El Alto, Quillacollo y Montero las que constituyen alrededor del 70% de la carga procesal penal del país, significando 24 Tribunales de Sentencia¹³.

11 Ciudadanos Trabajando por la Justicia, *El rol de los jueces ciudadanos en la administración de justicia penal*, Compañeros de las Américas; USAID – Bolivia, La Paz, noviembre de 2004.

12 Chechi Consulting y Compañeros de las Américas, *Estudio sobre el desempeño de los Jueces ciudadanos en los Tribunales de Sentencia*, Documento de Trabajo, Programa de Apoyo a la Administración de Justicia de USAID - Bolivia, La Paz, noviembre de 2008.

13 En La Paz con 7 Tribunales de Sentencia, en El Alto 4, en Cochabamba 4, en Quillacollo 1, en Santa Cruz 7 y en Montero 1.

El estudio aplicó un método empírico de observación de los sorteos y las audiencias de constitución de tribunal, durante un mes calendario en los seis asientos judiciales. En este periodo, a nivel nacional, se observaron 458 sesiones de sorteo y 698 audiencias de constitución de tribunal efectivamente realizadas.

Para el cumplimiento de los objetivos anotados, se diseñaron formularios o pautas de observación para identificar buenas y malas prácticas en las sesiones de sorteo y en las audiencias de constitución de Tribunal, las mismas que estuvieron a cargo de abogados y egresados reclutados por las organizaciones de la sociedad civil, que desempeñaron acción presencial en las audiencias en su calidad de observadores ciudadanos.

3.1 Algunos elementos para el análisis

a) El **sorteo de jueces ciudadanos** conforme establece el artículo 61 de CPP, señalada la audiencia de juicio y quince días antes de su realización el presidente del Tribunal elegirá por sorteo, en sesión pública y previa notificación a las partes, a 12 ciudadanos del listado del Padrón Electoral, los que serán consignados en una lista, con el objeto de integrar el Tribunal de Sentencia.

De las 459 audiencias observadas en la muestra nacional, el reporte señala que el sorteo se realiza mediante medios informáticos en un 99%, de manera efectiva en un 93% de los casos. Respecto del plazo de 15 días, éste se ha cumplido en un 78%. En cuanto al lugar donde se realiza el sorteo, se efectúa en el Tribunal en un 74 %; y en Secretaría en un 25%. La sesión de sorteo fue pública un 82% de las veces y el presidente del Tribunal sólo realiza el sorteo en un 21%.

En cuanto a la sesión de sorteo podemos señalar que ésta tiene un buen nivel de cumplimiento de acuerdo a los presupuestos que establece la ley. Sin embargo, el único aspecto

que debe preocupar es el bajo nivel de cumplimiento de la obligación que tiene el presidente del Tribunal de presidir el sorteo, deber que sólo se cumple en un 21%, dejando esta función muchas veces a los secretarios del Juzgado.

La participación de los sujetos procesales en la sesión de sorteo es bastante baja teniendo al imputado con un 42% de presencia en la audiencia, seguido por el querellante y el fiscal, quienes participan en un 9 y 8% respectivamente. Un dato que llama a la reflexión es el referido a la causa por la que se suspenden las sesiones de sorteo. Esta suspensión se produjo por falta de notificación a las partes en un 51%, a pesar de que el art. 61 del CPP establece que el sorteo se puede realizar a pesar de la falta de notificación a las partes.

El antes citado art. 61 establece que la lista de sorteados debe ponerse en conocimiento de las partes, este precepto se cumple en el 79%. La convocatoria en cinco días a la audiencia de constitución de tribunal se cumple de manera efectiva en un promedio de 80%.

b) La audiencia de **constitución de tribunal** establecida en el artículo 62 del CPP, señala el procedimiento a seguir con el objeto de seleccionar a los futuros Jueces ciudadanos que en número de tres, conjuntamente con los dos jueces técnicos, van a tener a su cargo la resolución de acusaciones por delitos con penas privativas mayores a 4 años.

Durante la observación de 698 audiencias de constitución de Tribunal, el estudio concluye que esta actuación pública para conformar Tribunales con Jueces ciudadanos tiene un porcentaje bastante aceptable y efectivo de 90%. Estas audiencias tuvieron un carácter de ordinaria en un 58% y fueron extraordinarias en un 42%, en los casos en los que tuvo que repetirse la selección de Jueces ciudadanos. De las audiencias no realizadas, 77% correspondían a audiencias ordinarias y 23% a audiencias extraordinarias. Este dato nos debe hacer

reflexionar sobre que la mayor suspensión de audiencias ordinarias se debe en gran parte a que las Centrales de Notificaciones no están pudiendo cumplir con sus funciones por una serie de problemas como las referencias precisas de ubicación y numeración de los domicilios.

Estos problemas que se presentan en la notificación a los ciudadanos sorteados para constituir tribunal han hecho que de un universo de 698 audiencias en un 76% de las audiencias no asistan ciudadanos, en 1% ha asistido un ciudadano, en 8% han asistido 2 ciudadanos y en 14% han asistido 3 ciudadanos. Es un dato preocupante que demuestra las dificultades que está enfrentando la constitución de Tribunales, generando demora judicial al retrasar el inicio del juicio oral.

Uno de los aspectos importantes de las audiencias es el principio de publicidad que se manifiesta mediante la presencia del público. En el 52% de las audiencias se constató la existencia de público, mientras que en el 48% no hubo presencia de público. Sobre la inasistencia del público, es preciso saber cuáles fueron los motivos para tal inasistencia. El estudio nos revela que fue porque el público no asistió simplemente en un 98% y que en un 2% existieron restricciones al público, lo que nos permite concluir que se cumple el principio de publicidad en audiencia.

El artículo 63 del CPP establece las circunstancias extraordinarias del sorteo cuando no se pueda constituir Tribunal con la lista original y se repetirá el procedimiento y si no se pudiera se remitirá al asiento judicial más cercano. En este punto, en el 13% de los casos se completa con el número de ciudadanos que restan y en 87% de los casos se convoca a 12 nuevos ciudadanos. Una reforma normativa debiera permitir que el sorteo extraordinario no descarte al juez ya seleccionado en el sorteo extraordinario.

Cuando en la audiencia de extraordinaria no se puede constituir Tribunal, en 96% de los

casos se remite al siguiente en número en el mismo asiento geográfico, y en 4% al asiento judicial más cercano. Una modificación normativa debiera dejar bien establecida esta práctica ya que el art. 63 CPP establece que el proceso debiera remitirse al asiento judicial más cercano. El artículo 62 del CPP señala también que al concluir la audiencia, el presidente del tribunal designará a los Jueces ciudadanos advirtiéndoles de sus deberes y atribuciones, este deber del juez presidente se cumplió en 92% de los casos.

El tiempo que empleó el juez presidente para instruir a los ciudadanos en La Paz fue en un promedio de 6.52 minutos; en El Alto 5; en Cochabamba, 6.27; en Quillacollo 16.27; en Santa Cruz, 13.3; y en Montero, 18.13; lo que demuestra la necesidad de estandarizar y mejorar la capacitación y protocolos de inducción a los nuevos jueces ciudadanos seleccionados.

c) Las debilidades de gestión para constituir Tribunal que se han identificado pueden resumirse en: **i)** un Padrón Electoral desactualizado e impreciso en las direcciones, por problemas de denominación y numeración de domicilios; **ii)** graves problemas de ubicación de domicilio donde sólo se consignan datos ambiguos como barrio, sin número, etc; tarea a mejorar por parte de los gobiernos municipales, además de la falta de cultura ciudadana de comunicar cambio de domicilio; **iii)** la importancia de poner en marcha un sistema de registro domiciliario, establecido como atribución del órgano electoral.

d) En el marco de las **iniciativas para mejorar la constitución de Tribunal** tenemos, **i)** información y difusión a la sociedad civil sobre el rol del Juez ciudadano de manera permanente; **ii)** seguimiento a la aplicación mediante los organismos creados por la Ley Nro. 1970 (Consejo Nacional de Implementación y el Comité Ejecutivo de Implementación); **iii)** urgente necesidad de aplicar una mejora de procesos en la Central de Notificaciones; **iv)**

capacitación continua a los jueces técnicos en funciones y a los Jueces ciudadanos que se incorporan; **v)** creación de niveles de coordinación entre los operadores de justicia penal y las oficinas de catastro municipal, derechos reales, teléfonos, energía eléctrica, agua potable, identificación personal, etc. para contar con la mayor información posible y en poco tiempo poder identificar a los ciudadanos sorteados.

e) Sugerencias de reforma normativa para constituir Tribunales. Contamos con **i)** constituir tribunal con un juez técnico y dos ciudadanos para incrementar su número; **ii)** incorporar la etapa intermedia para que el juez instructor determine la procedencia de juicio oral o la aplicación de salidas alternativas; **iii)** incorporar en la norma que el proceso cuando no pueda ser sorteado pasará al siguiente en número o se realizará sorteos constantes hasta conformar tribunal; **iv)** eliminar la posibilidad de recusar sin fundamento; **v)** reducción de la edad a 21 años para ser juez ciudadano y colocar un máximo de 65 años para el ejercicio de estas funciones.

f) La participación de los jueces ciudadanos en juicios orales nos permite señalar que **i)** los aspectos que más costó entender

fueron la valoración de las pruebas presentadas y los mecanismos para determinar la pena; **ii)** en la imposición de la pena son duros con delitos contra la vida y la libertad sexual, y blandos en lo relativo a delitos de narcotráfico cuando observan imputados que han realizado estas actividades por necesidad económica; **iii)** en cuanto a la suspensión de audiencias es en la ciudad de La Paz donde se da con mayor frecuencia esta situación, por la carga procesal que ocasionó el fraccionamiento de las audiencias de juicio; **v)** la suspensión de audiencias se origina por la inasistencia de los fiscales, la ausencia de testigos principales de la Fiscalía, en especial policías; cambio constante de abogados defensores por parte de los imputados y el abuso de los abogados en el uso de excusas y excusaciones a los jueces en el juicio oral.

g) La votación de los jueces ciudadanos en los Tribunales de Sentencia¹⁴ se produce después de la deliberación para la imposición de la pena o la declaratoria de absolutoria. La presente muestra busca conocer la forma de votación de los Jueces ciudadanos con los jueces técnicos, es decir, si las votaciones fueron unánimes o existieron disidencias.

Tabla 1: Votación para sentencia de los jueces ciudadanos y técnicos

Distrito	Número de procesos revisados	Sentencia condenatoria	Sentencia absolutoria	Sentencia Mixta	Otros procesos sin sentencia (rebeldía)	Votos unánimes	Votos disidentes
La Paz	70	39	16	12	3	43	23
El Alto	50	32	11	7	0	43	7
Cochabamba	57	45	8	4	7	46	4
Quillacollo	48	29	19	0	0	28	2
Santa Cruz	99	82	8	9	0	97	2
Montero	43	43	0	0	0	43	0

¹⁴ Los casos analizados corresponden a la gestión 2007 y determinados por muestreo de manera aleatoria por el sistema IANUS en La Paz, Cochabamba y Santa Cruz. En El Alto, Quillacollo y Montero se revisaron sentencias que no tenían un número asignado por el sistema IANUS.

Las sentencias emitidas en su mayoría son condenatorias en los distritos de Santa Cruz, Cochabamba, Quillacollo y Montero. En cambio en La Paz y El Alto existe una menor proporción de sentencias condenatorias con mayor aplicación de absolutorias y mixtas.

En el distrito de La Paz es donde se observa una cantidad importante de disidencias de los Jueces ciudadanos al votar, lo que nos haría presumir que existiría un mayor debate entre técnicos y ciudadanos en el momento de la deliberación.

El estudio da cuenta que la mayor parte de los testimonios de los jueces técnicos fue revelador ya que manifiestan que en general los ciudadanos son muy duros en su votación cuando se trata de delitos de asesinato en los cuales existe alevosía y ensañamiento, delitos contra la libertad sexual a menores entre los principales, sobre todo si son mujeres las juezas ciudadanas. En estos delitos incluso solicitan que pudiera imponerse una pena mayor cuando la normativa no contempla esta situación, lo que es explicado por los técnicos.

En el otro extremo, son demasiado blandos llegando a ser muy emotivos cuando se trata de delitos relacionados a la Ley N° 1008, de sustancias controladas ya que razonan que no es justo que personas a las que se detiene con sustancias controladas en mínimas cantidades tengan que estar en la cárcel un mínimo de 10 años como señala la norma; llegan incluso a solicitar una pena menor, en el mismo sentido los técnicos explican la imposibilidad de cumplir con esta situación.

h) Las Centrales de Notificaciones nos muestran entre sus avances y resultados la siguiente realidad: **i)** escasos recursos humanos; **ii)** debilidades de infraestructura y condiciones de trabajo; **iii)** entregan las notificaciones a los Tribunales minutos antes de las audiencias de constitución; **iv)** la excesiva carga de trabajo no permite que entreguen personalmente las notificaciones y expliquen el rol de juez a las personas sorteadas; **v)** tienen problemas

con el padrón, sobre todo en la ubicación de direcciones o domicilios pero que han ido subsanando; **vi)** llegan a notificar a 6 ciudadanos en promedio a quienes entregan cartillas explicativas en un plazo de hasta 24 horas antes de la audiencia de constitución.

i) Sobre la remuneración a los jueces ciudadanos, el CPP establece que los jueces ciudadanos cuando son trabajadores dependientes deben ser declarados en comisión y los independientes recibir una remuneración diaria equivalente al cincuenta por ciento (50%) del haber diario que percibe un juez técnico. El estudio ilustra que los jueces técnicos consultados desconocen en detalle el procedimiento que se realiza; empero señalaron que es un trámite burocrático en Ministerio de Hacienda y Consejo de la Judicatura en Sucre por alrededor de 60 días, situación que genera muchas quejas de los jueces ciudadanos aunque la misma hubiera cambiado ya que según el funcionario del Consejo de la Judicatura entrevistado en Sucre, el sistema informático implementado desde abril de 2008 reduce los plazos de pago hasta a 15 días.

j) En cuanto a las sanciones, los jueces en algunos pocos casos remitieron al Ministerio Público denuncias por desobediencia a la autoridad de ciudadanos que no asistieron a audiencias de constitución de Tribunal; sin embargo la gran mayoría opina que no debiera hacerse ya que debe crearse una idea de contribución a la sociedad. Si bien el reporte señala que no se tiene conocimiento de ningún caso en los que la Fiscalía haya procesado a algún ciudadano por no asistir a la audiencia de constitución de Tribunal, recientemente, se registró que un juez ciudadano dentro del juicio seguido contra el ex prefecto Leopoldo Fernández por los sucesos violentos en El Porvenir de 2008, sería procesado por renunciar a cumplir esa labor, argumentando razones económicas¹⁵.

¹⁵ "Procesan a juez ciudadano", *Los Tiempos*, Cochabamba, viernes, 4 de noviembre de 2011.

4. Conclusiones y recomendaciones

Considerando el panorama de reforma de la justicia en Bolivia, y los hallazgos encontrados en el estudio de campo presentado y comentado en este artículo, precisamos algunas conclusiones finales.

Existe una alta aceptación social del instituto de los jueces ciudadanos como mecanismo de participación ciudadana y control social en las labores de impartición de justicia, lo que contribuye a mejorar la independencia y transparencia del sistema. Sin embargo, persisten problemas de gestión institucional que afectan los procesos de constitución de los Tribunales de Sentencia, que tienen que ver con la calidad de la información del padrón electoral, los procedimientos de sorteo y el funcionamiento de las Centrales de Notificación.

Entre los aspectos positivos identificados por el estudio en el desempeño de los jueces ciudadanos pueden destacarse: **i)** la participación de los jueces ciudadanos ha aliviado la labor de los técnicos ya que se sienten liberados de acusaciones de corrupción. La expresión “esto nos ha liberado” es gráfica en este sentido; **ii)** ha abierto canales de participación ciudadana y de control social en la administración de justicia cuando los niveles de credibilidad del Poder Judicial en su conjunto se encuentran bajos; **iii)** el sentido común expresado por los ciudadanos ayudó de gran manera en dictar sentencias lo más justas posible. También debemos señalar como aspectos negativos en el desempeño de los jueces ciudadanos: **i)** la falta de información por parte de la ciudadanía de la institución del juez ciudadano, genera temor y desconfianza; **ii)** aún existe temor a tener una participación más activa dependiendo de su formación académica; **iii)** existen muchas suspensiones de audiencias de juicio oral, que cansan a los jueces ciudadanos ya que representa gastos adicionales de transporte y problemas con sus empleadores;

iv) no existe un sistema o pautas mínimas de protección a ciudadanos, sobre todo en casos sensibles, como por ejemplo el narcotráfico.

Las limitaciones y dificultades encontradas en el trabajo de campo son: **i)** reducido manejo gerencial y problemas de logística; **ii)** el padrón no contiene información precisa sobre la denominación y numeración de domicilios; **iii)** problemas en la ubicación precisa de los domicilios ya que sólo se consignan datos ambiguos como barrio, zona, sin número, etc.; sumados a los constantes cambios de domicilios de los ciudadanos; **iv)** gran ausencia de los sujetos procesales importantes como el fiscal en las audiencias de constitución de Tribunal; **v)** la lista de sorteados se pone en conocimiento de las partes en un 79%, debiendo la Central de Notificaciones subsanar esta omisión para que llegue al 100%; **vi)** falta de presencia del Ministerio Público en las audiencias de constitución de Tribunal, ya que sólo asiste en un 7%; **vii)** existen recurrentes suspensiones de audiencias de juicio oral, en el caso de La Paz en un 55%, que perjudican a los jueces ciudadanos provocándoles erogaciones económicas insulas y problemas con sus empleadores; **viii)** en criterio de los jueces ciudadanos el trámite de pago por servicios prestados es burocrático aunque este, en palabras de los responsables del Consejo de la Judicatura ha mejorado debido a la incorporación de un sistema informático que agiliza el proceso encontrándose el retraso en los trámites que deben realizarse en el Ministerio de Hacienda.

Las recomendaciones que pueden plantearse son: **i)** el Poder Judicial a través de la Corte Suprema y el Consejo de la Judicatura deben tener activa participación en la resolución de los problemas identificados; **ii)** coordinar la mejora del padrón electoral entre las Cortes Departamentales Electorales y las Cortes Superiores de Justicia; **iii)** coordinar con los gobiernos municipales la mejor manera de resolver la caótica situación de la denominación de calles y numeración de domicilios; **iv)** la Corte

Suprema mediante circulares debe establecer pautas o protocolos estandarizados de gestión; **v)** el Ministerio Público mediante circulares debe ordenar a sus fiscales asistir a las audiencias de constitución de Tribunal; **vi)** se debe prestar atención a la situación de las Centrales de Notificaciones debido a su elevada carga procesal; **vii)** reiniciar campañas de sensibilización a la sociedad civil para informar sobre el rol, derechos y deberes de esta institución; **viii)** el Consejo de la Judicatura debe capacitar a sus funcionarios, en especial notificadores en mejorar el trato a los ciudadanos mediante talleres motivacionales; **ix)** el Consejo de la Judicatura debiera retomar la publicación del *Manual del juez ciudadano en juicio oral* para que el ciudadano tenga una orientación básica y didáctica; **x)** el Consejo de la Judicatura deberá implementar un sistema rápido de inducción y capacitación a los jueces ciudadanos seleccionados.

En suma, Bolivia ha dado un paso fundamental en democratizar su sistema de justicia, así como para devolver a los ciudadanos la capacidad de juzgar a sus pares. Sin embargo, a más de 10 años de funcionamiento de los jueces ciudadanos, se hace necesario una acción especialmente orientada a mejorar los sistemas de gestión y procesos para constituir los tribunales de sentencia; aunque estas debilidades y demoras, en nada ponen sombra al rol de los jueces ciudadanos dentro el juicio oral, que con su presencia han permitido la importación de una justicia más independiente, transparente y sensible a la realidad cultural, económica y social de la comunidad. ■

Andrés Harfuch

La nueva Ley de Juicio por Jurados, de la provincia de Neuquén, Argentina

En noviembre de 2011, la legislatura de Neuquén, en una histórica sesión, sancionó el nuevo Código Procesal Penal que regirá en su provincia.

Esto no sería una novedad, si no fuera por el hecho, inédito en el ámbito de la reforma iberoamericana de justicia, de tratarse de la instauración del primer sistema acusatorio prácticamente puro de la región.

En ese sentido, el Código de Neuquén puede ostentar legítimamente el título de heredero privilegiado del movimiento reformista que ya lleva treinta años en América Latina.

Mucho ha habido que batallar desde que, en aquellos lejanos años ochenta, se instaurara siquiera la idea de que el juicio debía ser oral y que la instrucción debía quedar a cargo de un fiscal y no de un juez, para construir de cero un Ministerio Público Fiscal y un sistema de Defensa Pública, etc., etc..

Cuando decimos que el Código de Neuquén es el código más de avanzada de la región es porque ha logrado un consenso político inédito en torno a la instauración de varios

de los institutos más resistidos del sistema adversarial:

1. la oralidad absoluta de cualquier tipo de procedimiento y en cualquier instancia;
2. la abolición del expediente;
3. la organización horizontal y colegiada de jueces;
4. la figura del acusador popular; y
5. la instauración del sistema de jurado clásico anglosajón.

Nunca ningún código llegó tan lejos en el proceso de reforma de la región.

Gran parte de las críticas que recibió el movimiento reformista de justicia en sus tres décadas de existencia fueron, efectivamente, que se sancionaron códigos novedosos que preveían la división entre Fiscalía y jueces y defensa, que instauraron el juicio oral, etc., pero que cometieron el error de montarlo sobre las organizaciones judiciales preexistentes que nunca fueron tocadas.

Para ilustrar esto con claridad, las estructuras judiciales de los sistemas escritos e inquisitoriales son verticales, autoritarias, con formaciones fijas de jueces de distintos grados,

con asignaciones fijas de fiscales y defensores a tribunales reunidos en “oficinas feudo”, donde el magistrado emplea el 70% de su tiempo en resolver cuestiones administrativas, donde la administración de justicia del caso se ejerce por delegación en empleados y funcionarios, y en que el trabajo cotidiano se realiza en edificios donde no hay salas de audiencias.

Obvio, en un sistema sin oralidad, ¿para qué construir salas de audiencias?

Esta primera gran autocrítica al proceso de reforma indicaba que, si bien fue posible cambiar de código y que éste fuera entusiastamente recibido como los nuevos vientos del cambio por parte de los operadores judiciales, lo cierto es que dicho entusiasmo se evaporaba por completo, hasta pasar a la resistencia más feroz, cuando se intentó mínimamente reformar de cuajo también la organización judicial.

Gran parte del estancamiento del proceso de reforma se debió, precisamente al error de montar los nuevos sistemas adversariales sobre las estructuras judiciales propias del sistema inquisitivo, que se mantienen vigentes en América desde hace cinco siglos.

Los últimos grandes avances del proceso de reforma en la región fueron, precisamente, ir avanzando en la introducción del principio de flexibilidad dentro de las estructuras de jueces, fiscales y defensores, destruyendo las formaciones fijas (tribunal n° 1, tribunal n° 2, tribunal n° 3) y en poner a todos los empleados administrativos a cargo de expertos en administración y dejando que jueces, fiscales y defensores cumplan exclusivamente funciones judiciales.

Este intento fue –y sigue siéndolo– tremendamente catártico. La resistencia al cambio es feroz, ya que se trata no solamente de destruir una forma muy antigua de ejercer el poder dentro del Poder Judicial, sino de cambiar por completo un paradigma cultural organizativo.

Las marchas y contramarchas de este proceso, afortunadamente por buen camino, están a la orden del día y dan una idea exacta acerca del inmenso valor de la reforma consagrada legislativamente por la provincia de Neuquén.

¿Qué tiene que ver el juicio por jurados en todo esto? Absolutamente todo. Una de las funciones inadvertidas del jurado es que, allí donde se instaura en su forma clásica, pone en crisis la estructura judicial vigente. A punto tal que puede decirse que entre juicio por jurados y organización judicial horizontal y colegiada hay una relación inescindible.

Esto explica por qué los jefes de la corporación político-judicial de todas las latitudes que se opusieron cerrilmente a la reforma de los sistemas organizativos de la inquisición pusieron todo su empeño en que no se sancionara en la Argentina el triple mandato constitucional del juicio por jurados. Claro que siempre existieron motivos externamente más visibles para oponerse al jurado (que el pueblo no está preparado, que el derecho es sólo para científicos, que es caro, etc.), pero los ideólogos del sistema inquisitorial siempre tuvieron muy claro este aspecto más sutil del jurado: allí donde se instaurase, la organización medieval y colonial de jueces desaparecería. Y con ella, toda una forma de administrar el poder dentro y fuera del propio Poder Judicial.

Si uno repara en que el nuevo Código de Neuquén fue sancionado por unanimidad por todos los bloques y que fue el fruto de un trabajo de tres años de una comisión interpodere (Poder Ejecutivo, Poder Judicial y legisladores de todos los partidos), pues entonces no cabe más que restregarse los ojos, dejar pasar el estupor inicial y caer en la cuenta de que años enteros de esfuerzo no pasaron en vano.

En mi opinión personal, un sistema procesal no puede ser llamado acusatorio si no hay juicio por jurados y si no hay al menos

posibilidades de que los ciudadanos puedan ejercer, en forma más o menos amplia, la acción penal.

Pues bien, el nuevo CPP de Neuquén disolvió las formaciones fijas de jueces y estableció su colegiación horizontal, de tal modo que todos los jueces neuquinos ejercerán, durante su vida judicial, todas las funciones que el Código pone en cabeza de los jueces penales de la provincia (control de la IPP, de la etapa intermedia y realización del juicio). Inclusive, hasta se animó a reconvertir la figura del “secretario” como una rémora del sistema escriturario por actas, que desperdiciaba a un letrado altamente calificado para firmar cédulas, notificaciones en expedientes y levantar actas en los escasos juicios realizados.

Avanzó fuertemente sobre el monopolio del fiscal en el ejercicio de la acción penal y así, fuera de los casos ya conocidos y consagrados del querellante y particular damnificado, permite, con ciertos límites, que cualquier ciudadano pueda ejercer la acción. Se acerca así al único modelo conocido en el mundo del sistema acusatorio puro como fue *la accusatio o quaestio* de la época de la República en Roma.

Estableció que el único modo de resolver para los jueces es la audiencia oral y pública, aboliéndose definitivamente la escritura y el expediente. Cualquier decisión que tome un juez, lo será en audiencia y en forma oral.

El diseño del juicio penal sigue la lógica de un sistema tan sofisticado: prohíbe terminantemente la introducción de prueba por lectura al debate. De tal modo, o las partes rinden toda su prueba en la audiencia o recurren a los anticipos extraordinarios de prueba previstos en las etapas anteriores para que luego sean reproducidos visualmente en el juicio. Se pone fin así a casi dos siglos, tomando como fecha el código napoleónico de 1801, de influencia nefasta de la prueba del expediente escrito introducido por lectura al juicio oral.

El nuevo juicio público neuquino recoge en su normativa diez años de intensos cursos de litigación adversarial en toda la región americana. En efecto, nos encontramos con un juez del juicio que, lejos de ser un fiscal *ad hoc*, pasa a ser un juez de garantías del juicio. Dicho juez resuelve objeciones durante el examen directo y contraexamen de las partes, resuelve la introducción de la prueba al juicio que intenten acreditar las partes, permite o no las declaraciones previas y garantiza que las partes puedan litigar en un escenario de *fair play* sus teorías del caso.

Finalmente, se instaura el juicio por jurado de corte anglosajón para todos los delitos en donde se produzca la muerte de una persona siempre que el fiscal requiera una pena superior a quince años de prisión.

Por primera vez se regula con todo rigor la fundamental audiencia de “*voir dire*”, o de selección de los jurados, en donde las partes tienen amplias posibilidades para recusar **con y sin** causa a varios de los jurados sorteados hasta obtener un jurado imparcial y representativo de la comunidad. En la misma audiencia se sorteará a un juez profesional del colegio de jueces que dirigirá el debate y dictará la sentencia.

A la deliberación del jurado, secreta y continua, no podrá ingresar ninguna persona bajo pena de nulidad y sólo su presidente leerá en voz alta el veredicto una vez obtenido.

Como corresponde al sistema de jurado clásico, el veredicto del jurado es irrecurrible. Ni el fiscal ni los acusadores privados podrán recurrir la sentencia absolutoria derivada de un veredicto de inocencia del jurado.

Por el contrario, sí podrá someterse a un *bis in idem* (es decir, a otro riesgo de condena) el imputado que haya sido declarado culpable por el veredicto de un jurado por las razones que estipula el Código y que son las usuales en

un sistema de estas características. Es decir, cuando se hubieran cuestionado las instrucciones del juez al jurado, cuando se hubiera cuestionado la integración de jurado o la ley aplicable y cuando se hubiera cuestionado el comportamiento del juez durante todo el proceso (admitiendo medios de prueba inadmisibles o rechazando elementos de prueba esenciales, etc.).

La provincia de Neuquén demostró haber aprendido de los errores de la reforma. Es la primera vez que se instaura un sistema acusatorio prácticamente puro habiendo tomado todos los recaudos políticos, legislativos y judiciales previos como para insertarlo dentro de una organización judicial totalmente reformada y acorde con lo que el propio código establece.

La organización judicial del sistema inquisitivo sirve para producir escritos y expedientes.

La organización judicial del sistema acusatorio debe servir para producir audiencias.

Esto implica cambios enormes de paradigma que la provincia de Neuquén no sólo comprendió, sino que reunió a la máxima fuerza política para cambiarlo y para sostener su funcionamiento en el futuro.

Por esta razón no es exagerado sostener que el sistema de justicia de la provincia de Neuquén hoy es el representante más avanzado de la reforma procesal iberoamericana y el único que se ajusta con todas sus implicancias externas e internas al diseño del juicio previsto en la Constitución Nacional Argentina. ■

Norman Garland

Professor Norman M. Garland, Southwestern University Law School.

An essay on: of Judges and Juries¹ revisited in the context of certain preliminary fact questions determining the admissibility of evidence under Federal and California rules of evidence

Publicado originalmente en Southwestern Law Review, 36 Sw. U. L. Rev. 853 (2008).

In the course of teaching evidence for close to forty years, I have struggled with the strange² issues surrounding the function of judge and jury in deciding preliminary facts to determine the admissibility of evidence, the subject of FRE 104³ and CEC §§ 403 and 405.⁴I have received the conventional wisdom that the judge decides all questions under the rubric of “competency” and the jury decides

all questions under the rubric of “relevance.”⁵ In other words, those questions of fact conditioning the admissibility of evidence upon a finding of fact as a necessary foundation to satisfy a rule of law are for the judge. In contrast, those questions of fact conditioning the admissibility of evidence upon a finding of fact merely⁶ necessary to establish the evidence’s relevance⁷ are

1 Norman M. Garland & Jay A. Schmitz, *Of Judges and Juries: A Proposed Revision of Federal Rule of Evidence 104*, 23 U.C. DAVIS L. REV. 77 (1989). I have not wavered much from the views expressed in that article, as will be apparent to the reader of this essay. Here, though, I have refocused on the earlier works relating to the subject, see references cited in notes 2 & 5, *infra*, and sought to explore the recent reconsideration of the issues by the California Law Revision Commission, see the discussion in Part IV, *infra*.

2 The strangeness of the preliminary fact dichotomy is well stated by the late Professor John Kaplan’s thoughtful article, in which he utilizes the nonsense terms, *mabru* and *zorg* to distinguish between those questions of fact for the judge, *Mabrus*, and those questions of fact for the jury, *Zorgs*. John Kaplan, *Of Mabrus and Zorgs—An Essay in Honor of David Louisell*, 66 CAL. L. REV. 987 nn. 1 & 2 (1978).

3 FED. R. EVID. 104. Many references in the text to the Federal Rules of Evidence appear as FRE followed by the rule number.

4 CAL. EVID. CODE §§ 403 & 405 (West 2007). Many references in the text to the California Evidence Code appear as CEC followed by the section number.

5 Edmund M. Morgan, *Functions of Judge and Jury in the Determination of Preliminary Questions of Fact*, 43 HARV. L. REV. 165, 169 (1929). Professor Morgan’s article was a follow-up to the article published two years earlier by Professor John M. Maguire and Charles S.S. Epstein, *Preliminary Questions of Fact in Determining the Admissibility of Evidence*, 40 HARV. L. REV. 392 (1927). Maguire and Epstein had focused on what they called the “orthodox rule” that required the trial judge to decide every question of fact necessary to determine the admissibility of evidence. Their seminal work noted the inconsistency of the cases in following the orthodoxy and presented an analytical framework for understanding the rule and its deviations. Morgan’s article has been much relied upon over the decades and was the noted basis for the drafters of both the CEC and the FRE.

6 It is the use of the term “merely” that is the key to the simple distinction I am drawing between judge and jury questions. “Merely” in this context means that relevance and relevance alone is the basis for the need to decide the question of fact. See Maguire & Epstein, *id.*, at 404; Kaplan, *supra* note 2, at 999; JOHN M. MAGUIRE, EVIDENCE COMMON SENSE AND COMMON LAW 224 (Foundation 1947); CHARLES T. MCCORMICK, ON EVIDENCE § 53, at p. 125 (West 2d Ed. 1972).

7 Morgan approached the dichotomy by the analysis of the

for the jury. This formulation has a ring of utter simplicity, and, over the years, I have developed some finesse in my ability to deliver the message to students—I think.

My message, based on the language immediately above, is that if the preliminary fact question is one, the answer to which determines the relevance of the evidence and nothing more, then the jury must have the final word on deciding the existence of the fact. The simplicity of this part of the formulation is complicated by the reality that even when the jury functions as the final arbiter of the existence of facts to determine relevance, the judge also has a role: to make sure that there is adequate evidence presented from which the jury could find such fact to exist.

The questions of fact for the judge ultimately to determine with finality are those that involve more than just determining the relevance of the evidence dependent upon the finding of the fact's existence. In other words, if the decision as to the fact's existence involves the preservation of an exclusionary rule of law, either the law of evidence or substantive or constitutional law, then the judge must be the one to decide whether the fact exists, before the jury gets to hear anything

about the proffered evidence. Otherwise, the jury would be tainted by consideration of the evidence governed by the exclusionary rule. In other words, the judge must be the fact-finder in order to ensure that the value promoted by the rule will be achieved, either to serve the gods of evidence, or some constitutional or substantive law goal. In such a situation, just because the preliminary fact question also determines relevance, the judge must still be the fact-finder. And, the judge must be the fact-finder even if both the preliminary fact is also an ultimate fact on the merits of the case and that fact may thus be the jury ultimately to resolve the case.

I believe that the foregoing formulation works largely to explain the operation of the evidence law and rules under the FRE completely and would work under the CEC, but for the CEC's deviation from logic in allocating the preliminary questions of the existence of certain facts with respect to the authority of agents and co-conspirators (a sub-species of agents). I will even go so far as to say that the drafters of the CEC got it wrong, at least insofar as the theory is concerned. I believe, as I point out in Part IV, *infra*, that they overlooked some fundamentals. I side with the ghosts of Professor John Kaplan and Judge Otto Kaus in concluding that the mavens of the CEC did, in fact get it wrong.⁸ I say this after re-reading much of the literature on the basics of preliminary fact determinations and Professor Mendez's most recent recommendations to the California Law Revision Commission, in which he recommends no change in the area that I think makes the least sense: the determination of the preliminary facts necessary for the admission of agents' and co-conspirators' admissions.⁹

.....

relevance question as one of "conditional" relevancy and much has been written (and debated) about whether the relevance issue is truly one of conditional relevancy or mere relevancy. The FRE, in the language of Rule 104 itself deals with the notion of conditional relevancy. The full force of that debate is beyond the scope of this essay, but let it be said that I do not care if one considers the relevance question one of conditional relevancy or relevancy generally. My point is that the questions of fact that are for the jury under 104(b), and that should be for the jury under CEC § 403, arise in situations where the issue presented is one upon which relevance depends and nothing more. The debate about conditional relevancy, should the reader be interested, should be traced through Vaughn C. Ball, *The Myth of Conditional Relevancy*, 14 GA. L. REV. 435 (1980), Dale A. Nance, *Conditional Relevancy Reinterpreted*, 70 B.U.L. REV. 447 (1990), Ronald J. Allen, *The Myth of Conditional Relevancy*, 25 LOY. L.A.L. REV. 871 (1992), and Craig R. Callen, *Rationality and Relevancy: Conditional Relevancy and Constrained Resources*, 2003 MICH. ST. L. REV. 1243 (2003). And, one of my favorites appears in Professor George Fisher's Evidence casebook, GEORGE FISHER, EVIDENCE 32-38 (Foundation 2002) in which he asks "Is there a there there?" in examining this literature on conditional relevancy.

.....

8 Otto M. Kaus, *All Power to the Jury—California's Democratic Evidence Code*, 4 LOY. L.A. L. REV. 233, 235 (1971); Kaplan, *supra* note 2, at 997-99 & 1000-01; see also Nance, *id.*, at 464-66.

9 Professor Mendez's recommendations are included in California Law Revision Commission, STAFF MEMORANDUM 2004-19 (May 28, 2004), attached as Exhibit 3

The critical difference between the recommendations to the California Law Revision Commission and the CEC and the position I advocate in this article, reflected in the FRE, is that preliminary questions in the areas of authorization for agents and conspiracy for co-conspirators though presenting conditional relevancy questions, also present questions that determine the application, or not, of a rule of evidence necessary for the admission of evidence. The recommendations to the California Law Revision Commission and the CEC allow the jury to hear contested hearsay in deciding the existence of those preliminary facts that determine the application of the hearsay exception that undermines the operation of the exclusionary force of the hearsay rule. The jury should not be allowed to consider the contested hearsay in deciding the existence of these preliminary facts.

In Part I, examine the treatment of preliminary facts under FRE 104 and judicial precedent interpreting the rule. In Part II, I examine the theory from which the federal rule developed. In Part III, I focus on the theory underlying the allocation of functions for agents' and co-conspirators' admissions. In Part IV I consider the CEC procedure affecting preliminary facts for agents' and co-conspirators' admissions and the criticisms of the procedure. Finally, in Part V, I test the critics' tests.

I. Preliminary Facts under the FRE

Federal Rule of Evidence 104 sets forth a scheme, or system, for dealing with preliminary facts¹⁰ that determine the admissibility of

evidence. According to the language of Rule 104(a), those preliminary fact questions for the judge are ones determining the admissibility of evidence generally and those concerning witness qualification and privilege.¹¹ Other than the specification of witness qualification and privilege, the Rule gives no further clarification about what species of questions might fall within the broader category of "admissibility of evidence." Subsection (b) says, however, that "[w]hen the relevancy of evidence depends upon the fulfillment of a condition of fact," the question is one for the jury,¹² but only if the proponent of the evidence submits or promises to submit evidence sufficient to support a finding of the existence of the fact.

Some preliminary fact questions are clearly determinable under one or the other of the provisions, 104(a) or 104(b), either because of the language of the rules or the comments of the drafters, principally in the advisory committee's notes. Preliminary questions relating

governed by Rule 104. A closer examination, however, suggests that Rule 104 addresses consideration *only* of determination of facts preliminary to the admission of evidence. Hence, for example, the question of the relevance of evidence presented by the standards of rules 401, 402, and 403, are to be decided by the judge consistent with those rules, and having no reference to the provisions of Rule 104. See, Allen, *supra* note 7, at 881-82. See also, Edward J. Imwinkelried, *Preliminary Fact Finding under Rule 104*, CALI Lesson, at question 22 and answer; available on the web at <http://www2.cali.org/index.php?fuseaction=lessons.lessondetail&lid=536>. It is particularly difficult to get this point across to students; Professor Imwinkelried's CALI lesson does a noticeably fine job of doing so.

11 Such preliminary fact questions "shall be determined by the court," albeit "subject to the provisions of subdivision (b)." This "subject to" language, I have come to believe, modifies the reference to "the court," thereby making clear that the judge continues to function even with respect to preliminary fact questions committed to the jury under subsection (b).

12 The word "jury" does not appear in the Rule. Students have sometimes had trouble understanding the division of functions of judge and jury contemplated by Rule 104 because of this. Even a quick reading of the advisory committee's notes accompanying the Rule, especially the note to 104(b) should alleviate this confusion. The note is clear, except for a seeming error when the committee note concludes: "If after all the evidence on the issue is in, pro and con, the jury could reasonably conclude that fulfillment of the condition is not established, the issue is for them." FED. R. EVID. 104(b), advisory committee's note, emphasis added. The word "not" should not be there. See Fisher, *supra* note 7.

thereto, is Miguel A. Mendez, *California Evidence Code—Federal Rules of Evidence III. The Role of Judge and Jury: Conforming the Evidence Code to the Federal Rules*, 37 U.S.F.L. REV. 1003 (2003).

10 FRE 104 is headed "Preliminary Questions" and subdivision (a) is headed "Questions of admissibility generally." FED. R. EVID. 104. The first clause of Rule 104(a) says, as does the title of the Rule, "preliminary questions concerning..." From this, it might appear that all preliminary issues arising concerning the admissibility of evidence are

to invocation or application of privilege are for the judge. Qualification to be a witness, particularly with respect to qualifying as an expert witness,¹³ also present questions of fact for the judge.¹⁴

The fact of a witness's personal knowledge,¹⁵ all manner of facts relating authentication¹⁶ of documents, objects, voices, and handwriting, and the fact of the existence of a writing,¹⁷ or status as an original or correct reflection of the contents of writings, recordings, or photographs,¹⁸ are all for the jury, according to the language of the pertinent rule or the advisory committee's notes to the rules. No other provisions of the rules or comments by the drafters suggest what other preliminary questions might be for the jury under Rule 104(b).

Supreme Court precedent provides guidance as to how some other preliminary fact questions should be treated under Rule 104. In *United States v. Bourjaily*,¹⁹ the Court, without any discussion, observed that both parties agreed "that the existence of a conspiracy and petitioner's involvement in it are preliminary questions of fact that, under Rule 104, must

be resolved by the [trial] court."²⁰ In the case, the pressing issues related to whether, and to what extent, the trial judge could engage in bootstrapping to decide those preliminary fact questions. The Court resolved that, indeed, the trial judge could utilize the contested evidence itself in deciding the existence of the facts necessary to admit that contested evidence; that is, engage in the process known as bootstrapping.²¹

On the question whether the trial judge could engage in total bootstrapping²²—the finding of the preliminary facts with no independent evidence whatsoever, relying solely on the content of the disputed evidence, the Court concluded it "need not decide [that question] in this case . . ."²³ The Court went on to conclude that hearsay admissible under such bootstrapped preliminary determinations by the trial court was admissible under the prevailing "firmly rooted" analysis for Confrontation Clause purposes²⁴ dictated by *Ohio v. Roberts*.²⁵

20 *Id.* at 175.

21 The Court attributes the first reference by the Court to the term "bootstrapping" to *Glasser v. United States*, 315 U.S. 60, 75 (1942): if a co-conspirator's statements could be admissible against an accused without "proof aliunde" that he is connected with the conspiracy, "hearsay would lift itself by its own bootstraps to the level of competent evidence." The *Glasser* Court cited no source for the bootstraps reference. There is some reference in earlier cases to the term in connection with cases involving failed credit, see, e.g., *Townsend v. United States*, 106 F.2d 273, 275 (3d Cir. 1939). In fact, however, there is a "boot straps" reference in Maguire and Epstein's article, at the very end, in the last footnote referring to Wigmore's advocacy of the principle that in making a factual determination upon which admissibility of evidence depends, the trial judge the "ordinary rules of evidence do not apply." Maguire & Epstein, *supra*, note 5, at 429-30, nn. 104 & 105. "If the rule quoted from Wigmore is correct, it goes a long way toward explaining many cases in which evidence seems to lift itself by its own boot straps."

22 FED. R. EVID. 801(d)(2) was amended, effective 1997, to prohibit total bootstrapping by the trial judge in determining the preliminary questions of authority of agents and the existence of a conspiracy and participation in it by the declarant and opponent of the evidence for the co-conspirators exception.

23 *Bourjaily*, 483 U.S. at 181. FED. R. EVID. 801(d)(2) was amended in 1997 to prevent total bootstrapping on the preliminary questions of the authority for agents' statements and conspiracy for co-conspirators' statements, the amendment having been designed in specific response to the Court's reservation of decision on the issue. See *id.* advisory committee's note to the 1997 amendment ¶ 2.

24 *Bourjaily*, 483 U.S. at 182-3.

25 448 U.S. 56 (1980).

13 The Supreme Court's decisions in this area, in fact, refer to the trial judge as the gatekeeper in determining admissibility of evidence of expert opinion. See, e.g., *Kumho Tire Co., Ltd. v. Carmichael*, 526 U.S. 137, 145 (1999).

14 But what else might come within the "qualification" to be a witness language of Rule 104(a)? Competency of witnesses under the FRE is no longer an issue for the most part, except for judges, per Rule 605, and jurors, per Rule 606. Personal knowledge is not a qualification question for the judge, see FED. R. EVID. 602, advisory committee's note. All other matters relating to witness capacity are not, under the FRE, matters of competency for the judge. The requirement of oath or affirmation by a witness, see FED. R. EVID. 603, seems to call for an administrative function, at most, by the court. Contrast CAL. EVID. CODE §§ 700 & 702 (West 2007), defining competency as encompassing the ability to be understood and understanding the obligation to tell the truth, both matters of capacity, not competency under the FRE.

15 FED. R. EVID. 602, advisory committee's note, ¶ 1: "It will be observed that the rule is in fact a specialized application of the provisions of Rule 104(b) on conditional relevancy."

16 FED. R. EVID. 901(a), advisory committee's note ¶ 2: "The requirement of showing authenticity or identity falls in the category of relevancy dependent upon fulfillment of a condition of fact and is governed by the procedure set forth in Rule 104(b)."

17 FED. R. EVID. 901(b).

18 Fed. R. Evid. 1008(a)-(c).

19 483 U.S. 171 (1987).

In *Huddelston v. United States*,²⁶ the Court addressed the admissibility of evidence of “similar acts” evidence under FRE 404(b). Defendant argued that the question of whether or not the accused had committed the “other act” alleged to be admissible under the Rule had to be decided by the trial judge before the evidence could be admitted and considered by the jury.²⁷ The Court rejected this claim, because of the “structure of the rules,” a reading of the plain language of Rule 404(b) itself, and the legislative history of the rule.²⁸ The Court then concluded that this question of fact was among “[s]uch questions of relevance conditioned on a fact [that] are dealt with under” FRE 104(b).²⁹ Hence, the “trial judge simply examines all the evidence in the case and decides whether the jury could reasonably find the conditional fact” to exist.³⁰

II. The Theory from which FRE 104 Developed

The principles (“merits”) underlying the allocation of the preliminary fact questions between judge and jury were identified authoritatively by Professor Maguire and Mr. Epstein and endorsed by Professor Morgan³¹ as five-fold: 1) simplicity; 2) predictability; 3) protection; 4) precision; and 5) prompt vindication. According to this analysis, preliminary questions determining the admissibility of evidence are to be decided by the judge, rather than the jury, to promote one or more of these five principles. Maguire and Epstein noted that promotion of these goals seemed to work as long as the preliminary fact questions did not bear upon the merits of the ultimate case.³² When, however, the question

of preliminary fact “merged imperceptibly into the weight of the evidence, if admitted”³³ they noted that most of the merits underlying the orthodox rule allocating the function of fact-finding to the judge could be achieved by transferring the function to the jury: only predictability would be lacking.

When the preliminary fact question and the ultimate question for the jury to resolve on the merits are the same, there is a seeming dilemma if the judge were to resolve the question of fact in such a way that the case would come to an end. Hence, to promote the value of trial by jury, many courts, as well as Maguire and Epstein, exhibited strong reluctance to allow the orthodox rule to operate. So, in such cases, there is substantial inclination to allow such questions to be decided ultimately by the jury, after the judge at least determines that there is sufficient evidence to take the issue to the jury. And, in the case of preliminary fact questions overlapped with ultimate questions, that could often be viewed the same as the issue presented on motion for directed verdict.

The same problem can also arise in cases involving the application of technical evidence rules. Maguire and Epstein, in their seminal article reviewed six alternatives for dealing with such situations, expressing no opinion or choice.³⁴ The most troublesome cases considered by them involved the determination of the application of rules of witness competency or privilege, for example the case of *State v. Lee*,³⁵ a prosecution for murder. The defendant was alleged to be one “Mack Lee,” who was admittedly the murderer. The defendant called Mack Lee’s wife and asked her whether the prisoner was her husband. Obviously counsel expected a negative reply.³⁶ At that point, the prosecution objected on grounds that spousal incompetence, the prevailing rule in Louisiana

.....
26 485 U.S. 681 (1988).

27 *Id.* at 686-87.

28 *Id.* at 687-89.

29 *Id.* at 689.

30 *Id.*

31 *Supra*, note 5.

32 Maguire & Epstein, *supra* note 5, at 398.

.....
33 *Id.*, citing and quoting Judge Learned Hand in *Di Carlo v. United States*, 6 F.2d 364, 367 (2d Cir. 1925).

34 *Id.* at 408-24.

35 54 So. 356 (La. 1911).

36 Maguire & Epstein, *supra*, note 5, at 408.

at the time, prevented the witness from testifying. The prosecution further demanded that the trial judge make the preliminary finding as to the existence of the marital relationship. The trial judge decided the fact, found the relationship existed, and “rejected the witness.” The defendant’s argument that he was entitled to a jury decision on the “identification of the accused as the person who committed the crime . . .” was rejected by the courts.³⁷ Maguire and Epstein are critical of this result, noting that a finding of other “error necessitating a new trial scarcely softens the result The evidential ruling was likely to deprive the defense of its very best witness on retrial.”³⁸

A contrasting case analyzed next by Maguire and Epstein is *Hitchens v. Eardley*,³⁹ a “well-known pedigree case” according to Maguire and Epstein. In their view and approval, the trial judge himself resolved the preliminary fact question in this case where the evidence was offered within an exception to the hearsay rule⁴⁰ and disallowed the opposing party’s attempt to introduce countervailing evidence on the issue. Maguire and Epstein distinguish the two cases on the basis that when the rule of “disability or incompetency of a witness” is imposed, the issue does not just address witness credibility, but also, as in the case at hand, the rule seeks to preserve the marital relationship, whereas the hearsay rule invoked in the later case “has for its sole object the protection of jurors from unveracious evidence.”⁴¹

37 *Id.* at 409.

38 *Id.* at 409-10.

39 L.R. 2 P. & D 248 (1871), as cited and discussed in Maguire & Epstein, *id.* at pp. 410-13 and characterized as a case in “contrast” to *Lee*. Professor Morgan discusses this case extensively, reaching a different conclusion from Maguire and Epstein. See Morgan, *supra*, note 5, at pp. 183-85, n.35. Though it is difficult to describe his conclusion with precision, he apparently thought, contrary to Maguire and Epstein, that the trial court in *Hitchens* made only a provisional decision, leaving it to the jury to disregard the evidence if it did not find the fact to exist.

40 Maguire & Epstein, at p. 411. The preliminary question was whether the declarant of a contested statement was a member of the family of the testatrix, and the statements of the declarant apparently asserted he was a member of the family.

41 *Id.*

Professor Morgan’s seminal article approved the work of Maguire and Epstein, but presented some “different interpretation of some decisions” and “a slightly different approach to some of the problems.”⁴² He stated the rule to be: “On theory, then, where the relevancy of A depends upon the existence of B, the existence of B should normally be for the jury; where the competency of A depends upon the existence of B, the existence of B should always be for the judge.”⁴³ He then reviewed the authorities finding them to be of “variegated inconsistency”⁴⁴ principally noting that within the judge’s realm of competency determinations “where it [the evidence] is such that a trier of fact might reasonably find either way, the cases show the orthodox rule in the process of dissolution”⁴⁵ Much of Morgan’s article takes apart the analyses of cases dealing with grounds for witnesses’ incompetency and privilege and, at the end, he advocates for the repeal of those rules of incompetency though some common law privileges, he thought, might be preserved.⁴⁶ In the analysis leading to this conclusion and in his later writing, however, I think Morgan got the nub of the distinction with clarity. In his *BASIC PROBLEMS OF EVIDENCE*⁴⁷ he describes conditional relevance giving two examples. First, M is charged with killing X and the fact that X carried life insurance naming M beneficiary is “entirely irrelevant unless M knew of it.” Second, P sues D for breach of contract and tenders evidence of an oral offer made to X and accepted by X on behalf of D. The “offer and acceptance are irrelevant unless X’s authority to act for D also exists. In each of these situations fact A is irrelevant without fact B.”⁴⁸ Morgan points out that the

42 Morgan, *supra* note 5, at 165 n. *.

43 *Id.* at 169.

44 *Id.* at 170, citing JOHN H. WIGMORE, 3 WIGMORE, EVIDENCE (2d ed. 1923) § 1644(2).

45 *Id.* at 175.

46 *Id.* at 190.

47 Morgan, *BASIC PROBLEMS OF EVIDENCE* (Inst. CLE 1961).

48 *Id.* at 46. The examples herein appear in the 1961 edition of

preliminary facts in both of these hypotheticals present a question:

. . . of the kind customarily answered by a jury; no rule of policy applicable to evidence requires the exclusion of this sort of evidence or forbids its consideration by the jury. . . . Consequently where the only objection to the admissibility is lack of relevance, it seems clear that the function of the judge should be to see to it only that sufficient evidence of each is introduced to justify a finding of its existence and the jury should determine the dispute as to each under proper instruction from the judge.⁴⁹

There is one further, pre-FRE, Supreme Court precedent that merits consideration,

and it is discussed by Maguire and Epstein, Morgan, and then Maguire alone: the case of *Gila Valley, Globe & Northern Ry. V. Hall*.⁵⁰ The reference to the case in the Maguire and Epstein piece treats it rather kindly, noting that the decision is at variance with the authors' conclusion about one-sided cases, concluding in a footnote: "The opinion does not make clear who should have decided the question of communication if there had been a real conflict of evidence."⁵¹ The case was this:

[P]laintiff sued for damages on account of personal injuries sustained when a railroad velocipede ran off the track. Defendant claimed contributory negligence, and offered evidence that the day before the accident a conversation occurred during which a cracked wheel-flange on the velocipede was mentioned within possible range of plaintiff's hearing (within twenty yards of him according to the description appearing in Maguire and Epstein's article). Evidence of the remark about the wheel was excluded on the ground that plaintiff was not proved to have heard it.⁵²

The Supreme Court approved of the decision, affirming that the preliminary fact question was one for the judge, not the jury. Morgan's description of this decision in his 1929 article asserts only: "The only possible ground for excluding this evidence was its irrelevancy."⁵³ Yet, Morgan's principal example of conditional relevancy cited in the advisory committee's note accompanying FRE 104(b) is a hypothetical suspiciously similar to the *Gila Valley* case.⁵⁴ Maguire, in his *Evidence, Common Sense and Common Law* is far less tactful: "The Supreme Court of the United States approved this ruling, saying that the finding of fact was to be made by the trial judge, and manifesting complete ignorance of the difference between problems of relevance and of technical incompetency with respect to such findings."⁵⁵

Numerous other preliminary fact questions that arise in application of the rules of evidence present the same issue of division of function of judge and jury. Closely aligned with the questions presented in the arena of co-conspirators' statements, are those preliminary to the admissibility of adoptive admissions. The hearsay exception at common law, and exemption (as non-hearsay) under the Federal Rules, requires that a person's manifestation of intent to "adopt, agree with, or approve of the contents of the statement of another as a precondition to the admissibility of evidence offered under" that exception or exemption.⁵⁶ For example, to borrow a hypothetical from Professor Kaplan:

Prosecution of D for rape. Witness, W, wishes to testify that while he sat in a bar with D, the prosecutrix's father, F, entered, pointed at D and said: "You are the man who attacked

.....
BASIC PROBLEMS OF EVIDENCE. The examples appearing in the advisory committee's note accompanying FED. R. EVID. 104(b) appear in the 1962 edition of the same book.

49 *Id.*

50 32 U.S. 94 (1914).

51 Maguire & Epstein, *supra* note 5 at 402, n.34.

52 Maguire, *supra* note 6, at 223.

.....
53 Morgan, *supra* note 5, at 173.

54 FED. R. EVID. 104(a) advisory committee's note.

55 Maguire, *supra* note 6, at p. 223. For more recent analysis of the *Gila Valley* case, see Nance, *supra* note 7, at pp. 466-72. Professor Nance takes an extensive look at the *Gila Valley* case and proposes a different view than that expressed by others quoted herein. See also, Callen, *supra* note 7, at pp. 1249-50.

56 *State v. Carlson*, 808 P.2d 1002, 1008 (Or. 1991).

my daughter,” but that D made no reply.⁵⁷

In order for this evidence to be relevant, D must have heard the accusation, and it must be the case that the circumstances were such that if the accusation were untrue, D would have denied it.⁵⁸ These facts, upon which relevance depends, can be decided by the jury, no doubt—and Professor Kaplan concludes that these are questions for the jury. So, the pre-FRE law similarly treated such questions as ones for the jury.⁵⁹ He also notes, however, “that the problem is somewhat more complex than this . . .” and proceeds to argue that allowing the jury to hear the father’s accusation while deciding the whether he admitted it, would be unrealistic.⁶⁰ Surely, he asserts, “the jury would, of course, ignore the judge’s instructions that F’s statement should not be considered for the truth of

the fact it asserts, but only to show that he did or did not admit.”⁶¹ The point is that the problem inherent in such preliminary fact question scenarios is one that involves conditional relevancy plus, the plus being the necessary determination whether the policy of an exclusionary rule of law or evidence can be furthered. The policy of the hearsay rule prohibits statements from being considered for their truth unless certain requirements are met: here, the foundation for an adoptive admission. To allow the jury to hear the statement in order to find the basis for whether the evidence is relevant defeats the operation of the exclusionary rule and the purpose behind it.⁶²

III. Admissions by Agents and Co-conspirators⁶³

A subject most pertinent to this essay is the preliminary questions presented by admissions: admissions by agents and co-conspirators. Maguire and Epstein allude to such questions as drawing the hearsay rule into issue and hence “the evidence [is] challenged on grounds of competency rather than, or at least, as well as, relevancy.”⁶⁴ This statement is followed by a reference to a later point in the

57 Kaplan, *supra* note 2, at 1002.

58 *Id.* As Professor Kaplan points out: “Our black letter law is that when a party is accused of something in circumstances where, had he been innocent of the accusation, he would have denied it, his failure to make any denial is admissible as an admission.”

59 See, e.g., Committee on Model Jury Instructions Within the Eighth Circuit, *MANUAL OF MODEL CRIMINAL JURY INSTRUCTIONS FOR THE DISTRICT COURTS OF THE EIGHTH CIRCUIT* § 4.14 “Silence in Face of Accusation (2000 ed.). This manual cites a number of other jury instruction manuals and cases noting, “Whether all the elements necessary to give such **silence** capacity to be admitted as an implied or **adoptive** statement are preliminary questions for the court,” citing among other sources, *United States v. Carter*, 760 F.2d 1568, 1580 n.5 (11th Cir. 1985). The manual contains the following statement in note 1: “In the previous edition, this Committee joined in the comments to Ninth Cir. Crim. Jury Instr. 4.2 (1997) and Federal Judicial Center, *Pattern Criminal Jury Instructions* § 45 (1988) recommending that no instruction on this topic be given. However, without such an instruction, the jury is given no guidance on the important findings it must make before it can consider silence to be an admission. Accordingly, if requested by defendant, the jury may be instructed on the elements it must find before it can find evidence of the defendant’s silence to be an admission.” That the law seems murky on this point is not surprising. The Oregon Supreme Court, in *State v. Carlson*, *supra*, note 54, adopted the views advocated by this author in Garland & Schmitz, *supra* note 1 in concluding that the judge determine the preliminary facts in deciding admissibility of an alleged adoptive admission under the state version of FED. R. EVID. 801(d)(2)(B). The Carlson view was followed by the Supreme Court of Hawaii in *State v. Gano*, 988 P.2d 1153, 1164 (Haw. 1999), and is cited in some secondary sources, but there is no plethora of decisions, state or federal endorsing the proposition.

60 Kaplan, note 2, at 1002.

61 *Id.* at 1002-03.

62 See text accompanying footnote 30, *supra*. Professor Kaplan presents a follow-up hypothetical, the same as the last in the text, “except F asks: ‘Are you the man who attacked my daughter?’” Kaplan says that whether the preliminary facts in this scenario are for the judge or jury “is a close case” because the question is not itself a statement, and hence “the jury might not be tempted to rely on the credibility of the questioner.” But, there is an implied assertion of the guilt of F, he points out. [Under the assertion based definition of hearsay, one might readily conclude that questions are not hearsay, so Professor Kaplan’s point is a good one; but so is his point that the implication is still troublesome under the hearsay rule.] With obvious tongue-in-cheek, Kaplan concludes: “In any event, the question is a difficult one and I am prepared to overlook it here if the reader is as well.” In this writer’s view, the answer to this hypothetical is the same as the previous: the preliminary fact questions should be resolved by the court, not the jury.

63 One might also include here the identity of the declarant, but I think that presents a separate issue and I treat it, *infra*, in Part V.

64 Maguire & Epstein, *supra* note 5, at 407 (emphasis added).

article where the authors, while examining the permutations of deviations from the orthodox rule, reference cases dealing with the “admissibility of declarations by one or some of a group of alleged conspirators against the whole group . . .” and “hearsay assertions of an alleged agent” to prove agency.⁶⁵

Morgan, in his 1929 article picks up the thread of the reference to agent and conspirator statements as the starting point for a blistering criticism of departure from the orthodox rule.⁶⁶ It is this criticism that I think forms the most viable argument for the allocation to the judge of preliminary questions related to the admissibility of agent and conspirator statements. The result of Morgan’s criticism is his conclusion thereafter expressed by him⁶⁷ and others⁶⁸ that, to preserve the exclusionary rule (the hearsay rule), the preliminary facts that must be found to exist for a statement by an alleged agent or conspirator to be admissible against an alleged principal or co-conspirator, are for the judge, not the jury, to find.

Remember, the orthodox rule is that “where the competency of A depends upon the existence of B, the judge alone shall determine the existence of B.”⁶⁹ So for our discussion, where the admissibility of a claimed agent’s or co-conspirator’s statement depends upon the existence of the agency relationship or conspiracy, the judge, as arbiter of rules of

competency, of which hearsay is surely one, is the sole determiner of those preliminary facts according to the orthodox rule. Morgan points out that if the evidence as to B “is such as to require a particular finding, no difficulty arises. But where it is such that a trier of fact might reasonably find either way,” the state of the law, particularly as explored by Maguire and Epstein, shows the orthodox rule, to be in a process of dissolution in at least four stages.⁷⁰

Morgan then notes that the fourth stage of dissolution, the worst stage, is where “the trial judge is required to admit A unconditionally.”⁷¹ His condemnation of this result is most direct:

Such a rule means total abandonment of exclusionary rules wherever their applicability depends upon the decision of a preliminary question of fact. It means in cases in which the exclusion is based on dangers of false valuation that while a jury cannot be trusted to evaluate A where B does not exist, it can be trusted to do so where the existence of B is in dispute.⁷²

According to Morgan the sole application of this worst stage principle “is where the preliminary fact B, upon which the competency of A depends, coincides with an ultimate fact for the jury.”⁷³ Further, he asserts, within the class of such cases, the phenomenon “is exhibited chiefly in situations where A is the declaration of an alleged conspirator or agent offered against his alleged fellow conspirator or principal.”⁷⁴ He supposed that such “serious

65 *Id.* at 418, n.78.

66 Morgan, *supra* note 5, at 183-89.

67 Morgan, BASIC PROBLEMS, *supra* note 47, at 282: The admissibility of a vicarious admission depends upon the relationship of the declarant to the party against whom the declaration is offered in evidence. Speaking generally where the relationship is one of agency, the courts usually hold that the question of the declarant’s authority to speak for the party is a preliminary question for the judge. In the case of alleged co-conspirators, if the declaration of one is offered against the others, its admissibility depends upon a preliminary finding of conspiracy by the trial judge. But since in most instances this preliminary question coincides with an ultimate question for the jury, the decisions frequently admit the declarations after a showing which would justify the jury in finding a conspiracy. These observations are supported by a footnote reference to the 1927 Maguire and Epstein and 1929 Morgan articles, *supra* note 5.

68 See Kaus, *supra* note 8 and Kaplan, *supra* note 2.

69 Morgan, *supra*, note 5 at 175.

70 *Id.*

71 *Id.* at p. 176.

72 *Id.* at p. 177.

73 *Id.* at p. 183

74 *Id.* Professor Morgan again references the Maguire and Epstein article and cases collected therein as the basis for his observations. *Id.* at n.34. Following the footnote reference to those cases Morgan offers a curious possible explanation for courts’ admitting the evidence (A) “unconditionally.” He says:

These decisions may be explained by the court’s [sic] failure to distinguish between the declarations offered for their assertive value and the non-verbal acts and declarations offered as constitutive conduct for which the conspirator or principal is alleged to be responsible. In the latter situations, the question is one of relevancy only, and both A and B properly go to the jury where there is a dispute in the testimony. The opinions frequently intermingle “acts

departures from the orthodox rule” resulted from the desire to promote trial by jury and to avoid “judge-made” decisions.⁷⁵ But, Professor Morgan elegantly rejects such grounds for reaching a conclusion that denudes exclusionary rules of their force.

First, he points out that frequently a litigant only has access to incompetent evidence to support his case, incompetent under either statute or common law rule;⁷⁶ and, we may add today, incompetent under constitutional principle.⁷⁷ In the situation that a litigant’s case cannot be made because based on incompetent evidence that does not depend upon a preliminary fact determination, “no court allows itself to be influenced by this consideration.”⁷⁸ Motions to dismiss for failure to state a claim, on summary judgment, for directed verdict, or the criminal equivalent of judgment of acquittal, are granted all the time because of a failure of the proponent to promise or tender competent evidence. If then, the basis for finding evidence incompetent is the existence of an exclusionary rule of

evidence, such as the hearsay rule, and that rule is valid, “there is no plausible or substantial reason for discriminating between such cases [e.g., directed verdict] and those where a preliminary [fact] investigation is necessary.”⁷⁹ To the argument that decision by the judge on preliminary questions for admissibility of evidence purposes usurps the function of the jury, Morgan concludes:

There never was a time when every question of fact arising in a lawsuit was to be decided by the jury; nor has there been a time since the jury has been required to base its findings upon evidence submitted in open court, when it has been privileged to hear and consider all relevant evidence. There is nothing inherently objectionable in a judge-made decision.⁸⁰

There is an argument that when the preliminary and ultimate facts overlap, since the jury must ultimately find the ultimate fact, it does not matter that the jury gets to decide preliminarily. Morgan responds to this: “This overlooks the very gist of the question.”⁸¹ He points out that: “To decide B [the preliminary fact] on evidence exclusive of A [the disputed evidence] is quite a different thing from deciding B with the helpful or harmful influence of A. If A without B is improper provender for the jury, its prejudicial effect is not at all reduced by the circumstances that B is one of the issues on the merits.”⁸² Morgan’s ultimate conclusion with respect to this subject is: “In short, there is no argument for departure from the orthodox practice which does not strike at the validity of the exclusionary rules themselves.”⁸³

.....
and declarations” and rely upon Greenleaf’s confused and confusing characterization of the alleged representative’s conduct as “original evidence.”

Id. The quote is supported by an extensive footnote that mainly discusses the *Hitchens* decision, but does not further reference Greenleaf. The gist of the quote makes sense in the context of agents’ and conspirators’ statements. If such statements are offered to prove the very act in question, e.g., the offer of contract or the robber’s threat, then the statements are verbal “acts,” are not hearsay, and the only preliminary fact question is whether they were uttered by the person claimed to be the agent or co-conspirator. This also assumes the existence of other evidence of the other preliminary facts relating to the agency or conspiracy.

75 *Id.*, at 184-85. I grossly simplify Morgan’s rationalization but the point is essentially as stated.

76 *Id.*, at 186.

77 Morgan’s examination of the first stage of dissolution from the orthodox rule in Part III of his 1929 article, *id.*, at 176, is the Massachusetts procedure for dealing with confessions in criminal cases approved by the Supreme Court in *Jackson v. Denno*, 378 U.S. 368, 380 n.8 (1964), which also condemned the New York procedure allowing the judge to pass the voluntariness question to the jury without first deciding the question himself, where reasonable minds might differ. The difference in the Massachusetts procedure is that the trial judge must first make his own determination that the confession is voluntary before passing the same question to the jury for reconsideration. *Jackson v. Denno* raised the issue of voluntariness of a confession to constitutional dimension.

78 *Id.* at p. 186.

79 *Id.*

80 *Id.*

81 *Id.*

82 *Id.* at pp. 186-87. To a further argument, that the jury might disagree with the judge on the preliminary fact (overlapping with the ultimate fact), if they were able to decide it, Morgan responds: “Well, what of it?” *Id.* at p. 187. “There is... no requirement at all that judge and jury shall agree on ultimate facts...” as long as both adhere to their jobs in accordance with the proper allocation of functions. *Id.* at 187-88.

83 *Id.* at 189 (footnote omitted).

Professor Kaplan addresses the preliminary questions for conspirators' admissions' in his article,⁸⁴ but he does so by contrasting the treatment under the FRE with the treatment under the CEC. So, let us turn to the CEC treatment of preliminary facts in those instances.

IV. Admissions of Agents and Co-Conspirators under the CEC

Professor Mendez, in his article relied upon by the California Law Revision Commission,⁸⁵ characterizes the difference between California's treatment of the division of functions on preliminary questions as a use of a "sufficiency standard" in CEC § 403, versus a "higher standard" under CEC § 405.⁸⁶ He asserts that "[s]cholars disagree" on when that difference in "standard" should be used and then asserts that the CEC "avoids the controversy by describing the particular kinds of preliminary fact issues governed" by the respective sections.⁸⁷ In addition, specific sections of the Code and the comments accompanying sections 403 and 405 specify and list the particular kinds of preliminary questions governed by each section respectively. Remember, CEC § 403 is the counterpart to FRE 104(b) and CEC § 405 is the counterpart to FRE 104(a). So, the result of the commitment of CEC § 403 preliminary fact questions to the sufficiency standard is to delegate the function of ultimate fact-finding on such questions to the jury, not the judge.⁸⁸

Whether a party has authorized or adopted an admission and whether a conspiracy exists for admissibility of a co-conspirator's admission, are preliminary fact questions governed

by CEC § 403.⁸⁹ Moreover, CEC § 1222, stating the hearsay exception for authorized admissions, and CEC § 1223, stating the hearsay exception for co-conspirators' statements, both specify that such evidence is admissible upon or subject to "admission of evidence sufficient to sustain a finding" of the preliminary facts.⁹⁰ Professor Mendez concludes: "Reasonable people might differ on whether the foundational facts for this hearsay exception should be provided by a sufficiency or higher standard,"⁹¹ citing Professor Kaplan's article as "arguing that the foundational facts of the hearsay exception for co-conspirators' statements should be governed by section 405 since jurors are unlikely to engage in the required fact finding before considering the statement."⁹²

Professor Kaplan explored the issues in connection with a series of hypotheticals, with one that presented the basic co-conspirator's statement problem:

Prosecution of D for aiding and abetting a bank robbery. W testifies that he (W) was in on the plan and that, to bolster his (W's) courage, A, his coconspirator told him, "You know D is an excellent driver. Well, D told me he'll be waiting outside the bank with the motor going."⁹³

After citing CEC § 1223, and "temporarily put[ting] aside the problem of what to do when the crime charged is conspiracy so that the preliminary question and ultimate question are the same," Kaplan concludes, "[s]urely, in principle [the] section, which makes the preliminary fact questions . . . [jury questions], is in error."⁹⁴ He bases this conclusion on the reasoning that the "jury will likely give short shrift to" the preliminary fact questions; the jury is likely to "ignore our hearsay rule and decide whether to give the statement

84 Kaplan, note 2, at pp. 997-99 & 1007.

85 Mendez, *supra*, note 9; California Law Revision Commission, *supra*, note 10.

86 Mendez, *supra*, note 9 at 1010.

87 *Id.*

88 Of course, the judge still must determine that there is presented evidence sufficient to support a finding of the preliminary facts by the jury.

89 Mendez, *supra* note 9 at 1013. See also, CAL. EVID. CODE § 403, assembly committee on judiciary comment.

90 CAL. EVID. CODE §§ 1222(b) & 1223(c).

91 Mendez, *supra* note 9, at p. 1019.

92 *Id.*, n. 89.

93 Kaplan, *supra* note 2, at p. 997.

94 *Id.*

weight depending on whether they think A was knowledgeable and truthful, regardless of whether he was a coconspirator.”⁹⁵ This was the very point made by Professor Morgan in condemning this procedure for placing upon the jury “impossible burdens of deciding issues of fact upon which admissibility depends” and leading ultimately to abandonment of the exclusionary rules.⁹⁶

At the very least, the California procedure, applied to this hypothetical, even in the most common type of case—where A was clearly a conspirator but defendant’s status as a conspirator is disputed—permits the jury to bootstrap,⁹⁷ a result that is denied even to the judge under current California law.⁹⁸ Noteworthy is the fact that the Commission concluded that the bootstrapping problem is not an issue under California law with respect to “the admissibility of co-conspirator hearsay . . . because California law generally provides that the preliminary fact necessary for admission of admissions . . . are subject to sufficiency review under Section 403.”⁹⁹ Surely, the Commission should see that the result of allowing the conditional relevancy determination by the jury on the “sufficiency of evidence” standard results in bootstrapping! But, apparently

it does not. Why is this so? And, what of the more problematical scenario where the defendant is charged with conspiracy as well as the substantive crime, in which case the jury will necessarily, under California procedure, hear the disputed evidence in deciding the preliminary questions necessary for them to consider that very evidence: in other words the issue presented in *Bourjaily* that led the United States Supreme Court to reaffirm the functions of judge and jury in this arena under FRE 104.¹⁰⁰

Before answering the question about bootstrapping, let us turn back to Professor Kaplan and his further consideration of the California procedure in a slightly different context. He points out that in connection with the hearsay exception for authorized admissions, closely related to the co-conspirator’s exception, the CEC “reaches the indefensible result of allowing the preliminary fact to be ignored completely.” CEC § 1222(b) makes the question of authorization one for the jury.¹⁰¹ Kaplan notes that a rational jury will pay no attention to the “artificial preliminary fact requirement of authorization” in “the usual case” where “the truck driver’s statement as to his own negligence probably should be admissible against his employer even if he was not authorized.”¹⁰² Interestingly, the CEC allows the jury to hear such statements in a larger number of cases than the common-law and California authority rule would otherwise require, but that result is not because of the law’s definition of the hearsay exception, and “the proper remedy is to change the exception.”¹⁰³ Moreover, when

95 *Id.* Professor Kaplan points out that “where the declarant, A, was clearly a conspirator and the disputed preliminary fact question is whether the defendant, D, was also a member of the conspiracy,” the California error is not so serious because if “D’s guilt of bank robbery were based on his membership in the conspiracy, and the jury did not believe him to have been a conspirator, it would acquit him.” Then, “it would be hard to get upset about whether or not the jury improperly considered A’s hearsay statement as to D’s guilt.” *Id.* at 997-98.

96 Morgan, *supra* note 5, at 175-76.

97 Professor Kaplan points out, following the quoted observation in note 95, *supra*, that “the other possibility that many find upsetting... the jurors would believe D to be guilty in part because they considered A’s hearsay statement on this [D’s membership in the conspiracy] issue.” Kaplan, *supra* note 2, at 998.

98 Mendez, note 9, at p. 1021: “The rules of evidence apply to hearings on the admissibility of evidence under sections 403 and 405.” The California Law Revision Commission staff has tentatively recommended the Code be revised to conform to federal law on this issue. California Law Revision, *supra* note 10, at 8.

99 California Law Revision Commission, *supra* note 10 at p. 7.

100 See discussion accompanying notes 19-24, *supra*.

101 CAL. EVID. CODE § 1222(b) and CAL. EVID. CODE § 403, assembly committee on judiciary comment.

102 Kaplan, *supra* note 2, at 999 (footnote omitted).

103 *Id.* The FRE counterpart to CEC § 1222 is FED. R. EVID. 801(d)(2)(C) & (D). Under FRE 801(d)(2)(D), the authority need be only to act, not speak. Hence, though the preliminary fact question regarding the authority still is for the judge under FRE 104(a), the narrower common-law and CEC restriction on agents’ admissions being admissible on specific authority to speak will not likely keep the evidence from the jury under the CEC procedure, as pointed out in the text, above. Nonetheless, it is a puzzlement why

the proponent of the agent (the truck driver in our example) has no evidence of authority to speak, “even the treatment of the question as . . . [one for the jury] will not help produce the ‘correct’ result of admitting the statement.”¹⁰⁴ Professor Kaplan points out the result of the California procedure “allows the jury to hear what may be unauthorized statements, even” where most persons willing to enforce the hearsay rule would deny those statements admissibility.¹⁰⁵ He proclaims: “In this case, at least, two wrongs do not make a right.”¹⁰⁶

Let us turn back to the question why the Commission does not see that the CEC procedure leads to jury bootstrapping when the Code does not permit judge bootstrapping. In its latest staff memorandum,¹⁰⁷ the Commission gives the reasons why it poses no recommendation to bring the CEC in line with the FRE on the preliminary questions in the areas of authorization for agents and conspiracy for co-conspirators. The memorandum first quotes Professor Mendez’s assertion that “reasonable people might differ on whether the foundational facts for this hearsay exception should be proved by a sufficiency or higher standard.”¹⁰⁸ As previously noted, this overlooks the fact that the effect of the shift of the preliminary facts to the jury is not merely a matter of choice of standards of proof; rather, it is a shift of fact-finding function.

Second, the Commission cites and relies upon a 1976 “study” by Professor Jack Friedenthal.¹⁰⁹ The body of the Commission’s memorandum cites this study and says that Professor Friedenthal “describes the admissibility of an authorized admission as turning on a question of conditional relevance, i.e., if

a statement is not authorized by a party or it is not made in furtherance of a conspiracy of which the defendant is a part, then it is inadmissible because irrelevant. Questions of conditional relevance are for the jury to determine under Section 403.”¹¹⁰ The critical point of departure between the Commission’s observations here and the analysis of Professors Maguire and Epstein, Morgan, and Kaplan,¹¹¹ and Judge Kaus, as well as this author, is that the preliminary questions in such cases, though presenting conditional relevancy questions, also present questions that determine the application, or not, of a rule of evidence. These questions are not relevancy¹¹² questions only. Therefore, allowing the jury to hear the contested hearsay in deciding the existence of those preliminary facts that determine the application of the hearsay exception abrogates the operation of the exclusionary force of the hearsay rule if the jury considers the contested hearsay in deciding the existence of the preliminary facts. And, there is nothing to ensure that the jury will not do so, nor is it reasonable to think that the sufficiency test for the judge and a limiting instruction to the jury will resolve the problem.

The Commission concludes that the procedure “has been the law in California for over 37 years Neither Professor Mendez nor Professor Friedenthal are recommending substantive change to that approach.” And, finally: “While the staff sees merit in the criticism

.....
 the CEC reaches this result in such a roundabout way.
 104 Kaplan, supra note 2, at 999.
 105 *Id.*
 106 *Id.*
 107 California Law Revision Commission, STAFF MEMORANDUM 2004-55 (November 8, 2004).
 108 *Id.* at p. 10, citing Mendez, supra, note 9.
 109 JACK FRIEDENTHAL, *Analysis of Differences Between the Federal Rules of Evidence and the California Evidence Code* (Jan. 1976) (on file with the Commission).

.....
 110 California Law Revision Commission, supra note 107, at 10 (emphasis in the original), citing Friedenthal, supra note 109, at 46-47, 50. Of some interest is that Professor Friedenthal also stated, in the same section of his study that FED. R. EVID. 104(b) “is generally identical with § 403(1).” *Id.* at 46.
 111 The Commission, in the memorandum, pays lip service to Professor Kaplan’s criticism, observing that he “makes a good point,” but asserts that the judge’s screening for sufficiency and the availability of an instruction to disregard the contested hearsay if the jury fails to find the preliminary facts “help to ameliorate the problem [Professor Kaplan] described.” California Law Revision Commission, supra note 107 at 11.
 112 I have refrained from calling the relevance questions “conditional” relevance questions, in order to avoid the dispute over the existence of conditional relevance. See discussion in note 7, supra.

offered by Professor Kaplan, it isn't clear that the problem he describes is actually creating practical difficulties significant enough to warrant reversal of long-standing law."¹¹³ I suppose that continuing rules and procedures that are inconsistent with history, doctrine, and theory on the ground that no significant practical difficulties have arisen is a practical resolution.

V. Conclusion: A Test of the Critics' Tests—Preliminary Fact of Identity of the Declarant

Who, judge or jury, decides the identity of the declarant to determine whether a proffered statement is admissible as an admission by a party opponent, poses one of the most challenging issues under the principles discussed in this essay. The answer to that question is not so clear under the FRE and, under the CEC is treated too simply. Let us consider a fairly recent case and two hypotheticals posed by Professor Kaplan¹¹⁴ in addressing this problem.

The case is *United States v. Vigneau*,¹¹⁵ involving conviction of the defendant of various charges stemming from his participation in a drug distribution scheme. He allegedly engaged in money laundering as part of the charged drug transactions and scheme. The government introduced against the defendant 21 Western Union "To Send Money" forms, filled out with defendant's name, address, and telephone number, each form supporting a money order which the sender sent, according to the government, to launder money derived from the drug scheme. The Court of Appeals reversed the conviction, finding that the admission into evidence of the "To Send Money" forms was error. The government argued that

the forms were admissible within the business records exception,¹¹⁶ but the Court of Appeals rejected this argument because there was no foundational evidence that the source of the critical information contained in the business form was a person with a business duty to report. The forms were filled out by the Western Union employees, from information transmitted orally by the customer. Under the familiar doctrine of *Johnson v. Lutz*,¹¹⁷ the forms thus failed as business records.¹¹⁸

In order for the evidence to be admissible, the declarant—here the customer securing the money order would have to be shown to be the defendant. Hence, the critical preliminary fact question upon which admissibility depended was the identity of the declarant. The only evidence of that was the content of the forms themselves: the government presented no independent evidence that the 21 forms were obtained by Vigneau.

The Vigneau court noted that if there were independent evidence that the defendant wrote the forms (or supplied the information inserted by the Western Union agent), the statements would be admissible as party-opponent admissions. The court also noted that whether the defendant "signed the form may be governed by Fed. R. Evid. 104(b) as a matter of conditional relevance."¹¹⁹ And, if the issue were whether the information was supplied by Vigneau, if the government had presented circumstantial evidence to that effect, sufficient for a jury to so find, that too might have been admissible under FRE 104(b).¹²⁰

The Vigneau court was surely wrong that the preliminary fact question of the identity of the declarant in the case before it was one

113 *Id.*

114 I have previously addressed these hypotheticals in my earlier article in support of a proposed revision of FRE 104, see Garland & Schmitz, *supra* note 1. This essay, I think, demonstrates that the thinking reflected in that article is still viable. The ambiguity of resolution of the problems discussed in this final section of this essay suggests that some revision of the Rule might still be appropriate. But, that is beyond the scope of the subject of this essay.

115 187 F.3d 70 (1st Cir. 1999).

116 FED. R. EVID. 803(6).

117 170 N.E. 517 (N.Y. 1930).

118 *Vigneau*, *supra*, note 114, at pp. 75-76. As an interesting aside, the court noted that some "outsider" statements can be admitted within the business records exception upon a showing that the "business itself used a procedure for verifying identity (e.g., by requiring a credit card or driver's license)." *Id.* at p. 77 (footnote omitted).

119 *Id.* at p. 75, n.2.

120 *Id.* at p. 76.

that would have been for the jury, if there had been any evidence sufficient to support a jury finding as to defendant being the supplier of the information. If the jury were permitted to hear the independent evidence and the contested evidence relating to the forms, the jury could not be trusted to consider the independent evidence without being affected by the contents of the forms as well. Thus, under the rationale posited in this essay, the preliminary fact question of the identity of the declarant, not being one of relevance alone, would be for the judge, not the jury.

Consider the two hypotheticals on this subject from Professor John Kaplan's article. Here is the first:

P v. D, an auto accident case. W, a police officer, testifies for the plaintiff that after an intersection collision, he approached the defendant's car and asked, "What happened?" A voice answered, "I couldn't see because the windshield was all fogged up." It is disputed, however, whether this statement was made by the defendant driver, D or by D's passenger, F.¹²¹

If the statement was made by D, it would be admissible as an admission, just as the "To Send Money" forms in the Vigneau case. And if made by the passenger, it would be a hearsay statement by the passenger, inadmissible on its face, in the absence of any applicable exception to the hearsay rule, just as would be the forms in Vigneau if submitted by someone other than the defendant. As Kaplan points out, the CEC treats the preliminary question as one for the jury, since CEC § 403(a)(4) specifically covers the case.¹²² But he asserts that only a little thought "reveals that the preliminary question . . . should be [one for the judge]."¹²³ This is because the jury might find

the statement critical to the case, whoever said it and would not "have much interest in what, for our evidence law, is the crucial question: whether the statement was made by the driver or by the passenger."¹²⁴ Similarly, in Vigneau, once the jury got to see the content of the "To Send Money Forms," containing as they did, the defendant's name, address, and telephone number, the jury would "not have much interest in what, for our purposes is the crucial question: whether the" person supplying the information to the Western Union agent was the defendant or someone else. There being no independent evidence of Vigneau being the person before the agent, it would not be likely that the jury would overlook the circumstantial effect of the contents of the forms pointing to him as the culprit.

In answer to the question how could the CEC call this a jury question, Professor Kaplan asserts that the "drafters simply were thinking of another question",¹²⁵ namely one presented in a slightly different hypothetical:

Same as [the last] hypothetical . . . except that, in answer to the policeman's question, the voice from the car said, "I don't know, I fell asleep just before the accident." Again, it is disputed whether D or F said this.¹²⁶

In this case, the evidence is relevant to D's negligence only if D made the statement, and not if his passenger did. In this scenario, the statement, if made by F, would not only be hearsay, but would be irrelevant as well, since "there is nothing wrong with driving accompanied by a dozing passenger."¹²⁷ Hence, a jury should decide whether the statement was made by D or F, but a court applying the CEC to the first of these two hypotheticals "could reach the correct allocation of the preliminary fact question only by placing the purpose of the rule above its literal wording."

121 Kaplan, *supra*, note 2, at p. 1000.

122 *Id.*, quoting CAL. EVID. CODE § 403(a)(4) provides that the question of fact is for the jury, when: "The proffered evidence is of a statement or other conduct of a particular person and the preliminary fact is whether that person made the statement or so conducted himself."

123 *Id.*

124 *Id.*

125 *Id.*

126 *Id.*

127 *Id.*

So, I end where I began. My simple proposition, which I think has rung true to the end of this journey, is:

If the preliminary fact question is one, the answer to which determines the relevance of the evidence and nothing more, then the jury must have the final word on deciding the existence of the fact.¹²⁸

Preliminary questions presented by admissions by agents and co-conspirators, though presenting conditional relevancy questions, also present questions that determine the application of a rule of evidence necessary for the admission of evidence. As discussed in this essay, in my view the recommendations to the California Law Revision Commission and the CEC improperly allow the jury to hear contested hearsay in deciding the existence of those preliminary facts that determine the application of the hearsay exception. California should adopt the position of the FRE that is consistent with history, doctrine, and theory. This would greatly ease the teaching of this thorny area of the law. ■

.....

¹²⁸ I think this formulation is much simpler than that presented the earlier *Of Judges and Juries*, *supra*, note 1, though as analysis of the *Vigneau* case demonstrates, in some situations, taking into account whether the jury can be expected to disregard the contents of the disputed evidence, may be the final step in the required analysis on delegation of function.

Gustavo Letner

Juez Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
 Miembro del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

El juicio por jurados en la Ciudad de Buenos Aires

El juicio por jurados parece estar transitando por una etapa de resurgimiento. Y no lo digo desde una “sensación” sino de ver cómo en los últimos tiempos se han generado muchas instancias de debate sobre su implementación sumado a la discusión de varios proyectos en las legislaturas provinciales que me convencen de dicha “sospecha”.

El porqué el juicio por jurados parece estar asomando tibiamente su cabeza puede ser atribuido a muchos factores, uno de ellos es sin duda la falta de credibilidad que viene atravesando el sistema de justicia en general ante la falta de respuestas a determinados reclamos de la sociedad. Pero también mucho tiene que ver la predica lenta, disimulada y, por qué no, perseverante de diversos actores que predicán desde hace mucho tiempo sobre las bondades del instituto.

Días atrás, por iniciativa del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se realizó una jornada de sensibilización sobre la eventual aplicación del juicio por jurados en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires en la que participaron actores relevantes del Derecho Procesal Penal nacional: Alberto Binder, Edmundo Hendler, Andrés Harfuch, Gustavo Bruzzone y el Dr. Luis Herrero por la Universidad del Salvador; donde se expusieron también diversos proyectos de

juicio por jurado a nivel nacional, provincial y local.

Lo relevante de dicha jornada fue que permitió, más allá de analizar cuál sería la situación institucional de la Ciudad de Buenos Aires ante la decisión de avanzar en un proyecto de jurados para los porteños, relevar cuáles son los principales ejes sobre los cuales se enmarca hoy en día la discusión del juicio por jurados. Además, y esto creo que es un avance importante en aras de avanzar hacia su instalación como sistema de juzgamiento, se redefinieron aspectos y/o dudas de antaño que ahora aparecen zanjadas o al menos superadas.

Entre aquellas cuestiones que al menos hoy no parecen formar parte de las críticas y/o cuestionamientos se pueden mencionar:

- Que la presunta minoría de quienes defienden el jurado ya no es tal, es más, es difícil encontrar en los ámbitos de discusión o debate posiciones en contra del jurado, es decir, que si bien no puede decirse que no halla, sí puede hablarse de una inversión en las tendencias apareciendo los defensores del jurado como posición preponderante.
- Que en épocas pasadas, enseñar o hablar del juicio por jurados era anacrónico, algo que no era necesario ni enseñarlo ni debatirlo y hoy la tendencia empieza a revertirse.

- Tampoco aparece vigente la batalla oportunamente dada por antijuradistas sobre si el juicio por jurados ha perdido validez pese a estar previsto en la constitución nacional, pues podríamos decir que quienes pregonaban esa posición ya no la sostienen. Ello obedece, en parte, a que la necesidad de la instauración del jurado surge más de las virtudes de la institución en sí mismo, en cuanto a que es visto como un mejor sistema de enjuiciamiento, más allá de la previsión constitucional. De todas formas cabe destacar que el jurado está mencionado en tres oportunidades en la Constitución Nacional.
- Otra cuestión que ya no amerita seguir discutiendo es la vieja idea de que la sociedad no está preparada para ser jurado. Pensar en esa dirección es subestimar la capacidad de la ciudadanía para la toma de decisiones importantes. La ciudadanía no necesita estar preparada, sólo necesita juzgar con íntima convicción.
- Por el contrario, la experiencia de los Estados o provincias que avanzaron sobre la instauración del juicio por jurados dan cuenta de ello. Es más, con la experiencia cordobesa nuestro país ha superado con creces esa duda. Se demostró, con estudios estadísticos, que no sólo los magistrados manifestaron sentir un mayor acompañamiento por parte de la ciudadanía en la toma de decisiones, sino que los propios ciudadanos expresaron una mejor visión de la justicia luego de haber transitado la experiencia de juzgar a sus pares.
- Un aspecto central que empieza a tomar vuelo propio es el cambio de paradigma sobre quién debe juzgar en materia penal, dejando de ser la figura del juez profesional la única alternativa posible. ¿Por qué siempre el fundamento de una decisión debería estar en manos de un juez? ¿Por qué no repensar el juzgamiento del hombre a cargo de legos? Y este cambio de paradigma no resulta atacado por el control de los derechos humanos ya que la experiencia demuestra que el juzgamiento a cargo del jurado ofrece una alternativa de mayor calidad. Esa calidad se advierte al concentrar una mejor atención por parte de los jueces, una mejor dinámica del desarrollo del debate por las técnicas de litigación empleadas -porque involucra un mayor número de ciudadanos en la decisión- y porque existe una verdadera deliberación por parte de los encargados de resolver el caso.
- Otra cuestión que subyace es la posible influencia que podría recaer sobre los jurados, como si las presiones o el tráfico de influencias fuera un aspecto ajeno al juez profesional. Las conclusiones arribadas sobre este punto nos informan que la afectación a la imparcialidad nunca está garantizada y menos en un juez profesional que piensa en su carrera. El riesgo de la influencia es común tanto al juez profesional como al jurado popular y es una lucha común a la que deben exponerse ambas formas de juzgamiento. Sin embargo, pareciera que es más difícil intentar influir sobre un grupo de hombres (12, al menos, si eligiéramos el formato de jurado clásico) que al finalizar su tarea, continúan con su vida diaria, sus labores y no necesitan ganar un concurso o seguir pensando como ascender en su carrera profesional. En síntesis: la imparcialidad aparece como una garantía del acusado que la justicia profesional no la asegura.
- Ahora bien, dentro de las cuestiones que sí se mantienen vigentes al momento de hablar del juicio por jurados y que sí se encuentra en plena etapa de desarrollo es el vinculado al de la fundamentación del veredicto. La decisión del jurado sin fundamentación, donde expresa su voluntad por su íntima convicción, todavía resulta una cuestión a debatir. Sin embargo el debate sobre este aspecto, propio del jurado clásico, no alcanza a desvirtuar sus bondades y muchos fundamentos se han esbozado para salvar ese aparente déficit.
- Una cuestión que puede extraerse de las conclusiones de la jornada mencionada, es que, para decidir, los jurados lo hacen con

- íntima convicción. Esta decisión es personal, es el cumplimiento de un mandato personal y por ello no necesitan fundamentar. El mandato es motivación suficiente.
- Por otra parte las instrucciones previas a la deliberación son las que permiten fundar la decisión tomada. Es decir, las instrucciones previas, la deliberación y el veredicto componen una trama y las instrucciones representan o son equiparables a los argumentos vertidos en la sentencia de un juez profesional. Esta opinión es la que recibió el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el reciente fallo “Tasquet”.
 - Claro que para poder determinar si el sistema de jurados presenta algún tipo de déficit en su estructura al momento de fallar, es bueno preguntarnos previamente cuál es el objeto de la fundamentación. En una primera y breve aproximación podemos contestar a esa pregunta diciendo que su objetivo primario es acotar el poder del que decide. Sentado ello, el segundo paso es ver si es mejor fundamentar antes de tomar la decisión o al final. La conclusión de este punto indica que es mejor hacerlo antes porque le da mayor autenticidad. Además, es una característica propia del jurado que se aprecia en el dictado de las instrucciones que el juez le da a los ciudadanos en forma previa a tomar la decisión.
 - Llegado a este punto podemos preguntarnos si la Ciudad Autónoma de Buenos Aires podría avanzar en un proyecto legislativo que incluya al jurado. De hecho, hay un proyecto en trámite, previsto sólo para el juzgamiento de los delitos cometidos por funcionarios públicos.
 - Entiendo que la Ciudad de Buenos Aires no sólo podría avanzar hacia un esquema de juicio por jurados sino que debería hacerlo. Estoy convencido de ello por dos aspectos que creo resultan decisivos al momento de tomar la decisión o el camino hacia ese objetivo.
 - Uno de ellos nos lo brinda la propia Constitución de la Ciudad, en su artículo 106, al delimitar la competencia del Poder Judicial cuando deja en claro que ello es sin perjuicio del juicio por jurados que la ley establezca.
 - Pero hay un aspecto que me parece central a la hora de comprender por qué la Ciudad de Buenos Aires no sólo puede sino que merece emprender el desafío de instaurar el juicio por jurados, y es porque su propio esquema constitucional y su código reglamentario -como resulta ser el Código Procesal Penal de la Ciudad- instauran un sistema adversarial que resulta ser la esencia o el núcleo del juicio por jurados.
 - La dinámica del juicio por jurados se encuentra gobernada por los principios de la intermediación, la contradicción y la publicidad. Estos mismos principios son los que alberga el sistema procesal de la Ciudad de Buenos Aires, en el cual el sistema adversarial vigente propone un juicio con amplio debate en todas sus instancias y con la “oralidad” como figura central.
 - Este sistema vigente en la Ciudad de Buenos Aires es el que asegura una decisión de mejor calidad pues es tomada en el contexto de una audiencia oral y pública, es decir, con los mismos elementos que utiliza el juicio por jurados. Es por eso que la Ciudad de Buenos Aires se encuentra en inmejorables condiciones de afrontar el desafío hacia la instauración del jurado, pues su regulación normativa, desde su constitución hasta su ordenamiento procesal, es totalmente afín a la estructura que crea y sostiene el juicio por jurados. Allí donde la Nación tal vez tenga y deba adecuar su sistema procesal penal de manera profunda para implementar el juicio por jurados, la Ciudad de Buenos Aires se encuentra un paso adelante en este aspecto. Su legislación es totalmente compatible con los principios que rigen la institución y el camino a su implementación aparece despejado.
- Por ello creo que no estamos en tiempo de preguntarnos si debe o no instaurarse el juicio por jurados, sino sólo preguntarnos qué modelo de juicio por jurados queremos. Es un desafío y una oportunidad que creo vale la pena transitar. ■

Juicio por jurados

- 1 ¿Son los jurados una herramienta necesaria para el sistema judicial?
- 2 ¿Cuáles cree serían los beneficios que traería su aplicación?
- 3 ¿Existen resistencias a la aplicación de juicios por jurado? ¿Cuáles?

Reynaldo Imaña

Abogado boliviano. Ex director del Equipo de Implementación de la Reforma Procesal Penal en Bolivia. Consultor en temas vinculados a la reforma judicial en diversos países de América Latina.

1 Sí, absolutamente sí. Creo que son una herramienta por demás necesaria porque la institución del jurado, la incorporación de los jurados, obliga a que todos los procedimientos tengan que ser necesariamente orales, públicos, contradictorios y continuos. Hemos visto cómo se ha dicho que la oralidad, más que un principio, es un instrumento a favor de estos otros principios.

Yo diría que el jurado, incluso, es un instrumento más para materializar la oralidad. En la medida en que tengamos la presencia del jurado en los diversos procedimientos judiciales, obligamos a que este procedimiento sea necesariamente, vuelvo a repetir, oral, sea necesariamente público, sea necesariamente contradictorio, sea necesariamente continuo.

Vemos entonces que además, de esta forma, se favorece también la concreción del principio del proceso pronto y se favorece también uno de los principios más violentados en los sistemas judiciales nuestros de tradición escrita como es el principio de intermediación. Desde este pun-

to de vista estoy absolutamente convencido de que la incorporación del juicio por jurados es una herramienta absolutamente imprescindible para el sistema judicial.

2 Los beneficios son muchos desde mi modo de ver. En primer lugar, es evidente la que incorporación del juicio por jurados acorta la brecha que existe entre la práctica judicial y la realidad social, la realidad cotidiana. La incorporación del juicio por jurados desbarata la idea de que la administración de justicia, la resolución de conflictos, es un privilegio de los juristas. Este es uno de los principales beneficios, porque permite conciliar consideraciones de orden técnico con valoraciones del orden social a la hora de resolver un conflicto.

Creo que también otro de los beneficios importantes del juicio por jurados es que permite la democratización de uno de los Poderes, quizás el menos democrático de todos, porque logra un compromiso del pueblo con el buen funcionamiento del sistema de justicia y, en consecuencia, logra un compromiso efectivo con el buen funcionamiento de las funciones de gobierno del Estado.

Otro beneficio, siguiendo este lineamiento, es que la incorporación del juicio por jurados, al comprometer al ciudadano en la resolución de conflictos, ayuda a que toda la población comprenda la significación del orde-

namiento jurídico y la necesidad de su conservación. Otro beneficio que emerge de esta situación, es que la administración de justicia cumple una función cívica de educación muy importante.

Creo que también la incorporación del sistema de jurados va contribuir a atenuar o disminuir la crisis de legitimidad que vive el sistema de administración de justicia. La incorporación del juicio por jurados se convierte en un instrumento de control popular sobre el control del amplio poder que ejercen los jueces. En ese sentido, creo que es una herramienta de profundización de nuestras democracias en el sentido que se compromete al ciudadano en la toma de decisiones estratégicas. Las decisiones que adopta el sistema judicial no son simplemente decisiones que afectan a dos partes en conflicto, son decisiones que tienen que ver con la vida institucional misma de nuestra sociedad. Estos serían los beneficios más notables del juicio por jurados.

3

Sí, naturalmente existen resistencias al jurado y estas son, creo, las mismas que se han manifestado en todos los lugares, en todas las sociedades en las que se ha implementado. Y es una crítica que cae por su propia obvedad y es que los ciudadanos desconocen el derecho y ese es justamente el argumento que justifica la existencia del jurado. Esas críticas, por lo menos en la experiencia de la realidad boliviana, han surgido, más que de la sociedad de la comunidad jurídica, porque siente que se le está arrebatando un monopolio o un privilegio que únicamente detentaban ellos. Creo que esa es la crítica recurrente, pero sí hay que aclarar que esta crítica no viene de la comunidad en general sino que viene de la comunidad jurídica. Eso quedó demostrado en la realidad boliviana cuando se trabajó la reforma del Código Procesal Penal boliviano. Y las críticas más duras que se han tenido, han emanado siempre del sistema judicial, de los operadores del sistema de administración de justicia y no ha sido la población que, contra todo pronóstico, más bien ha dado su apoyo a la implementación de esta institución.

Puede escuchar el audio de este debate en:

<http://>

Leonardo Moreno

Abogado chileno. Defensor Regional Metropolitano Norte en Defensoría Penal Pública.

1

A mí me parece que efectivamente el juicio por jurados es un avance en acercar el ejercicio de la función jurisdiccional al ciudadano de la calle. Por lo tanto me parece que, sin duda, es un avance que podría calificarse de democrático y más participativo, para que el ciudadano común y corriente pueda intervenir en las decisiones respecto de cuestiones jurídicamente relevantes dentro de la comunidad.

Me parece que es algo que debería promoverse y que lamentablemente, en el caso chileno, no es algo que ni siquiera discutamos mucho. Algún intento histórico hubo en 1900, en situaciones de delito aduanero pero después de eso nunca más se ha vuelto a discutir la posibilidad de establecer jurados.

2

Me parece que tiene que ver una parte con la legitimidad de la resolución. Cuando no es un funcionario el que resuelve sino es el propio ciudadano el que tiene que involucrarse en el conflicto y adoptar además una solución, que si bien en ese momento cuando él resuelva va a afectar a un tercero, también visualiza la posibilidad de que él pueda estar enfrentado al mismo juicio de jurados. Por eso impone un sano ejercicio de los deberes cívicos. Por un lado, el hecho de tener este rol juzgador para ver si una persona es responsable o no, pero también, por el otro, lo obliga a ponerse en el lugar de ese ciudadano. Por lo tanto no solo es participativo sino también va a generar una manera distinta de conceder los derechos y garantías individuales en los ciudadanos.

3

Me parece que hay un prejuicio fundado en el que Chile es muy apegado a la tradición de la forma en que se ha ejercido la función jurisdiccional, en el sentido en que los jueces profesionales tendrían ciertos grados de independencia e imparcialidad que no serían posibles

de lograr con un juicio por jurados. Pero me parece que eso no es más que un prejuicio. No hay evidencia empírica que nos permita decir que un grupo de ciudadanos no pueda tomar una buena decisión allí donde hoy un tribunal de profesionales, de jueces profesionales, dicta resoluciones que también a veces son bastante cuestionables, no solo desde la perspectiva del derecho sino desde la forma que han establecido la solución respecto de los hechos que se han debatido ante él.

Esto es un prejuicio, no se ha debatido seriamente en Chile la posibilidad de establecer un juicio por jurados y que también me parece grave que para rechazar un modelo como este se anticipe un juicio sobre la ciudadanía calificándola de poco preparada o formada para asumir esta misión. Me parece que, por el contrario, el hecho de verse expuesto a tener que integrar un jurado va a generar una mayor preparación, un mayor compromiso con los deberes cívicos y un mayor compromiso con los derechos humanos y los deberes cívicos.

Me parece muy importante que esté apareciendo por primera vez esta idea de empezar a debatir sobre el tema de los jurados. Creo que es un debate en el que debieran participar no solo el mundo docto, no solo los jueces, los operadores del mundo de la justicia sino que debiéramos incorporar precisamente a los ciudadanos que son los que eventualmente tendrían que ejercer esta función. Si lo hacemos, nos encontraríamos con la sorpresa de que efectivamente hay disposición y voluntad de la gente de asumir este rol.

**Puede escuchar el audio
de este debate en:**

<http://>

Entrevista a **Andrés Harfuch**, realizada en junio de 2012.

Abogado argentino. Defensor general de San Martín. Vicepresidente de la Asociación Argentina de Juicio por Jurados. Encargado del área temática de Jurados en el INECIP.

¿Son los jurados una herramienta necesaria para el sistema judicial?

Son una herramienta imprescindible para el sistema judicial. Más allá de que casi la gran parte de la tradición constitucional iberoamericana, hija del movimiento de ilustración y de la Revolución Francesa, previó en sus disposiciones que el juicio se realice por jurados; creo que más allá de un simple legalismo constitucional, la propia realidad está indicando, con toda claridad en esta América Latina del siglo XXI, que la justicia profesional por sí sola no puede administrar las demandas ciudadanas en materia de seguridad, de justicia y más allá de lo que es el sistema penal, de las otras cuestiones muy importantes en torno a cuestiones ambientales, cuestiones civiles complejas, e inclusive casos muy importantes donde el Estado es parte.

Entonces el juicio por jurados, para mí, es imprescindible en todo sentido. Y además tiene que ser visto hoy ya desde una óptica de profundizar la participación ciudadana en todas las aéreas de la justicia.

¿Qué beneficios concretos trae el juicio por jurados?

El más importante de todos, es lo que señaló alguna vez Alexis de Tocqueville cuando hizo ese famoso viaje a Estados Unidos, un país que recién estaba en sus orígenes, su población era analfabeta, pero tenía la Constitución más adelantada del mundo en ese momento, y creía fervorosamente en un sistema político y un sistema judicial con jurados. Alexis de Tocqueville se dio cuenta de que el jurado sigue manteniendo hoy, en el siglo XXI, las mismas características que tuvo desde que empezó en la época griega y romana, y en la época medieval en Inglaterra.

El jurado es una escuela cívica, es una escuela de república, de democracia. Es la que hace comprometer al ciudadano con los asuntos cotidianos de la nación. Y gran parte de esos problemas, de esos temas, son ju-

diciales. La voz del pueblo tiene que estar dentro de la administración de justicia y el beneficio que eso trae es múltiple y en todo sentido. Se ha visto desde el punto de vista político, desde el punto de vista judicial. Nos sirve a nosotros los abogados para depurar los juicios. Pero fundamentalmente tiene que ver con el afianzamiento del valor de la ley. Alexis de Tocqueville siempre decía que el valor de la ley es algo imprescindible en una democracia. Pero ello no viene por decreto. El valor de la ley se cuece a fuego lento. Y la manera en la que se va cocinando de a poco el valor de la ley es tratar el juicio por jurados, donde doce ciudadanos, más otros doce ciudadanos, juicio tras juicio. Son personas que quizás por una única vez en su vida van a tener que ver con la aplicación de la ley en un caso concreto.

¿Cómo beneficiarían los jurados al sistema judicial en Argentina?

El jurado en la Argentina está hoy lejos, creo yo, de ser visto con desconfianza por los propios jueces. Hoy se ha producido un cambio cultural. Muchas veces, en muchas ocasiones, son los propios jueces los que están reclamando que los ciudadanos vayan a auxiliarlos en esta enorme y difícil tarea que es juzgar a los demás. Precisamente por un fenómeno de incomprensión masiva que tiene la ciudadanía respecto del accionar del sistema judicial en su conjunto.

Por eso yo creo que esto traería beneficios mutuos. Por un lado, la población va a participar de aquello que tanto critica. Por otro lado, los jueces van a poder como está pasando en la provincia de Córdoba, respirar. Van a poder ejercer su importante tarea sabiendo que van a compartir la decisión, como manda la Constitución, con un grupo de vecinos representativo del pueblo. Y esto lo único que puede llegar a traer es beneficios y un baño de legitimidad a lo que es la decisión judicial.

¿Y eso mejora al sistema judicial?

Esto trae consecuencias inmediatas dentro del sistema judicial. Primero libera de presiones enormes a las que hoy está sometido y que el sistema judicial en manos 100% profesionales, no puede administrar. El poder judicial está sufriendo las consecuencias de la falta de participación ciudadana. ¿Sufriendo cómo? Con jurys de destitución a jueces, con jueces que son cuestionados por los fallos que dictan, con presiones internas dentro del Poder Judicial, con unos factores mediáticos que son despiadados con el sistema judicial. Y estos son todas cuestiones que prácticamente se evaporan con la participación ciudadana al menos, inicialmente, en materia penal.

¿Y existen resistencias a la instauración de juicio por jurados?

El jurado es una institución que ha tenido resistencias históricas y las tendrá por los siglos de los siglos en tanto y en cuanto los seres humanos nos juzguemos los unos a los otros, o juzguemos a nuestros asuntos con justicia humana, que es una justicia imperfecta. Entonces no hay que tenerles miedo a las resistencias a los jurados.

Muchos dicen que una justicia en manos de ciudadanos es una justicia en manos de inexpertos, en manos de gente que no está preparada. Todavía hay ese tipo de resistencias. Pero yo diría que la resistencia política más fuerte que puede llegar a haber tiene que ser dicha con toda claridad y hacerla emerger.

Esto es, cuando las constituciones iberoamericanas establecen que los juicios deben ser hechos por jurados, están estableciendo la siguiente partición del poder de juzgar. Así como la democracia y la república son un fenómeno de división de Poderes, la división de Poderes no es simplemente en tres sino que dentro de cada Poder también existe la división de Poderes. Y dentro del Poder Judicial el jurado representa la máxima desconcentración en caso de materia penal de desconcentración del poder punitivo. Y esto quiere decir que un juez profesional no puede monopolizar la decisión de enviar a la cárcel a una persona. Esa decisión tiene que estar dividida. Esto es, la ley y la pena las va a aplicar el juez profesional. Pero los hechos y la culpabilidad del acusado los tiene que determinar el jurado. Como no hay jurados hoy, el juez profesional,

inconstitucionalmente, está monopolizando una decisión enorme. Esta es fuente de gran parte de todos los problemas que tenemos nosotros en la justicia penal. Claramente el jurado es la división de Poderes dentro de la división de Poderes.

Contanos un poco la experiencia de la provincia de Córdoba, Argentina.

Córdoba, que tiene un sistema de jurado que dista del modelo de jurados clásico, pero que sin embargo tampoco es un jurados escabinado propiamente dicho, porque tiene 8 jueces populares contra 2 jueces profesionales.

La experiencia cordobesa tiene el inestimable valor de haber sido la que rompió el hielo. Se aventuró a hacer realidad el juicio por jurados cuando en el país no había todavía juicio por jurados.

Córdoba ya tiene unos siete años de vigencia de la ley. Ya se han hecho, calculo que más de 150 o 200 juicios por jurados en todas las circunscripciones judiciales cordobesas. Al principio fue terrible: los medios de prensa en contra, el Poder Judicial en contra, críticas feroces. Y al año empezaron a verlo con otros ojos. Al segundo año las críticas eran absolutamente favorables. Y hoy ya nadie discute el juicio por jurados. Al contrario, esto ha sido percibido sobre todo por el Poder Judicial, como un gran elemento de intervención al Poder Judicial. Porque el enorme valor simbólico que tiene una decisión tomada por los ciudadanos es mucho más respetada por la ciudadanía que si la toma un juez.

Y esto que pasa en Córdoba, pasa en todos lados del mundo. Prácticamente no hay país, de los que nosotros llamamos desarrollados o de los países de occidente, que no juzguen a sus ciudadanos por jurados. Queda como caso pintoresco Holanda, que es el único país que queda -por el momento porque lo están por revisar- que juzga a sus ciudadanos de manera estrictamente profesional. Pero todos los demás países, absolutamente todos, sea por jurado clásico o por jurado escabinado, tiene un papel de participación ciudadana.

Córdoba tiene ese modelo tan particular parecido al italiano y al francés. Pero tiene este valor, el valor de ser el que rompió el hielo y ha permitido ahora avanzar en la Argentina hacia la variante clásica, llamada jurado puro.

Si los jurados están en la Constitución nacional, ¿por qué creés que no se han implementado en todos estos años?

En la Argentina el jurado está formalmente en la Constitución desde 1853. Sin embargo, todos los precedentes constitucionales de la Argentina arrancan con la existencia misma como nación en pleno proceso de emancipación de la Corona española en 1811. En 1813, 1819, 1826, en todas se establece que los juicios deben hacerse por jurados.

Y en América Latina pasó algo parecido. En la Constitución venezolana, en todas las demás constituciones, en las centroamericanas, se estableció esto. Y las razones por las cuales no se implementó, o se lo hizo en algunos lados deficientemente, tiene que ver con nuestra pertenencia cultural a lo que nosotros llamamos el margen de la tradición hispánica. Y España adentro del continente europeo. Continente que lamentablemente fue azotado durante nueve siglos por ese fenómeno tremendo llamado Inquisición. No así Inglaterra que fue el único lugar donde no existió la Inquisición y donde el juicio siempre fue oral, público y con jurados. Lo cierto es que ha sido tal la fuerza cultural del fenómeno inglés y tan tremendas las desgracias ocurridas bajo el imperio del sistema inquisitorial, que lentamente la Revolución Francesa significa tomar la idea de la división de Poderes, tomar la idea de juicio por jurados, de constitución, de democracia. Pero claro, no han pasado ni siquiera trescientos años. Y es muy difícil cambiar costumbres centenarias en cuestión de minutos. Argentina y todos los países latinoamericanos sufrieron y sufren las consecuencias de la justicia inquisitorial que todavía está firmemente arraigada. Sobre todo en nuestro país a pesar de que ya ha habido esfuerzos muy grandes. Por eso es muy difícil que el jurado pudiera materializarse allí.

Argentina tiene esta particularidad que tienen todos los países latinoamericanos. Pertenecemos a un margen de la tradición colonial española, o europea continental, pero tenemos una constitución inspirada en el federalismo norteamericano. Porque los próceres quisieron que ese fuera el modelo de país, el modelo de instituciones para el país. Precisamente para romper de cuajo con la tradición colonial e inquisitorial. Argentina está por saldar esta deuda. A nivel provincial está avanzando y esas son las razones culturales más poderosas para que no se haya instaurado.

Ahora, las razones políticas también son muy concretas. Cómo habríamos de imaginar un jurado popular en un país que estuvo cincuenta años bajo estado de sitio y dictadura militar. Hubiera sido imposible. De hecho, cuando Europa fue azotada por el régimen nazi, el régimen de Vichy, el régimen mussoliniano, el régimen, inclusive, stalinista, lo primero que hicieron fue abolir el jurado.

¿En qué otras provincias hay jurados?

En Argentina está la provincia de Neuquén. En noviembre de 2011, sancionó su código procesal penal que incluye dentro del código, ni siquiera por ley aparte, el juicio por jurados para delitos graves. Un jurado clásico de doce miembros, vecinos, con hombres y mujeres por igual, del mismo modo que en Córdoba. La provincia de Buenos Aires acaba de mandar un proyecto a la legislatura para regular ni más ni menos que el jurado para casi la mitad del país. También con jurado clásico. Si bien ahí hay que hacer algunas correcciones para hacerlo pertinente y no caer en ciertas distorsiones. Están en plena discusión legislativa inminente Río Negro, Chubut. Y ya hay otras jurisdicciones como Mendoza y San Luis que quieren hacer propuestas surgidas hasta del seno mismo del Poder Judicial. Así que hay un ambiente mucho más favorable que el que había hace 5 años y muchísimo más favorable aún del que había hace 20 o 30 años.

¿Se prevé para algún tipo de delito en especial?

Córdoba arrancó con delitos muy graves, cosa que me parece correcta. El proyecto de la provincia de Buenos Aires es para todos aquellos delitos con penas en abstracto superiores a los 15 años de prisión. Parece una norma moderada el empezar así, a pesar de que el modelo de jurado clásico, sobre todo en el mundo anglosajón que tiene muchos siglos ya de vigencia, la regla es la siguiente: se considera que seis meses en la vida de una persona es muchísimo; por lo tanto cualquier persona que es amenazada siquiera con pasar 6 meses en la cárcel tiene derecho a un juicio por jurados. Con lo cual entonces en la Argentina en algún momento eso llegará.

Lo importante es que tenemos que arrancar y por lo pronto nuestra Constitución en el artículo 118, si bien está inspirada en el federalismo norteamericano, sí incorporo la tripartición en crímenes, delitos y faltas que estableció la Revolución Francesa. Y la Constitución or-

dena en forma obligatoria que los crímenes sean juzgados por jurados. Por lo cual habilita a las provincias a que si ellas quieren puedan ampliar el catálogo de los crímenes obligatoriamente. El crimen es lo que la ley determine. Todo aquel delito que tenga una pena de 8 años de prisión como mínimo, es crimen. Por debajo de allí podemos llamarlo delito. Y ahí las provincias pueden ampliar la competencia y establecer que el imputado tiene derecho a un pronunciamiento por un jurado.

Me gustaría que cuentes algún caso que ejemplifique la tradición británica, que en las comunidades galesas del sur se utilizaba algo parecido.

Sí, la primera experiencia de juicio por jurados en Argentina no provino de ninguna ley sino que provino, como provienen las cosas, de la fuerza de las costumbres. En el año 1865, llegó el primer contingente de inmigrantes galeses huyendo de la persecución y de la crisis alimentaria de las islas británicas, pero sobre todo huyendo de la persecución.

Algunos de los miles de inmigrantes que iban a Estados Unidos vinieron a la Argentina y se establecieron en Chubut. En ese momento era un territorio nacional, el presidente era Mitre y el ministro del interior era Rawson. Y los primeros galeses que llegaron pidieron autorización al Ministerio del Interior, diciéndole que se querían asentar. Por supuesto, el gobierno de ese entonces que prohijaba la inmigración y sobre todo anglosajona, los recibieron con los brazos abiertos. Los galeses pidieron entonces permiso para poder juzgar sus conflictos con las normas del jurado. Por supuesto tuvieron permiso porque además era constitucional. La propia Constitución establecía que los juicios eran por jurados. Por lo tanto en Chubut hubo durante 40 años una experiencia directa donde todos los juicios civiles, superiores a las 5 libras, y todos los juicios penales eran juzgados por jurados con una ley muy sencilla. La Comon law, ley común, establecía perfectamente la acusación, la defensa, cómo se integraba el jurado con 12 miembros, la recusación y sobre todo el miembro más importante de la comunidad que oficiaba de juez. Y así se resolvieron muchísimos casos que están todos documentados en las actas, porque también había actas taquigráficas que se conservaron y están en un museo en Gaiman que se pueden consultar. Están todos los casos. Esa fue la primera experiencia de juicio por jurados en Argentina.

Estamos cada vez más avanzados en lo que es juicio por jurados en Argentina. ¿Qué falta? Voluntad política, más difusión, un cambio cultural...

Yo creo que estamos ante un fenómeno importante que es que en toda América Latina desde los años 80, que comenzó el proceso de reforma hasta la fecha, ya está conquistada para siempre la idea de juicio oral. No hay macha atrás, no hay un sólo lugar en donde haya una práctica que pueda hablarse que los juicios deben ser por escrito, por expediente. Sino que la idea del juicio oral con todas las distorsiones inclusive que tiene ya está firmemente asentada. Con lo cual no es para nada descabellado entender por qué ahora, después de la vigencia del juicio oral, se empieza a percibir que falta algo. Y ese algo que falta es lo que está en todas la constituciones que es el jurado. Que no se ve ahora como una entelequia rara de un país anglosajón, que no es ese el origen del jurado clásico sino que tiene un origen latino en Grecia y Roma. Es visto como algo más concreto y más posible y, sobre todo, más de sentido común. Es la pata que le falta cerrar a un proceso para considerarse verdaderamente acusatorio.

La Constitución nacional establece en el artículo 75 inciso 12, que el Congreso de la Nación tiene que dictar una ley marco de aplicación obligatoria para todo el país. Independiente de las facultades de las provincias, que pueden concurrentemente dictar sus propias leyes de jurados, inclusive ampliar la competencia del mismo. Pero es cierto que el Congreso federal daría una enorme ayuda si finalmente cumple con el artículo 75 inciso 12 y el artículo 24 y dicta una ley nacional de juicio por jurados de aplicación obligatoria para todo el país.

¿Algo más que quieras agregar?

Simplemente diría que hay un autor que dice que cuando se decide que un juicio se haga por jurado se está entregando la administración de justicia al pueblo. Y eso es lo que falta en América Latina.

Puede escuchar el audio de esta entrevista en:

<http://.....>

Algunas apostillas sobre la oralidad. Una mirada positiva

Marcelo Nieto Di Biase

Abogado. Director de la Oficina Judicial de Trelew y coordinador de las Oficinas Judiciales de la Provincia del Chubut. Argentina. Becario del Programa de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal (CEJA, Santiago de Chile, 2010).

Introducción

En el presente trabajo se intentará volcar algunas ideas sobre el sistema de audiencias orales, en el marco de un proceso de corte acusatorio adversarial, modelo cuya aplicación se viene logrando en distintos Estados, tanto nacionales como provinciales, desde una mirada constructiva. Ello para intentar reforzar las virtudes encontradas a raíz de su implementación y limitar los efectos negativos.

Desde la implementación del sistema de audiencias orales en las distintas etapas, se han experimentado cuestiones como la disminución en los tiempos de los procesos; una limitación a la duración de la prisión preventiva; el cumplimiento de la obligación de la publicidad; el contacto directo del juez con el imputado; etc.

Sin embargo, tras los efectos positivos se encuentran algunas prácticas negativas, algunas traídas del sistema procesal penal anterior –inquisitivo mixto–; y otros efectos que se fueron suscitando con el nuevo procedimiento.

Lo que se pretende en estas líneas es citar algunas cuestiones de las que se ha tomado contacto directo a través de la propia experiencia, sin análisis dogmáticos, pero con el objetivo de poder demostrar situaciones de hecho que deben ser tenidas en cuenta para

una adecuada inserción en el nuevo sistema procesal penal.

Duración de la detención

Un aspecto a destacar asociado al nuevo procedimiento es la disminución ostensible de los tiempos de detención.

El Código Procesal Penal de la provincia del Chubut exige que producida la detención de una persona la audiencia debe llevarse a cabo a más tardar dentro de las 48 horas siguientes.¹

Dispuesta la prisión preventiva del imputado por el juez penal –únicamente motivada en peligro de fuga o por riesgo de entorpecimiento de la investigación–, el imputado o su defensor pueden solicitar la revisión de la medida, la cual se llevará a cabo dentro de las 24 horas siguientes –incluidos feriados– ante un tribunal compuesto por otros dos jueces penales.

Así, la disminución de la duración de la prisión preventiva es uno de los mayores logros del nuevo proceso penal.

En un trabajo efectuado por el Ministerio de la Defensa Pública del Chubut se determinó

1 CPP Chubut, Argentina, art. 219.

que del total de las personas detenidas en la provincia, 68,5% se encuentran cumpliendo condenas, 30,8% en prisión preventiva y 0,7% en tratamiento tutelar.²

Tiempos de las audiencias: organización y cumplimiento

En los inicios del nuevo procedimiento existió una falta de antecedentes directos que permitieran estimar el tiempo necesario para llevar a cabo –y por ende programar– cada una de las audiencias, llevando consigo un necesario proceso de consolidación, motivado en la propia práctica de los operadores en cuestiones de litigación.

Luego de los primeros momentos –uno a dos años– de implementación de un sistema por audiencias orales, se impone la necesidad de organizar las mismas en función de los tiempos estimados de su duración, siendo factible ello a partir del momento con que se cuente con una cantidad suficiente de audiencias realizadas, lo cual permita contar con datos necesarios para realizar una estimación de la extensión en el tiempo de los distintos tipos de audiencias (control de detención; apertura o formalización de investigación; revisión de prisión preventiva; audiencia preliminar o intermedia; etc.).

Los datos así obtenidos sirven de base para la programación de aquéllas, actividad a cargo del órgano de gestión judicial³, el cual debe or-

ganizar la agenda de todos los jueces penales de la jurisdicción de la que se trate.

El citado análisis de los tiempos promedio de las audiencias ha permitido programar audiencias con una mayor efectividad, evitando dejar “tiempos muertos” entre ellas, con el fin de lograr una mayor eficiencia en la citada programación, con el consiguiente aprovechamiento de recursos⁴.

Sin embargo, en importante cantidad de casos la extensión de los tiempos de las audiencias impide que la programación efectuada pueda ser cumplida en debida forma. Esto está motivado por distintas circunstancias, entre las que podemos citar: la impuntualidad de los distintos actores (jueces, fiscales, defensores, imputados, etc.); inconvenientes en las notificaciones; superposición de audiencias; extensión prolongada de las mismas.

En lo que respecta a la extensión prolongada de las audiencias, un aspecto central a ser tenido en cuenta es la actuación desplegada por las partes en cada una de ellas. Así, podemos citar a letrados (de los Ministerios Públicos y particulares) que hacen uso de documentos escritos en forma, me atrevo a decir, exagerada.

Dicha circunstancia conlleva a desvirtuar uno de los fines perseguidos con un sistema como el que aquí tratamos, esto es: la celeridad del proceso, dado que terminan transformándose en audiencias de lectura, motivado en que un importante número de operadores realizan la lectura íntegra de sus escritos (por ejemplo: la acusación), generando con ello una prolongada extensión del tiempo de las audiencias.

Esta dicotomía entre audiencia oral vs. audiencia de lectura viene aparejada a un aspecto central, como es la necesidad de capacitación de los operadores en materia de litigación.

.....
2 http://www.defensachubut.gov.ar/userfiles/file/Prevenccion%20Violencia/Detenidos/Informe_PRESOS_CHUBUT_Mayo_2012.pdf

3 Código Procesal Penal Chubut. Argentina. Artículo 75. “OFICINA JUDICIAL. DELEGACIÓN DE FUNCIONES JURISDICCIONALES: INVALIDEZ. El juez o tribunal será asistido por una Oficina Judicial. Al director o jefe de la misma le corresponderá como función propia, sin perjuicio de las facultades e intervención de los jueces previstas por este Código, organizar las audiencias y el debate, dictar las resoluciones de mero trámite, ordenar las comunicaciones, disponer la custodia de objetos secuestrados, llevar al día los registros y estadísticas, dirigir al personal auxiliar, informar a las partes y colaborar en todos los trabajos materiales que el juez o el tribunal le indique...”

4 Recursos personales: jueces; funcionarios y personal administrativo; recurso material central: sala de audiencia.

Es así que la implementación de un sistema de audiencias orales lleva consigo una capacitación intensa de base, la cual debe ser reforzada por continuas capacitaciones en materia de litigación oral y gestión judicial, a fin de evitar el afianzamiento de posibles prácticas negativas.

Otro de los aspectos a cuidar es la puntualidad de los operadores.

Así, en determinados lugares es tradicional la práctica de llegar a los actos procesales de manera impuntual.

De una estadística tomada de los tres primeros años de implementación del sistema por audiencias orales se pudo constatar que aproximadamente el 50% de la impuntualidad de las audiencias se debió a los operadores judiciales y abogados particulares, el 15% correspondió a los agentes policiales –asociados a los traslados de los detenidos para las audiencias–, y solamente el 14% fue motivado en demoras de los imputados.⁵

Ello atenta contra un eficiente sistema de audiencias dado que las demoras en los inicios, asociadas a la extensión innecesaria –en determinados casos– genera un “efecto dominó”, dando lugar a una demora general de las audiencias para el día que se trate, en razón de que necesariamente genera superposiciones de las audiencias que siguen en orden, debiendo comenzar las mismas en forma demorada o, peor aún, suspendiéndose y afectando a los particulares citados –más allá de a los propios operadores y a la agenda judicial en su conjunto–.

La gestión judicial

En lo que respecta a la gestión requerida en el nuevo sistema procesal penal, se debe expresar que en la mayoría de las experiencias de reforma los inconvenientes surgen por descuidar los temas de gestión.

Tal aseveración tiene un fundamento sólido: los mayores problemas asociados a la aplicación del nuevo procedimiento no han sido jurídicos; por el contrario, se basaron en el poco interés enfocado a la organización del procedimiento en su conjunto.

Cuando pensamos en un primer momento de gestión judicial nos orientamos directamente al órgano encargado de ella, como es la Oficina Judicial, también llamada Oficina de Gestión de Audiencias, entre otras denominaciones.

Cierto es que el responsable de la organización de las audiencias es dicho organismo, cuya función principal es llevar adelante la agenda del tribunal, apoyado en un importante equipo administrativo compuesto por abogados, especialistas en otras disciplinas (licenciados en Administración y especialistas en informática) y empleados, conjuntamente con la disposición de los recursos materiales con que cuenta el fuero.

Sin embargo, puede resultar negativo si sintetizamos la posibilidad de un correcto desarrollo de un sistema por audiencias, solamente en una adecuada administración efectuada por el órgano de gestión.

Para ello, debemos sumar los otros aspectos que se han detallado en el punto anterior, evitando que sean los propios “actores” de las audiencias, quienes con su propia acción, ya sea por impuntualidad o por demoras excesivas asociadas a la propia lectura de escritos, generen que una correcta gestión de un sistema de audiencias sea de difícil cumplimiento.

.....
5 Promedio obtenido de las Oficinas Judiciales de Trelew y Esquel. Años 2006-2009. Ver en: http://www.cejamericas.org/portal/index.php/es/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_details/2703-oficina-judicial-ii-parte

Costos asociados a la implementación

Una de las preguntas recurrentes es si la implementación de un sistema procesal por audiencias orales es costoso.

La respuesta, por cierto, puede resultar difícil, teniendo en cuenta las distintas conformaciones de los tribunales en cada uno de los Estados, como así también la extensión de la jurisdicción y, por ende, la población involucrada.

Sin embargo, podemos expresar que, más allá de la necesidad de contar con funcionarios suficientes (jueces, fiscales y defensores) para asistir a las audiencias; los restantes costos podrían ser solventados por las distintas administraciones, sin incrementos presupuestarios importantes.

Ello, teniendo en cuenta que a la adquisición de equipamiento para grabación de las audiencias se le debe restar la disminución de un consumo notorio de papel y tinta de impresión, como así también otros gastos generales, como ser luz eléctrica (por disminución del tiempo de actividad al ser el sistema por audiencias más eficiente), gastos en notificaciones (por el uso de la notificación digital), etc.

Conclusión

En estas líneas se intentó citar algunas circunstancias asociadas al nuevo procedimiento penal, como decía al principio, desde una óptica asociada a la experiencia particular, sin mayores pretensiones que permitirle al lector tomar conocimiento de algunas “pequeñas apostillas” y que sirvan como punto de referencia.

Las ventajas asociadas a la disminución de los tiempos de los procesos son notables, reflejándose en forma más importante con la duración de la prisión preventiva.

Actualmente las causas no tardan años en ser resueltas, por un motivo central: es la audiencia oral la que permite que en un importante número de casos se llegue a una solución alternativa del conflicto penal (por reparación, conciliación, etc.); como así también, la disminución de los plazos procesales establecidos en el Código de Procedimiento, que impiden a los operadores extender sine die los procesos penales, con perjuicio exclusivo en cabeza de los justiciables.

Uno de los puntos que deben reforzarse desde las máximas autoridades judiciales es el control de la reforma a través del tiempo. Ello, por cuanto en un importante número de Estados donde se ha adoptado el nuevo sistema, a poco de iniciar el mismo, no se continuó con un seguimiento de control sobre la implementación, corriéndose el riesgo que los detractores (que por cierto existen), como así también algunas “malas prácticas”, tomen fuerza y sean perniciosos para el sistema en su conjunto.

Por último, resulta necesario concientizar a los magistrados, funcionarios y letrados en la importancia de capacitarse en materia de litigación, permitiendo con ello un correcto cumplimiento de los fines pretendidos con la implementación de un sistema procesal del tipo del que estuvimos analizando. ■

