

**SOBRE EL MITO DE LAS CONSTITUCIONES ESCRITAS:
LA DESAPARICIÓN DEL JUICIO PENAL POR JURADOS***

John H. Langbein**

Traducción de Alberto Bovino y Christian Courtis

Estamos acostumbrados a ver el *Bill of Rights* de la Constitución como una historia exitosa. Con ella, los redactores de la Constitución estadounidense abrieron una nueva época en la lucha –que tiene lugar hace siglos– para colocar límites efectivos al abuso de poder estatal. Sin embargo, no todo el *Bill of Rights* es una historia exitosa. Mientras conmemoramos esta declaración de derechos, haríamos bien en tomar nota de ese capítulo del *Bill of Rights* que ha sido un fracaso espectacular: el esfuerzo de los constituyentes de establecer el juicio por jurados como el único procedimiento posible en casos de delitos graves.

I. La constitucionalización del juicio por jurados

La Sexta Enmienda dice: "En *todos* los casos penales, el acusado tiene derecho a un juicio rápido y público ante un jurado imparcial del Estado y del distrito donde se cometió el hecho..."¹. "Todos" no es una palabra que los constituyentes usen con liviandad. Los redactores de la Sexta Enmienda la usaron porque realmente quisieron decir eso. Es más, los constituyentes usaron la misma palabra cuando se refirieron al mismo tema dos años antes. El art. III de la Constitución insiste: "El juicio de *todos* los casos penales, salvo en los casos de juicio político, debe ser por jurados..."².

Doscientos años más tarde, la Constitución y el *Bill of Rights* continúan gobernando nuestro sistema de justicia penal. Además, dado que la Sexta Enmienda ha sido declarada aplicable a los estados a través de la XIV Enmienda, la garantía del juicio por jurados no sólo rige en los tribunales federales que los constituyentes previeron, sino también en los tribunales estatales en los cuales son resueltos la mayor parte de los casos penales³.

A pesar de que los textos constitucionales ordenan el juicio por jurados en "todos" los casos penales, la realidad es muy diferente. En lugar de "todos", un término más preciso para describir el uso del juicio por jurados en el tratamiento de los casos penales sería "virtualmente ninguno". Como esas magníficas

garantías de derechos humanos que adornan las pretendidas constituciones de los países totalitarios, nuestra garantía del juicio rutinario por jurados es un fraude.

Este artículo discute la discrepancia asombrosa entre lo que el texto constitucional promete y lo que el sistema de justicia penal ofrece.

II. El procedimiento sin juicio

¿Por qué los constituyentes establecieron el juicio por jurados en “todos” los casos penales? En el mundo en el cual ellos vivían, los casos penales de cierta gravedad eran resueltos, sistemáticamente, a través de un juicio por jurados, a ambos lados del Atlántico. El juicio por jurados era el procedimiento de rutina del derecho angloamericano del siglo XVIII para resolver los casos penales. Contamos con registros históricos de fuentes inglesas de algunos pocos casos del siglo XVIII en los cuales patéticos acusados –capturados *in fraganti* o presintiendo de algún otro modo las escasas posibilidades que ofrecía su caso– intentaron declararse culpables⁴. En estos casos, el juez se opuso a aceptar la declaración de culpabilidad. En ocasiones, el juez urgía al acusado a no declararse culpable y a llevar su caso a juicio⁵. El gran historiador del derecho penal inglés, John BEATTIE, de Toronto, ha estudiado esta cuestión minuciosamente en los registros existentes del condado de Surrey, al sur de Londres, del siglo XVIII. Él informa: “Virtualmente, cada detenido acusado de un delito insistía en la realización del juicio, con el apoyo y el consejo evidentes del tribunal. No había *plea bargaining* en los casos penales del siglo XVIII”⁶.

Regresemos ahora del mundo de los constituyentes, de la rutina del juicio por jurados, a nuestros días. La Constitución no ha cambiado, el *Bill of Rights* sigue vigente. Más allá aún, si fuéramos a formar nuestra impresión del procedimiento penal estadounidense actual de nuestra cultura popular, como tienden a hacerlo los legos y los extranjeros, tendríamos pocas posibilidades de notar que algo ha cambiado. La televisión está ocupada emitiendo dramas legales que culminan con un juicio penal y con el veredicto del jurado.

Quienes comprenden nuestro sistema de justicia penal conocen mejor la realidad. El juicio penal por jurados casi ha desaparecido en Estados Unidos. Por supuesto, uno puede encontrar algunos juicios. Uno puede hallar el juicio mediático del momento: Oliver NORTH, el general NORIEGA, u otro semejante. Sin embargo, el juicio por jurados ya no caracteriza más a nuestro sistema. ¿Podemos encontrar un hipopótamo en el Bronx? Sí, pues hay uno en el zoológico del Bronx, pero su existencia no tiene relación alguna con la vida del Bronx: es una rareza. Lo mismo sucede, asombrosamente, con el juicio penal por jurados, que ha dejado de caracterizar a la justicia penal estadounidense. En la actualidad, el sistema de justicia penal virtualmente resuelve todos los casos penales de cierta gravedad sin juicio por jurados, a través de la práctica del *plea bargaining*. Este método, que

evita la realización del juicio, se ha transformado en la instancia procesal ordinaria de la justicia penal estadounidense⁷.

El sistema de justicia penal opera por intimidación. Los funcionarios que administran nuestro procedimiento sin juicio por jurados, en efecto, dicen al acusado: "¿Así que Ud. pretende ejercer su derecho constitucional a ser juzgado por jurados? Tiene todo el derecho de hacerlo. Pero tenga cuidado. Si Ud. reclama el ejercicio de este derecho y es condenado, lo castigaremos dos veces: una por su delito, otra por haber manifestado la temeridad de ejercer su derecho constitucional a un juicio por jurados". Nuestros funcionarios, por supuesto, son más circunspectos en sus afirmaciones: no necesitan presentar su amenaza en el lenguaje crudo en el que la hemos expresado antes. Sin embargo, no hay duda de que el *plea bargaining* opera, precisamente, de este modo. Tanto cuando el *plea bargaining* toma la forma de una negociación sobre el hecho imputado –*charge bargain*: se acusa por un delito menos grave a cambio de la declaración de culpabilidad– o de una negociación sobre la magnitud de la pena –*sentence bargain*: la imposición de una pena reducida, o mínima, a cambio de la declaración de culpabilidad–, el objeto de esta práctica consiste en obligar al acusado a resignar su derecho a un juicio por jurados, amenazándolo con la imposición de una pena sustancialmente más grave en el caso de que decida ejercer su derecho.

Al señalar que los constituyentes se refirieron al juicio por jurados en "todos" los casos penales de cierta gravedad –es decir, previeron el juicio por jurados como regla–, no afirmamos que ordenaron la realización *obligatoria* del juicio, pues el juicio por jurados era, en realidad, renunciable. Tanto entonces como ahora, el acusado tenía la opción de declararse culpable. Sólo que antes no era inducido a hacerlo. Dado que en ese momento los funcionarios que desempeñaban tareas persecutorias no se habían dedicado aún a presionar al imputado para que renuncie a su derecho al juicio frente a un jurado, los constituyentes no prohibieron prácticas que no pronosticaron por no tener razones para hacerlo.

III. La desaparición del juicio por jurados

¿Cómo desapareció el juicio por jurados? Existen muchas circunstancias que no conocemos, pero una síntesis histórica parece ser claramente posible⁸. El punto de partida consiste en comprender que el juicio penal por jurados que los constituyentes observaban a ambos lados del Atlántico, durante la segunda mitad del siglo XVIII, era un procedimiento sumario.

El juicio que los constituyentes pensaron que elevaban a categoría constitucional era, según nuestros estándares, extraordinariamente breve y carente de garantías. En el Old Bailey de Londres –sede principal para delitos graves en el mundo angloamericano–, un solo tribunal decidía una docena de casos, o incluso más, en el mismo día⁹. El procedimiento no era en absoluto

sofisticado. Los abogados intervenían como acusadores o como defensores en pocas ocasiones¹⁰. Casi no existían reglas sobre la actividad probatoria. El estándar probatorio que exige la convicción “más allá de una duda razonable” aún no había sido formulado con precisión, y tampoco era anunciado regularmente¹¹. No se realizaba el procedimiento de selección de jurados (el denominado *voir dire*) y prácticamente no se ejercía el derecho a recusar con causa a los jurados. Los mismos jurados intervenían en varios juicios en un sola sesión, y muchos de ellos eran personas con experiencia que habían actuado como jurados con anterioridad. Recibían poca ayuda o instrucciones por parte del tribunal, y probablemente no las necesitaban¹². El acusado se defendía personalmente, habitualmente sin la asistencia de un abogado, y sin que se le permitiera declarar bajo juramento. Prácticamente, la posibilidad de impugnar las decisiones del tribunal ante un tribunal superior no existía. Las condenas a muerte, incluso, eran normalmente ejecutadas a los pocos días de realizado el juicio –a menos que el tribunal suspendiera su ejecución para permitir el procedimiento de impugnación posterior al veredicto–. Dado que el sistema carecía, en la práctica, de la posibilidad de recurrir las decisiones, no había ocasiones para las características propias del procedimiento penal moderno vinculadas con la práctica de provocar y preservar los errores del tribunal de juicio que habilitan posteriormente la vía recursiva.

Es comprensible que un procedimiento penal tan elemental no haya podido subsistir, pues el juicio por jurados al cual los constituyentes otorgaron jerarquía constitucional era terriblemente deficiente. Nadie puede pretender un retorno a los viejos tiempos en los cuales un juez del Old Bailey podía resolver una docena de casos penales en un día. El movimiento que impulsó un aumento de las garantías en el procedimiento penal, que se intensificó a partir del siglo XVIII y durante los siglos XIX y XX, tuvo un espíritu beneficioso y fue en cierto sentido inevitable. Pero hay diversas maneras de incrementar el nivel de garantías y, en perspectiva, se puede ver que el rumbo tomado por el derecho angloamericano fue catastrófico. Mientras los europeos, en esta época, refinaban las técnicas de un sistema oficial imparcial de recolección de prueba y persecución, que incrementaba su confiabilidad, el sistema angloamericano decidió adoptar como estrategia la radicalización de la controversia entre abogados. Experimentamos la “captura” del juicio penal por parte de los abogados: abogados para la persecución y abogados para la defensa. El surgimiento del sistema llevó a perder la posibilidad de recurrir al acusado para obtener su declaración, y a una amplia elaboración de las reglas de prueba y de procedimiento desarrolladas como un esfuerzo para regular el enfrentamiento entre las partes. El juicio por jurados fue redefinido como un juicio por jurados en el marco de un procedimiento *de partes*¹³. La explosiva combinación de procedimiento de partes y juicio penal por jurados produjo un sistema tan poco versátil, tan prolongado y tan costoso que, finalmente, los estadounidenses se vieron ante la imposibilidad de honrar la promesa de los constituyentes de emplear el juicio por jurados en “todos” los casos penales. En consecuencia, la presión para transformar el juicio por jurados ha aumentado enormemente en el último siglo.

IV. Los peligros de un procedimiento sin juicio

¿Qué es lo que resulta tan malo respecto del *plea bargaining*? Un buen enfoque para acercarse a la cuestión consiste en preguntarse por qué los constituyentes valoraban el juicio por jurados. La práctica del *plea bargaining* suprime tanto el juicio como el jurado, y ambas instituciones tienen sus virtudes. El jurado disminuye el poder de los agentes que pertenecen al Estado. Frente al hecho de que las sanciones aplicadas por el sistema de justicia penal son sanciones tan graves, el peligro de abuso del poder estatal en el procedimiento penal es serio. La práctica del *plea bargaining* permite precisamente lo que los constituyentes intentaban evitar: el aumento desmesurado del poder estatal. Esa práctica transfiere el poder de condenar a un "juzgador" de escasa visibilidad, el fiscal. Dado que la negociación reemplaza al juicio, la práctica del *plea bargaining* sustituye la saludable transparencia de un juicio público por jurados por un procedimiento esencialmente oculto. El fiscal que interviene en el sistema de negociación ejerce un enorme poder, que debería ser compartido con jueces y jurados. En la práctica, el *plea bargaining* concentra en las manos del fiscal tanto el poder de decidir sobre la culpabilidad como sobre la determinación de la pena.

La práctica del *plea bargaining* también es negativa por su carácter coercitivo. Un sistema legal que termina por depender de la coerción aplicada a las personas para que renuncien a sus derechos es, por definición, un sistema que ha fracasado. El sistema no puede ya funcionar respetando sus propios principios. El *plea bargaining* presiona fuertemente al acusado para que se declare culpable, aun falsamente¹⁴. A medida que aumenta la diferencia entre la pena ofrecida a quien se declara culpable y la pena amenazada para el caso de ser condenado en juicio, la inducción a confesar es más intensa aún. No creemos que gran cantidad de personas inocentes se declaren culpables de delitos cometidos por otras personas. Sin embargo, estos casos existen efectivamente¹⁵.

La ausencia de juicio es costosa desde otro punto de vista. Existe un importante interés cívico en permitir que la investigación y la sentencia tengan carácter público en casos de delitos graves –los economistas dirían que se trata de una "externalidad positiva"–. El *plea bargaining* impide que la ciudadanía conozca las circunstancias del delito y de su castigo. Por ejemplo, un parte sustancial de la población estadounidense siente una sensación de extendido desagrado por la forma en que James Earl RAY fue enviado a prisión en el estado de Tennessee. Sin un juicio, no nos sentimos adecuadamente informados sobre si nuestras instituciones han respondido completa y cabalmente frente a las circunstancias.

Pero en última instancia, el peor aspecto del *plea bargaining* es la deshonestidad. La negociación de cargos ha hecho añicos nuestras estadísticas penales. La persona que cometió un homicidio doloso es registrada como si hubiera cometido un homicidio culposo; la persona cuyo delito fue el abuso

deshonesto de menores es condenada por merodear cerca de una escuela¹⁶. Esta consciente falsedad no sólo ha transformado nuestras estadísticas penales en un montón de mentiras, sino que nos ha llevado a la práctica generalizada de preferir los registros de arresto a los de condena para una gran serie de propósitos. Algunos observadores europeos consideran que nuestra confianza en los simples registros de arresto en materia de condenas y empleo es increíble¹⁷. Finalmente, lo que subyace a la historia del *plea bargaining* es la mentira que debe aceptarse para ignorar la Constitución y el *Bill of Rights* –la idea de que las personas acusadas de delitos graves en realidad no quieren ser sometidas a un juicio por jurados–.

V. Mercados

La justificación que da la Corte Suprema al *plea bargaining*, aunque absolutamente carente de fundamentos, tiene la virtud de la sinceridad. En *Santobello v. New York*¹⁸, el juez BURGER, presidente de la Corte Suprema, explicó que debe alentarse el empleo del *plea bargaining* ya que “si toda acusación penal se sometiera a un juicio completo, los Estados y el Gobierno Federal deberían multiplicar varias veces el número de jueces y las instalaciones tribunales”¹⁹. Traducción: no podemos afrontar financieramente la Constitución y el *Bill of Rights*. La mera conveniencia instrumental es razón suficiente para dejar de lado los textos constitucionales.

El esfuerzo académico más destacado para justificar el *plea bargaining* es el pavoroso artículo de Frank EASTERBROOK, “El proceso penal como sistema de mercado”²⁰. EASTERBROOK señala, correctamente, que el comportamiento de los actores en el sistema de *plea bargaining* es similar al que se observa en el mercado. Bajo las limitaciones del sistema, los actores se comportan racionalmente, maximizan sus utilidades, asignan sus recursos, etcétera²¹. Ciertamente, hemos creado un glorioso mercado persa en lugar de lo que diseñaron los constituyentes. El artículo de EASTERBROOK deja de lado la cuestión vital, que es el propósito que los constituyentes asignaban al juicio por jurados. ¿Es posible que entendieran que este derecho pudiera ser vendido en el mercado persa como cualquier otra mercancía? Yo creo que no. Cuando vislumbraron la posibilidad de que “todo” delito grave fuera juzgado a través de un juicio por jurados, tenían en mente objetivos de interés público. Decir que hemos creado un mercado de garantías procesales del derecho penal es un oprobio, no una justificación.

VI. La fragilidad de los textos escritos

La desaparición del juicio penal por jurados nos ofrece una lección muy instructiva sobre el mito de las constituciones escritas. Éstas requieren la adhesión y el apoyo tanto del orden social como del político, y tanto del sistema legal como de los profesionales del derecho. El *plea bargaining* ha derrotado a la Constitución y al *Bill of Rights* porque los profesionales del derecho –especialmente los jueces, los fiscales y los abogados defensores– han preferido la conveniencia de realizar transacciones al rigor de llevar a cabo los juicios.

Sólo me resta decir que debe prestarse mucha más atención a la forma en que manejamos la imposición de condenas penales. Los procedimientos de negociación que excluyen el juicio son incorrectos. La condena sin juicio, que es en efecto lo que hacemos en el *plea bargaining*, es incorrecta. Por otro lado, no nos interesa recuperar el mundo procesal que proyectaron los constituyentes, el mundo del juicio sumario por jurados. Ni siquiera podemos afrontar el rutinario juicio por jurados por medio del procedimiento de partes que es la norma en nuestro derecho positivo.

Circunstancias que no podemos precisar exactamente, pero cuyo acontecimiento es posible predecir con firme certeza, nos forzarán algún día a reconsiderar nuestro fallido sistema de enjuiciamiento penal. Terminaremos por reintroducir algunos componentes de genuino juicio en nuestro procedimiento penal, quizá sobre la base de la vigente audiencia de la Regla 1122, que en la actualidad es básicamente un formalismo. Cuando lo hagamos, espero que prestemos atención al modelo continental. Hace más de un siglo, los europeos vinieron a observar el sistema procesal penal anglo-estadounidense. Volvieron con la idea de que la participación de legos en el juicio penal es profundamente importante, pero también llegaron a la conclusión de que los enormes sistemas de justicia apropiados para las democracias industriales urbanas no pueden emplear personas legas de la manera torpe y lenta en que se lo hace en el juicio por jurados del procedimiento de partes. Los europeos desarrollaron formas de combinar legos con jueces profesionales en procedimientos dinámicos que garantizan una significativa participación lega en todo juicio en el que se debate un delito grave²³. El resultado es que han perpetuado más nuestra tradición de jurados de lo que lo hemos hecho nosotros mismos. Ellos tienen un sistema de consistente participación ciudadana en todo caso de delito grave, mientras que nosotros tenemos un complejo sistema de juicio por jurados en un procedimiento de partes que debemos negar a la mayoría de los acusados.

* Este trabajo fue publicado originariamente en "Harvard Journal of Law and Public Policy", vol. 15, n° 1, ps. 119 y siguientes.

** Profesor de Derecho e Historia Legal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale.

1 Constitución de los Estados Unidos, Sexta Enmienda (destacado agregado).

2 Constitución de los Estados Unidos, art. III, § 3 (destacado agregado).

3 Cf. *Duncan v. Louisiana*, 391 US 145, 149 (1968). Las constituciones estatales incluyen garantías similares.

4 N. de los T. Declararse culpable (*to plead guilty*) no significa confesar, sino aceptar formalmente la responsabilidad penal por el hecho y, en consecuencia, pasar directamente a la etapa de determinación judicial de la pena.

5 Cf. LANGBEIN, John H., *The criminal trial before lawyers*, en "University of Chicago Law Review", 1978, vol. 45, ps. 263 y ss., especialmente los casos citados en ps. 278 y siguiente.

6 Cf. BEATTIE, John M., *Crime and the courts in England: 1660-1800*, 1986, ps. 336 y s., y ps. 446 y siguiente.

7 En los tribunales estatales, que intervienen en la mayoría de los casos penales, el 95 % de los delitos son resueltos sin juicio; en el 91 % de los casos se impone la condena a través de la práctica del *plea bargaining*; el 4 % restante se resuelve en un juicio sin jurados. Cf. *Departamento de Justicia de los Estados Unidos (Oficina de Estadísticas sobre la Justicia), Felony sentences in state courts: 1988, 1990*, p. 1. El juicio sin jurados, frente a un juez técnico, es un mecanismo reciente en Estados Unidos. Cf. TOWNE, Susan C., *The historical origins of bench trial for serious crimes*, en "American Journal of Legal History", 1982, vol. 26, ps. 123 y siguientes.

8 Cf. ALSCHULER, Albert W., *Plea bargaining and its history*, en "Columbia Law Review", 1979, vol. 79, ps. 1 y ss.; cf. también FRIEDMAN, Lawrence M., *The roots of justice: Criminal punishment in Alameda County, California, 1870-1910*, 1981; LANGBEIN, John H., *Understanding the short history of plea bargaining*, en "Law and Society Review", 1979, vol. 13, ps. 26 y ss.; VOGEL, Mary E., *Courts of trade: Social conflict and the emergence of plea bargaining in Boston, Massachusetts, 1830-1890*, 1988, Harvard University, tesis doctoral, inédita.

9 Cf. LANGBEIN, *The criminal trial before lawyers*, cit., p. 277.

10 Cf. LANGBEIN, *The criminal trial before lawyers*, cit., ps. 282 y siguiente.

11 Cf. LANGBEIN, *The criminal trial before lawyers*, cit., p. 284.

12 Cf. LANGBEIN, *The criminal trial before lawyers*, cit., ps. 276 y 284.

13 N. de los T. Traducimos la expresión *adversarial system* como "procedimiento de partes", debido a la ambigüedad de términos como "procedimiento contradictorio", "contencioso" o el barbarismo "adversarial".

14 Cf. LANGBEIN, John H., *Torture and plea bargaining*, en "University of Chicago Law Review", 1978, vol. 46, p. 3.

15 Cf. ALSCHULER, Albert W., *The prosecutor's role in plea bargaining*, en "University of Chicago Law Review", 1968, vol. 36, p. 61, donde se discute un ejemplo de *plea bargaining* coercitivo.

16 David SUDNOW, *Normal Crimes: Sociological Features of the Penal Code in a Public Offender Office*, en "Soc. Probs.", 1965, vol. 12, ps. 258 y siguiente.

17 Cf. DAMASKA, Mirjam, *Evidentiary Barriers to Conviction in Two Models of Criminal Procedure. A Comparative Study*, en "Pennsylvania Law Review", 1973, vol. 121, ps. 506 y 533.

18 404 US 257 (1971).

19 404 US 257, 260 (1971).

20 En "Journal of Legal Studies", 1983, vol. 12, p. 289.

21 Ps. 308 y siguiente.

22 *Federal Rules of Criminal Procedure* 11.

23 John H. LANGBEIN, *Mixed Court and Jury Court: Could the Continental Alternative Fill the American Need?*, en "American B. Found. Res. Journal", 1981, vol. 1981, p. 195.