

EL PUEBLO SERÁ JUEZ

Karen Ness

Sumario. Introducción. Parte I: La historia del jurado en el mundo occidental; El jurado en la Grecia; El jurado en la República romana, procedimientos penales; El jurado en Inglaterra, la Carta Magna, la Cámara de la Estrella, El caso Bushel – Habeas corpus, libertad de religión y el fortalecimiento del jurado, nulificación juratorial o la anulación de las leyes por medio de precedentes judiciales, el caso de Leveller John Liburne; la Revolución gloriosa, el caso Zenger y la libertad de prensa, la ley de difamación; el jurado en Estados Unidos de América, la historia del jurado en los Estados Unidos de América, el jurado y el movimiento abolicionista, la nulificación juratorial y la Corte Suprema de los Estados Unidos, el jurado en los Estados Unidos a finales del siglo XX. Notas bibliográficas. Bibliografía

*No seguirás a los muchos para hacer el mal: ni responderás en litigio
inclinándote a los más para hacer agravios. - Exodo 23:2*

INTRODUCCION

Se da por sentado que para que una sociedad prospere se necesita un equilibrio entre el orden y la libertad. Se necesita suficiente orden para que valga la pena vivir en sociedad, con la protección y otros beneficios que ofrece un grupo social humano. Pero también se necesita suficiente libertad para poder realizar nuestro potencial individual como seres humanos, para poder tener un orden social más satisfactorio que el de una colmena o un hormiguero. Necesitamos esa libertad que nos permita desarrollar la creatividad que es nuestra semejanza a Dios, como poetas, arquitectos, ingenieros, juristas, escultores, científicos, en fin, artistas en el ramo que más nos interesa y para el cual estamos mejor dotados.

Como sabrán los que están familiarizados con el trabajo de Abraham Maslow, no todos estamos en la misma etapa de desarrollo humano que sería necesaria para poder trabajar hacia nuestra realización en un sistema

completamente libre, en la anarquía pacífica. La coacción es necesaria para disuadir a los que, por ignorancia o por alguna anomalía, anulan los derechos de los demás, mientras alcanzan la madurez necesaria para aprender a cooperar voluntariamente y en paz. Hay estudios que demuestran que el castigo rápido y seguro, no muy leve, es un elemento disuasivo en el comportamiento humano.^[1] Para eso es el gobierno.^[2] Desafortunadamente, si el gobierno es fuerte y no tiene límites, tenderá a negar los derechos que estaba destinado a proteger. No sólo eso, sus integrantes tenderán a definir qué es un derecho y qué no, para beneficio propio, utilizando el monopolio de la fuerza.

El modelo utilizado aquí para explicar la dinámica del gobierno y del jurado como límite a su poder, es una combinación de las teorías, principalmente, de sistemas, de la maximización de beneficios de Ludwig von Mises, de la opción pública, y de la jerarquía de necesidades de Maslow. La teoría de la libertad de Hayek es parte de lo que se da por sentado en este trabajo. Aunque no los haya citado, Popper, Locke, Rousseau, Kemeny y otros me han ayudado a llegar a las conclusiones que están al final de éste trabajo. En especial, un radical de nombre Lysander Spooner, *an abolitionist and a scholar*.

Seguramente, mi fe en el ser humano común parecerá tan ingenua como la fe que tuvo Rousseau en el legislador, Maquiavelo en el Príncipe, Hobbes en el Leviatán, y, me atrevo a decirlo, Hayek en el juez. Pero no es tanto en el ser humano común en el que tengo fe, sino en la capacidad de todo ser humano no comprometido con sus intereses inmediatos de hacer decisiones convenientes para todos al largo plazo, porque los intereses de un individuo a largo plazo están necesariamente ligados a los intereses de la comunidad a largo plazo, y vice versa.

Como se señalará en el transcurso de este trabajo, los miembros de un gobierno tenderán a formar sistemas que, sin un límite concreto, explotarán a los

que quedan excluidos. Por otra parte, la calidad temporal de los miembros del jurado evita que se den las condiciones necesarias para que ellos se beneficien de los acusados o del pueblo a expensas del bien común. Se mostrará cómo, en las condiciones aisladas de un juicio, el jurado implícitamente tiene en cuenta el bien común y los derechos individuales, el orden y la libertad. Se mostrará que una Constitución escrita no es un límite concreto y que puede ser violada impunemente por el mismo gobierno destinado a aplicarla. Se explicará por qué el crear nuevas instituciones con miembros permanentes no dará el resultado deseado de limitar al gobierno.

Se aportará evidencia a la hipótesis de que la institución del jurado, en diferentes civilizaciones, ha sido el instrumento más efectivo para limitar los poderes y jurisdicción del gobierno. El propósito de éste trabajo, además de contribuir al conocimiento de la historia del jurado en las distintas tradiciones, es presentar evidencia que apoye el juicio de que el poder ser juzgado por nuestros pares, nuestros conciudadanos, libres de presión gubernamental, y con el poder reconocido de evitar la aplicación de una ley injusta, es un derecho. Un derecho no sólo norteamericano, inglés, romano, o griego, sino un derecho universal, fundamental, sobre el cual descansan todos los demás derechos. Si éste no fuera un derecho, los demás derechos no tendrían fuerza alguna, aparte de lo que los integrantes del gobierno, los legisladores, el ejecutivo y los jueces consideren apropiado o conveniente.

La función del jurado, como parte del sistema judicial, consiste en proteger al acusado de aquellas leyes predeterminadas y conocidas *pero injustas* que violan sus derechos, poniendo en peligro su vida, libertad o propiedad, al mismo tiempo que apoya el castigo de aquellos que son un verdadero peligro para la comunidad. Presentaré suficiente evidencia para convencer al lector que los peligros de un sistema judicial que no sea limitado por un jurado son reales. El

hecho de que el juez conozca la redacción de la ley bajo la cual un acusado ha sido arrestado, el significado legal de cada término, su historia, sus precedentes, en que año fue promulgada, etc., etc., etc., no lo hace más justo ni más interesado en el bien común, mientras que es bastante más probable que el jurado, por su naturaleza y circunstancias, sí lo será.

Presentaré suficiente evidencia para poder llegar a la conclusión de que la institución del jurado mantiene ese equilibrio tan delicado entre el orden y la libertad, orden que tanto necesitamos para poder alcanzar nuestro máximo potencial, como individuos y como sociedad.

PARTE I

LA HISTORIA DEL JURADO EN EL MUNDO OCCIDENTAL

En algún texto sobre la historia del jurado inglés recuerdo que decía que una institución parecida es común a muchos pueblos en sus etapas primitivas. Investigando el tema me he dado cuenta que el jurado no sólo es común denominador en algunos pueblos primitivos sino también un factor preponderante en pueblos que se han convertido en grandes civilizaciones. Podría decirse que es una de las pocas cosas que tienen en común las grandes civilizaciones de Occidente, tales como Grecia, Roma, Inglaterra y Estados Unidos.

Quiero que se entienda desde el principio que poner énfasis en el número de personas que constituyen un jurado no es la parte más importante de esta tesis, aunque ello incide en su efectividad, sino el hecho de que los juzgadores

son civiles, ciudadanos sin relaciones específicas con las personas que constituyen el gobierno. Por falta de una designación más clara he usado el término *jurado*, aunque la característica que estoy tratando de destacar, la de juzgador civil, le es común al *unus iudex* romano que juzgaba un caso él solo. El número ideal de juzgadores civiles se tratará brevemente en la parte teórica de este trabajo.

Otra parte que creo necesario destacar es que el jurado no es un escudo para proteger a los jueces de amenazas y sobornos, no son un instrumento para hacer la voluntad del juez o del gobierno. Implícito en la historia del jurado está su papel como fiscalizador de la legislación y de su aplicación. El jurado es la protección entre los individuos que han violado la legislación y el enorme poder coactivo del gobierno. La historia del jurado ha sido una lucha entre la idea de que los juradoresⁱⁱⁱⁱ, quienes en su totalidad son el pueblo, son la salvaguardia de sus derechos ante el gobierno, y la idea que el jurado no tiene el derecho de hacer más que verificar la verdad de los hechos imputados en contra de alguien acusado de violar la legislación vigente.

EL JURADO EN LA GRECIA ANTIGUA

La democracia ateniense existió conjuntamente con una de las civilizaciones más exaltadas en la historia de Occidente. La ciencia y las artes florecieron en Atenas a la par de sus instituciones democráticas y pudieron desarrollarse gracias a éstas, pues eran los garantes de la libertad necesaria para poder avanzar en ambos campos. Desafortunadamente, no era una civilización muy estable, pues estaban constantemente en pugna dos corrientes que persisten hasta nuestros días. Los sistemas que propugnaban las dos corrientes fácilmente podían decaer o ser abusadas en beneficio propio y a costa de minorías o la

mayoría de los miembros de la sociedad. Por un lado estaban los que creían en monarquías o aristocracias. Los “mejores” deben gobernar. Por el otro estaban los que creían en la democracia, que el *polis* era cosa de todos (es decir, de todos los *hombres libres*).

En el *Protágoras* de Platón encontramos a dos de estos antagonistas. A favor de la democracia está el filósofo Protágoras, mientras que Sócrates aboga por los reyes filósofos. Sócrates pregunta a Protágoras: ¿se pueden enseñar o no las virtudes ciudadanas? es decir, las cualidades que hacen la civilización posible. Protágoras, después de darle la opción a Sócrates entre un argumento razonado y un mito, le responde en forma de mito, o sea con una analogía.

Habla Protágoras sobre la creación de los animales, y cómo Epimeteo, uno de los dioses menores, encargado de equiparlos y distribuir entre ellos varias cualidades que les ayudarían a sobrevivir, llegó de último al ser humano. Sin nada más que darle, pues ya había repartido todas las mejores cualidades entre los demás animales, dejó al hombre desnudo e indefenso. Prometeo, encargado de inspeccionar su trabajo, vió el problema y lo solucionó robándoles algunas de sus cualidades y prerrogativas a los dioses, y se las dio al ser humano. Estaba éste entonces equipado con la sabiduría necesaria para sobrevivir; pero, siguió

Protágoras:

...la humanidad estaba dispersa y no habían ciudades... la consecuencia fue que eran destruidos por bestias salvajes, pues eran totalmente débiles en comparación, y su arte era sólo suficiente para proveerlos de los medios de vida, y no los capacitaba para hacerle guerra a los animales: comida tenían, pero aún no el arte de gobierno, del cual la guerra es parte. Después de un tiempo, el deseo de auto-preservación los unió en ciudades; pero cuando estaban unidos, sin el arte de gobernar, se trataban mal entre sí, y se encontraban otra vez en camino a la dispersión y destrucción. Zeus temía que la raza completa sería exterminada, así fue que les mandó a Hermes, quien les llevó *aidos* y *dike* para que fueran los principios ordenadores de las ciudades y los lazos de amistad y conciliación.ⁱⁱⁱⁱ [2]

(*Aidos* se traduce en algunos casos como reverencia^[3], en otros como respeto, vergüenza, cuidado por la buena opinión de otros,^[4] en términos contemporáneos equivale a lo que el famoso psicólogo del siglo XX, Abraham Maslow, llamaba las necesidades afectivas, entre las cuales se encuentran la necesidad de ser aceptados, de amar y ser amados, las de autoestima, de sentirnos competentes y de ganar la aprobación de nuestros prójimos. I.F. Stone, en su libro, *The Trial of Sócrates*, traduce la palabra griega *dike* como respeto por los derechos de otros, implicando un sentido de justicia, que hace posible la paz cívica por medio de adjudicación.^[5] En términos más explícitos, es la capacidad del ser humano de ponerse, por medio de la imaginación, en el lugar de otro, considerando los dos lugares, el propio y el ajeno, al mismo tiempo, viendo el corto y el largo plazo, encontrando un equilibrio entre las condiciones propias en el presente y el hecho que uno podría fácilmente estar en la situación del otro en el futuro, viendo la ventaja de ser magnánimo con el ajeno, haciendo hincapié en la reciprocidad.

Hermes le preguntó a Zeus como debería de repartir *dike* y *aidos* entre los hombres: —¿Debería distribuirlos como estaban las artes distribuidas; o sea, a unos pocos selectos, un individuo talentoso teniendo lo suficiente de medicina o de cualquier otro arte para muchos sin ese talento? ‘¿Debe ser ésta la forma en que tengo que distribuir *dike* y *aidos* entre los hombres, o debiera darselos a todos?’ ‘A todos,’ dice Zeus; ‘Me gustaría que todos tuvieran una parte; pues la ciudad no puede existir, si únicamente unos pocos comparten las virtudes, como en las artes.’^[6]

La respuesta, entonces, a la pregunta ¿pueden enseñarse las virtudes?, la responde Protágoras en el sentido que son innatas a todos los seres humanos. Esto es lo que I.F. Stone llama la *ideología* de Atenas. Argumenta que la decisión de darle a todos los ciudadanos griegos voz y voto no descansaba sobre la suposición de que eran expertos en política, como argumentaba Platón que era necesario, y como siguen argumentando muchos en contra de la

democracia, sino se basaba sobre las proposiciones presentadas por Protágoras y más tarde por Aristóteles. La primera es que “no puede haber una comunidad o ciudad al menos que todos, hablando en general, tengan un conocimiento módico de virtud cívica, ese respeto por la opinión pública y el sentido de justicia, las cuales hacen posible vivir juntos. La segunda es que lleva a la estabilidad social si los ciudadanos sienten que tienen algo de voz en determinar las cuestiones que afectan sus vidas y su bienestar.”^[7]

La democracia ateniense tuvo sus inicios en el sexto siglo antes de Cristo, con la reestructuración de la constitución por Solón. Después del fracaso de la constitución Draconiana y una revolución entre el pueblo y la clase oligárquica, Solón fue elegido por consentimiento de los dos partidos para re-construir la constitución ateniense.^[8] La mayoría del pueblo esperaba que Solón hiciera una redistribución completa de toda la propiedad, mientras que los oligarcas esperaban que restaurara todo a su posición previa, al menos, con pocos cambios; pero Solón se resistió a los dos sectores.^[9] Dividió al pueblo griego en cuatro clases, las primeras tres: propietarios, la última, los Thetes, el equivalente de lo que los romanos más tarde llamarían el proletariado. A las primeras clases les dió puestos como oficiales en el gobierno según la proporción del valor de su propiedad. “A los que tenían rango de Thetes les dio nada más que un lugar en la asamblea y en los jurados.”^[10]

Aunque a primera vista esta modificación pareciera injusta para algunos en relación a los Thetes, es importante notar que el poder de los Thetes no era despreciable, pues eran la mayoría; y el voto en la asamblea y en el jurado, donde se hacían las leyes primeramente y las decisiones finales acerca de la aplicación de la ley en la segunda, era por mayoría simple. Podían entonces vetar legislación o la aplicación de la ley en casos donde no les convenía. No sólo eso, según Aristóteles, “algunas personas, de hecho, creen que Solón deliberadamente

hacia las leyes indefinidas, para que así la decisión final pudiera estar en manos del pueblo.” El mismo Aristóteles no cree que esta proposición sea muy probable, aduciendo que la verdadera razón era que es imposible alcanzar la perfección cuando se promulga una ley en términos generales.^[11] El hecho es que con ese poder lograron defenderse de la oligarquía y democratizar más aún el Estado. No podía hacerse una ley que perjudicase a la mayoría.

La debilidad principal de la constitución ateniense radicaba en que no había protección efectiva para las minorías. El caso de Sócrates es uno de los más famosos en la historia. La mayoría decidió el destino de Sócrates, 281 a 220. Pero no fue la decisión unánime de los representantes del pueblo ateniense; es preciso señalar aquí que el fallo hubiera sido otro con un jurado del *common law*^[iv] inglés, cuyas características incluyen la unanimidad para poder dar un fallo de culpabilidad o inocencia. (Por supuesto que la unanimidad era una imposibilidad en el tipo de jurado que tenían los atenienses, su defecto siendo perfectamente explicado por Buchanan & Tullock en los capítulos sobre La Teoría General de Constituciones, la Regla de la Unanimidad y Costos de Decisión, aunque aplicado a otras situaciones.^[12])

El procedimiento judicial que conoció Aristóteles fue el siguiente: para poder optar a ser *dikaste*, se necesitaban derechos plenos de ciudadanía, tener por lo menos 30 años y no deberle nada al Estado.^[13] Los *dikaste*, los individuos que formaban parte del jurado ateniense, eran electos al azar por el arcón de su tribu, cada uno de los arcones de las nueve tribus contribuyendo a la formación del *dikastai*. Existían mecanismos por los cuales se aseguraba que nadie pudiera escoger los *dikaste* que quisiera para su propio juicio.^[14]

Para casos normales, las cortes contenían *dikastai* de 500 ciudadanos. Para los casos capitales, aquellos que implicaban encarcelamiento, muerte, exilio, pérdida de derechos civiles, o confiscación de bienes, se hacía el

juicio ante 1,000 o 1,500 *dikaste*. No es difícil ver por qué la regla de unanimidad no sería realista en este tipo de juicio.

Relojes de agua, siendo el galón la unidad de medida, regulaban el tiempo de los juicios, ninguno de los cuales excedían unas horas o en casos capitales, un día.^[15] Los votos se hacían con bolas de bronce. En el caso que describe Aristóteles, la bola agujereada para el demandante y la bola sólida para el acusado o demandado. El que tenía la mayoría era el victorioso, pero si los votos eran iguales, el fallo era a favor del acusado.

Es patente que el sistema ateniense contenía en sí las semillas de su propia destrucción, pues permitía que permanecieran grandes sectores de la población insatisfechas con los resultados de un juicio o una ley, provocando la inestabilidad e incertidumbre tan típicas de los estados griegos y tan despreciadas por Platón, quien añoraba el orden y la estabilidad por sobre todas las cosas y quien pensaba que un rey filósofo con poder absoluto podría proveerlos.

EL JURADO EN LA REPUBLICA ROMANA

A principios del apogeo griego, circa 460 a.C., los romanos mandaron una delegación de tres hombres a Atenas con órdenes de hacer una copia de las famosas leyes de Solón e investigar las instituciones, costumbres y leyes de éste y otros estados griegos. Sus nombres eran Spurius Postumius Albus, A. Manlius, y P. Sulpicius Camerinus.^[16] Al regresar en 452 a.C. formaron parte de lo que se conoció como el decemvirato, *decemviri legibus scribundis*, el grupo de magistrados patricios encargados del proyecto de poner por escrito las leyes romanas, que más tarde se conocerían como las doce tablas.^[17] Si fue por influencia de los griegos o, como dice un autor en la Encyclopaedia Británica en un artículo sobre el jurado británico, que el jurado es una institución común a muchos

pueblos primitivos,^[18] no se sabe. Lo cierto es que, desde principios de la república y en la mayoría de casos civiles hasta finales del imperio, habían tribunales con las características del jurado, los jueces romanos siendo civiles, laicos y no profesionales. Los juicios capitales se hacían ante jurados de cientos o miles de personas en los comicios o centurias, igual que en los juicios griegos.

Habían tres sistemas que, a lo largo de la historia de Roma, regulaban las relaciones judiciales entre los ciudadanos y el poder coercitivo del gobierno: las acciones de la ley, el sistema formular y el procedimiento extraordinario. Los tres tenían como función proteger intereses o derechos; los intereses de quién protegían dependía del sistema.

El primero, las acciones de la ley, *legis actiones*, hacía valer principalmente los derechos de los patricios romanos, protegiendo sus intereses en contra de plebeyos y extranjeros. Era un sistema basado en el monopolio del conocimiento; en particular, conocimiento que sólo tenían las antiguas gentes romanas, conocimiento de rituales, días fastos, y actos revestidos de palabras sacramentales por las cuales la maquinaria de la administración de justicia y la protección de derechos se echaba a andar. Las palabras sacramentales y otras partes integrales de las acciones no eran conocidas al principio más que por los patricios, y la menor desviación de la forma de la acción podía causar la pérdida de un pleito. Según Gayo, el que dijera viñas (*vites*) porque pleiteaba sobre viñas, en lugar de decir *arbores*, el término sacramental, perdería el pleito.^[19] Hasta las XII tablas tenían que ser interpretadas por los patricios, a pesar de que con éstas se había logrado un cambio más equitativo a favor de los plebeyos, por estar las leyes escritas y no únicamente en la conveniente memoria de los patricios. (La semejanza entre esta etapa de la historia legal de Roma un par de siglos antes de Cristo y la que ha predominado en Guatemala hasta principios del siglo XXI, con

su insistencia en las formalidades, el lenguaje y el monopolio del conocimiento legal entre un reducido grupo es demasiado triste y real.)

La primera de las cinco acciones de la ley parece haber sido la *manus injectio*, en donde los romanos hacían justicia por sí mismos en cuestión de deudas, les daba el derecho de capturar al deudor y castigarlo, venderlo o matarlo. Esta acción estaba regulada únicamente por la costumbre. La *legis actio per pignoris capionem* era esencialmente la misma idea que la *manus injectio*, pero en relación a propiedad, en esencia el embargo por un ciudadano de propiedad que le pertenecía a otro en satisfacción de o en garantía de una deuda de este último que no pagó. Teóricamente había obligación por parte del embargante de solucionar su caso judicialmente después del embargo; no podía quedarse con la propiedad hasta solucionarlo en juicio. La *legis actio sacramento* y la *judicis postulatio* parecen haberse introducido para prevenir el abuso de la *manus injectio* cuando había lugar a dudas en cuestiones de hecho o derecho.^[20] La *legis actio sacramento* era un ritual que juntaba tres etapas distintas de procedimiento judicial, apelación a la fuerza de las armas y a la justicia por mano propia, apelación a los dioses y al poder espiritual, y finalmente apelación al magistrado y su posición judicial. Las partes ponían una suma y los sacerdotes romanos se quedaban con la parte del perdedor después de la decisión del juez. El caso era decidido por un *judex* después de treinta días de los procedimientos *in jure*. La *legis actio per condictionem* fue introducida por la ley Silia como medio de recuperar una deuda de dinero. El *judicis postulatio* parece haber sido la petición al magistrado para que nombrara un juez o árbitro.^[21]

En la primera etapa del procedimiento de las acciones judiciales, estos estaban *in jure*, y los deberes del magistrado en relación a estos eran parte de su *jurisdictio*, o pronunciación del derecho, en la segunda estaban *in iudicio*, y los que presidían eran los *judices*. En la parte *in jure*, el magistrado dictaba el

derecho y resolvía si no había disputa. Si se iba al procedimiento *in iudicio* los *judices* juzgaban la cuestión que se les presentaba y emitían un fallo a favor del querellante o del demandado. Ésta era la costumbre bajo ambos sistemas, *legis actiones* y *formulae* y continuó de esta forma en casos sin importancia para el emperador hasta tiempos de Diocleciano.^[22]

El primer paso en el proceso judicial era el *in ius vocatio*, o proceso para traer al demandado a la corte, esto siendo regulado minuciosamente por la primera de las XII tablas. El querellante era el responsable de llevar a cabo este paso. Ante el magistrado, el consul o *praetor urbanus* (*praetor qui inter cives ius dicit*), el querellante presentaba su pleito. Si no lo contradecía o lo admitía el demandado, el magistrado pronunciaba su decreto y el querellante tenía derecho a remediar la situación según lo mandaba la ley. Si se oponía el demandado a la imputación, el magistrado lo remitía a un tribunal o a uno o más ciudadanos privados como jueces o árbitros, los *judices*.

Hasta donde llega la evidencia histórica, sabemos que las acciones eran juzgadas y los fallos pronunciados por *judices* y *arbitri*. Cada caso donde había controversia entre el demandante y el demandado era juzgado por un ciudadano particular, el *judice*, o *unus iudex*, cuyo cargo terminaba con su fallo, y no estaba sujeto a ninguna *series rerum iudicatarum*. (No fue hasta el imperio que una *series rerum perpetuo similiter iudicatarum*, o sea una serie uniforme de precedentes se convertía en ley.)^[23] Éste ejercía un oficio público, escogido entre la clase de ciudadanos designados para este efecto por la constitución política. Nunca había más de un juez, *unus* o *unicus iudex*, nombrado para juzgar un caso civil, pero podía haber más de un arbitro, y con frecuencia habían tres. Toda clase de acciones, aun acciones sacramentales *in rem*, podían ser presentadas ante el *unus iudex*.^[24]

El nombramiento por el magistrado de un juez para una causa se llamaba *judicis postulatio*, y era una de las acciones de la ley. El juez, o *unus judex*, era un ciudadano, no magistrado, confiado con el cuidado de juzgar y fallar sobre una demanda ó un litigio. Este cargo público no podía ser rechazado por el ciudadano escogido. Era dado a las partes solamente y para la causa únicamente. El objeto confiado era un asunto privado sobre posesión u obligaciones. El magistrado le otorgaba sus poderes para la causa, y prestaba juramento: *judices jurare*, según Cicerón. Uno de los principios de este proceso era que nadie podría ser juez sino por elección de ambas partes. El magistrado podía proponer un juez, pero ellos podían recusar sin tener que explicarse. Si no se ponían de acuerdo, se decidía por suerte. El juez podía hacerse acompañar y asistir de asesores y jurisconsultos quienes le daban consejo, pero sólo como medio de ilustrarse, y, durante la república, no estaba obligado a aceptar sus decisiones.^[25] Había un solo juez para cada caso, elegido necesariamente en el orden de senadores patricios al principio, y después de las listas de ciudadanos designados a desempeñar las funciones judiciales.^[26] (A finales de la República, uno de los decretos del dictador Sila fue que los jueces podían ser, otra vez, únicamente senadores. Cuenta Cicerón en su discurso *Contra Verres* que la opinión generalizada en el pueblo de Roma y hasta en el extranjero era que, en los tribunales compuestos únicamente por senadores, hasta el peor criminal nunca sería declarado culpable mientras tuviera dinero.^[27])

Una modificación del primer título de *judex* era el *arbiter*, quien también juzgaba acerca de los derechos de posesión y obligaciones. El magistrado le daba a éste una mayor latitud de apreciación y de decisión. Según las XII Tablas, el número de árbitros podía llegar hasta tres. Eran elegidos igual que los jueces.^[28] La integridad de los jueces y árbitros era de suma importancia y la pena

de muerte era el castigo para el juez o árbitro que haya recibido dinero por pronunciar una sentencia.^[29]

El colegio Centumviral, cuyos orígenes son muy inciertos, era un tribunal permanente cuyos miembros eran electos anualmente. Al principio fueron elegidos por las tribus en los comicios, más tarde de la lista anual de *judices*. Su número, originalmente de 105, llegó a tener hasta 180 en tiempos de Plinio. Eminentemente quiritarario, aunque no totalmente patricio, se reunían bajo un pretor para decidir negocios de Estado, propiedad quiritaria y sus derivados, sucesiones testamentarias y abintestados, las bases de la sociedad aristocrática, sólo se excluían las posesiones y obligaciones. La única acción de la ley aplicable a su competencia era la del *sacramentum*.^[30] En el ejercicio de sus cargos los *Centumviri* actuaban con más independencia de lo que se atrevían los *judices* privados, introduciendo reformas considerables a la ley.

La próxima etapa de la historia judicial romana se caracteriza por el uso del sistema formular. Aquí es oportuno mencionar la característica romana de no hacer cambios bruscos en sus instituciones, sino dejar que entraran las innovaciones a la par de las viejas costumbres, y dejar que los usuarios y el tiempo escogiesen entre los dos. El sistema de *legis actiones* era primitivo, lento, pesado, inflexible y, al parecer de aquellos que se veían perjudicados gracias a él, sumamente injusto. Los romanos y el tiempo terminaron por institucionalizar el sistema formular.

El sistema formular surgió de la necesidad de hacer justicia entre extranjeros con quienes Roma tenía alianza por medio de tratados, dotados de derechos recíprocos de acción, o entre estos extranjeros y los romanos. El procedimiento se conocía como *reciperatio* o *recuperatio*.^[31] El magistrado encargado de la etapa administrativa de uno de estos casos era el *praetor*

peregrinus (praetor qui inter cives et peregrinos jus dicit). Éste hacía uso del derecho de gentes, *jus gentium*.

Parece ser que el magistrado escuchaba lo que las partes en un pleito tenían que decir, y convertía en una fórmula simple los hechos surgidos de éste, autorizando a los *recuperatores*, a quienes se les remitía el caso, fallar a favor del demandante o demandado, dependiendo de las circunstancias. Tomando como ejemplo la acción de venta, la fórmula era esencialmente ésta: “Siendo verificado que el demandado vendió tal y tal cosa al demandante, cualquier cosa, juez, que el demandado debería en buena fe haber hecho o dado al demandante respecto a esto, en el dinero equivalente condene al demandado; en caso contrario absuélvalo.”^[32]

Generalmente eran tres *recuperatores* por caso, podían haber cinco o más, pero eran siempre un número impar. Si la nacionalidad de ambas partes tenía que ser representada no se sabe. Aunque también eran escogidos de listas anuales, los recuperatores también “podían ser escogidos entre todos los ciudadanos, sin distinción, inopinadamente, entre los que se hallaban presentes y que tenía más a mano el magistrado, de manera que pudieran ser designados y constituídos *quasi repente apprehensi*.”^[33] Se les requería que fallaran en menos de diez días, y sólo se permitían diez testigos. Este proceso se usó en procesos *de libertate* y llegó a usarse hasta en litigios en donde ambas partes eran ciudadanas; y en las acciones pretorianas *ex delicto*, se remitía, no a un *judex*, sino a recuperatores, se cree que por conveniencia en cuestiones de tiempo.

Con la *lex Aebutia* se se declaró la legalidad de la opción entre el uso de las *legis actiones* y el uso general del sistema formular, más tarde conocido como *formulae* u *ordinaria judicia*. “En las épocas finales de la República, las acciones de la ley estaban casi enteramente suprimidas, y no se practicaban más que en los casos sometidos a la competencia del colegio Centumviral.”^[34]

Procedimientos Penales

Según Ortolan, “lo concerniente a la jurisdicción criminal [*sic*]^[35] no se presenta en el derecho romano con un carácter bien definido y bien coordinado desde el principio.”^[35] Las Doce Tablas decían que los grandes comicios, o sea, los comicios por centuria, eran los únicos que tenían el derecho de dictar decisiones capitales sobre un ciudadano, o sea, sobre la pérdida de la vida, de la libertad o de los derechos de un ciudadano. Las tribus también tenían jurisdicción penal, pero sólo podían imponer el destierro y/o multas, especialmente como represión política. Juzgar acerca de crímenes capitales estaba reservado para los comicios, pero, obviamente, el tamaño presentaba las mismas limitaciones que presentaba el jurado griego. Es de suponer que era la mayoría la que decidía en estos casos resultando en la misma inestabilidad política que aquejaba a Grecia.

Pero si los acusados eran extranjeros, esclavos u otros que no eran ciudadanas, o si se trataba de una pena leve, los comicios a menudo delegaban este poder al Senado, que también tenía jurisdicción penal, siempre que la pena no fuese capital, y estos a su vez delegaban a la jurisdicción civil o daban la instrucción y el conocimiento del proceso, *quaestio*, a comisarios, *quaestores*, especialmente designados para la causa.

Este procedimiento al fin fue regularizado por los plebiscitos, y dio origen a lo que se llamaban las *quaestiones perpetuae*. Las cuestiones perpetuas fueron objeto de legislación que las reglamentó, definiendo el delito, fijando la pena y estableciendo la organización de una especie de tribunal, al que se delegó para siempre el *cognitio* de ellas. Esta delegación era permanente, pero sus miembros eran electos anualmente, siguiendo la norma judicial romana. Presidía un pretor sin otra jurisdicción especial.^[36]

La sentencia no la dictaban en él jueces permanentes, sino jueces ciudadanos, jueces jurados, designados únicamente para la causa, con el principio diversamente aplicado, pero siempre general, de que debían ser

aceptados por las partes. En el tribunal de las *quaestiones perpetuae* todo ciudadano podía ser acusador; designaba al acusado, la ley en virtud de la cual se le acusaba, los hechos que le imputaba, prestando juramento que su acusación no era calumniosa. Llegaba a ser parte en la causa, y estaba obligado a articular prueba; era una amplia organización del sistema acusatorio. El jurado no podía fallar más que con arreglo a la ley invocada; condenar, o absolver, o declarar que no estaba suficientemente ilustrado (*Condemno, Absolvo, Non liquet*), sin que la pena establecida en aquella ley pudiese ser modificada.^[37]

El número de *judices* variaba según el delito, entre 20 y 75. Por regla general, el acusador elegía a los jueces civiles, tomando el doble de lo que se necesitaba para formar la cuestión, mientras que el acusado podía recusar la mitad. En algunos casos los jueces eran sacados por suerte, y las partes tenían derecho de recusar los que no querían admitir. Los senadores y los caballeros se disputaban el derecho de ser jueces jurados hasta que al fin el derecho fue generalizado. El número de los *judices* inscritos en las listas anuales vaciló entre trescientos y trescientos setenta, en tiempos de Augusto llegó a cerca de cuatro mil. A finales de la República, los comicios casi nunca conocían casos, ni siquiera los capitales, judicialmente.^[38]

La corte decemviral, llamada durante la República *Decemviri stlitibus judicandis* tenía como función juzgar ciertas acciones, especialmente aquellas relacionadas con la libertad personal. Algunas autoridades lo relacionan con los *decemviri judices* mencionados por Livy que fueron declarados tan inviolables como los tribunos de los *plebs* y que originalmente resolvían casos entre plebeyos.^[39]

El proceso romano durante la República hacía una cosa clave, separaba la parte administrativa y la parte judicial. En otras palabras, en manos del gobierno estaba la organización de la instancia y la declaración del derecho (*jurisdictio*), en manos de ciudadanos estaba el examen judicial y el fallo en un caso particular (*judicium*). Para ponerlo más claro todavía, se hacía una

separación entre la burocracia y la justicia. Ni los burócratas ni el emperador

decidían que era lo justo en ningún caso, en cuestiones de hecho o de derecho.

Esta separación entre el *jus* y el *judicium*, entre el magistrado y el juez, parece corresponder, salvo algunas diferencias, a la separación, mucho más difundida en nuestras ideas modernas, entre la decisión del [sic] *hecho* y la del *derecho*. Sin embargo, sería un error creer limitado el oficio del juez a una simple cuestión de hecho. Debe apreciar los hechos, pero debe apreciarlos jurídicamente, y en esto se halla el derecho más o menos interesado, según la naturaleza del negocio y la extensión de los poderes conferidos por el magistrado... Bajo el primer sistema [*legis actiones*] existe la distinción; pero en algunos casos tiene lugar la separación, y en otros no. En el segundo sistema [el formular], la separación es completa, sólo en casos extraordinarios juzga el mismo magistrado. En el tercer sistema [*extraordinaria judicia*], lo extraordinario se hace regla común; las dos funciones se hallan reunidas [primero en el derecho público y después en el derecho civil en tiempos de Diocleciano], y sólo se separan por excepción.^[40]

Yendo más allá todavía, en la opinión de Henry Goudy, *Regius Professor of Civil Law* de Oxford, durante la República, un *judice*, o juez laico, tenía mucha más libertad, y tenía no sólo el derecho, sino la obligación de decidir de acuerdo con su concepto de lo que era justo,^[vi] asumiendo el riesgo de las consecuencias si su juicio iba conscientemente en contra de la ley.^[41] (Si ésta es una opinión que refleja la realidad romana en tiempos de la República o la realidad inglesa a finales del siglo XIX, es difícil saber.) El derecho consuetudinario dejó su marca en el derecho romano por medio del *judice*. El derecho romano era el resultado de las decisiones de los *judices*, a veces actuando bajo el consejo profesional de juristas, cuyo consejo no estaba obligado a aceptar hasta el imperio (*responsa prudentium*), y en algunos casos con el consejo de los pretores.

Es patente que la libertad dada al *judice* en el sistema formular, por medio de las formulas como la anteriormente citada,^[vii] facilitaría enormemente la introducción de la costumbre en la ley. El *judice* era en gran parte el portavoz del *forum*, su juicio se formaba de acuerdo con la opinión pública prevaleciente, la cual tenía amplia oportunidad de evaluar, era la reflexión de ese sentimiento

general de justicia que es la verdadera base de la ley consuetudinaria. En tiempos de la República si el *judice* aceptaba el consejo de un jurista lo hacía simplemente porque creía que estaba de acuerdo con la opinión pública educada. Goudy concluye que lo que evolucionó de una serie de juicios consistentes de este tipo fue en sentido estricto ley consuetudinaria.^[42]

Cuando el magistrado no remitía al *unus judex*, al *arbiter*, a los *recuperatores*, o al colegio Centumviral algún caso, y él decidía por sí mismo el negocio, se decía que lo conocía extraordinariamente (*cognitio extraordinaria* o *judicium extraordinarium*). No se separaba el *jus* y el *judicium*, y prevalecían los intereses de los magistrados o el emperador. Cuando Augusto fue emperador una de las funciones que se arrogó fue la de juez. Cuando le interesaba un caso lo juzgaba él personalmente o lo delegaba al senado con instrucciones precisas. Sólo cuando un caso era de poca importancia se seguía remitiendo a un *judice* durante el imperio. Esto continuó hasta tiempos de Diocleciano.

Según Goudy, el sistema formular, con su remitencia del pretor al *judex* juramentado que tenía que hacer el juicio, era de mucha ventaja para la ley, pues el juicio era el de un ciudadano libre e independiente, sin ataduras con el oficialismo, recién salido de un centro de negocios, escogido por, y en total simpatía con las partes. Dicho sistema era incompatible con el gobierno autocrático de Diocleciano y Constantino, y no sorprende que éste primero haya dado instrucciones a los gobernadores de las provincias en el sentido que, al menos que hubiera demasiada carga de trabajo, no remitieran los casos a su cargo, y que los conocieran de principio a final, tal como era la costumbre con las *extraordinariae cognitiones*. Y si se remitía, tenía que ser a un *judex pedaneus*, quien era un sustituto inferior del magistrado, probablemente un colegiado. Más tarde, por un decreto de los hijos de Constantino, se eliminó el

uso de las formulas al hacer la delegación al magistrado inferior, eliminando así la distinción formal entre el procedimiento *in jure* e *in iudicium* y la distinción práctica entre acciones *in jus* e *in factum*.^[43]

Menciono un último hecho en relación al derecho romano, para mostrar hasta donde cayó éste último al quitarle a los ciudadanos el poder de inyectar el derecho consuetudinario en la jurisprudencia romana. Me refiero a la ley de citas de Valentiniano III en 426 d. C. Esta ley, para empezar, negó la fuente principal del derecho consuetudinario romano, el laico romano. Segundo, le dio a jurisprudentes romanos muertos la autoridad de ser casi la única fuente de resolución en una disputa. Tercero, le dio el mismo peso a todos los jurisprudentes autorizados menos uno llamado Papiniano, a quién se le daba el peso de dos autoridades. Cualquier conflicto de derecho se resolvía a favor del que tuviera el mayor número de autoridades de su lado. Si empataban, ganaba el lado que tuviera a Papiniano del suyo. “Donde las opiniones son iguales, y ninguno con derecho a preferencia, le dejamos al juez la discreción de cual de las dos adoptará.”^[44] No está de más decir que muy probablemente no decidirían en contra de los deseos del emperador.

EL JURADO EN INGLATERRA

Existe una conexión entre Inglaterra y Roma que data de tiempos de Julio Cesar, cuando éste conquistó la parte sur de la isla británica. Cuan profunda fue la huella que dejaron las instituciones romanas en los celtas que ahí se romanizaron es difícil de determinar. Con la caída del imperio romano y la siguiente barbarización de la región romana en Inglaterra los historiadores dudan que hayan sobrevivido las costumbres y el derecho romanos. Más se le atribuye a Guillermo el Conquistador y a los normandos, en tiempos del nuevo interés por el

derecho romano en Europa, la llegada de instituciones romanas a

Inglaterra. Parece que en tiempos de la ocupación vikinga en el siglo IX:

“...todo tribunal de condado o de *hundred* (centuria, subdivisión del condado) y todo tribunal de jurisdicción privada podía también tener sus propias leyes locales consuetudinarias. Los daneses se aferraban a las suyas, y la región de *Dane law* (ley danesa) recibió de aquí su nombre... Los escandinavos, cuando no peleaban como vikingos, eran gente pleiteante y gustaban reunirse en el *thing* (asamblea pública) para escuchar argumentaciones jurídicas. No tenían legistas profesionales, pero muchos de sus labradores-guerreros, como Njal, el decidor de verdad, estaban versados en los usos del pueblo y en su intricado procedimiento judicial. Una ciudad danesa en Inglaterra tenía con frecuencia, como funcionarios principales, doce “hombres de leyes” hereditarios. Los daneses introdujeron la costumbre de formar comités entre los hombres libres en el tribunal, lo cual tal vez hizo de Inglaterra terreno favorable para el futuro desarrollo del sistema del jurado, tomado de una costumbre franca introducida más tarde por los normandos.”^[45]

Según David Hume en su *Historia de Inglaterra*, antes de la llegada de los normandos, el rey Alfredo había instituido un sistema de justicia que era muy popular y liberal. Las jurisdicciones estaban divididas en *decenarios*, o diez familias de hombres libres, quienes ayudaban al *borsholder*, una especie de jefe de tribu, a decidir en diferencias menores que ocurrían entre los miembros de esta pequeña comunidad. En asuntos más importantes, apelaciones de un decenario, o en controversias entre decenarios, el caso se llevaba ante un *hundred*, o centuria, que se componía de diez decenarios y que se juntaba una vez al mes para decidir causas. “Su método de decisión merece ser notado como el origen de los jurados; una institución, admirable en sí, y la mejor calculada para la preservación de la libertad y la administración de justicia, que alguna vez fue inventada por el ingenio del hombre.” Doce hombres libres, junto con un magistrado, eran escogidos para el examen de un caso; después de jurar que administrarían justicia imparcial, se sometía el caso a su jurisdicción.^[46]

Con los normandos en el siglo XI, entró el derecho romano de nuevo a Inglaterra, evidenciado por los nuevos términos para los consejeros del rey tales como *curia*, *consilium* y la mayoría de términos de origen latino en la profesión legal. Incluso la misma palabra *jury*, jurado, es de origen latino. (La palabra original en latino para *juryman* o *juror* era *juratore*^[47] de la cual he sacado el nombre *jurador* para designar al miembro de un jurado.)

Originalmente, el sistema del *common law*, que incluye al jurado en los procedimientos, fue el producto de una reforma legal de Enrique II, a mediados del siglo XII. Los nuevos procedimientos judiciales que introdujo cambiarían el futuro de la sociedad y la política inglesas. Por medio del aumento de poder y jurisdicción que dio a los tribunales del rey y a sus oficiales que iban a los condados, hizo posible el crecimiento del *common law* inglés, un vernáculo 'común' a todo el país, en lugar de los diferentes sistemas de administración en uso en los tribunales de condados y *hundreds* y en todas las jurisdicciones privadas.^[48]

En parte por órdenes del rey, en parte por *assizes*, decretos del rey promulgados en una *assize* o sesión de notables, desde Enrique II a Enrique III, los reyes crearon nuevos remedios legales, modos de litigio, y formas de accionar a costa de los tribunales feudales y eclesiásticos. Enrique II, al ofrecer a los ingleses nuevos métodos de procedimiento en los tribunales del rey por medio de sus *assizes*, "arrebato de hecho a los tribunales feudales la mayor parte de su jurisdicción respecto a los títulos y la posesión de la tierra. Con ello puso el escudo de la justicia real sobre los pequeños propietarios de tierras cuyas heredades eran codiciadas por algún vecino feudal."^[49]

Con tanta influencia del rey y del derecho romano, ¿por qué se desarrolló el derecho inglés, el *common law*, como sucedió? ¿por qué no se parecía más al derecho continental? Porque parece que los normandos en Inglaterra usaron el

derecho civil y el canónico como libros de texto en método y en espíritu, pero rechazaron su contenido positivo, con la excepción de algunas grandes máximas. “El *Common Law* inglés no fue un código imitado del Código de Justiniano, sino un laberinto de precedentes, casos y decisiones de los distintos tribunales reales, laberinto que tenía que ser desenmarañado con la ayuda de guías que suministraba la profesión legal.”^[50] En Inglaterra, aun el villano, atado al sistema feudal, ayudaba en la formación del *common law*. “Claro que era el tribunal de su señor, no el del rey [al principio]; pero al menos era un tribunal abierto, en el que hay motivo para pensar que los villanos compartían con los hombres libres el deber de actuar como jueces o asesores.”^[51] Como intérpretes de la ley consuetudinaria, tenían algo de protección contra las peores de las arbitrariedades de su señor y con el tiempo contribuyeron a la abolición del sistema feudal y a la formación del *common law* por medio de los jurados.

El nuevo procedimiento del juicio por jurado fue introducido por la legislación de *assize* también en tiempos de Enrique II, medio siglo antes de la Carta Magna. El viejo método anglosajón de juicio por compurgación, donde un hombre probaba su caso con la ayuda de amigos y parientes dispuestos a jurar que creían en su palabra; el ‘juicio de Dios’ por hierro candente, originalmente pagana; el ‘juicio por combate’, preferido por los guerreros normandos, eran métodos que seguramente muchas veces resultaban en un veredicto falso, y a “una sentencia injusta de mutilación o de muerte.”^[52] Enrique II dio los primeros pasos por terminar con estas formas primitivas de juicio cuando convirtió al juicio por jurado en una opción legal. El nuevo sistema que implementó Enrique fue una opción popular, pues la “crueldad, violencia y opresión eran cosas de todos los días en una sociedad que salía con lentitud de la barbarie, y la real orden al menos proporcionaba a los indefensos ayuda y remedio ocasionales.”^[53]

El jurado que estableció era de personas escogidas por ser ellos mismos testigos del hecho; pero aun esto puede considerarse un gran avance, porque hasta entonces los tribunales no tenían la costumbre de pedir testigos de ninguna clase. Donde el derecho a alguna propiedad de tierras era discutido, la Gran *assize* de Enrique permitió que se llevara a juicio ante un jurado. Si así lo elegían las partes, doce vecinos que conocían los hechos daban testimonio ante los jueces del rey qué parte tenía mejor derecho a la tierra.

El jurado de presentación o acusación fue instituido por las *assizes* de Clarendon y Northampton. Compuesto de doce hombres juramentados, representaban a cada *hundred* y tenían que 'presentar' al tribunal a vecinos que habían cometido algún crimen. Igual que los jurados del Gran *assize*, los jurados de presentación eran testigos del hecho. La 'presentación' enviaba al culpable de un crimen al "juicio de Dios," pero aunque éste le fuese favorable tenía que irse del reino. En 1215 el Concilio Laterano abolió la ordalía, con esto, quedó abierto el camino en Inglaterra para el mayor desarrollo del sistema de jurado. ^[54]

El *common law* y el jurado están íntimamente ligados en la historia inglesa. Pienso que sin el jurado no hubiera *common law*. Hayek en sus libros sobre la libertad insiste que el *common law* es el producto de los fallos de jueces ingleses independientes. Aunque estoy totalmente de acuerdo con sus conclusiones acerca de la relación entre el *common law* y la libertad inglesas, niego esa independencia y la capacidad de jueces *en general* de hacer una serie de juicios que benefician la libertad común, y afirmo que los precedentes en los fallos dictados por tribunales ingleses, especialmente aquellos que contribuyeron a defender las libertades, o como más tarde se conocerían: los derechos fundamentales, fueron sentados por los hombres libres que integraban el jurado inglés. En el derecho inglés y americano el juez puede únicamente aconsejar al

jurado, y, teóricamente, ha estado en manos del jurado, y de nadie más, dar un fallo de culpabilidad o inocencia, o fallar a favor o en contra de un demandante.

Como toda institución, el jurado inglés y el *common law* son producto de la evolución. Y como toda institución humana, los cambios se deben a las leyes de la naturaleza, por un lado, y a la razón, por otro. Encuentro la analogía con la arquitectura útil para explicar esta evolución. Así como no se puede dar todo el crédito a un solo hombre por el estado de la arquitectura moderna, porque ha llegado al lugar donde está gracias a miles y millones de seres humanos que han ido conociendo las leyes de la naturaleza y en base a éstas haciendo sus contribuciones, igualmente el *common law* ha evolucionado hacia un sistema de reglas que garantizan los derechos ciudadanos, mientras que el jurado inglés y americano ha evolucionado hacia lo que en la historia inglesa y americana se ha llamado el paladión de la libertad. El *common law* es la acumulación de fallos hechos en miles y millones de casos decididos por jurados que, por lo general, juzgaban imparcialmente entre el bien común y los derechos individuales, utilizando el conocimiento disperso de la comunidad concentrado en los jurados. El *stare decisis* es producto de fallos por jurados, especialmente desde la Carta Magna hasta la llegada de la Cámara de la Estrella bajo los Tudor, y posteriormente desde 1670 hasta principios del siglo XVIII. Los jurados eran los guardianes concretos del imperio de la ley, del Estado de Derecho. Los jueces y juristas únicamente interpretaban las decisiones y encontraban los patrones implícitos en un sin-fin de fallos dados por jurados en casos particulares.

Durante el reinado de Ricardo Corazón de León, Humberto Walter, magistrado supremo^[viii] de la Corona, decretó que los jurados fueran elegidos por un comité de cuatro caballeros que eran elegidos en el tribunal del condado. Anteriormente habían sido elegidos por los *sheriffs*,^[55] quienes eran conocidos en esos tiempos por su corrupción.

Pero las reformas hechas por Enrique no eran del todo desinteresadas, ...había un lado menos atractivo de la justicia del rey. Sus tribunales eran un medio de extorsión para llenar su tesoro siempre hambriento. No sólo fue el deseo desinteresado de suministrar a su pueblo justicia verdadera lo que movió a Enrique II a extender la provechosa jurisdicción de los tribunales reales. Ricardo, Juan y Enrique III se cuidaron menos de la justicia abstracta, y más del dinero, y todos continuaron fomentando la jurisdicción real. Los jueces estaban tan ocupados recaudando las rentas del rey como poniendo en vigor su paz. Eran dos aspectos de la misma operación.”^[56]

La Carta Magna

Cuando los barones, el clero y el pueblo en general se hartaron de la conducta irresponsable de Juan Sin Tierra y de su desenfadada recaudación de tributos que financiaban sus guerras en Francia, se rebelaron en su contra, y en Runnymede en 1215 arrancaron de él la famosa *Magna Charta*. En Runnymede tenían a Juan en su poder y podían pedirle lo que querían, y era por sus abusos legislativos que se habían rebelado. No iban a volver a darle un poder que permitiera que cualquier ley bastara para poder proceder en contra de uno de ellos. Las últimas cláusulas de la Carta Magna lo hacen evidente:

(61) DADO QUE HEMOS OTORGADO TODAS ESTAS COSAS por Dios, para el mejor ordenamiento de nuestro reino, y para calmar la discordia que ha surgido entre nosotros y nuestros barones, y dado que deseamos que sean disfrutados en su totalidad, con fuerza duradera, para siempre, le damos y otorgamos a los barones la siguiente seguridad:

Los barones eligieron a veinti-cinco de su número para conservar, y motivar a que se observe con toda su fuerza, la paz y libertades otorgados y confirmados a ellos por esta carta.

Si nosotros, nuestro magistrado supremo, nuestros funcionarios, o cualquiera de nuestros sirvientes ofendemos de cualquier manera a cualquier hombre, o infringimos cualquiera de los artículos de la paz o de esta fianza, y la ofensa se nos hace saber por cuatro de los mencionados veinti-cinco barones, vendrán con nosotros – o en nuestra ausencia del reino al magistrado supremo –

a declararlo y a pedir compensación inmediata. Si nosotros, o en nuestra ausencia en el extranjero nuestro magistrado supremo, no hacemos compensación dentro de cuarenta días, calculando desde el día en que la ofensa se nos declaró a nosotros o a él, los cuatro barones referirán el asunto al resto de los venti-cinco barones, quienes tienen la autorización de embargar y arremeter en contra nuestra de cualquier modo posible, con el apoyo de toda la comunidad del país, confiscando nuestros castillos, tierras, pertenencias o cualquier cosa menos nuestra persona y las de la reina y nuestros hijos, hasta que hayan procurado compensación tal y como lo hayan determinado. Habiendo procurado la compensación, pueden resumir su obediencia normal hacia nosotros.

Cualquier hombre que desee tiene autorización de hacer un juramento de obediencia a los veinti-cinco barones para el logro de estos fines, y a sumarse a ellos en arremeter en contra nuestra hasta el máximo de su poder. Damos permiso público y libre de hacer este juramento al hombre que lo desee, y nunca le prohibiremos a ningún hombre que la tome. Por cierto, obligaremos a cualquiera de nuestros súbditos que no estén anuentes a tomarlo a jurar por orden nuestra.

La carta, en efecto, convertía al gobierno de Inglaterra en una especie de gobierno mixto de monarquía y oligarquía, donde el pueblo podía recurrir al rey para su protección en los tribunales reales en contra de los barones y a los barones en contra del rey. La cláusula más importante, la que le daba al ciudadano la protección más efectiva en contra del rey y los barones fue la siguiente:

Ningún hombre libre será capturado y/o (vel) encarcelado, o privado de su forma de ganarse la vida, y/o de sus libertades, y/o de sus costumbres libres, ser declarado fuera de la ley, o exiliado, o de algún modo arruinado, ni procederemos contra él, por fuerza o por armas, sino por juicio legal de sus pares, y/o por la ley de la tierra.^[ix]

Aunque dice y/o por la ley de la tierra, eso de ninguna manera puede interpretarse como que bastara con que hubiera una ley positiva, hecha por el rey, para que se pudiera proceder legalmente en contra de un ciudadano. La ley de la tierra era la ley consuetudinaria, basada en las costumbres y el consentimiento de los súbditos de Juan,^[x] y como no tenían Parlamento en ese entonces, esto

significaba que ni el rey ni los barones podían crear una ley que no tenía el consentimiento del pueblo.

Era tal la limitación de poder puesta al rey en 1215, y la humillación, que Juan estaba dispuesto a cederle todo el reino de Inglaterra al Papa con tal de deshacerse de las disposiciones de la Gran Carta. Este mismo Papa en seguida declaró la Carta Magna nula y bajo peligro de excomunicación al que la apoyara; hasta le brindó ayuda militar en contra de los barones, sin el resultado deseado por el rey y pontífice.

En 1219 ya hay evidencias del juicio por jurado de doce pares. Se supone que todavía eran los testigos de hecho de siempre, pero probablemente con la obligación adicional de velar porque los oficiales del rey no sobrepasaran sus límites, asegurándose que las leyes que declaraban los jueces del rey no fueran en contra de las estipulaciones en la Carta Magna y la ley consuetudinaria. Como muestra de que el juzgador de un acusado no era el magistrado del rey y el que decidía la ley y el fallo, está la pregunta tradicional que se le hacía a un acusado antes de ser enjuiciado: “¿Cómo serás juzgado?” la respuesta cuando pedía ser juzgado por un jurado era: “Por Dios y por mi país.”^[57] *In pais o in patria*, por sus pares, no por el rey.

Hasta mediados del siglo XV los jurados eran responsables de la investigación de los hechos y se esperaba que usaran su propio conocimiento de los hechos hasta el siglo XVII. La unanimidad en el fallo se estableció en tiempos de Eduardo III, c. 1360, cuando también se establece que los litigios se conducirán en inglés en vez de francés.

La Cámara de la Estrella

Olvidada la Carta Magna después de sucesivos reinados benévolos, (o, más probablemente, limitados por el jurado y los barones, y únicamente bajo el

imperio de leyes que los jurados y barones consideraran aceptables) los reyes, por medio de los jueces reales, empezaron a extender su control sobre el jurado y sobre el reino. Hume relata algo sobre los poderes que los reyes habían acumulado en tiempos posteriores a la Carta Magna, las prerogativas de la corona y las fuentes del gran poder con que estos monarcas contaban:

Uno de los más antiguos y establecidos instrumentos de poder era la corte de la Cámara de la Estrella, que poseía una autoridad discrecional ilimitada de multar, encarcelar e infligir castigos corporales, y cuya jurisdicción se extendía a toda clase de ofensas, desacatos, y desórdenes, que no estaban al alcance del *common law*. Los miembros de esta corte consistían del *privy council*^[xi] y los jueces; hombres todos que gozaban de sus puestos mientras complacían: Y cuando el príncipe mismo estaba presente, él era el único juez, y los demás podían interponerse únicamente con consejos. Se necesitaba sólo esta corte en cualquier gobierno, para ponerle fin a todo plan regular, legal y exacto de libertad. Pues ¿quien se arriesgaría a ponerse en oposición a la corona y ministerio, o aspirar al carácter de ser un mecenas de la libertad, mientras expuesto a tan arbitraria jurisdicción? Cuestiono mucho si alguna de las monarquías absolutas contienen, en el presente, tan ilegal y despótico un tribunal...^[58] Mientras tanto terror se suspendía sobre el pueblo, ningún jurado se atrevería a absolver a un hombre, cuando la corte estaba empeñada en condenarlo. La práctica también, de no poner a los testigos frente a frente con el prisionero, le dio a los abogados de la corona toda clase de ventaja en su contra. Y, efectivamente, apenas ocurre un ejemplo, durante todos estos reinos, que el soberano, o los ministros, fueron alguna vez decepcionados en el tema de una acusación. Jurados tímidos, y jueces que tenían sus cargos a placer del rey, nunca dejaron de secundar todos los puntos de vista de la corona. Y como la práctica era antiguamente común de multar, encarcelar, o de otras formas castigar a los juradores, simplemente a discreción de la corte, por encontrar un fallo contrario a la dirección de estos jueces dependientes; es obvio, que jurados eran entonces ningún método de salvaguardia para la libertad del súbdito.^[59]

En 1487 la Cámara de la Estrella, introducida bajo otro nombre por Enrique VII, le negaba el derecho a los acusados de saber los nombres de sus acusadores; con este instrumento, la corona se encaminaba hacia el absolutismo que más tarde sería la norma en el continente europeo. En 1641, el arzobispo de Cantóbery usó la Alta Comisión y la Cámara de la Estrella para eradicar el calvinismo y presbiterianismo.^[60]

Durante el reino de Jacobo I:

sólo las cortes de la Alta Comisión y la Cámara de la Estrella fueron suficientes para poner al reino entero a merced del príncipe... En una palabra, esa libertad de conciencia, que tan altamente y justamente valoramos en este momento, fue totalmente reprimida; y ningún ejercicio de religión alguna, más que la establecida, se permitía en todo el reino. Cualquier palabra o escrito, que tendiera hacia la herejía o el cisma, era punible por los altos comisionados...^[61]

Durante el reino de la Reina Elizabeth I, Sir Thomas Smith, un historiador del siglo XVII, dice que jurados acusados de haberse “comportado mal...fueron muchas veces ordenados a aparecer en la Cámara de la Estrella...” Toda clase de casos podían ser examinados por este tribunal, si así lo deseaba el rey. Los procesos no eran de acuerdo con el *common law*, no utilizaban un jurado, podían proceder en base a rumores, utilizaban la tortura y podían aplicar cualquier pena que no fuera la muerte. Ofensas de la prensa constituían una clase especial de crímenes cognoscible por la Cámara de la Estrella. Dependiendo del punto de vista, se prestaba para apoyar al orden contra la anarquía o al despotismo en contra de la libertad individual y nacional. Bajo los Tudor parece haber funcionado bajo la primera categoría, bajo los Estuardo, sin la menor duda, en la segunda. Con los Tudor, dice S. R. Gardiner, fue “un tribunal recurrido constantemente como un recurso en contra de la ignorancia y prejuicios de un jurado campesino,” afirmando que “en tales investigaciones se mostró inteligente e imparcial.” Bajo Jacobo I y Carlos I todo esto cambió; la Cámara de la Estrella se convirtió en herramienta de la tiranía real. Castigos excesivos y odiosos se aplicaban con frecuencia en contra de los enemigos de la corona y el odio que se acumuló a su alrededor fue una de las causas que llevaron al descontento con Carlos I, y su ulterior ejecución. Con su creciente impopularidad, su legitimidad y jurisdicción llegaron a cuestionarse. Finalmente fue abolida junto con la Corte de Alta Comisión por acto del Parlamento en Julio de 1641.^[62]

El primer párrafo del acta que abolió la Cámara de la Estrella vuelve a repetir la cláusula sobre el derecho de un ciudadano de ser juzgado por sus pares:

***Abolition of the Star Chamber
July 5, 1641***

Un acta para regular el privy council, y para eliminar la corte comunmente llamada Cámara de la Estrella.

DADO QUE por la gran carta muchas veces ratificada en parlamento, se establece, Que ningún hombre libre sera capturado o encarcelado o privado de su forma de ganarse la vida, o de sus libertades, o de sus costumbres libres, ser declarado fuera de la ley, o exiliado, o de algún modo arruinado, y el Rey no procederá contra él, ni lo condenará, sino por juicio legal de sus pares, y/o por la ley de la tierra...^[63]

“... la destrucción de la Cámara de la Estrella significó mucho más que la abolición de un tribunal impopular; significó sacar de raíz el fundamento del *sistema administrativo* que había sido construido por los Tudor y extendido por los Estuardo.”^[64] A pesar de esto, el gobierno, por medio de los jueces, seguía teniendo un control considerable sobre los jurados. Y para que no queden ilusiones sobre los jueces ingleses de este período, cito el relato de Hume sobre el infame Juez Jeffreys de Wem, más tarde magistrado de la Alta Comisión resucitada Jacobo II:

Después de una rebelión que había sido reprimida implacablemente, el violento Jefferies [*sic*] sucedió [a un juez militar]; y le enseñó al pueblo, que los rigores de la ley podrían igualarse, si no excederse, a los destrozos de la tiranía militar. Este hombre, desenfrenado en su crueldad, ya había dado una muestra de su carácter en muchos juicios donde presidía; y ahora partió con júbilo salvaje, a una cosecha plena de muerte y destrucción. Los jurados se impresionaron tanto con sus amenazas, que dieron su fallo con precipitación; y muchas personas inocentes, dicen, fueron involucrados con los culpables... Todo el país estaba regado con las cabezas y miembros de traidores. Casi todas las aldeas presenciaban el cuerpo muerto de algún desdichado vecino. Y toda la rigidez de la justicia, despojada de cualquier apariencia de misericordia, fue plenamente desplegada por el desalmado Jefferies... De todas la ejecuciones [que tuvieron lugar] en este período lúgubre, las más sobresalientes fueron las

de la señora Gaunt y *lady* Lisle, quienes habían sido acusadas de amparar a traidores. La señora Gaunt era una anabaptista, conocida por su beneficencia, que extendía a personas de toda profesión y creencia. Uno de los rebeldes, conociendo su disposición humanitaria, fue con ella en su apuro, y fue ocultado por ella. Sabiendo de un decreto que ofrecía indemnización y recompensas a los que descubrían a criminales, éste traicionó a su benefactora, y presentó evidencia en su contra. El recibió un perdón como recompensa por su traición, ella fue quemada viva por su caridad.^[65]

Es cierto que lo hizo con la complicidad de los juradores, pero bajo serias amenazas por parte de Jeffreys quien era partidario entusiasta de la teoría que los jurados deberían limitarse a establecer los hechos y no a juzgar la justicia de la ley.^[66] En esos tiempos todavía era costumbre castigar a los juradores que fallaran contra la evidencia, y, un hombre como Jeffreys, sin duda, no escatimó amenazas. Sólo se puede especular que tanto peor hubiera sido si este juez hubiera actuado solo. En la parte teórica se explicará en detalle por qué esperar que los jueces se mantengan altruístas es pedirles demasiado. Demostraré la tesis que las probabilidades de alcanzar justicia por medio de jurados, debidamente integrados por ciudadanos laicos, imparcialmente escogidos de la misma clase que tiene las cualidades legales para ser legislador son substancialmente más altas que con jueces, por muy doctos que sean. El juez Jeffreys era excepcional en su maldad, pero el poder permanente que ejercía le permitió hacer mucho más daño de lo que hubiera hecho como miembro temporal de un jurado.

Los métodos que tenían los jueces a su alcance para controlar a los jurados eran varios. Mientras deliberaban los juradores, los jueces no les permitían ni fuego ni alimentos, tampoco acceso a instalaciones sanitarias, y parece que si no se ponían de acuerdo en el fallo se acudía a métodos bastante primitivos para obligarlos a hacerlo. Tenían el poder y derecho de multar a juradores cuando

presentaban un fallo en contra de la evidencia, *contra plenam et manifestam evidentiam*. La mayoría de multas se limitaban a pagos severos, pero en algunos casos no sólo todas sus propiedades eran confiscadas para el rey, sino que sus familias eran echadas de sus casas, las cuales eran demolidas, al mismo tiempo que los árboles y pastos alrededor eran destruídos.

Este control por parte de los jueces se limitó considerablemente a partir de 1670 con la decisión histórica hecha en el caso Bushell, en base a una resolución de la Cámara de Comunes en 1667 “que los precedentes y prácticas de multar y encarcelar jurados por fallos es ilegal.”^[67]

El Caso Bushell - Habeas Corpus, Libertad de Religión y el Fortalecimiento del Jurado

La historia, como ciencia, a partir de esta época, permite que se haga una investigación más confiable de la historia del jurado. De ahora en adelante es posible citar casos y opiniones de los jueces relativos a la historia del jurado.

El caso Bushell, 1670, es importante por tres razones. Primero, de la absolución que dio el jurado en que estaba Bushell se estableció un precedente para la libertad religiosa en Inglaterra y Estados Unidos, en ese entonces todavía una serie de colonias de Inglaterra. Segundo, de ahí surgió el primer caso de *habeas corpus* en la Corte de Interpelaciones Comunes^[xiii], que nueve años más tarde culminaría en la ley de Habeas Corpus de 1679, descrita como la quinta de las “Grandes Cartas” inglesas. Por último, este caso le daría el poder casi absoluto al jurado de juzgar en un juicio según sus conciencias y no necesariamente según la ley.

En 1670 William Penn y William Mead fueron arrestados y acusados de convocar a una asamblea tumultosa e ilegal, perturbar la paz e incitar disturbios. Penn había predicado a un grupo de cientos de cuáqueros en la Calle Grace Church porque la policía había cerrado la sala donde normalmente se

reunían. Asambleas de más de cuatro personas de la religión quáquera y cualquier otra que no se conformara a las enseñanzas y prácticas anglicanas estaban prohibidas. Los quáqueros respondieron en parte como lo habían hecho los Levellers, un grupo considerado radical en esos tiempos, diseminando escritos informando a jurados de su poder de hacer su propia interpretación de la ley.

En el juicio de William Penn y William Mead, se le negó a éste el derecho de leer el acta de acusación en su contra antes de presentar su declaración de inocente o culpable, ante lo cual se declararon inocentes. Penn y Mead fueron acosados por el juez desde un principio, quien los multó 40 marcos después de ordenar él mismo que se les pusieran sus sombreros en sus cabezas, lo cual era prohibido estando frente a la corte. Las instrucciones que dio el juez al jurado fueron las siguientes:

Han escuchado el acta de acusación, es por predicar al Pueblo, y atraer una Compañía tumultuosa detrás de sí, y el Sr. Penn estaba hablando; si no son dispersados, pueden ver que continuarían; hay tres o cuatro testigos que han comprobado esto, que predicaron ahí; que el Sr. Mead lo permitió; después de esto, han oído de testigos importantes lo que se dijo en su contra. Ahora estamos sobre la Cuestión del Hecho, sobre lo cual se limitarán, y observarán sobre lo que se ha jurado, a su riesgo.^{[xiii] 1681}

La primera vez que pronunciaron el fallo, el jurado estaba dividido, ocho a favor de una condena, cuatro por absolución. Los jueces respondieron con amenazas, enfocándolas en Edward Bushell, uno de los disidentes. Regresaron a deliberar y salieron con un veredicto unánime de “Culpables de hablar en la Calle Grace Church.” El Registrador se negó a aceptar ese fallo y otra vez el jurado se retiró. El tercer fallo halló únicamente a Penn culpable de hablar frente a una asamblea, absolviendo completamente a Mead.

Howell, el Registrador, volvió a rechazar el fallo y ordenó que se encaralara al jurado sin alimentos, bebida ni fuego y sin tabaco, hasta que regresaran con un veredicto que él considerara aceptable. La corte se negó a

aceptar la absolución de Mead por conspiración porque eso dejaría a Penn sin nadie con quien haber conspirado. El próximo día el jurado repitió su anterior veredicto dos veces más, siendo rechazado cada vez por Howell. Les ofreció la opción de presentar un “veredicto especial,” el cual consistía en presentar cuales hechos ellos consideraban comprobados y dejando a los jueces la decisión de culpabilidad o inocencia.

Bajo amenazas de dejarlos morir de hambre la corte los mandó a deliberar nuevamente. El tercer día sin comida, bebida o uso de sanitarios, el jurado al fin absolvió a los dos. Howell los castigó con una multa considerable y ordenó que fueran encarcelados hasta que la multa fuera pagada. Ocho de los juradores pagaron la multa y se fueron a sus casas. Los otros cuatro, Edward Bushell, John Bailey, John Hammond y Charles Milson, se negaron a pagar la multa, a pesar de que Bushell, un acaudalado comerciante de azúcar, pudo haber pagado por los doce. Siguieron encarcelados en Newgate Prison, una cárcel con la fama de ser un infierno sobre la tierra.

El abogado de Bushell, Sir Richard Newdigate, ex-magistrado de la Corte del rey apeló a la Corte de Interpelaciones Comunes con una carta de *Habeas Corpus ad Subjiciendum*, que normalmente tenía que dirigirse a la Corte del rey. Junto con una larga justificación del uso del *habeas corpus* por esa corte, la opinión del Magistrado Supremo de la Corte, John Vaughan, acerca de los deberes y derechos del jurado fue la siguiente:

¿Para qué fin tienen que sufrir el castigo pesado del juicio vil, si después de todo esto implícitamente están obligados a dar un fallo por los dictados y autoridad de otro hombre, bajo amenaza de multas y encarcelamiento, cuando están juramentados para hacerlo a lo mejor de su propio conocimiento? Un hombre no puede ver por los ojos de otro, ni oír por los oídos de otro, no más puede un hombre concluir o inferir las cosas a resolver por la cognición o razonamiento de otro; y aunque el veredicto sea justo que el jurado da, sin embargo no estando seguros que así es desde su propio entendimiento, se abjuran, por lo menos *in foro conscientiae*.^[xvi] [69]

O sea que, si dan un fallo que la corte considera justa, pero que se quedan con dudas, se abjuran, por lo menos en el fuero interno, en su conciencia.

La decisión del Juez Vaughan introdujo el arranque de lo que un historiador inglés llama “la era heroica del jurado inglés,” durante la cual “el juicio por jurado surgió como la defensa principal de las libertades inglesas.”^[70] ¿Por qué? Porque aquí es donde el jurado inglés obtiene el **poder** de decidir una causa *contra plenam et manifestam evidentiam*, a favor de la justicia, en contra de la ley como era dictada por el juez si fuese necesario.

Aquí inicia la acalorada controversia de si el jurado tiene derecho a juzgar únicamente los hechos o si también tiene derecho a juzgar sobre la justicia y la aplicación de la ley en un caso particular. Es mi opinión que el derecho lo habían tenido desde la Carta Magna, pero cuando un derecho queda implícito, es fácil que se olvide, permitiéndole a quienes no les conviene en lo particular negar la existencia de ese derecho. En tiempos de la lucha entre el absolutismo real y el *common law* de Inglaterra, se consideraba al *common law*, por muchos opositores del absolutismo real, la poseedora de una existencia propia independiente, por encima del rey y sus súbditos, llamada a juzgar imparcialmente entre ellos. Estos fueron los tiempos del renovado interés en el derecho romano y la doctrina de las prerrogativas divinas del rey^[71] que amenazaban la libertad y el derecho inglés.

Nulificación juratorial o la anulación de leyes por medio de precedentes judiciales. El caso del Leveller John Lilburne

Uno de los primeros argumentos explícitos a favor de que los jurados eran jueces de la ley tanto como de los hechos, se hizo en 1649 por el Leveller John

Lilburne, durante su juicio por alta traición. Los Levellers^[xvi] publicaron y distribuyeron una gran cantidad de escritos que declaraban el derecho de juradores de votar de acuerdo con su conciencia. Lilburne “persuadió a los juradores que lo examinaron que la declaración de proscripción por la cual iba a ser ejecutado era un *ultra vires*^[xvii] de parte de la legislatura y que ellos, como representantes del pueblo, deberían privarla de su efecto, absolviéndolo a él.”^[72] (Doce años antes, Lilburne había sido enjuiciado en la Cámara de la Estrella por haber impreso y publicado libros sediciosos. Al ser condenado fue atado a una carreta, castigado a latigazos por las calles de Londres, y por último empicotado.^[73])

Durante su juicio por alta traición se le negó a Lilburne la oportunidad de hacerle preguntas a los testigos y de obtener asesoría legal, a pesar de varias peticiones suyas. Creyó que no le quedaba más alternativa que dirigirse al “jurado, mis paisanos, sobre cuya conciencia, integridad y honestidad, mi vida, y las vidas y libertades de los hombres honestos de esta nación, ahora yacen; Ustedes son los jueces de la ley tanto como de los hechos, y [los jueces]^[xviii] únicamente los voceros de su sentencia, voluntad e intención.” Cuando uno de los jueces, Lord Keble, negó que el jurado fuera juez de la ley, Lilburne insistió que el “jurado no son sólo jueces de hecho, sino de ley también: y Ustedes que se llaman jueces de la ley no son más que intrusos normandos; y de hecho y en verdad, si le place al jurado, no son más que zeros a la izquierda,^[xviii] para anunciar su fallo.” Terminó su argumento exhortando: “Ustedes, caballeros del Jurado, quienes son ahora mis únicos jueces, les ruego que tomen nota de [su poder de juzgar la ley]^[xix].”^[74] El jurado absolvió a Lilburne de todos los cargos en su contra.

Los mismos jueces cimentaron este derecho dieciocho años después de la decisión de Vaughan, en 1688, cuando siete obispos de la iglesia anglicana fueron acusados de difamación sediciosa. En tiempos de Jacobo II, antes de la Revolución Gloriosa, Jacobo quiso instalar a católicos en posiciones de autoridad central y local mientras que al mismo tiempo sacaba a anglicanos. En su lucha con la Iglesia Anglicana el rey apelaba a los disidentes protestantes que tenían problemas con la Alta Iglesia. “La corona ofreció tolerancia religiosa e igualdad civil mediante Declaraciones de Indulgencia ilegales suspendiendo las leyes persecutorias. La iglesia prometió tolerancia religiosa asegurada por la ley tan pronto como se reuniera un parlamento libre.”^[75] Los protestantes no-anglicanos, en parte por su preferencia por el parlamento frente al rey y en parte por miedo al despotismo católico estilo francés, que en ese tiempo perseguía ferozmente a los hugonotes en Francia por medio del decreto de Fountainbleu^[76] de Luis XIV, se pusieron del lado de los anglicanos.

Al rechazar los protestantes las Declaraciones de Indulgencia del rey, éste atacó abiertamente las posesiones y fortalezas del clero anglicano. El tribunal de la Alta Comisión, que había sido declarado ilegal por el parlamento, fue resucitado por el rey para intimidar a la iglesia, dirigido por el ahora barón y Lord Chancellor Jeffreys. Compton, el obispo de Londres, fue destituido al negarse a silenciar a protestantes controversiales. Muchos beneficios eclesiásticos fueron ocupados por católicos. Magdalen College en Oxford fue ilegalmente confiscado y el gran Colegio convertido en un seminario católico. El efecto de este acto de tiranía fue tan grande sobre Oxford que “transformó la ciudadela de la no resistencia y el derecho divino en una ciudad rebelde, que enarboló los colores de Guillermo de Orange en la calle principal durante el invierno más memorable de la historia inglesa.”^[77]

Finalmente, Jacobo obligó al clero a que leyera la Declaración de Indulgencia en las iglesias, suspendiendo las leyes hechas por parlamento contra católicos y disidentes, admitiéndolos a puestos civiles y militares. “Como todo el mundo sabía que el clero consideraba ilegal la declaración, la orden de leerla estaba destinada a humillarlo; pero a menos que todos se unieran, la Alta Comisión destituiría a quienes rehusaran obedecer. Siete obispos, encabezados por Sancroft, arzobispo de Cantórbey, apelaron al rey contra la orden. Su respuesta fue procesarlos por difamación sediciosa.”^[78]

En el juicio, los cuatro jueces estaban igualmente divididos acerca de si la petición que los obispos presentaron al rey era difamatoria o no, cuando cuestionaron su autoridad de obligarlos a leer la Declaración de Indulgencia desde los púlpitos de las iglesias. Como los jueces no se ponían de acuerdo, decidieron que dejarían la decisión en manos del jurado. “El jurado, al retirarse, pidió poder, y la corte se los permitió, llevarse el libro de estatutos, la información, la petición de los obispos, y la declaración del rey...”^[79] A pesar de las instrucciones de la corte, que el jurado “son jueces del hecho; si comprobamos el hecho, están obligados a hallarlos culpables,” y a pesar de que desde un principio el jurado había sido escogido para darle ventaja al rey, el fallo unánime del jurado para los siete obispos fue de ‘no-culpable,’^[80] y no hay evidencia de que alguno de los jueces se se haya opuesto a la decisión.

Esta absolución fue el principio del fin del reinado de Jacobo II, pues, “aquella misma noche fue enviada a Guillermo de Orange una invitación firmada por siete jefes *whig* y *tory*,” quien llevó a cabo la Revolución Gloriosa. Según Trevelyan, la Revolución Gloriosa, que se llamó gloriosa porque no se perdió una sola vida inglesa, fue un triunfo de los legistas sobre el ejecutivo para someter la legalidad de las acciones del rey al libre juicio de los tribunales que administraban

el *common law*.^[81] Específicamente, fue una afirmación por el pueblo inglés del derecho del jurado a juzgar sobre la legislación o decretos reales.

En 1689, John Locke, quien regresó de su exilio en Holanda con la princesa de Orange, publicó en Londres sus dos tratados pertinentes al gobierno civil. En el prefacio del *Segundo Tratado*, John Locke evidencia sus deseos de vindicar lo que en otros países de Europa se consideraba la usurpación del trono de Jacobo II por el príncipe de Orange. Al mismo tiempo justifica “ante el mundo al pueblo de Inglaterra, cuyo amor de sus derechos justos y naturales, junto con su determinación de conservarlos, salvaron la nación cuando estaba al borde de la esclavitud y ruina.” En el capítulo XIX, sección 240 manifiesta lo siguiente:

Aquí, es probable, que se hará la pregunta común, ¿Quién será juez, si el príncipe o legislativo obran contrario a lo que se les ha confiado? ... A esto yo respondo, El pueblo será juez; pues ¿quién será juez de si su fideicomisario o lugarteniente obra bien, y de acuerdo a la confianza depositada en él, salvo el que lo delega, y tiene que tener, al haberlo delegado, todavía el poder de despedirlo, cuando se equivoca en su confianza? Si esto es lógico en casos singulares de hombres particulares, ¿por qué tiene que ser lo contrario en el momento más grande, cuando el bienestar de millones está en juego, y en donde también el mal, si no es evitado, es mayor, y la corrección muy difícil, cara, y peligrosa?^[82]

El pueblo juzgó entre el rey y los obispos por medio del jurado, y Locke estaba justificando su actuación.

Medio siglo más tarde, Adam Smith, en sus *Conferecias sobre la Jurisprudencia*, elogia al jurado inglés diciendo que no hay algo “mejor ingeniado para preservar la independendencia y libertad de un pueblo como esta forma del jurado inglés,” añadiendo que no había país en donde las cortes estuvieran bajo más regulación y la autoridad del juez más restringida.^[83] Comenta: “Había observado otra cosa que en gran medida confirma la libertad de los súbditos en Inglaterra.— Esto fue el poco poder que tienen los jueces en explicar, alterar, o extender o corregir el significado de las leyes, y la gran exactitud con que tienen

que ser observadas de acuerdo al significado textual de las palabras...”^[84] En cuanto a los beneficios del jurado, cita el caso de la prohibición en tiempos de Carlos II de las exportaciones de lana a otros países, violación que estaba penada con la muerte. Por la severidad del castigo, los jueces no podían encontrar ni informantes ni jurados que estuvieran dispuestos a condenar,^[85] dejando, de hecho, la ley sin efecto. Muchos jurisperitos, entre ellos William Blackstone, han notado con aprobación como jurados de esta época fallaban en base a ficciones, como, por ejemplo, hallar que un acusado había robado un conejo en vez de un buey, haciéndolo necesario que el juez le diera la pena menor porque sentían que la pena correspondiente al robo de un buey era excesiva. La mayoría de delitos, incluyendo la falsificación de firmas, en ese entonces, eran castigados con la pena de muerte.

El Caso Zenger y la Libertad de Prensa

El próximo caso que citaré es todavía parte de la historia del jurado inglés, pero tuvo también gran impacto en la historia no sólo del jurado anglo-americano, sino en la historia de Estados Unidos y en la historia de la libertad de prensa y expresión, quizás mundial.

William Penn, el cuáquero absuelto por Bushell y sus compañeros juradores, eventualmente se fue de Inglaterra a las colonias americanas buscando la libertad y tolerancia religiosa que no podía encontrar en Inglaterra a pesar de su absolución. Ahí, junto con los cuáqueros que se fueron con él, fundó Pennsylvania. Sesenta y cinco años después de su absolución en Inglaterra por ese valiente jurado inglés, el abogado de la familia de Penn, Andrew Hamilton fue llamado a defender a un impresor alemán, John Peter Zenger, acusado en Nueva York, de difamación sediciosa.

En 1732, William Cosby, el nuevo gobernador nombrado por el rey de Inglaterra, llegó a la Colonia de Nueva York. Entre otras cosas, este hombre que luego se ganó la enemistad de los coloniales, despidió al Magistrado Supremo de la Corte Suprema de Nueva York por afirmar que no había lugar para una demanda que Cosby había presentado. También usó su influencia para apoyar a amigos suyos en un litigio sobre especulación de terrenos. La oposición a Cosby fue tan fuerte en la colonia que en 1734 mandaron un representante a Inglaterra a pedir su destitución. Habían dos periódicos que tomaron parte en la contienda entre Cosby y sus opositores, el *New York Gazette*, el periódico oficial y *The New York Weekly Journal*, que apoyaba a la oposición.

El *Journal* era publicado en la pequeña imprenta de John Peter Zenger, pero el editor y principal crítico de Cosby era James Alexander, un abogado. Alexander utilizó todo el espacio del periódico para criticar y satirizar a Cosby y sus amigos, incluso por medio de los clasificados. Al no poder determinar quienes eran los verdaderos autores de los artículos escritos en el *Journal*, Cosby, por medio del fiscal general acusó a Zenger por ser el impresor del periódico y le atribuyó la autoría de los artículos considerados sediciosos ante el Gran Jurado.

El Gran Jurado se negó a darle respaldo a la acusación. El Gran Jurado es una institución cuya función es evitar que se lleve a alguien a juicio sin suficiente evidencia, lo cual impide que alguien acusado sin fundamento sea llevado a un juicio que podría convertirse en una carga económica onerosa si fuera inocente. Tres veces se presentaron acusaciones contra Zenger ante el Gran Jurado, cada vez compuesto de juradores distintos, todos se negaron a respaldar la acusación. El fiscal entonces presentó una información^[xx] por difamación ante la Asamblea de Nueva York, la cual ordenó que los periódicos de Zenger fueran quemados en público. Al negarse el verdugo público a cumplir con lo ordenado, el

fiscal obligó a su propio esclavo a que lo hiciera. Mientras tanto, Zenger fue arrestado y encarcelado por orden del fiscal.

Originalmente representado por James Alexander, el editor, y William Smith, Zenger tuvo que buscarse otro defensor al enemistarse estos primeros con los jueces. Los abogados habían objetado a la comisión de los jueces de la Corte porque habían sido nombrados por el gobernador, alegando que servirían únicamente a su placer y voluntad. Smith argumentó que estaban prejuiciados a favor del gobernador, y que eso los hacía poco más que sus agentes, de hecho, partes interesadas en el caso. Smith y Alexander fueron expulsados del caso y John Chambers, miembro del partido del gobernador fue designado para defender a Zenger. La acusación inicial frente a la corte fue breve, y Zenger tuvo que pasar los próximos cuatro meses en la cárcel esperando un juicio.

A pesar de ser hombre del partido del gobernador, Chambers hizo lo posible por representar bien a Zenger, objetando dos veces cuando la corte “ocupó”^[xxii] el jurado. La mayoría de los juradores eran personas que habían sido nombradas por el gobernador a algún puesto, sirvientes suyos, y personas que habían sido criticadas por el periódico.

Fue entonces cuando Andrew Hamilton, el abogado más famoso de las Colonias, supuestamente el único americano admitido al Inns of Court de Londres, fue llamado para defender a Zenger. Era Speaker de la Asamblea en Filadelfia, y, como se mencionó anteriormente, representante de la familia de William Penn. Cuando el juicio empezó en agosto de 1735, Hamilton estaba entre el público, y después que el fiscal había leído los cargos en contra de Zenger, y Chambers, su abogado, había leído sus primeros comentarios a la corte, Hamilton se levantó y anunció que defendería a Zenger.

Hamilton desde un principio admitió que su cliente había publicado los artículos en cuestión, el único hecho que la corte consideraba relevante. Pero

negó que hubiera algo difamatorio en ello, pidiendo que se absolviera a Zenger. Como el juez dijo que la determinación de difamación era prerrogativa de la corte, Hamilton se vio obligado a dirigir sus argumentos al jurado. Ya que la información acusaba a Zenger de publicar “cierta difamación falsa, maliciosa, sediciosa y escandalosa,” Hamilton argumentó que era obligación del fiscal comprobar que era falsa. Si fuera falsa, Hamilton estaría de acuerdo con que era maliciosa, sediciosa y escandalosa. Cuando el fiscal no pudo o quiso comprobar que dichas afirmaciones eran falsas, Hamilton se mostró dispuesto a comprobar que eran verdad.

En ese momento, Delaney, el juez, declaró que no se podía admitir la verdad de una difamación como evidencia, “una difamación no se justifica; pues es sin embargo una difamación que sea verdad.” Al escuchar esto, Hamilton se dirigió al jurado:

Entonces, caballeros del jurado, es a Ustedes a quienes nos toca recurrir, pues testigos a la verdad de los hechos hemos ofrecido, y se nos ha negado la libertad de comprobar; y que no les parezca extraño, que me dirijo a Ustedes de esta manera; estoy justificado en hacerlo, por la ley y por la razón. La ley supone que Ustedes son convocados del vecindario de donde el hecho se alega que fue cometido; y la razón por la cual Ustedes han sido llamados de su vecindad es, porque se supone que tienen el mejor conocimiento del hecho a probar. Y si hallaran Ustedes en contra de mi cliente, tendrían que decir, que los artículos referidos en la información, y que nosotros admitimos que fueron impresos y publicados, son falsos, escandalosos y sediciosos; pero de esto yo no puedo tener conocimiento. Ustedes son ciudadanos de Nueva York; son en verdad, lo que la ley supone que son, hombres honestos y legales; y de acuerdo con mi extracto, los hechos a probar no fueron cometidos en un rincón; son notoriamente conocidos como verdaderos; y por lo tanto en su justicia yace nuestra protección.^[86]

Al terminar los argumentos del fiscal y la defensa, la corte le dio instrucciones al jurado que tenían que presentar un Veredicto Especial, determinando únicamente si Zenger había publicado los artículos en cuestión o no. Hamilton negó que esto fuera obligatorio, con lo cual el juez declaró:

“No, Mr. Hamilton, el jurado puede hallar que Mr. Zenger imprimió y publicó esos artículos, y dejarle a la Corte juzgar si son difamatorios. Usted sabe que esto es muy común: está en la naturaleza de un Veredicto Especial, en donde el jurado le deja el asunto de la ley a la Corte.”

Responde Hamilton:

“Yo sé... el jurado puede hacerlo; pero también sé que pueden hacer lo contrario. Sé que tienen el derecho, sin la menor duda, de determinar tanto la ley como el hecho; y donde no dudan de la ley, deberían hacerlo. Esto de dejárselo al juicio de la Corte, si las palabras son difamatorias o no, de hecho inutiliza al jurado (por no decir algo peor) en muchos casos...”

Al absolver el jurado a Zenger, Hamilton dijo: los “juradores tienen que ver con sus propios ojos, oír con sus propios oídos, y hacer uso de sus propias conciencias y entendimiento, al juzgar de las vidas, libertades o bienes de sus semejantes.”^[87] afirmando con estas palabras lo que el magistrado Vaughan había dicho sesenta y cinco años antes.

En Inglaterra la respuesta de los ingleses fue reanudar la publicación de la literatura en pro del derecho del jurado a juzgar no sólo los hechos sino que también la ley. David Hume demuestra claramente su opinión al respecto con un razonamiento lúcido y convincente que se incluye en el libro sobre la historia de Inglaterra que publicó en 1778:

En vano los abogados establecen como principio, que un estatuto no puede ser derogado por costumbre opuesta; pero requiere que sea expresamente revocado por un estatuto contrario: Mientras pretenden inculcar un axioma, característico de la jurisprudencia inglesa, violan los más establecidos principios de la naturaleza humana; e incluso, por consecuencia necesaria, razonan en contradicción a la ley misma, que ellos retratarían como sagrada e inviolable. Una ley, para que tenga autoridad, tiene que ser derivada de una legislatura, que tiene derecho. Y de donde obtienen las legislaturas su derecho sino de larga costumbre y práctica establecida? Si un estatuto, contrario al bien común, ha sido, en cualquier momento, votado y aprobado precipitadamente, por violencia partidista [por aplanadora diríamos aquí en Guatemala], o por la inexperiencia de senados o príncipes; no puede ser más efectivamente derogado, que por una serie de precedentes contrarios, que demuestran, que, por consentimiento común, ha sido tácitamente dejado a un lado, como inconveniente e impracticable.^[88]

Sin sacrificar un sinnúmero de personas inocentes a una ley nociva, ni esperar a que la pérdida de votos convenciera a la legislatura derogarla.

La Ley de Difamación

La controversia sobre el rol del jurado siguió durante los siguientes años y se puso candente cuando el gobierno, en *Rex v. Shipley*^[89] obtuvo una condena en un caso de difamación sediciosa. En 1785, William David Shipley había sido arrestado por vender un libro escrito por su cuñado, Sir William Jones, magistrado de la Corona en Bengala. Sir William, el autor, no fue acusado de difamación, sino su cuñado, el vendedor. El jurado en el caso inicialmente presentó un fallo de “culpable de publicar únicamente.” Al ser presionados por la corte, ese fallo general fue cambiado a uno especial de “culpable de publicar, pero si es difamación o no el jurado no halla,” permitiéndole a los jueces decidir si era culpable de difamación o no, quienes, por supuesto, lo condenaron. El abogado defensor, el Honorable Thomas Erskine, en su petición por un juicio nuevo argumentó que el jurado no podía presentar un fallo de culpable si no habían considerado todos los elementos que contribuyen a un fallo de culpable. Como la corte se había negado a dejar que consideraran los temas de falsedad, intención y malicia, el jurado no podía presentar un fallo general válido de culpable. Este caso se hizo notorio por la separación de los conceptos de ‘poder’ y ‘derecho’ hecha por Lord Mansfield, uno de los jueces, quien admitió que podría ser admirable que los juradores ejercieran este poder de presentar un fallo independiente en ciertos casos, pero no admitía que este poder fuera un derecho.

La opinión discrepante de Justice Willes fue la siguiente:

Creo que ningún hombre se atrevería a decir que no tienen el poder, pero yo tengo la intención de decir claramente que tienen el derecho. Cuando un poder civil de esta naturaleza ha sido ejercitada sin

ningún control, ello implica —no, por uso continuo, ello dá— el derecho. Es el derecho que los juradores ejercieron en aquellos tiempos de violencia cuando los Siete Obispos fueron enjuiciados, y que aun los jueces prejuiciados que entonces presidían no disputaron, sino autorizaron que lo ejercieran sobre el contenido de la difamación; y el jurado, por medio de su fallo solemne en esa ocasión, se convirtieron en uno de los afortunados instrumentos, bajo Providencia, de la salvación de este país. Este privilegio ha sido asumido por el jurado en una variedad de oportunidades antiguas y modernas, y en particular en el caso de *Rex v. Owen*, sin alguna corrección o siquiera una admonición por parte de la corte. Es un derecho, por las razones más sólidas, amparado en el jurado, ya que sin este limitante el súbdito en malos tiempos no tendría seguridad en su vida, libertad o propiedad.^[90]

Pocos años después, esta controversia sobre la discreción del jurado en casos de difamación se resolvió por el parlamento cuando le dio el derecho explícito al jurado de decidir si una publicación era en realidad difamatoria. *Fox's Libel Act*^[91] fue defendido por Thomas Leach, quien argumentó que el jurado tenía la prerogativa de decidir la criminalidad de una difamación, que la verdad de una supuesta difamación justificaba la publicación, y, por último, que prohibir la crítica del gobierno impide la discusión necesaria para la comprensión y el perfeccionamiento de la administración pública. El estadista *whig* Charles James Fox, el autor del proyecto de ley lo defendió con las siguientes razones:

‘Si un poder se concede a cualquier persona, seguramente tiene que ser ejercido’; que ‘hubo un poder concedido al jurado de juzgar la ley y el hecho, en cuanto estén unidos, y, si se entendiera que el jurado no tenía derecho a ejercer ese poder, la constitución jamás se las hubiera confiado’; ‘pero sabían que era esfera del jurado juzgar de ley y hecho, y así es, no sólo en asesinato, sino en delitos, graves y de cualquier otra acusación criminal’; y que ‘tiene que dejarse en todo caso al jurado deducir la culpabilidad de hombres, y un súbdito no podría perder su vida sino por el juicio de sus pares.’^[92]

El proyecto de ley causó fuertes confrontaciones en el Parlamento y en la Cámara de los Lores, y su aprobación se debe en gran parte a los argumentos de Lord Camden, quien argumentó que la distinción entre ley y hecho en casos de

difamación era ficticia, que no había diferencia entre la intención y malicia en difamación y la intención y malicia en asesinato. Dijo además:

El jurado tenía un derecho incontrovertible a establecer el fallo ellos mismos de acuerdo con sus conciencias, aplicando la ley al hecho. Si fuera de otra forma el primer principio de la ley de Inglaterra sería vencido y derrocado. Si los doce jueces afirmaran lo contrario una y otra vez, lo negarían absolutamente, porque todo hombre inglés tenía que ser enjuiciado por su país; y quien era su país sino doce de sus pares, juramentados a condenar o absolver según sus conciencias? Si la doctrina opuesta predominara, juicio por jurado sería un juicio nominal, pura forma; pues, de hecho, el juez, y no el jurado, enjuiciarían al hombre. Podría sostener la verdad de este argumento hasta la última hora de su vida, *manibus pedibusque*. Respecto al juez dictaminando al jurado la ley, fue su deber indudable hacerlo; pero, habiendolo hecho, el jurado tenía que tomar ambos ley y hechos en consideración, y ejercer su discreción y darle satisfacción a sus conciencias.^[93]

Lord Holt, en su obra *The Law of Libel*, se refiere al estatuto como restaurativo del *common law*, meramente declarativa.^[94] El proyecto *Fox's Libel Act 1792* aprobado cita lo siguiente:

Por lo tanto declarado y establecido que en todo juicio semejante el jurado juramentado a enjuiciar el caso puede dar un veredicto general de culpable o no culpable sobre el asunto entero en cuestión sobre tal acusación o información; y no se le requerirá ni se le dirigirá, por la corte o por el juez ante quien tal acusación o información se juzgará, que hallen al acusado o acusados culpables, meramente sobre la prueba de publicación por tales acusado o acusados del escrito imputado de difamación, y del sentido atribuido al mismo en tal acusación o información.^[95]

La era heroica del jurado inglés duró poco más de cien años. En 1870 con el *Naturalization Act* se acabó la práctica en *common law* de darle a acusados que no eran ciudadanos ingleses un jurado *de medietate linguae*, mitad inglés-mitad extranjero. Es de suponer que no hallaban fallos como quería el gobierno o como querían los mismos ciudadanos ingleses, talvez amenazando prácticas mercantilistas. William Fielden Craies, autor del artículo sobre el jurado, *Jury*, en la famosa edición de 1911 de la Encyclopedia Britannica, expresa que la

independencia del jurado se veía amenazada con las provisiones del *Criminal Appeal Act 1907*^[xxiii].

En 1915, en su introducción a la octava edición del libro *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, el famoso constitucionalista A. V. Dicey se lamenta que: “La antigua veneración por el imperio de la ley en Inglaterra ha sufrido un deterioro marcado. La verdad de esta afirmación se comprueba por la legislación actual, por la existencia entre algunas clases de cierta desconfianza de la ley y de los jueces, y por una marcada tendencia hacia el uso de métodos ilegales para la realización de fines sociales y políticos.”^[96]

La actitud elitista de muchos ingleses y la pérdida de fe en el sentido común de doce hombres de inteligencia y educación promedio llevó a los legisladores a dejar fuera de la jurisdicción del jurado temas que se hubieran decidido cien años antes por juradores sensatos e imparciales. Dicey relata lo siguiente:

Recientes Actos [disposiciones del Parlamento] han dado autoridad judicial o cuasi-judicial a funcionarios quienes tienen una conexión más o menos directa con, y pueden ser entonces influenciados por, el gobierno de turno, y por lo tanto han en algunos casos excluído, y en otros indirectamente disminuído, la autoridad de las Cortes de ley. Esta tendencia a disminuir la esfera de la ley es demostrada, por ejemplo, en los poderes judiciales otorgados a los Comisionados de la Educación por el Acto de Educación, 1902, a varios oficiales por los Actos de Seguros Nacionales, 1911 y 1913, y a los Comisionados de Recaudación Interna^[xxiii] y otros oficiales por el Acto de Finanzas, 1910. También está demostrado por el Acto de Parlamento, 1911, S.3, que establece que ‘cualquier certificado del Speaker de la Cámara de los Comunes dado por este Acto será definitivo para todo propósito y no será cuestionado por cualquier Corte de ley.’ Este decreto, si es rigurosamente interpretado, protegería a cualquier Speaker quien, por partidismo o para promover algunos intereses personales propios, firmara un certificado notoriamente falso de ser sujeto a castigo por cualquier Corte de ley. Sin duda la Cámara de Comunes ha visto con recelo cualquier interferencia judicial con personas actuando bajo la autoridad de la Cámara, y ha en más de una ocasión pretendido estar por encima de la ley del país. Lo único que puede decirse es que tales pretensiones raras veces han sido de ventaja o mérito para la Cámara, y que el tiempo actual es difícilmente la época debida para la reducción del poder judicial legítimo. Debería de notarse, sin embargo, para no ser injustos, que la invasión del imperio de la ley al delegar

funciones judiciales a oficiales se debe, en parte a la opinión legislativa actual a favor de extender la esfera de la autoridad del Estado. El resultado inevitable de así aumentar enormemente los deberes del gobierno es que oficiales del Estado más y más tendrán que encargarse de administrar una legión de negocios públicos...Entre más múltiples sean los asuntos que se entregan a la administración de funcionarios mayor será la tentación, y a menudo la necesidad, de extender el poder discrecional dado a oficiales, y así evitando que las Cortes de ley intervengan en asuntos no adecuados a decisión legal.

Dicey demuestra un desencanto con la democracia generalizado entre los intelectuales:

El tiempo ha llegado cuando el hecho ha de ser generalmente admitido que la cantidad de gobierno, o sea de coacción,^[xxiv] de individuos o clases por el Estado, que es necesario para el bienestar o incluso la existencia de una comunidad civilizada, no puede co-existir permanentemente con la creencia operante que la veneración por la opinión pública [mayoritaria] es en todo caso la única o necesaria base de una democracia. La justificación de anarquía o ausencia de respeto por la ley^[xxv] es también, en Inglaterra por lo menos, sugerida si no causada por el mal desarrollo de gobierno partidario. El imperio de un partido no puede identificarse permanentemente con la autoridad de una nación o con los dictados del patriotismo. Este hecho se ha patentizado tanto recientemente que se encuentran eminentes filósofos quienes definitivamente utilizan lenguaje que implica que la autoridad o la soberanía de una nación, o incluso el concepto de voluntad nacional, es una especie de ficción política o metafísica que hombres sabios harían bien en descartar.

Al mismo tiempo, este venerado y famoso constitucionalista que en su libro clásico sobre la constitución inglesa explica, defiende y reverencia el “dominio de la ley” en Inglaterra, logra con pocas palabras desprestigiar al jurado y poner en su lugar de honor al juez inglés como fuente de la ley común inglesa. Olvidandose, ignorando o descartandolos como aberraciones, jamás menciona el papel del hombre común inglés en la construcción de la ley común inglesa. Bushell y Zenger y todos los demás valientes anónimos, que arriesgaron su bienestar por fallar como dictaba sus conciencia, quedaron vilmente enterrados en la deshonra con las siguientes palabras: “El juicio por jurado se presta a mucha crítica; un

distinguido filósofo francés puede que tenga razón al sostener que el hábito de someter a consideración problemas difíciles de hecho a la decisión de doce hombres de educación e inteligencia promedio se considerará en el cercano futuro como un absurdo tan patente como la ordalía por batalla.^[97] “... Juicio por jurado, nos dicen, es una broma, y en cuanto a los intereses públicos, una broma muy pesada.”^[98] Una bofetada fuerte para la verdadera democracia.

En Inglaterra, los jurados no se han usado en la mayoría de casos civiles desde principios del siglo XX. Lo cierto es que ya no es el país libre de hace 150 años; con el jurado maniatado a la máxima de: *ad quaestionam legis respondent iudices: ad quaestionam facti juratores*,^[xxvii] junto con la costumbre de los jueces ingleses de dirigir el fallo por medio del control de la evidencia de los hechos admisible al juicio - y su relevancia, violando esa supuestamente sagrada distribución, en los pocos casos que aún se refieren a ellos, los jurados ya no son la defensa de las libertades de los ingleses que fueron otrora.

EL JURADO EN ESTADOS UNIDOS DE AMERICA

La información relativa a la historia del jurado en Estados Unidos es tan extensa que apabulla. Muchos libros han sido escritos sobre esta institución, y, en los últimos años, libros específicamente tratando el tema que designaré como independencia juratorial,^[xxvii] y la consecuente capacidad del jurado de no aplicar la ley en casos particulares que se le presentan. Para distinguir entre este poder anulativo del jurado y el poder más amplio que tienen los legisladores o los jueces, seguiré la designación conocida en círculos legales estadounidenses como *nullification*,^[xxviii] el término *jury nullification* designaré como *nulificación juratorial*. Actualmente existe una fuerte controversia en Estados Unidos sobre si la nulificación juratorial es sólo un poder o si es un derecho.

De las decisiones de jurados angloamericanos han surgido lo que son los derechos hoy conocidos como fundamentales, los llamados “de primera generación.” Por la libertad manifiesta en Inglaterra, que invitó la imitación por parte de los países europeos, y más tarde por la presión ejercida desde Inglaterra, Europa y Estados Unidos, los primeros poderes mundiales, surgió el movimiento global de derechos humanos.

Haré un breve recorrido por la historia del jurado y su poder de nulificación en Estados Unidos, para preservar la continuidad del trabajo. Lo que considero la parte más importante seguirá después, la tesis de este trabajo, comprobar que la justicia sistemática, un derecho, es el producto de un sistema de gobierno limitado no sólo por su constitución, sino por la participación de ciudadanos cuyo deber, por medio del jurado, es mantener al gobierno dentro de los límites que sustancialmente todo el pueblo considera legítimos, que haga únicamente lo que Rousseau llamaba la voluntad general. Uno de los corolarios de esta afirmación será que las probabilidades de hacer justicia son mayores, o puesto de una manera más refutable, las probabilidades de que se cometan injusticias son menores, cuando un jurado con el poder de nulificación juzga a un acusado de violar la legislación que cuando lo hace un juez. Creo que en forma empírica, la historia del jurado lo demuestra bastante bien, pero debido a la afirmación hecha por muchos jueces en el Reino Unido y Estados Unidos desde finales del siglo XIX: que el uso del poder nulificador del jurado socava el dominio o imperio de la ley, es necesario pasar a la ciencia e intentar refutar esa afirmación en base a los hechos.

La Historia del Jurado en Estados Unidos

Estados Unidos, sin duda alguna, heredó su sistema judicial de Inglaterra, con pocas innovaciones, incluyendo el juicio por jurado. Los próceres de los Estados Unidos consideraron al jurado una institución tan necesaria que una de

las razones dadas en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos fue que el gobierno de Gran Bretaña estaba restringiendo su uso tradicional en las colonias.

Entre otras cosas, la “unánime Declaración de los trece Estados unidos de América” declara lo siguiente:

Cuando, en el transcurso de los acontecimientos humanos, se vuelve necesario para un pueblo romper los lazos que los han unido a otro, y asumir entre los poderes de la tierra, el puesto aparte e igual que las leyes de la naturaleza y que las del Dios de la naturaleza les confiere, una consideración decorosa por las opiniones de la humanidad requiere que se deben declarar las causas que los impulsa a la separación...

La historia del presente rey de Gran Bretaña es una historia de agravios y usurpaciones, todos teniendo como objetivo directo la implantación de una tiranía absoluta sobre estos estados. Para demostrar esto, que se sometan a consideración los hechos a un mundo franco...

... Ha obstruido la administración de justicia, negando su consentimiento a leyes para establecer poderes judiciales.

Ha obligado a los jueces a depender únicamente de la voluntad del rey, por la duración de sus cargos, y la cantidad y pago de sus sueldos...

Por acuartelar cuerpos grandes de tropas armadas entre nosotros:

Por protegerlos, con juicios ficticios, de castigo por asesinatos que cometieran sobre los habitantes de estos estados...

Por privarnos en muchos casos, de los beneficios del juicio por jurado...

Los colonos angloamericanos “tenían una historia larga del uso de jurados independientes como un método de pacíficamente oponerse al dominio arbitrario británico. Respondiendo a esta historia, la corona trasladó categorías enteras de casos de las cortes de ley común a las cortes marítimas, donde un acusado no tenía el derecho al juicio por jurado.”^[99]

Finalizada la guerra de la independencia, conocida como la Revolución, los nuevos ‘Americanos,’ se dedicaron a construir un nuevo gobierno. El concepto que tiene la mayoría de gente, incluso los mismos estadounidenses, de la situación post-guerra, suele ser bastante ingenua. Imágenes surgen en la mente de nobles hombres libres cuyo único interés era cimentar las bases de una sociedad equitativa, libre y trabajadora. Un poco de lectura de las cartas publicadas en oposición a la primera versión federalista de la nueva Constitución

propuesta en 1787 destruye esa perfecta imagen; luego nos damos cuenta que entre los verdaderamente nobles próceres norteamericanos habían Serranos, Cerezos, y otros personajes poco democráticos u honestos.^[xxix] La siguiente cita, escrita por la minoría en la asamblea constituyente de Pennsylvania es ilustrativa:

La asamblea Continental se reunió en la ciudad de Filadelfia a la hora convenida. Estaba compuesta de algunos hombres de carácter excelente; de otros más notables por su ambición y astucia, que por su patriotismo; y de algunos que habían sido opositores de la independencia de los Estados Unidos.

La asamblea estuvo reunida poco más de cuatro meses. Las puertas se mantuvieron cerradas, y los miembros puestos bajo los más solemnes compromisos de secretividad. Algunos de aquellos que se oponían a que se fueran tanto más allá de sus poderes, se retiraron, desesperados, de la asamblea, otros tuvieron la entereza de negarse a firmar el plan; y otros que sí lo firmaron, lo hicieron, no porque fuera un sistema que aprobaran del todo, sino porque era lo mejor que se podía hacer, y no obstante el tiempo gastado en el tema, todos están de acuerdo que es un trabajo apresurado y comprometido.

Mientras las doradas cadenas se forjaban en el concilio secreto, por fuera los instrumentos más viles del despotismo, estaban afanosamente ocupados en despertar el pánico en el pueblo con peligros que no existían, y estimulando sus esperanzas de mayores ventajas del plan anticipado que ni el mejor gobierno en la tierra podría producir.

El plan propuesto no había salido de las entrañas de la secretividad sospechosa, cuando los que fueron preparados para el propósito, llevaron peticiones para que firmara la gente, significando su aprobación del sistema, e instando al legislativo a convocar a una asamblea. Mientras se utilizaban todos los recursos para intimidar al pueblo para que no se opusiera, proliferaban las amenazas más violentas en los periódicos públicos contra aquellos que se atrevieran a pensar por sí mismos, y brea y plumas se ofrecían liberalmente a cualquiera que no se uniera en apoyar al gobierno propuesto, fuera lo que fuera. Bajo tales circunstancias peticiones a favor de convocar a una asamblea fueron firmadas por grandes números por dentro y por fuera de la ciudad, antes de tener el tiempo de leer y examinar el sistema detenidamente, muchos de quienes, ahora que están más familiarizados con ello, y han tenido el tiempo de investigar sus principios, están vehementemente opuestos. Las peticiones luego fueron presentadas al legislativo...

La violencia y ultraje que tanto habían amenazado se llegó a ejercer; algunos de los miembros fueron agarrados el día siguiente por una turba reunida para ese propósito, y arrastrados a la sala, y ahí detenidos a la fuerza mientras el quorum del legislativo, así constituido, completaba su resolución...

La asamblea se reunió, y la misma inclinación pronto se reveló al considerar la constitución propuesta, que se había manifestado en todas las

demás etapas del asunto. Se nos prohibió expresamente por voto de la asamblea, hacer cualquier pregunta sobre los artículos particulares del plan, y reducidos a la necesidad de adoptarlo o rechazarlo in toto. –Es cierto que la mayoría nos permitió debatir cada artículo, pero impidió que propusieramos enmiendas. –También determinaron que no nos permitirían anotar en el acta nuestras razones por las cuales no estábamos de acuerdo con cualquiera de los artículos, ni siquiera sobre la cuestión final nuestras razones por las cuales no estábamos de acuerdo con la totalidad.^[xxx]

De tal manera situados comenzamos el examen del sistema de gobierno propuesto, y lo encontramos tal que no podíamos adoptarlo, sin, como nosotros lo concebimos, abdicar vuestros derechos más preciados.^[100]

Antes de retirarse de la asamblea, esta minoría disidente en Pennsylvania ofreció una lista de propuestas que concuerdan casi exactamente con lo que más tarde se llamarían las enmiendas a la Constitución, *The Bill of Rights*, la Declaración de Derechos de la Constitución de Estados Unidos, incluyendo las enmiendas V, VI, y VII, referentes al uso del jurado. Digo más tarde porque las enmiendas no se hicieron sino hasta después de largo debate.

Una de las mejores muestras de ese debate se encuentra en dos series de artículos, todos anónimos, bajo el nombre de los escritos *Federalistas*, y *Anti-Federalistas*. Fueron los anti-federalistas, bajo pseudónimos como Cato, Brutus, Agrippa, el Campesino, y el Centinela, que argumentaban a favor de una declaración expresa de los derechos reservados al pueblo ante el gobierno. Y algunos de los peligros contra los cuales ellos advirtieron y que no fueron tomados en cuenta en la versión final de la Constitución Estadounidense parece que ahora se han realizado o se están realizando.^[101]

Una de las enmiendas propuestas más debatidas fue la inclusión del derecho al juicio por jurado en casos penales y civiles. La importancia que los nuevos próceres norteamericanos le dieron al jurado puede vislumbrarse en lo escrito por James Madison, Alexander Hamilton y John Jay, partidarios de la ratificación inmediata de la constitución, en los *Federalistas*:

Los amigos y adversarios del plan de la asamblea, si no están de acuerdo en nada más, concuerdan por lo menos en el valor que le ponen al juicio por jurado, o si hay alguna diferencia entre ellos reside en esto: los primeros lo consideran un resguardo valioso para la libertad; los segundos lo representan como el verdadero paladín del gobierno libre. Por mi parte, mientras más observo la operación de la institución, más razón encuentro

en tenerle elevado aprecio; y sería totalmente superfluo examinar en que medida merece ser considerada útil o esencial en una república, o cuanto más mérito ha de otorgarsele, como una defensa contra la opresión de un monarca hereditario, que como una barrera a la tiranía de magistrados públicos en un gobierno popular.^[102]

Implícito en esta visión estaba la idea que el jurado tenía el derecho de juzgar una ley al aplicarla, y negarse a hacerlo si, de acuerdo con su conciencia, la ley era injusta, en general o en el caso particular. Madison en otro lugar lo hace explícito,^[xxxii] como también John Jay en su papel de *Chief Justice* en la Corte Suprema.

En 1794, en el caso *Georgia v. Brailsford*, Jay le dio al jurado la siguiente instrucción:

Puede que no sea incorrecto, aquí, caballeros, recordarles la buena vieja regla, que en cuestiones de hecho, es el territorio del jurado, en cuestiones de ley, es el territorio de la corte decidir. Pero ha de observarse que por la misma ley, que reconoce esta razonable distribución de jurisdicción, tienen sin embargo el derecho de asumir el juicio de ambos, y determinar la ley tanto como el hecho disputado. En ésta, y en toda otra ocasión, no obstante, no tenemos la menor duda, que rendirán ese respeto, que es debido a la opinión de la corte: Pues, como por un lado, se supone, que los jurados son los mejores jueces de los hechos; es, por otro lado, de suponer, que la corte son los mejores jueces de la ley. Pero a pesar de eso ambas cosas están legalmente dentro de vuestro poder de decisión.^[103]

John Adams, otro de los más conocidos próceres norteamericanos, más tarde presidente de la nueva Union, defendió este derecho del jurado así: “la gente común... debiera tener control tan completo, una negativa tan decisiva, en todo juicio por una corte de justicia’ como lo tienen, por medio del legislativo, en otras decisiones del gobierno.”^[104] Afirmando también “que no sólo es su derecho, sino su deber... hallar el veredicto de acuerdo a su mejor discernimiento, juicio, y conciencia, aunque en directa oposición a la corte.”^[105]

Hablando con Thomas Paine en 1789, el entonces presidente Thomas Jefferson dijo: “Considero que el juicio por jurado es la única ancla hasta ahora ingenjada por el hombre, por la cual un gobierno puede ser sujetado a los

principios de su constitución.” Como también escribió: “Si fuera llamado a decidir, si el pueblo estaría mejor excluido del departamento legislativo o judicial, yo diría que sería mejor dejarlos fuera del legislativo. La ejecución de las leyes es más importante que su elaboración.”

Theophilus Parsons, un miembro de la Asamblea Constituyente de Massachusetts, quien más tarde fue Magistrado Supremo de la Corte Suprema de Massachusetts, endosaba claramente al jurado como medio de limitar la habilidad del gobierno, y los legisladores en particular, de exceder sus justos derechos:

... Caballero, el pueblo mismo lo tiene en su poder efectivamente resistir la usurpación, sin tener que apelar a las armas. Un acto de usurpación no es obligación; no es ley; y cualquier hombre está justificado en su resistencia. Que se le considere un delincuente por el gobierno general, sin embargo sólo sus con-ciudadanos lo pueden condenar; ellos son su jurado, y si ellos lo declaran inocente, todos los poderes del Congreso no pueden hacerle daño; e inocente con certeza lo declararán, si la supuesta ley que resistió fue un acto de usurpación.^[106]

En 1805, negar el derecho de un jurado a juzgar la ley tanto como los hechos por parte de un juez, todavía era causa para destitución, aun de un magistrado de la Corte Suprema.^[107] Aparte del apoyo que las Cortes Supremas de varios estados le dieron a este derecho, de juzgar la ley y los hechos^[xxxiii], los Estados de Maryland e Indiana lo incluyeron específicamente en sus constituciones respectivas, donde todavía se encuentran en vigor.

Una generación, nada más, sobrevivió esta perspectiva de parte de la mayoría de los jueces. A mediados del siglo XIX, una población más conforme y confiada se olvidó de la tiranía ejercida por medio del organismo judicial en tiempos anteriores, y el paladín de la libertad se quedó sin paladines influyentes. En la constitución la forma del jurado estaba garantizada, pero no su espíritu. Adams, Jefferson y Jay habían muerto, y la mayoría de jueces empezaron a hallar en contra del derecho nulificador del jurado, especialmente

cuando empezaron a absolver a personas acusadas de ayudar a escapar a esclavos en tiempos anteriores a la guerra civil de Estados Unidos.

El Jurado y el Movimiento Abolicionista

Jurados en Massachusetts, que más tarde se consideraría el centro del movimiento Abolicionista, había empezado a terminar con la esclavitud tan pronto como 1765, cuando la esclava Jenny Slew presentó una demanda por su libertad. Después de perder el caso ante un tribunal de jueces en la Corte Inferior de Peticiones Comunes en Newburyport, Slew presentó su caso para que pudiera escucharse ante un jurado. El jurado le adjudicó no sólo su libertad, sino cuatro libras por daños y perjuicios y para sus costos legales también. Después de la liberación de Slew, por lo menos siete otros esclavos en Massachusetts presentaron una demanda para el reconocimiento de su derecho de libertad en los años 1765 al 1773. Sólo uno, el desafortunado Amos Newport, fue devuelto a la esclavitud. A varios se les adjudicó sumas para indemnizarlos por su tiempo en la esclavitud.^[108]

Más tarde, cuando leyes hacían más difícil que un esclavo pudiera conseguir su libertad por medio del litigio, muchos grupos religiosos ayudaban a conducir a esclavos a la libertad por medio del ferrocarril clandestino.^[xxxiii] La mayoría de abolicionistas que colaboraban en esta empresa que fueron acusados y llevados a juicio eran absueltos por los jurados. En 1845, el abolicionista y filántropo Gerrit Smith financió la redacción y publicación de *La Inconstitucionalidad de la Esclavitud*, de Lysander Spooner, en donde el autor argumenta que la esclavitud es repugnante a la Constitución y qué nunca había tenido una existencia legal en Estados Unidos. El trabajo de Spooner llevaría a una de las más completas sublevaciones juratorias en la historia, una época en donde los juradores estaban, en las palabras de Harry Kalven y Hans Zeisel,

autores del libro *The American Jury*, “totalmente en guerra” con la ley.^[109] La fuga de esclavos impulsó legislación en el Congreso:

La ratificación del Acto de Esclavos Fugitivos de 1850...fue probablemente uno de los decretos más infames alguna vez aprobados por un legislativo Estadounidense. Según sus cláusulas, una persona acusada de ser un esclavo fugitivo podría, sin el debido proceso, ser llevado ante un comisionado cuasi-judicial en una audiencia sumaria sin jurado. Si el comisionado se convencía de la verdad del demandante el esclavo sería devuelto al cautiverio. El esclavo acusado no tenía derecho a dar su testimonio. Si el comisionado devolvía al esclavo al cautiverio, se le pagaba un honorario de diez dolares. El honorario por rechazar la demanda era de sólo cinco dolares.

El Acto de Esclavos Fugitivos de 1850 decretaba que cualquier persona que interfiriera con la recuperación de esclavos fugitivos, o rescataba o abrigaba fugitivos, podría ser multado hasta mil dolares y encarcelado por hasta seis meses. Es más, eran sujetos a demandas por el dueño del esclavo, por el monto de mil dolares por esclavo, por cada esclavo que con su asistencia escapara exitosamente. Cualquier persona con piel negra podría ser detenida como esclavo fugado por testimonio *ex parte* ^[xxxiv] únicamente. Por último, el Acto le negaba a los arrestados bajo su amparo derecho al *Habeas Corpus*, el mismo instrumento legal cuyo poder había terminado con éxito el privilegio de traer esclavos a Inglaterra menos de un siglo antes.^[110]

Spooner respondió a este ataque arbitrario en contra del derecho a la libertad con la *Defensa de Esclavos Fugitivos*, publicada en 1850, y después con su obra maestra, *Un Ensayo sobre el Juicio por Jurado*, de 1852, instando a los juradores a votar su conciencia, en contra de la ley. En este ensayo radical, Spooner lanza un ataque lógico devastador en contra del poder del gobierno de limitar los derechos del jurado. Entre otras cosas defiende al jurado de la siguiente forma:

“...Los poderes del jurado no son otorgados bajo la suposición que ellos conocen la ley mejor que los magistrados; sino sobre el fundamento de que los jueces magistrados no son confiables, que están expuestos a sobornos, que ellos mismos sienten el deseo de poder y autoridad, y que también son criaturas dependientes y serviles del legislativo; y dejar que ellos decidan la ley, no solo expondría los derechos de las partes a ser vendidas por dinero, sino que equivaldría a renunciar toda la propiedad, libertad, y derechos del pueblo, sin reservas a las manos del poder arbitrario, (el legislativo,) a dispensarse como a ellos se les antoje. Los

poderes de jurados, entonces, no sólo le ponen un freno a los poderes de legisladores y magistrados, sino implican también una denuncia sobre su integridad y confiabilidad; y éstas son las razones por qué legisladores y jueces han abrigado el odio más intenso en contra de jurados, y tan rápido como puedan sin alarmar al pueblo respecto a sus libertades, han, indirectamente, negado, minado, y prácticamente destruido su poder. Y es únicamente desde que el poder verdadero del jurado ha sido destruido, y se han convertido en simples herramientas en manos de legisladores y jueces, que se han convertido en sus favoritos.”^[111]

Para Clay S. Conrad, abogado y autor del libro más reciente y exhaustivo sobre el derecho nulificador del jurado, *Jury Nullification: The Evolution of A Doctrine*, no es ilógico asociar esto con el Acto de 1850, aprobado por un Congreso democráticamente electo y firmado por un Presidente democrático. Es la habilidad del jurado de vedar legislación no apoyada por “la totalidad o sustancialmente la totalidad” que convierte al jurado en el ‘paladión de la libertad.’^[112] Este paladión fue puesto al servicio de incontables esclavos negros, hasta que los jueces encontraron formas de evitar su uso.

En Boston, un esclavo llamado Fredrick Jenkins, se había fugado en mayo de 1850. Fue localizado por su ‘dueño’ en Febrero de 1851 y arrestado. Después de una audiencia ante un juez, una turba se precipitó en la sala y le dio el paso libre a Jenkins, quien eventualmente llegó y se estableció en Canadá. Entre los arrestados estuvo el abogado afroamericano de Jenkins, Robert Morris, acusado de ayudar a escapar un esclavo fugitivo.

El gobierno no pudo conseguir una sola condena, a pesar de que el Presidente de los Estados Unidos exigió las acusaciones. Al encomendarles el caso al Gran jurado, el juez se refirió a los acusados como gente “más allá del alcance de la razón humana e individuos aptos para la consagración o para el manicomio.”^[xxxv] Morris, también descendiente de esclavos, fue absuelto por un jurado de doce hombres blancos.^[113]

Un juez, Kane, de Pennsylvania, eventualmente se desesperó de tratar de obligar a los jurados a respetar el Acto de Esclavos Fugitivos de 1850 y encontró otras formas de evitar que abolicionistas ayudaran a esclavos fugitivos a escapar. Ya que las condenas eran tan difíciles de obtener bajo el Acto, Kane les ofreció inmunidad a sospechosos de ayudar

a esclavos fugitivos, obligándolos a que contestaran interrogatorios de la corte para que confesaran el paradero de los esclavos. Si se negaban a contestar estas preguntas se consideraba desacato y podría llevar a encarcelamiento por tiempo indeterminado sin la necesidad de darle al acusado de desacato un juicio...

Pero la mayoría de esclavos ya se habían escapado a Canadá y el único recurso que quedaba era permitir una demanda por el dueño en contra del abolicionista por el valor del esclavo fugado.^[114]

A pesar de la elocuencia de Spooner, jueces siguieron extendiendo su poder sobre el jurado. Primero, bajo pretexto, quizás justificado, de no prolongar los juicios más de lo necesario, los jueces se arrogaron el poder de decidir qué evidencia se permitiría a la consideración del jurado, violando la distribución de hecho y derecho en que ellos mismos insistían. Menos y menos jueces defendían el derecho del jurado a decidir la ley en un caso.

La Nulificación Juratorial y la Corte Suprema de los Estados Unidos

Cito ahora el caso llevado a la Corte Suprema que le dio a los jueces el pretexto de negarle el derecho al jurado de juzgar la ley. Como era de esperarse, fue la decisión de jueces, en violación directa de la antigua máxima: *nemo debet esse iudex in propria causa*, o sea que nadie debe ser juez en causa propia. Juzgar a quien le pertenece el derecho exclusivo de decidir la ley, fue decidido por los mismos jueces, a favor propio. Y, por supuesto, los legisladores no se han opuesto. Aunque, para ser justos, esta decisión de no permitir que el jurado conozca su poder, no fue la decisión unánime de los seis magistrados de la Corte Suprema de los Estados Unidos. En el caso presentado ante ellos en 1895, dos almas nobles, los jueces disidentes, presentaron uno de los mejores argumentos hasta entonces escritos defendiendo este antiguo derecho.

La decisión de la mayoría en *Sparf et. al. V. The United States* se ha considerado la última palabra en círculos legales estadounidenses respecto al

derecho del jurado a decidir la ley en un caso, a pesar de que fue declarado en la misma decisión que “la cuestión general sobre el deber del jurado a recibir el derecho de la corte no está concluida por alguna decisión directa de esta corte.”^[115] Manifestaron que era falso que el derecho de hacer a un lado la opinión de la corte en asuntos de derecho por parte del jurado era la mejor manera de proteger la seguridad y libertad del ciudadano, y concluyeron que era todo lo contrario, que son los jueces con el poder de decidir la ley los que constituyen esa defensa:

“Mientras los jueces de los Estados Unidos estén obligados a expresar sus opiniones públicamente, a dar sus razones cuando llamados a hacerlo del modo acostumbrado, y ser responsables por ellas, no sólo a la opinión pública, sino ante una corte de acusación, puedo percibir poco peligro de que las leyes sean arrebatadas para propósitos de injusticia. Pero, por otro lado, considero que este poder y deber correspondiente de la corte de autoritariamente declarar el derecho es una de las más grandes salvaguardias del ciudadano. El fin exclusivo de las cortes de justicia es enforzar las leyes uniforme e imparcialmente, sin consideración de personas o tiempos o las opiniones de los hombres. Enforzar leyes populares es fácil. Pero cuando una causa impopular es una justa causa, cuando una ley, impopular en alguna localidad, tiene que enforzarse,- ahí entonces viene la presión sobre la administración de justicia; y pocos hombres imparciales vacilarían en cuanto a donde esa presión se aguantaría mejor.”^[116]

Esta *opinión* se basa exclusivamente en las declaraciones de otros jueces y algunos juristas de igual perspectiva. El juez Harlan, escribiendo la opinión de la mayoría sobre el derecho nulificadorio, empieza por tratar de desmentir lo dicho por el magistrado de la Corte Suprema John Jay en el caso de *Georgia v. Brailsford*, al igual que con otras autoridades que se habían pronunciado a favor del derecho. También niega que el Acto de Fox, *Fox's Libel Act*, le haya dado al jurado en casos de difamación el derecho de juzgar la ley sin tener que aceptar la dirección del juez. A su favor cita las opiniones dadas, algunas veces igualmente

divididas en un caso, por jueces de cortes inferiores que resolvieron en contra del derecho nulificadorio.

Aparte de negar enfáticamente el derecho nulificadorio del jurado, las razones citadas más representativas para negárselo son las siguientes:

1. “No es la intención del Congreso otorgarle al jurado en casos penales el poder de arbitrariamente hacer a un lado la evidencia y los principios de ley aplicables al caso en juicio.”^[117]

2. “Las consecuencias evidentes de este derecho en jurados será que una ley del congreso estará en operación en un estado, y no en otro... el derecho ahora pretendido tiene una tendencia directa a disolver la unión de los Estados Unidos...”^[118]

3. “Si jurados una vez ejercitasen este poder, estaríamos sin una constitución o leyes; un jurado tiene tanto poder como lo tiene otro; no se puede sujetar a los que tomen su lugar; lo que declaran constitucional hoy otro jurado podría declarar inconstitucional mañana.”^[119]

4. “es el deber del jurado seguir la ley como presentada por la corte. Este es el derecho de todo ciudadano, y su única protección... Cada persona acusada como un criminal tiene un derecho a ser enjuiciado de acuerdo a la ley del país, -la ley fija del país, y no la ley como un jurado pueda entenderla, o escoja, por libertinaje o ignorancia de error accidental, interpretarla. Si yo pensara que el jurado eran los jueces idóneos de la ley en casos criminales, pensaría mi deber abstenerme de la responsabilidad de presentarles la ley en cualquiera de esos juicios. Pero creyendo, como lo hago, que todo ciudadano tiene un derecho a ser enjuiciado por la ley, y de acuerdo a la ley; que es su privilegio y mejor escudo contra la opresión y la maldad, - yo siento que es mi deber presentar mis perspectivas completa y abiertamente en la presente ocasión.”^[120]

5. “tal estatuto [de instruir al jurado que tienen el derecho de juzgar la ley]estaría más allá del alcance legítimo del poder legislativo, repugnante a la constitución, y, por supuesto, inoperante y nulo.”^[121]

6. “El juez inferior^[xxxvii] sería un zero, y el juicio ante él una farza, si él no tuviera el derecho a decidir todas las cuestiones de ley que podrían surgir en el desarrollo del caso.”^[122]

7. “Si la corte no tuviera el derecho de decidir sobre la ley, error, confusión, incertidumbre, y libertinaje caracterizarían los juicios criminales, y la seguridad del acusado podría estar en riesgo tanto como la estabilidad de la justicia pública seguramente lo estaría.”^[123]

8. “La línea entre los deberes de una corte y jurado en juicio de causas en ley, ambos civiles y penales, está perfectamente

definida, su rígido cumplimiento es de final importancia para la administración de justicia sistemática.”^[124]

9. “Si un error lesivo al prisionero ocurre, será rectificado por la revisión de la corte *in banc*. Pero un error que resulte de una condena o absolución, contra la ley, jamás puede ser rectificada...un serio agravio se comete por la absolución arbitraria e irremediable de un hombre culpable.”^[125]

10. “es contrario a las máximas fundamentales del *common law*; contrario a la práctica y desiciones de las cortes de la Gran Bretaña... contrario al gran peso de la autoridad en este país, contrario al espíritu y significado de la constitución de los Estados Unidos; repugnante a la constitución de este estado; repugnante a nuestro estatuto relativo a la reserva de cuestiones de ley en casos criminales...”^[126]

11. “el imperio de la ley parecería ser que es el deber del jurado recibir y seguir la ley entregada a ellos por la corte; y tal es el peso claro de la autoridad.”^[127]

12. “Debemos mantener, para permitir que evitemos la inconsistencia, que, sujeto a la calificación que toda absolución es final, la ley en casos penales será determinada por la corte...Así respetamos dos máximas fundamentales. La primera es que mientras que a los hechos responde el jurado, a la ley responde la corte. La segunda, que es más importante todavía, es ‘Nullum crimen, nulla poena, sine lege.’ Al menos que haya una violación a una ley preanunciada, y esto por un tribunal constante y responsable, no hay crimen, y no puede haber castigo.”^[128]

13. “Si fueran permitidos a decidir la ley, los principios de la justicia serían subvertidos; la ley llegaría a ser tan variable como los prejuicios, las inclinaciones, y las pasiones del hombre...implicaría un absurdo en todo proceso judicial, y sería contradictorio a todos los principios fundamentales de nuestra jurisprudencia.”^[129]

14. “el temperamento arbitrario de los jueces coloniales, con sus puestos dependientes directamente de la corona, había convertido al jurado, en ley tanto como en hecho, de mucha importancia popular.”^[130]

15. “Somos de la opinión que la ley en Inglaterra a la fecha de nuestra separación de ese país era como declarado por las autoridades que hemos citado.”^[131]

16. “sería hacer que doce hombres analfabetos juzgaran un asunto de ley, de lo cual no tienen conocimiento.”^[132]

17. “presentando la opinión unánime de los doce jueces de la corte del rey en un caso de asesinato, dijo que el jurado eran jueces sólo del hecho, y la corte de la ley.”^[133]

18. “que el juez determine la ley, y el jurado el hecho; y si alguna vez se confunden, resultará en la confusión y destrucción de la ley de Inglaterra.”^[134]

19. “Si al jurado se le hiciera jueces de la ley tanto como de hecho, las partes estarían sujetas a sufrir decisiones arbitrarias.”^[135]

20. “es difícil percibir alguna base legal sobre la cual un veredicto condenatorio podría ser rechazado por la corte por estar en contra de la ley. Si es la función del jurado decidir la ley como los hechos, -si la función de la corte es únicamente asesorar,- ¿por qué ha la corte de interferir para la protección del acusado contra lo que cree un error de parte del jurado en materia de ley?”^[136]

21. “el resultado será que cuando se ordene un juicio nuevo en un caso penal, incluso en esta corte, el jurado, en tal juicio, podría por derecho regresar un veredicto basado sobre la suposición que lo que esta corte a adjudicado ser ley no es ley. No podemos sancionar cualquier regla que lleve a tal resultado...Bajo cualquier otro sistema, las cortes, aunque establecidas para declarar la ley, serían, de hecho, eliminadas dentro de nuestro sistema de gobierno como instrumentos diseñados para la protección igualmente de la sociedad como de individuos en sus derechos esenciales. Cuando eso pase nuestro gobierno dejará de ser un gobierno de leyes y se convertirá en un gobierno de hombres. La libertad regulada por la ley es el principio subyacente de nuestras instituciones.”^[137]

22. “el instruir o negarse a instruir, bajo las circunstancias mencionadas, descansa sobre principios legales o presunciones que están en el territorio de la corte declarar para la orientación del jurado.”^[138]

23. “En esta separación de funciones entre la corte y el jurado se encuentra el mayor valor, así como también la seguridad, del sistema de jurado. Esas funciones no pueden ser confundidas o pasadas por alto sin poner en peligro la estabilidad de la justicia pública, así como también la seguridad de derechos privados y personales.”^[139]

Estas afirmaciones no resultan difíciles de refutar, muchas de ellas son falacias lógicas, apelando al miedo de la anarquía y el caos, no es difícil ver que los jueces se sienten amenazados en lo que creen ser *sus* derechos. Harlan cita a los mismos jueces británicos que habían aportado a la situación que obligó a las colonias a separarse de Inglaterra al negarle a los jurados colonos su derecho; hasta cita lo que puede interpretarse como una amenaza velada de parte de los jueces en contra del legislativo, (ver # 5 arriba).

El caso *Pierce v. State* contiene lo que se considera dos de las discusiones mejor razonadas oponiéndose al derecho del jurado a juzgar la ley...entre ellas está la afirmación que los “juicios hechos por el jurado sobre la ley violarían el derecho constitucional de los acusados a ser juzgados de acuerdo a leyes predeterminadas y conocibles...” Pero, la idea de tener leyes predeterminadas y conocibles es que a un ciudadano no se le acuse sin ley previa: *nullum crimen, nulla poena, sine lege*. Si un acusado llega a juicio es porque el legislativo, el ejecutivo y el juez ya lo consideran culpable al desobedecer una ley que el legislativo promulgó. O la policía no lo hubiera arrestado, el fiscal no lo hubiera acusado, y el juez no hubiera permitido un juicio. La idea no es que alguien será condenado con certeza por violar una ley previamente promulgada sin considerar las circunstancias y la justicia de la ley en sí y su aplicación.

La función del jurado consiste precisamente en proteger al acusado de aquellas leyes predeterminadas y conocidas *pero injustas* que están violando sus derechos, sin cuales leyes predeterminadas, conocidas e injustas no estaría enfrentando un juicio, y basta recordar a William Penn y John Peter Zenger para comprender que los peligros no son fantasiosos. El hecho que el juez conozca la redacción de la ley bajo la cual un acusado ha sido arrestado, el significado legal de cada término, su historia, sus precedentes, en que año fue promulgada, etc., etc., no lo hace más justo ni más interesado en el bien común, mientras que es bastante más probable que el jurado, por su naturaleza y circunstancias, sí lo será. Probar esto último es un propósito de este trabajo.

La opinión escrita por los jueces disidentes en *Sparf et al. v. U.S.*, Mr. Justice Gray y Mr. Justice Shiras, es un trabajo profundo y bien documentado de la historia del derecho nulificador del jurado^[xxxviii] y la base de muchos libros que apoyan este derecho. Empiezan por la Carta Magna en Inglaterra, pasando por Bushell, Zenger y muchos más hasta llegar a la era post-Independencia de los

Estados Unidos, declarando que “es nuestra honda y decidida convicción, confirmada por una re-examinación de las autoridades...que el jurado, sobre el asunto general de culpable o no culpable en un caso criminal, tienen el derecho, tanto como el poder, de decidir, de acuerdo con sus propios juicios y conciencias, todas las cuestiones, sean de ley o de hecho, implicados en ese asunto.”^[140] Concluyen que si ese no es su derecho, no hay necesidad de jurados.^[141] Refutan la idea de que, aunque no sea una obligación legal que el jurado siga las instrucciones de la corte sobre la ley, es una obligación moral, resaltando que los deberes morales son de origen divino, y que el juramento que los juradores toman ante el Todopoderoso Juez es juzgar y dar socorro efectivo entre el gobierno y el acusado, no de acuerdo con las instrucciones de la corte, sino de acuerdo a sus juicios y conciencias.^[142] Insisten en que las reglas y principios de la ley criminal son, en su mayoría, elementales y simples, y ya que ningún ciudadano puede pretender ignorancia de la ley para evitar un juicio, igual conocimiento han de tener un grupo de juradores escogidos entre la masa del pueblo a la hora de juzgar.^[143] Al terminar una larga exposición de argumentos a

favor del derecho nulificador del jurado, los jueces Gray y Shiras manifiestan que:

Puede que haya menos peligro de prejuicio y opresión de parte de jueces nombrados por un presidente electo por el pueblo que de parte de jueces nombrados por un monarca hereditario. Pero, como lo demuestra la experiencia de la historia, no puede suponerse que jueces serán siempre justos e imparciales, y libres de la tendencia, a cual tendencia hasta los magistrados más rectos y eruditos se sabe que han cedido, -por motivos sumamente patrióticos, y con la intención más honesta de promover simetría y exactitud en la ley, -de ampliar su propia jurisdicción y poderes a expensas de aquellos confiados por la constitución a otras instituciones. Y no hay, seguramente, razón por la cual la mayor seguridad de la libertad del ciudadano -el juicio de sus pares- ha de considerarse menos sagrada en una república que en una monarquía.^[144]

El Jurado en Estados Unidos a finales del siglo XX

Cien años más tarde, la controversia sigue. Los opositores del derecho del jurado a decidir la ley, o el derecho, han encontrado otros argumentos para oponerse a tal poder. En 1997, en *U.S. v. Thomas*, la opinión de los jueces, afirmando que tenían “el deber y la autoridad” de prevenir la nulificación, fue la siguiente:

“Rechazamos categóricamente la idea que, en una sociedad comprometida con el imperio de la ley, la nulificación juratorial es deseable o que las cortes puedan permitir que ocurra cuando está dentro de su autoridad prevenirlo. Consecuentemente, concluimos que cualquier jurador que tiene la intención de nulificar la ley aplicable no está menos sujeto a destitución de lo que está un jurador que hace caso omiso de las instrucciones de la corte... debido a un evento o relación que lo perjudica o de otra forma hace incapaz de dar un veredicto justo o imparcial... La corte distrital debidamente determinó que el hacer caso omiso de la ley como presentada en la instrucción de la corte a propósito por un jurador puede ser “justa causa” de destitución del jurador bajo Regla 23(b)... darle a juradores el derecho de hacer caso omiso de la ley finalmente elimina por completo el imperio de la ley.

El mismo año, en otro caso donde se acusa a un jurador de obstruir la justicia, los jueces en *The State of Colorado v. Laura J. Kriho*, opinan lo siguiente:

Al abiertamente declararle al jurado que pueden hacer caso omiso de la ley, decirles que pueden decidir de acuerdo a sus prejuicios o conciencia (pues no hay forma de asegurar que el juicio está basado en conciencia y no en prejuicio), estaríamos negando el imperio de la ley a favor del imperio de la anarquía. Esto no debe permitirse... *Defendant*^[xxxviii] se refiere a casos históricos en donde la nulificación juratorial ha tenido un impacto importante sobre libertades civiles. Mientras esto es indiscutiblemente cierto, también es indiscutiblemente cierto que la nulificación juratorial puede llevar a la aplicación tiránica de la ley. Si el jurado puede, por derecho, absolver contra la evidencia y la ley, no pueden condenar desafiando la evidencia y la ley? Un sistema que permite que juradores, por derecho, escojan a su gusto entre las reglas de ley que aplicarán, tiene peligrosas consecuencias implícitas, particularmente para aquellos que pueden apoyar causas impopulares o quienes, por otras razones, no tienen el visto bueno de la mayoría de la comunidad. Es una cosa aplaudir los esfuerzos de un jurado escogido justamente y honestamente seleccionado para decidir un caso conforme a sus conciencias. Es otra cosa totalmente que un jurado deliberadamente engañe a un jurado con el propósito de obstruir la administración de la justicia.

La decisión de darle o no el derecho al jurado de saber que tienen el poder de nulificar está en manos de los jueces. No sería difícil determinar cuál sería el fallo de los jueces. Al estilo del imperio romano decadente, el asunto se ha determinado por conteo de autoridades vivas y muertas, como que si la mayoría, por ser mayoría, fuera necesariamente repositario de la razón.

En la controversia sobre el derecho nulificador están los que favorecen, no sólo la independencia juratorial, sino el uso conciente por los juradores de esos poderes. Entre ellos se encuentra una asociación llamada FIJA^[xxxix], por sus siglas en inglés, dedicada a dar a conocer los poderes y derechos del jurado, cuyos miembros se han estado esforzando durante más de veinte años para que este derecho se incluya en la Constitución. A sus opositores no les queda otra alternativa que admitir que la independencia juratorial es una barrera contra el poder ilimitado del gobierno, pero insisten en que este poder, consistentemente aplicado por jurados concientes de ello, sin la *sabia* dirección de los jueces, llevaría a la anarquía y el caos, destruyendo el imperio de la ley. Creo que lo referente a la anarquía y el caos queda ampliamente refutado por los hechos, ya que en Maryland e Indiana los jueces han estado obligados a informar al jurado sobre este derecho desde la independencia, y no son más anárquicos ni más caóticos de lo que son otros estados. Pero, hace falta una base más concreta a la controversia, específicamente a la afirmación que es más probable que el jurado, con el poder nulificador, por su naturaleza y circunstancias, hará decisiones más congruentes con la justicia y el bien común.

La verdad es que Spooner responde a la mayoría de los argumentos contra el jurado de una forma tan exhaustiva que no permite refutación, pero todo en el plano lógico, histórico y metafísico.^[xli] Me atrevo a escribir más sobre el tema únicamente para apoyar su tesis, porque él no tuvo acceso al conocimiento y a la

información más empírica y refutable que ha surgido en las ciencias sociales desde entonces.

Notas Bibliográficas

^[i] Cuál es la cantidad ideal de intervención estatal en el ámbito privado todavía y qué es un castigo apropiado para desanimar a infractores de leyes democráticas está abierto a debate. Es bastante probable que haya un límite en exceso de cual el gobierno atropella más derechos de los que protege, y debajo de cual no tiene suficiente poder para proteger suficientes derechos. Ese límite se descubrirá únicamente por medio del ensayo y el error, eso es un hecho. Mi opinión al respecto es que, ya que son seres humanos los que participan en ese experimento de encontrar el ideal, el ensayo debe hacerse con el permiso de los participantes, ergo, la democracia. Uno de los fines principales de esta tesis es comprobar que sin el jurado no puede haber democracia. Tampoco creo en castigos corporales o psicológicos como remedio a la injusticia.

^[ii] La palabra original en latino para *juryman* o *juror* era *juratore* de la cual he escogido el nombre *jurador* para designar al miembro de un jurado.

^[iii] Las traducciones hechas de libros cuyos títulos están en el inglés son de la autora.

^[iv] *Common law*: derecho consuetudinario de los países de habla inglesa, articulado por los miembros de la comunidad que forman parte del jurado.

^[v] Corchetes míos al menos que indique lo contrario.

^[vi] Justo: right

^[vii] Ver pág. 17, Nota al pie 32.

^[viii] *Chief justice: no es el jefe de la Corte Suprema, no había tal cosa.*

^[ix] *Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut desseisetur de libero tenemento, vel libertatibus, vel liberis consuetudinibus suis, sut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale **judicium parium suorum**, vel per legem terrae.* Citado por Lysander Spooner, *An Essay on the Trial by Jury*, (1852) <http://www.mind-trek.com/treatise/ls-tbj/>, Cap. II.

^[x] Según algunas fuentes, en tiempos de Eduardo III, *por la ley de la tierra* ha sido sustituido por *debido proceso de la ley*, lo que en esos tiempos era un juicio por 12 pares. Conrad, p.19.

^[xi] Consejo del Rey

^[xii] Court of Common Pleas

^[xiii] Traducción literal del original

^[xiv] En el fuero interno.

^[xv] A mediados del siglo XVII los Levellers eran considerados fanáticos por su oposición a un ejecutivo permanente y sus demandas de gobierno representativo electo por medio de sufragio masculino universal, más

amplia representación parlamentaria, eliminación de privilegios a los nobles y monopolios comerciales, y tolerancia religiosa. Exigían que los juicios se condujeran en inglés y que términos en francés y latino fueran traducidos por los jueces para que los acusados y jurados pudieran entender el procedimiento. Argumentaban que el pueblo era la fuente original de todo poder político. (Conrad, p.23)

[xvi] Más allá de la autoridad, más allá del poder; trascendiendo autoridad; esp. excediendo poder legal y autoridad. *Webster's Collegiate Dictionary*, Quinta edición (Springfield, Mass. USA: G. & C. Merriam Co., Publishers, 1947), p.1085.

[xvii] corchetes de Conrad

[xviii] Cypher, cipher: [OF. *cifre* zero, fr. Ar. *Sifr* empty, cipher, zero.] 1. *Math.* A character or symbol (written 0) denoting the absence of all magnitude or quantity; naught; zero. 2. One that has no weight, worth, or influence; a nonentity. Traducción del inglés: [OF. *cifre* cero, fr. Ar. *Sifr* vacío, cipher, zero.]

1. *Matemáticas.* Un signo o símbolo (escrito 0) que denota la ausencia de toda magnitud o cantidad; nada; cero. 2. Alguien que no tiene peso, valor, o influencia, una no-entidad. *Webster's Collegiate Dictionary*, Fifth Edition.

[xix] corchetes de Conrad

[xx] Una 'información' era una acusación que permitía que se evadiera el uso del gran jurado, que decidía si había lugar a un juicio o no.

[xxi] Traducción libre de *stack*, apilar, la costumbre de llenar el jurado con gente parcial a una de las partes.

[xxii] Ley de Apelaciones Criminales

[xxiii] Commissioners of Inland Revenue

[xxiv] La palabra original en el texto es *coercion*, he usado el verbo *coaccionar*, porque el verbo *coerce* en inglés ha asumido la connotación de la palabra *coaccionar* en español, por la falta del verbo respectivo en inglés. DRAE 1925, *coercer*: contener, refrenar, sujetar. *Coacción*: fuerza o violencia que se hace a una persona para precisarla a que diga o ejecute alguna cosa. *Webster's Collegiate Dictionary*, 1936, *coerce*: 1. To restrain by force, esp. by law or authority; to repress; curb. 2. To compel any action. 3. To enforce; as to *coerce* obedience. *Coaction*: Force; compulsion, either in restraining or impelling; control.

[xxv] *lawlessness*

[xxvi] Cuando hay cuestiones de ley, responde el juez, cuestiones de hecho responden los juradores.

[xxvii] Independencia juratorial: independencia del jurado o juradores. Juratorial: relativo al jurado, o juradores.

[xxviii] *Nullification*: "jury nullification" refers to the power of a juror to decide a case in a way that is contrary to the evidence and the law. *The People of the State of Colorado v. Laura Kriho* Case No. 96 CR 91 Division 1 Feb. 10., 1997. "Nulificación juratorial" se refiere al poder del jurado de decidir un caso de una forma contraria a la evidencia y la ley.

[xxix] La alusión es a los gobiernos democráticos pero corruptos de Guatemala entre 1985 al año 2001.

[xxx] Tal vez recordará experiencias parecidas la minoría que se opuso al código de la niñez y de la juventud, y más tarde a las reformas a la Constitución en Guatemala.

[xxxi] Ver cita en Conrad, p. 49 de: 3 Johns. Cas. 336, (1804).

[xxxii] *State v. Wilkinson*, 2 Vt. 480, 488-489 (1829), *Kane v. Commonwealth*, (1879), Maine, *State v.*

Snow, citados en Conrad, p. 62.

[xxxiii] *Underground railroad*

[xxxiv] *Ex parte* donde únicamente se escucha una de las partes.

[xxxv] Encomendación hecha por el Juez Sprague al Gran Jurado, 30 F. Cas. 1015, 1017 (D. Mass. 1851).

[xxxvi] *Circuit judge*

[xxxvii] ver *Sparf et al. v. U.S.* 156 U.S. 51 (1895), [110] Decisión de la Corte Suprema de Justicia de EE UU AA. <http://caselaw.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=search&linkurl=<%LINKURL%>&graphurl=<%GRAPHURL%>&court=US&case=/data/us/156/51.html> O buscar en <http://caselaw.findlaw.com>

[xxxviii] *defendant*: acusado, en este caso la acusada.

[xxxix] Fully Informed Jury Amendment. www.fija.org

[xl] ver *An Essay on the Trial by Jury*, (1852) <http://www.mind-trek.com/treatise/ls-tbj/>

[1] Rodney Stark, *Sociology*, 6a. ed. (Boston: Wadsworth Publishing Company, 1996), p. 226

[2] Plato, *Protagoras*, (Internet: <ftp://sailor.gutenberg.org/pub/gutenberg/etext99/prtgs10.txt>)

- ^[3] Plato, *Protagoras*, (Internet: <ftp://sailor.gutenberg.org/pub/gutenberg/etext99/prtgs10.txt>) línea 279-440.
- ^[4] I. F. Stone, *The Trial of Socrates*, (Boston: Little, Brown and Company, 1988), p. 47.
- ^[5] *Ibid.*, p. 47.
- ^[6] Plato, línea 279-440.
- ^[7] Stone, p. 50.
- ^[8] Aristotle, *The Athenian Constitution*, (Internet: The Avalon Project, <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/athemain.htm>), Part I, Section 5.
- ^[9] *Ibid.*, Part II, Section 1.
- ^[10] *Ibid.*, Part I, Section 7.
- ^[11] *Ibid.*, Part I, Section 9.
- ^[12] James M. Buchanan & Gordon Tullock, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, (Estados Unidos de América: University of Michigan Press, 1997), capítulos 6,7 y 8
- ^[13] Aristóteles, Part 7, Section 63
- ^[14] *Ibid.*, Part 7, Section 64.
- ^[15] *Ibid.*, Part 7, Section 67.
- ^[16] Livy, *The History of Rome*, (<http://www.perseus.tufts.edu>), Section 3.31
- ^[17] Henry Goudy, M.A. D.C.L. LL.D., *Roman Law*, *The Encyclopaedia Britannica*, vol. XV, 11a ed. (New York: The Encyclopaedia Britannica Co., 1911), p. 547
- ^[18] William Fielden Craies, M. A. *Jury*, *The Encyclopaedia Britannica*, vol. XV, 11a ed. (New York: The Encyclopaedia Britannica Co., 1911), p. 588.
- ^[19] M. Ortolan, *Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*, Trad. de Francisco Perez de Anaya y Melquíades Perez Rivas, Ed. Leocadio Lopez, (Madrid: 1887), p. 144.
- ^[20] Goudy, p. 547
- ^[21] *Ibid.*, 547-552
- ^[22] *Ibid.*, 536
- ^[23] *Ibid.*, 556
- ^[24] *Ibid.*, p. 536
- ^[25] Ortolan, 113
- ^[26] *Ibid.*, 154
- ^[27] Cicero, *Selected Works: Against Verres*, (London: Penguin Books, 1971), p. 37.
- ^[28] Ortolan, 154
- ^[29] *Ibid.*, 123
- ^[30] *Ibid.*, 157
- ^[31] Goudy, 553
- ^[32] *Ibid.*, p. 556
- ^[33] Ortolan 155
- ^[34] *Ibid.*, 156
- ^[35] *Ibid.*, 220
- ^[36] *Ibid.*, 220-226
- ^[37] *Ibid.*, 220-226
- ^[38] *Ibid.*, 220-226
- ^[39] Goudy 536
- ^[40] Ortolan 220-226
- ^[41] Goudy, p. 556
- ^[42] *Ibid.*, 556
- ^[43] *Ibid.*, 556
- ^[44] *Ibid.*, 570-71
- ^[45] George Macaulay Trevelyan (Master of Trinity College, Cambridge), Traduc. por Ramón Iglesia, *La Historia Política de Inglaterra*, (México: Fondo de Cultura Económica, 1943) p. 71-72
- ^[46] David Hume, *History of England*, 1778, Vol. I, (Indianapolis: LibertyClassics, 1983), p. 77.
- ^[47] Adam Smith, *Lectures on Jurisprudence*, ed. R.L. Meek, D.D. Raphael and P.G. Stein, (Oxford: Clarendon Press, 1978), p. 284
- ^[48] *Ibid.*, p. 125
- ^[49] Trevelyan, p. 128
- ^[50] *Ibid.*, p. 127
- ^[51] *Ibid.*, p. 113

- ^[52] Ibid., p. 128
- ^[53] Ibid., p. 128
- ^[54] Ibid., 128.
- ^[55] Ibid., p. 134
- ^[56] Ibid., p. 128
- ^[57] Fielden Craies, *Criminal Law*, Encyclopedia Britannica, p. 460.
- ^[58] David Hume, *History of England*, 1778, Vol. IV, (Indianapolis: LibertyClassics, 1983), p. 355.
- ^[59] Ibid., p. 359-60.
- ^[60] *The People's Chronology*, licensed from Henry Holt and Company, Inc. Copyright © 1995, 1996 by James Trager. All rights reserved.
- ^[61] Hume, *History of England*, Vol. V, p. 124-5.
- ^[62] *Star Chamber*, Encyclopedia Britannica, vol. XXV, 11a ed. (New York: The Encyclopaedia Britannica Co., 1911), p. 795-6.
- ^[63] *Abolition of the Star Chamber in England*, 1641,(<http://www.exlaw.com/library/1641-asc.shtml>)
- ^[64] A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 1885, 8a Edición: 1915, (Indianapolis: LibertyClassics,1982), p. 167.
- ^[65] Hume, *History of England*, Vol. VI, p. 463-4.
- ^[66] *Sparf v. US*, 156 U.S. 51 (1895), 124. Decisión de la Corte Suprema de Justicia de Los Estados Unidos. <http://caselaw.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=search&linkurl=<%LINKURL%>&graphurl=<%GRAPHURL%>&court=US&case=/data/us/156/51.html>
- ^[67] Clay S. Conrad, *Jury Nullification: The Evolution of a Doctrine*, Cato Institute Book, (Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 1998), p.22.
- ^[68] *El juicio de William Penn and William Mead por Causar un Tumulto...*, How. St. Tr. 6: 951 (1670) citado por Conrad, p. 24.
- ^[69] Ibid., p. 26.
- ^[70] Ibid., p.28.
- ^[71] Trevelyan, p. 273-74.
- ^[72] Paul G. Willis, *Juries and Judicial Review*, 3 West. Pol. Q.66 (1950), citado por Conrad en *Jury Nullification*, p. 23
- ^[73] *El juicio de John Lilburne y John Wharton por Imprimir y Publicar Libros Sediciosos*, How. St. Tr. 3:1315, (1637) citado por Conrad, p. 24.
- ^[74] *El juicio del Teniente-Coronel John Lilburne en el Guildhall de Londres, por Alta Traición*, How. St. Tr. 4:1269, 1379 (1649) citado por Conrad, p. 24.
- ^[75] Trevelyan, p. 334-335.
- ^[76] Pierre Goubert, (1966), *Louis XIV and Twenty Million Frenchmen*, Anne Carter (Trad. © 1970), (New York: Vintage Books, 1972), p. 161-2.
- ^[77] Trevelyan, p. 334-335.
- ^[78] Ibid., p. 334-366.
- ^[79] *Sparf*, 156 U.S. 51, 125-126.
- ^[80] Godfrey D. Lehman, *We the jury...*, (New York: Prometheus Books, 1997), p. 84.
- ^[81] Trevelyan, 335-366.
- ^[82] John Locke, *The Second Treatise on Civil Government*, (London: Millar, Woodfall, et al., 1689), www.library.adelaide.edu.au/etext/ , cap. XIX, sec. 240.
- ^[83] Smith, 286
- ^[84] Ibid., 275
- ^[85] Ibid., 104 –105.
- ^[86] Conrad, 34 -35
- ^[87] Valerie P. Hans and Neil Vidmar, *Judging the Jury*, (New York and London: Plenum Press, 1986), p. 35.
- ^[88] Hume, *History of England*, Vol. V, p. 194.
- ^[89] How. St. Tr. 21:847 (1785) citado por Conrad, p.40.
- ^[90] Ibid., 41.
- ^[91] St. 32 Geo. III c. 60 (1792), citado por Conrad, p. 41.
- ^[92] *Sparf et al.*, *supra* note 131, 136, citando 29 PARL. HIST. 564, 565, 597. Citado por Conrad, p. 42.
- ^[93] Ibid., p. 43.
- ^[94] Francis L. Holt, *The Law of Libel*, 44 (2d ed, 1812), (reimpresión 1978), citado por Conrad, p. 43
- ^[95] St. 32 Geo. III c. 60 (1792), citado por Conrad, p. 42.

- ^[96] Dicey, p. *lv*.
- ^[97] *Ibid.*, p. 259.
- ^[98] *Ibid.*, p. 265
- ^[99] Albert W. Alschuler and Andrew G. Deiss, *A Brief History of Criminal Jury in the United States*, 61 *University of Chicago Law Review*, 867, 874-875, (1994), citado por Conrad, p. 45.
- ^[100] *The Address and Reasons of Dissent of the Minority of the Convention of Pennsylvania To Their Constituents*, [Pennsylvania Packet and Daily Advertiser](#), 18/12/1787.
www.constitution.org/afp/penn_min.txt
- ^[101] <http://www.constitution.org/afp>
- ^[102] James Madison, Alexander Hamilton y John Jay, *The Federalist Papers*, No. 83, <http://www.constitution.org>
- ^[103] Mark DeWolfe Howe, *Readings in American Legal History*, 376 (1949), citado por Conrad, p. 52.
- ^[104] *The Changing Role of the Jury in the Nineteenth Century*, 74 *Yale Law Journal*, 170, 172 (1964), citado por Conrad, 45.
- ^[105] C.F. Adams, *The Works of John Adams*, 253-255 (1856). Citado por Conrad, p. 48.
- ^[106] *Debates On the Adoption of the Federal Constitution*, J. Elliot, Ed., citado por Conrad, p. 48.
- ^[107] Conrad, p. 59.
- ^[108] *Ibid.*, p. 75.
- ^[109] *Ibid.*, p. 77.
- ^[110] *Ibid.*, p. 79.
- ^[111] Lysander Spooner, *An Essay on the Trial by Jury*, (1852), p. 123-124. www.fija.org , www.lysanderspooner.org , www.mind-trek.com/treatise/ls-tbj , [www.yahoo](http://www.yahoo.com) >lysander spooner>
- ^[112] Conrad, p. 86.
- ^[113] *Ibid.*, p. 81-82.
- ^[114] *Ibid.*, p. 83.
- ^[115] *Sparf v. US*, 156 U.S. 51 (1895), 64.
- ^[116] *Ibid.*, 107.
- ^[117] *Sparf v. US*, 156 U.S. 51, 63.
- ^[118] *Whart. St. Tr.* 713, 714, 718. Citado en *Sparf*, 71.
- ^[119] *U. S. v. Shive*, Baldw. 510, 513, Fed. Cas. No. 16,278. Citado en *Sparf.*, 73.
- ^[120] *U. S. v. Battiste*, 2, Sumn. 240, 243, 244, Fed. Cas. No. 14,545. Citado en *Sparf.*, 74.
- ^[121] Fuente indeterminada. Citado en *Sparf.*, 82.
- ^[122] *Montee v. Com.*, 3 J. J. March. 132, 149, 151. Citado en *Sparf.*, 82.
- ^[123] *Ibid.*, citado en *Sparf.*, 83.
- ^[124] *State v. Smith*, 6 R. I. 33, 34. Citado en *Sparf.*, 84.
- ^[125] *Com. v. Sherry* (reported in the appendix to Wharton's treatise on Homicide) Citado en *Sparf.*, 84-85.
- ^[126] *State v. Burpee*, 65 Vt. 1, 34, 25 Atl. 964. Citado en *Sparf.*, 86.
- ^[127] *Const. Lim.* 323, 324. Citado en *Sparf.*, 86.
- ^[128] *Kane v. Com.*, 1 *Cr. Law Mag.* 51. Citado en *Sparf.*, 87-88.
- ^[129] Worthington, *Inquiry into Power of Juries*, 1825. Citado en *Sparf.*, 89.
- ^[130] *Whart. Cr. Pl.* (8th Ed.) 806; *Williams v. State*, 32 Miss. 389, 396. Citado en *Sparf.*, 89-90.
- ^[131] *Sparf v. US*, 156 U.S. 51,, 90.
- ^[132] *Willion v. Berkley*, Id. 222, 230. Citado en *Sparf.*, 93.
- ^[133] 2 *Strange*, 766, 773. Citado en *Sparf.*, 93-94.
- ^[134] *Cas. t. Hardw.* 27. Citado en *Sparf.*, 94.
- ^[135] *Levi v. Milne*, 4 Bing. 196, reported as *Levy v. Milne*, 12 Moore, 418. Citado en *Sparf*, 96.
- ^[136] *Sparf v. US*, 156 U.S. 51,, 101.
- ^[137] *Sparf v. US*, 156 U.S. 51,, 102-103.
- ^[138] *Sparf v. US*, 156 U.S. 51,, 103.
- ^[139] *Sparf v. US*, 156 U.S. 51,, 106.
- ^[140] *Ibid.*, 114.
- ^[141] *Ibid.*, 123.
- ^[142] *Ibid.*, 173.

^[143] Ibid., 173-74.

^[144] Ibid., 176-177.

Dedicado a Barbara Barnhill de Ness, mi madre, quien me enseñó a leer, a amar la lectura y la verdad, y a mi padre, Leif Bjarneson Ness Kindermann, quien me enseñó a amar la ciencia.

Le agradezco al Dr. Juárez-Paz por su paciencia con mi spanglish e ideas radicales, a la Dra. Beltranena de Padilla, por haberme enseñado que el jurado no era exclusivamente inglés y al Dr. Armando de la Torre, de quien recibí los instrumentos metodológicos para hacer un análisis científico del jurado.

PARTE I I— Explicación de la dinámica del jurado

¿Cómo, entonces, refutar las afirmaciones hechas por los jueces de la mayoría en *Sparf et al. v. U.S.* que “el poder y deber correspondiente de la corte de autoritariamente declarar el derecho es una de las más grandes salvaguardias del ciudadano,” como afirmaría Hayek, y que ese derecho, el poder nulificador, en manos del jurado lleva a la destrucción del imperio de la ley? ¿Cómo aportar evidencia a la afirmación contraria, que es el jurado con ese poder la más grande salvaguardia del ciudadano y la fuente más legítima del derecho, el que hace que impere si no la legislación, sí la justicia?

Esta segunda perspectiva es un hecho histórico, pero no ha sido suficiente para convencer, no sólo a jueces, sino que a muchos ciudadanos también, muchos de ellos influyentes miembros de los medios de comunicación. Los jueces, o mejor dicho, la mayoría de jueces, por interés o convicción, no le han dado el peso suficiente a esto para motivarlos a declarar que la nulificación juratorial es un derecho. Aun en los

estados donde están obligados a declararle al jurado que tienen el derecho a juzgar la ley y el hecho, los jueces encuentran la forma de restringirlo.

¿A quién confiar el poder de limitar al gobierno? ¿A los jueces o a los ciudadanos? Hay tres temas clave a desarrollar para darle una respuesta a estas preguntas. Primero, las tendencias del ser humano como individuo, segundo las tendencias del ser humano en un grupo y, por último, el crimen y la ley o el derecho.

El Ser Humano y el Instinto^[1] de Supervivencia

El juez y el miembro de un jurado, como seres humanos, tienen una cosa en común que no desaparece con la educación o la experiencia: el instinto de supervivencia. Este instinto se manifiesta en la propensión del ser humano a maximizar beneficios y minimizar costos, sin importar la situación en que se encuentre. La diferencia en lo que se consideran beneficios o costos depende de donde se esté en la jerarquía de necesidades humanas, de gustos y habilidades, de la cultura que a uno lo rodea, y del conocimiento y experiencia que se ha adquirido en lo personal. Los fines humanos son distintos para cada quien, pero todos los seres humanos buscan esos fines de la manera menos costosa posible. Esta tendencia a maximizar beneficios no tiene por qué verse de una forma negativa, si bien ello lleva al ser humano a “pecar,” a atropellar los derechos ajenos, es también lo que le ayuda a él y a los suyos a sobrevivir en un planeta altamente competitivo, y no me refiero únicamente a la competencia entre humanos, aunque a veces esa competencia parezca la más feroz. Lo “censurable” es esa maximización desde el punto de vista exclusivamente corto-placista. La supervivencia y el bienestar del ser humano depende en gran parte de relaciones de beneficio con otros seres, no sólo humanos, a largo plazo. Las acciones exclusivamente corto-placistas ponen en peligro esas relaciones.

Hay que recordar que a mayores beneficios y menores costos, mejores son las posibilidades de sobrevivir, por eso el ser humano nunca deja de buscarlos y afianzarlos. Claro que el esfuerzo en esta búsqueda es inversamente proporcional al sentido de bienestar y seguridad que experimenta el individuo. Entre menos seguro de sus posibilidades de sobrevivir en el ambiente que lo rodea, más intentará un individuo acaparar beneficios, y minimizar potenciales costos, muchas veces poniendo en peligro aquello que le da mejores posibilidades de sobrevivir al largo plazo. Por eso es que algunos jueces ingleses y estadounidenses se sienten más amenazados por el derecho nulificador del jurado que otros y ponen en peligro el bienestar de largo plazo de su país extendiendo su jurisdicción y poderes con tal de sentirse seguros en su posición y sueldos. Otros simplemente no conocen la importancia que tiene la institución del jurado para la sociedad.

El Ser Humano y su Grupo Social

El instinto de supervivencia del ser humano lo lleva a asociarse con otros seres humanos; la cooperación es una de las maneras más efectivas que ha encontrado para poder sobrevivir al largo plazo. A pesar de que la cooperación también impone costos, los beneficios que ésta trae son generalmente mayores. Aparte de la compañía y el deseo de reproducirse, el ser humano gravita hacia otras relaciones que le permiten beneficiarse a una escala mayor de lo que puede solo o en familia. Los beneficios que estas relaciones traen, emotivos o materiales, contribuyen a que haya solidaridad entre los beneficiados.

Seres humanos tienden a cuidar las relaciones que le traen beneficios. Pero, la solidaridad con los que están fuera de la familia o grupo social en que se encuentra no es instintivo para el ser humano; extraños pueden ser una amenaza para sus beneficios. Cuando un ser humano no percibe los beneficios alternativos, o porque

percibe peligros concretos, intenta beneficiarse a costa de otros. Esto es cierto no sólo de individuos, sino que también de grupos. Seres humanos con relaciones de beneficio mutuo tienden a consolidar sus relaciones y formar sociedades.

Una sociedad es un grupo relativamente autosuficiente e independiente de personas que mantienen relaciones establesⁱⁱ, es un sistema dinámico. Es un conjunto de partes *interdependientes* que funcionan *como* una unidad; porque las partes son interdependientes, tienden a buscar un equilibrio. No es un fenómeno lineal, o sea un sistema que sigue padrones o combinaciones predecibles, es lo que Hayek llama un orden espontáneo. Tiene tendencias, pero por la infinidad de variables, éstas no son predecibles desde un punto inicial. Cualquier predicción a corto plazo o particular de un estado futuro en un sistema aperiódico, o espontáneo, es imposible, aunque sí pueden observarse tendencias a la larga, como lo son los auges y caídas de civilizaciones en la historia,ⁱⁱⁱ el mecanismo de precios en un mercado libre, las tendencias a ciertas normas, o costumbres, y, en especial en un sistema social humano, la tendencia a formar instituciones permanentes para el intercambio de bienes o beneficios. La sociedad humana, como cualquier sistema tiende a buscar equilibrio; esa es otra característica importante.

Las características de un sistema son importantes para explicar ciertos fenómenos. Los sistemas son conjuntos de elementos interrelacionados. El ejemplo más conocido es el del medio ambiente donde los elementos son, de una forma burda, el aire, la tierra, el agua, las plantas y los animales cuya existencia depende de cada uno de los demás elementos en el sistema. Simplificándolo mucho, un conejo se come las plantas mientras que él es comida de carnívoros, quienes a su vez al morir se convierten en abono para las plantas, que dan oxígeno y comida para los herbívoros. Entre los animales la regla interrelacional es come o te comerán. Pero tienden a mantener un

equilibrio. Un exceso o falta de cualquiera de los elementos en el sistema perturba ese equilibrio y puede llegar a destruirlo.

Aunque muchos seres humanos tienden a guiarse por el mismo instinto que rige a la mayoría de animales, las grandes civilizaciones se caracterizan por ser sistemas en donde la base de las relaciones no es un juego suma cero, donde una de las partes necesariamente pierde mientras que la otra gana, como tiende a pasar en la selva. Un sistema humano equilibrado tiende a crear una serie de relaciones de beneficio mutuo, donde todas las partes dentro del sistema ganan, adquieren beneficios y/o minimizan costos. Come o te comerán sigue siendo parte de la programación animal con que nacimos, un instinto fuerte en muchos, especialmente por cuestiones hormonales en el sexo masculino desde la adolescencia hasta finales de su tercera década de vida. Esto explica en parte el gran auge de criminalidad en Guatemala a principios del siglo XXI: pocas formas de poder beneficiarse, el desempleo, se suman a un instinto agresivo en gran parte de la población con poco discernimiento de sus intereses a largo plazo. Una mirada a las estadísticas poblacionales de Guatemala revelará que el tamaño de la población de hombres entre 15 y 25 años de edad, sin empleo, es demasiado grande para poder controlar con una fuerza policíaca débil y corrupta.

La lucha constante dentro de un sistema humano es por controlar sus instintos animales y mantener sólo relaciones de beneficio mutuo. El ser humano cuida las relaciones o sistemas que le traen beneficios, pero los que están fuera quedan expuestos a ser explotados o devorados. Hay muchos ejemplos en la historia que apoyan esta afirmación. Los hebreos, los ciudadanos griegos y romanos, los mongoles, los cristianos, los musulmanes, etc., etc., etc., confirman la tendencia de pueblos “civilizados” a no aplicar los principios del derecho o la moral a naciones extranjeras, sino a utilizar la regla del más fuerte, protegiendo sus intereses a corto plazo de una forma miope. A principios del siglo XX, los diferentes estados nacionales, la organización de Naciones Unidas, la

OPEP, las grandes religiones, las grandes corrientes ideológicas, las diferentes mafias, etc., son todos sistemas que se interrelacionan a nivel mundial con las mismas tendencias excluyentes. Pero esta propensión no es exclusiva de los grandes pueblos y otras entidades soberanas, lo mismo sucede dentro de un sistema nacional, entre los subsistemas, con restricciones variables.

En todo sistema humano, aunque a ciertos niveles hay cooperación con otros cuando le conviene a los miembros, tiende a haber explotación o acciones con el propósito de beneficiarse a expensas de otros seres humanos o sistemas que le son ajenos, o sea, imponiéndoles costos involuntarios. Lo único que se los puede impedir es una fuerza mayor. En un Estado esta fuerza es el gobierno, que el pueblo trata de controlar por medio de una estructura de pesos y contrapesos. Los pesos y contrapesos teóricamente son instituciones que limitan los poderes entre ellos mismos. Cada una de esas instituciones es un sistema en sí mismo. Dentro de estos pesos y contrapesos que han ido evolucionando a través de la historia se encuentra la separación entre las instituciones del legislativo, el ejecutivo y el judicial que conforman el gobierno de un Estado moderno. Se ha tratado de separar al gran sistema del gobierno en otros sistemas más pequeños, que cada uno, velando por sus intereses, se supone que evitará que los demás exploten al pueblo por medio del monopolio de la fuerza que ellos detentan.

Dentro de un sistema generalmente hay una serie de subsistemas, como es el caso de los sistemas humanos. Gobiernos, empresas, familias, asociaciones, grupos religiosos, sindicatos, equipos deportivos, etc., todos con sus propios subsistemas, existen dentro de un mayor sistema geográfico o nacional, el Estado. No hay límites claros a un sistema; los elementos de uno a menudo se traslapan con otros sistemas, hasta formar parte de varios sistemas al mismo tiempo. Si los beneficios percibidos son suficientes, dos o varios sistemas tenderán a fusionarse y a cooperar para maximizar

beneficios. Dada esta tendencia, no es de extrañar que el ejecutivo, el legislativo y los jueces lleguen a formar un sistema propio de relaciones de beneficio mutuo con la inevitable tendencia a explotar los que quedan fuera, en este caso, el pueblo.

Los Jueces

La sociedad, entonces, es una red de relaciones de beneficio mutuo, en cual red se encuentran los jueces y miembros del jurado, quienes también emprenden relaciones para poder maximizar beneficios y minimizar costos. Los jueces, dependen del legislativo y el ejecutivo para sus nombramientos, remuneraciones, y promociones. A cambio de estos y otros beneficios, el juez tiende a cuidar estas relaciones de beneficio mutuo y a apoyar toda legislación que no minimize su propio poder, y a explotar, o puesto en palabras más jurídicas, a “ampliar su propia jurisdicción y poderes” a expensas de todo aquel que no se puede defender, como es el caso de ciertos acusados, abogados y del jurado. Como muestra de esta propensión es interesante recordar lo dicho por los jueces en *Commonwealth. v. Anthes* al efecto que cualquier “estatuto [de instruir al jurado que tienen el derecho de juzgar la ley] estaría más allá del alcance legítimo del poder legislativo, repugnante a la constitución, y, por supuesto, inoperante y nulo.”^[iii]

Además de relaciones estables con el legislativo, los jueces también tienen relaciones con el ejecutivo, por medio del fiscal, y con diferentes abogados, con los que salen a almorzar, a jugar golf, se juntan en asociaciones donde los abogados les otorgan honores y premios, y les hacen donaciones a sus campañas. Hacen amistades y favorecen a un abogado sobre otros, desarrollan aversiones por algunos y los castigan favoreciendo al adversario.

Lo más obvio es que están expuestos a sobornos y amenazas, promesas de beneficios o costos, que casi siempre van de la mano. Dada la propensión del ser humano a maximizar, en cualquier sistema humano donde hay discrecionalidad para otorgar beneficios, a un costo mínimo para el que tiene la

discreción, habrá corrupción. Un juez no sólo no es la excepción, sino que está tan expuesto, si no más a la tentación que los legisladores.

La percepción general en Estados Unidos de la calidad moral de los abogados (juez = ex-abogado) y congresistas es bastante baja, 25% y 19% respectivamente, y los copiadore*s confesos* en la escuela de leyes en una universidad prestigiosa de Estados Unidos es del 63%.^[iv] Sumemos a esto el hecho que la mayoría de jueces son abogados con pocas posibilidades de éxito en esa profesión. Estudios hechos en Guatemala demuestran que el nivel profesional promedio del juez guatemalteco es bajo, que no conocen el contenido de la Constitución y la consideran meramente declaratoria, o sea que no la toman en consideración a la hora de fallar, que no hay un análisis jurídico de las pruebas antes de establecer la culpabilidad o inocencia del acusado, que debe su nombramiento a amistades e influencias, ha sido educado en la subordinación jerárquica al juez de instancia superior, y que se vale de un manejo legalista/ritualista.^[v]

Al menos que sea un santo, un juez, al presentársele una situación donde, por un lado, hay amenazas contra su vida y las vidas de su familia y, por el otro, la vida y seguridad propias y de su familia, juntos con una jugosa suma de dinero, escogerá la segunda opción, pues está programado por la naturaleza a maximizar beneficios y minimizar costos, aunque eso signifique darle la libertad a un asesino. Es humano, aunque no sea ético. Para actuar éticamente una persona tiene que reprogramarse. Para hacer esto hace falta que reconozca la dependencia de sus beneficios a largo plazo de la comunidad. La diferencia entre un juez corrupto y uno honrado es que los dos tienen una perspectiva distinta del largo plazo y de la vida, distintas expectativas del futuro y de la muerte.

Pero no es necesario llegar a ese extremo de tener que escoger entre perder la vida y poder beneficiarse. Hay pocas personas que no escogerían

aquello que les permite avanzar en posición y sueldos si los costos son bajos. Si su avance depende de la forma en que han resuelto diferentes casos a criterio del ejecutivo y legislativo, no es extravagante suponer que los jueces apoyarán leyes aprobadas por ellos para poder mejorar su situación.

La civilización depende de la moral, o, para quienes no les gusta la palabra, la ética, es decir, el establecimiento y la aplicación de reglas que controlen los instintos más agresivos y adquisitivos del ser humano, resuelvan conflictos y permitan que se den intercambios que beneficien a todos los miembros de una sociedad, sin que se puedan imponer costos involuntarios. El juez se encuentra en una posición que difícilmente le permite ser moralmente correcto. Está rodeado de oportunidades de beneficiarse a un costo bajo, si se ignoran los costos a largo plazo; pedir que la justicia y la limitación del gobierno se quede en sus manos y la de otros profesionales del derecho sin ninguna restricción efectiva resulta algo ingenua. Es justo recordar que algunos jueces son lo suficientemente éticos para reconocer sus limitaciones:

...como lo demuestra la experiencia de la historia, no puede suponerse que jueces serán siempre justos e imparciales, y libres de la tendencia, a cual tendencia hasta los magistrados más rectos y eruditos se sabe que han cedido, -por motivos sumamente patrióticos, y con la intención más honesta de promover simetría y exactitud en la ley, -de ampliar su propia jurisdicción y poderes a expensas de aquellos confiados por la constitución a otras instituciones.^[vii]

Y si los jueces más rectos y eruditos ceden ante la tentación de maximizar sus beneficios, conseguir lo que a su juicio ellos consideran bueno, a costa de los demás, ¿que puede esperarse de aquellos que simplemente escogieron la profesión del derecho para enriquecerse? Con “honorarios” que suman hasta los miles de dólares por hora para algunos abogados ¿puede suponerse que la mayoría de profesionales del derecho ejercen la profesión por amor desinteresado a la justicia? Sería mucho pedir. Situados en un sistema, rodeados de

oportunidades de establecer relaciones estables de beneficio mutuo, la actitud kantiana, altruista, con la que quizás entran los jueces a su oficio, dura poco. En vez de limitar al resto del gobierno se convierten en sus cómplices. Desde una perspectiva cortoplacista, están haciendo lo racional.

El Problema de la Limitación del Gobierno

Se supone, entonces, que si los tres poderes han de limitarse los unos a los otros, pero, en realidad, forman un solo sistema y reparten los beneficios de la usurpación de poder entre ellos mismos, el pueblo no tiene protección alguna. Podrían crearse más y más instituciones, pero el sistema simplemente se irá ampliando y se continuará repartiendo el pastel entre más y más usurpadores. Puede haber una Corte de Constitucionalidad, una Procuraduría de Derechos Humanos, una Procuraduría del Pueblo, etc., etc., etc., pero no hay nada que impida que lleguen a formar parte del sistema explotador. ¿Quién los va a nombrar? ¿Quién les va a pagar? ¿Quién decide a quien se promociona? y ¿en base a qué? Toda institución con miembros permanentes o semi-permanentes cuya función será limitar al resto del gobierno tenderá a establecer relaciones y fusionarse con ese sistema, a costas de los que quedan fuera del sistema, el pueblo.

El que el pueblo los elija y pueda dejar de votar por ellos no impide su propensión a explotar a los demás, por medio de la ley, durante los años que forman parte del sistema, haciéndole daños irreparables al sistema más amplio de la sociedad o nación. Los inteligentes pero miopes miembros de la comunidad que queden fuera se pelearán entre sí por alcanzar el poder. Cuando se presenta la oportunidad de pertenecer a un sistema con el poder absoluto de explotar a los demás y la otra opción es quedarse a ser explotado, lo racional es luchar por pertenecer al primer sistema, aunque en realidad sea como salirse de un barco casi hundido a otro que no tardará mucho más en hundirse. Y, los inteligentes y

honorables, pero igualmente miopes, miembros que se quedan afuera no quieren meterse a la política porque no quieren ensuciarse. O porque conocen sus propias limitaciones.

Es posible que muchos intenten alcanzar el poder para poder cambiar la situación e implementar un sistema más justo, pero aquellos con el vigor necesario parecen no tener la disciplina ni la visión de largo plazo que provee la experiencia. Estando dentro del sistema sólo hombres con una disciplina y convicción ética férreas pueden resistir todos los beneficios que les tiran encima. Esos hombres son contadísimos a lo largo de la historia. Obsérvese el primer acto del General Rios Montt después de ser electo al Congreso de Guatemala en 1999. Inmediatamente propuso el aumento de los sueldos ya elevados de los congresistas, a pesar de que el resto de la población apenas tiene para comer. Sin duda las deudas que acumuló en la campaña tenían que ser pagadas y esto evitó que viera la situación en que se encontraban los que lo llevaron al poder por medio de su voto. Sus deudas y compromisos adquirieron más prioridad que el bienestar del pueblo. Es comprensible. Es humano. Pero, obviamente, no fue el hombre ético y disciplinado que los votantes creían que era.

Otros creen que deberían de tratar de ampliar este sistema que reparte beneficios entre sus miembros de tal forma que todo el pueblo quede dentro de éste. Pero siempre habrá alguien encargado de repartir esos beneficios y se repartirán en base al criterio de los que hacen la repartición. El mismo juego de intercambio de beneficios que depende de la perspectiva e intereses del repartidor surgirá, y se desarrollarán nuevos sistemas dedicados a la explotación. La Rusia Soviética es un buen ejemplo. La repartición de beneficios se hizo de forma tan arbitraria que los incentivos para producir quedaron destruidos, con aquellos pocos honorables tontos, los trabajadores y productores que no buscaban sus

beneficios en el gobierno sino en el trabajo, soportando todo el peso. Un sistema no puede aguantar tales condiciones, tarde o temprano se desintegra.

Mientras el gobierno de Guatemala está ocupado repartiendo beneficios e imponiendo costos a la población, está descuidando su deber primordial, la seguridad ciudadana. La respuesta a este descuido entre la población, maximizadora, humana, normal, pero cortoplacista, son los linchamientos. Se dan en su mayoría entre gente al borde de la inanición. La desesperación por sobrevivir los motiva a eliminar aquellos que les quitan los pocos centavos que tienen para alimentarse, para pagar medicinas, cuidar de sus hijos. En otras palabras, están eliminando a aquellos que les imponen costos que podrían resultar en su extinción. Su cortoplacismo puede excusarse por la ignorancia, la desesperación y la falta de nutrición que necesita el cerebro para funcionar al óptimo, no así la de los miembros del gobierno, ellos simplemente son ignorantes. Pero también eso es comprensible, por mucho que los que no estamos en su posición lo querramos condenar. Es humano.

Platón pensaba que el jefe de Estado ideal sería un rey-filósofo, pero son rarísimos los seres humanos que están dotados de suficiente conocimiento, disciplina y visión al largo plazo para fungir como jefes de Estado, congresistas o jueces. Machiavelli igualmente pensó que los problemas políticos se podrían resolver con el príncipe ideal. Hobbes igual. Rousseau decidió que esa fe debería de ponerse en el legislador. Pero, la historia ha ido demostrando como los legisladores, también, al final, son corruptibles. Desafortunadamente Hayek ha depositado esa fe en el juez. No sé si es por desconocimiento del sistema legal inglés o por esa desconfianza al hombre común que le tienen la mayoría de intelectuales. Pero, como dijo el muy honorable juez Gray, hasta el más recto y erudito de los hombres cede ante la tentación de ampliar su jurisdicción y poderes

para implementar *su* visión de lo bueno. Los jueces tienen los mismos defectos que tienen los príncipes y legisladores.

Hayek propuso que el problema principal de las organizaciones políticas era “¿Cómo limitar la ‘voluntad popular’ sin poner otra ‘voluntad’ sobre ella?” También dijo que

en cuanto reconocemos que el orden básico de la Gran Sociedad no puede descansar únicamente en el designio, y no puede entonces apuntar a resultados pronosticables, vemos que la condición, como legitimación de toda autoridad, de un compromiso **con principios generales aprobados por la opinión general**,^[2] bien podrían poner restricciones efectivas a la voluntad particular de toda autoridad, incluso la de la mayoría del momento.^[viii]

Señaló también que el ideal de libertad individual parece haber florecido entre pueblos en donde ha predominado el derecho hecho por jueces.^[viii] Hayek dice que “el juez no puede preocuparse con las necesidades de personas particulares o grupos, o con ‘razones de estado’ o ‘la voluntad del gobierno’, o con cualquier propósito particular que un orden de acciones puede esperarse que sirva.”^[ix] Pero, la condición del juez, como ser humano, no permite que, generalmente, pueda desasociarse de la dinámica del sistema humano en que reside, el gobierno. Se ha demostrado como la voluntad particular de los jueces tiende a aliarse a la voluntad particular de los legisladores porque, igual que el legislador, el juez es maximizador de beneficios. No hay nada que lo evite.

Por otro lado, la historia claramente refuta la idea que hayan sido los jueces imperiales los responsables del derecho romano, ya que en Roma, en el momento que se eliminó el uso de los *judices* laicos en tiempos de Constantino y se instauró el uso exclusivo de jueces oficiales, el desarrollo del derecho romano llegó a su fin. En Inglaterra, los diferentes casos citados demuestran que si se dejara exclusivamente en manos de los jueces decidir el derecho, los precedentes para la libertad de religión (Penn & Mead), la libertad de expresión y prensa (Zenger y los

Siete Obispos), y el principio de someter hasta el soberano a los tribunales ordinarios (la Revolución Gloriosa), por citar unos pocos casos, no existirían.

Por último, la capacidad que Hayek le imputa a los jueces de considerar únicamente las relaciones abstractas que tienen que preservarse mientras lo particular cambia, no es posible para ningún ser humano en las circunstancias de un juez, rodeado de la oportunidad de beneficios que le nublan la capacidad de ver esas abstracciones que salen de la consideración entre los beneficios a corto y largo plazo entre el individuo y la comunidad. El juez se encuentra rodeado de árboles que le impiden ver el bosque.

Al enfatizar la importancia del jurado puede ser que haya minimizado la importancia del juez, pero no es esa mi intención. El juez tiene un lugar muy importante en el gobierno. Sin la ayuda de jueces íntegros como Vaughan y otros, el *poder* del jurado hubiera sido anulado. Pero, al igual que al legislador o a un rey, no se le puede dar el poder absoluto a los jueces, en lo individual o como grupo; necesitan alguien que los limite, porque jueces como Vaughan y Gray están en la minoría. La mayoría de jueces le ha negado el *derecho* nulificadorio al jurado y le negarían el poder si pudieran. El límite al poder de los jueces no puede ser ni el legislativo ni el ejecutivo ni otros jueces, pues como se ha demostrado, lo único que tiende a pasar es que todos forman una alianza, dejando el poder absoluto, no en manos de uno sólo, pero en un sistema más grande y pesado con la capacidad y *tendencia* de explotar al pueblo.

La única institución conocida en la historia que ha podido limitar al sistema gubernamental sin las posibilidades institucionalizadas de establecer relaciones de beneficio implícitas en éste, es el jurado, porque al maximizar sus beneficios y minimizar sus costos no lo está haciendo como miembro permanente de un sistema particular, sino como miembro de un sistema más grande: la comunidad, nación o Estado. Esta, con sus miembros que entran con la misma tendencia

maximizadora que cualquier ser humano posee, por ser sólo de una forma abstracta que se pueden beneficiar, tienden a mantener una actitud ética, kantiana, de largo plazo, gracias a esa capacidad que Hayek le atribuye a todo ser humano de razonar, en el corto tiempo que dura un juicio. El jurado es el límite a la voluntad particular de la autoridad de los jueces, del legislativo, del gobierno en su totalidad y de la mayoría que pueda ser representada en ésta.

El Jurado

Los miembros del jurado, ciudadanos comunes y corrientes, no son personas distintas al juez, incluso es bastante probable que su calidad moral promedio, su “juicio, carácter, conciencia moral, percepción, y discriminación”^[xi] sea más baja que la calidad moral de un juez *íntegro*. Y es cierto que la mayoría no han estudiado leyes, ni principios del derecho, seguramente la mayoría de juradores no podría nombrar el artículo de la Constitución que garantiza su derecho a la vida. Es probable que muchos de ellos no saben mucho más que la profesión que ejercen, sea como panaderos, oficinistas, mecánicos, artistas, empresarios, etc.

Pero, igual que el juez, tienen en común, como dice Hayek, la razón, “su capacidad común de pensamiento abstracto.”^[xii] En sus respectivos campos tienen metas, fines, y buscan los mejores medios para lograrlos; maximizan beneficios y minimizan costos tan bien como puede un magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Lo harán en la situación que se encuentren, como cualquier ser humano; le sacarán provecho al puesto que sea, directa o indirectamente.

En cuanto a la ética, intuita por la razón, el ciudadano común y corriente tiene tantas oportunidades de ejercerla como lo tienen los jueces, pues la ética tiene que ver con “impulsos internos, juicios y obligaciones” que todos tenemos. *“No es necesario conocer la ética filosófica para participar en un debate*

moral o para resolver dilemas morales... la mayoría de personas ya tiene una comprensión práctica de lo bueno.^[xiii] La ética es simplemente una guía que permite minimizar costos y maximizar beneficios a largo plazo en relaciones personales y como miembros de una comunidad; algunas personas están más concientes de esos costos o beneficios que otros, pero esas personas no son necesariamente los jueces.

El jurado, entonces, es un grupo de personas maximizadoras con la capacidad de razonar, con un nivel ético promedio, ni más alto ni más bajo que el nivel ético del grupo de jueces promedio. Los impulsos de los miembros del jurado son los mismos que tienen los jueces, maximizar beneficios y minimizar costos; la programación genética que motiva su comportamiento es la misma.

Antes de entrar en la dinámica del jurado es necesario describir algunas de las características tradicionales del jurado anglosajón, las características que son imprescindibles para que un jurado pueda en efecto ejercer su papel de limitar al gobierno y defender los derechos humanos.

Las Características del Miembro del Jurado

Al jurador se le escoge **al azar** del grupo de ciudadanos de la comunidad donde se violó alguna ley; suelen sacarse de la lista de licencias de manejar o personas registradas para votar. La idea es sacarlo del grupo más amplio que encierra la comunidad. El jurado, en teoría, tiene que ser un segmento representativo que refleje los juicios de valor de su comunidad. No pueden tener relaciones con las partes, el acusado, el querellante, el fiscal, el juez, o cualquier otra parte directamente relacionada, y, en algunos casos, ni siquiera conocerlos, para eso es el proceso conocido como *voir-dire*, donde se determina la imparcialidad del jurador

Tienen el estatus de representantes del pueblo, con toda la dignidad que merece cualquier otro funcionario o presidente electo por el pueblo. En realidad son más que representantes, en su totalidad son el pueblo, para quienes presidentes, legisladores y demás servidores públicos fueron electos para servir. Pero no son electos por votación sino al azar, sin campañas costosas que los comprometen con intereses particulares. Tienen las mismas características que tiene cualquier persona con derecho a ser electo miembro del ejecutivo o legislativo, sin los compromisos adquiridos por estos últimos, y con el deber de fiscalizar la aplicación de la ley.

Como integrantes del jurado, al entrar a juicio, se desligan de todo sistema que no sea el sistema global de la comunidad, o de nación o Estado. Durante el juicio no tienen contacto personal con alguien más relacionado con el juicio, especialmente con el acusado. En casos donde existe la posibilidad de soborno o amenazas se mantienen aislados para la duración del juicio, sin contacto con nadie fuera del mismo jurado y la corte.

Como parte del grupo que constituye el jurado, el jurador puede entablar relaciones de beneficio con otros miembros del jurado que quizás duren toda la vida, pero las probabilidades para un jurador de beneficiarse directamente de la condena o absolución del acusado son mínimas. Eso no quiere decir que no encontrará la forma de beneficiarse de su situación. Al menos que el acusado sea una amenaza directa para su bienestar, en cual caso no es elegible al jurado por ser parcial, la forma en que un jurador se beneficia es de una manera abstracta.

En casos penales, el jurador determina si las acciones por las cuales el acusado fue arrestado realmente son una amenaza a sus beneficios a largo plazo como ciudadano, y permite que el gobierno lo castigue si determina que sí lo son. O si, por otro lado, las acciones por las cuales el acusado fue arrestado no

constituyen una amenaza o podrían ser, incluso, de beneficio para el ciudadano o la comunidad, no permite que el gobierno lo sancione.

Las decisiones en casos civiles fijan las reglas comunitarias de propiedad. La participación del jurado en este tipo de caso no es menos importante que en los casos penales o criminales, ya que la propiedad es lo que le proporciona al individuo independencia económica, y dejar esto en manos de jueces es permitir que ellos, con la misma parcialidad que deciden casos penales, determinen quien tiene derecho a qué propiedad. Los peligros potenciales por parte del gobierno en relación a la propiedad no son menos que aquellos relacionados con la libertad política.

Hay defectos en las formas de resolver casos civiles, especialmente si se hace por medio de pagos en dinero, que talvez hay que modificar, puesto que es fácil regalar dinero que no es propio y los juradores a veces parecen excederse cuando ven la vida de una víctima destruida frente a los abogados acaudalados de una corporación. Talvez el problema está en que el dinero otorgado en una demanda suele ser el promedio entre mínimos y máximos que los juradores creen justa compensación. Pero ese es otro tema de investigación. Lo importante es que las modificaciones tendrían que hacerse sin eliminar la característica clave del jurado, su imparcialidad y ausencia de relaciones fijas con el gobierno.

Para asegurar que los juicios de valor utilizados en un juicio son los de la comunidad, el grupo se hace lo más grande posible, también para que se reduzca la “necesaria e irremediable ignorancia de todos los hechos necesarios para determinar las acciones del ser humano en sociedad.”^[xiii] Aquí es donde se acopla la ley con la ‘voluntad general;’ porque “los factores que determinan la evolución [de la ley] serán siempre ideas altamente abstractas y a menudo inconcientes sobre lo que es justo y apropiado...”^[xiv] Estas ideas altamente abstractas e

inconcientes son las que dominan la forma de decidir de los miembros del jurado en un caso.

Como saben los estudiantes de la Opción Pública, en cuanto más grande se hace un grupo más tiempo se usa para alcanzar la unanimidad. Para los griegos y sus jurados, compuestos por entre 500 a 1,500 ciudadanos, la unanimidad era imposible, especialmente en un día, que era lo que duraban los juicios. La falta de unanimidad fue lo que llevó a lo que Hayek lamentaba como la oposición entre la voluntad irrestricta del pueblo 'soberano' y el imperio de la ley.

Cuando el gobierno se utiliza para saquear, como diría Bastiat, las luchas por el poder mantienen a un país en constante zozobra. Pasó lo mismo en Roma hasta que se consolidó el poder en el emperador. El hecho que las reglas de la propiedad todavía se decidían con jueces laicos permitió que la economía siguiera sana y el imperio romano no se desintegrara hasta cuatro siglos después, pero no había libertad política, lo que eventualmente llevó a que también se eliminara el jurado en casos civiles. El uso de un solo juez laico, aunque quizás no reflejaba tan bien los juicios generalizados de la comunidad como un grupo más grande, los reflejaba mejor que lo hacían los magistrados que más tarde decidían todos los casos por sí mismos, de principio a final.

¿Cuál es el número ideal para un jurado, haciéndolo lo suficientemente grande para reflejar los juicios de valor de la comunidad, pero no tan grande que llegar a la unanimidad imponga un costo demasiado alto a la sociedad? Tal vez estudios científicos de este fenómeno lo puedan determinar con exactitud. Lo cierto es que el número doce le ha resultado bastante bien a Inglaterra y Estados Unidos. Puede ser que para reglas menores, que no imponen costos muy altos a los individuos que las violen, únicamente se necesiten uno, dos o tres individuos, siempre con la estipulación que sean laicos y que no estén en función de juez más que algunos meses, para conservar su imparcialidad.

Los derechos o deberes que Lysander Spooner exige para el jurado son los siguientes:

...el derecho a juzgar cual es la ley [a aplicar en un caso], si la ley es Justa, que evidencia es admisible, que peso le pertenece a la evidencia, si la intención de una acción fue criminal, y el derecho también de limitar la sentencia, libre de dictado alguno...^[xvi]

Más tarde expondré las razones por las cuales Spooner insisten en que estos sean sus deberes. Por último, la absolución de un acusado por el jurado es final. La condena está siempre sujeta a revisión y a un juicio nuevo si el juez halla que el acusado no obtuvo un juicio justo e imparcial. Así el sistema erra a favor del acusado, de los inocentes.

La Dinámica del Jurado

Para el jurador, igual que para el juez, la decisión en un caso es un cálculo racional de beneficios a corto y a largo plazo, como individuo y como miembro de la comunidad. Ya que los beneficios posibles a corto plazo, en un juicio con condiciones óptimas, son mínimas o inexistentes, el jurador se ve obligado a analizar abstractamente los beneficios a largo plazo, donde se encuentran la mayoría de mandatos éticos o morales. La mayoría de veces los jueces coinciden con el juicio del jurado, pero en aquellas situaciones en donde no están de acuerdo, es porque el juez y el jurado tienen diferentes perspectivas de lo bueno o lo malo, lo deseable o lo indeseable, lo conveniente o lo inconveniente.

Aquí la sociedad enfrenta lo que se llama un dilema ético, opciones entre lo bueno y lo malo, o lo malo y lo malo. Como se ha señalado anteriormente, las perspectivas del jurado y del juez son distintas por su posición relativo a algún sistema. El jurador, sin poder considerar sus propios intereses, puede evitar las tentaciones que se le presentan al juez y considerar el bien común de la comunidad y los derechos del individuo, intentando mantener un equilibrio entre

los dos. Esto no es algo que el jurador común hará conscientemente, es la forma en que funciona la mente humana, utilizando la razón que le permite ver a largo plazo, considerando sus necesidades, costos y beneficios.

Rushworth Kidder, en su celebrado libro sobre este tema, *Cómo las Personas Buenas Toman Decisiones Difíciles*, afirma que todo dilema puede encajarse dentro de cuatro modelos o paradigmas:^[xvi]

- Verdad v. Lealtad
- Individuo v. Comunidad
- Corto plazo v. Largo plazo
- Justicia v. Compasión

El primer paradigma se elimina para el jurado al escogerlo al azar de su comunidad, asegurando que no conozca al acusado, o mantenga relaciones con él. La lealtad, o solidaridad, hacia la comunidad queda, pero es algo tan abstracto que sólo inclina la balanza cuando un fallo podría ir fácilmente hacia cualquiera de los dos, los derechos del individuo o los intereses de la comunidad. La lealtad de un juez en la misma situación está más comprometida, pues tiende a sentir más solidaridad con el sistema donde tiene la mayor parte de sus relaciones, que le suministra sus beneficios y le otorga un alto estatus dentro de la comunidad.

Para el jurador, como explicado anteriormente, el corto plazo desvanece ante la falta de beneficios que pueden procurarse en ese tiempo. La mayoría de beneficios que presentan una tentación para el juez son generalmente beneficios a corto o mediano plazo, lo cual nubla su capacidad de ver sus intereses a largo plazo, que dependen del bienestar de la comunidad. Un gran beneficio presente, aun para un juez, es más atractivo que lo que no se tiene en manos, o cuyas consecuencias son inciertas o lejanas. Como dijo Keynes, un hombre capaz, educado e inteligente, a la larga todos estamos muertos. Tiene razón, lo que se

le olvidó, y se nos olvida a todos a de vez en cuando, es que una civilización no se construye en el corto plazo, y sin ésta estamos muertos más pronto que tarde.

Muchos de los dilemas que se presentan ante un jurado en casos penales son del segundo tipo, individuo versus comunidad. En el primero de estos, entran en pugna los derechos o intereses del individuo versus los poderes cedidos al gobierno para fortalecer y proteger a la comunidad. Los juradores, como miembros ajenos al aparato que protege su comunidad, tienen que tomar en consideración su posición como individuos frente a esta estructura, o sistema. Esta estructura, al mismo tiempo que, entre otras cosas, les da protección contra las arbitrariedades de otros individuos, fácilmente puede convertirse en una amenaza a sus beneficios, entre ellos sus derechos y/o libertades.

El juez, como parte de ese sistema gubernamental, tenderá a favorecer su fortalecimiento, ampliando la jurisdicción y poderes que le permiten maximizar beneficios y minimizar costos a costa de la libertad de los individuos, creyendo que está haciendo lo correcto. El jurado, como he demostrado en muchos casos, entre los cuales se encuentran los de William Penn & William Mead y *Rex v. Zenger*, a pesar de la presión y castigo de los jueces, tiende a defender derechos fundamentales, sin poner en peligro la estructura coercitiva de la cual depende la comunidad para su protección. Aquí sería interesante analizar el caso de O. J. Simpson, porque explica la dinámica y modo de razonamiento de los miembros del jurado en un caso contemporáneo que se ha usado para desprestigiar al jurado.

Es bastante probable que Simpson haya asesinado a su ex-esposa y al amante de ésta. Sin embargo, en la acusación criminal, el jurado lo absolvió ¿por qué? Por varias razones. Primero, el jurado estaba compuesto, no por los vecinos de Santa Mónica, sino por residentes del centro de Los Angeles, personas con *perspectivas* totalmente distintas. La mayoría de vecinos de Santa Mónica son personas acaudaladas,

acostumbrados a vivir en paz y tranquilidad, y si tienen algún roce con la policía, el agente policíaco se muestra respetuoso y cortés.

El ambiente en el centro de Los Angeles es distinto, la delincuencia es mucho más común, la vida del policía peligra y éste se siente a la defensiva. Consecuentemente, trata a los residentes de esos barrios como a una amenaza, toscamente y sin el respeto debido. Para los residentes del centro, la policía también es una amenaza, a su libertad y a las pocas oportunidades que tienen de beneficiarse, en parte por medio de las drogas, su venta o consumo. Suficientes son los casos de abuso de autoridad por la policía como para que los residentes del centro no les sientan ningún afecto, y los crean un verdadero peligro. Esta es la perspectiva de la gran mayoría de personas que la fiscal en el caso permitió que integraran el jurado, pensando que sentirían simpatía para con las víctimas de Simpson. Los integrantes del jurado fueron, en su mayoría, mujeres negras.

El policía del caso violó una serie de reglas al investigar la muerte de Nicole Brown Simpson y Ronald Goodman, tratando de encontrar evidencia que el asesino era O. J. Simpson. Durante el juicio también surgió que el policía había hecho comentarios racistas. En fin, el caso se convirtió de uno en donde un ciudadano había asesinado a otros dos, a uno en donde uno de los agentes del gobierno rebasó los límites legales de su jurisdicción y poderes, aparentemente causados por su prejuicio racial. A la hora de fallar, para el jurado, el precedente que podría sentar la actuación de ese agente era una amenaza mayor de lo que era Simpson. Si condenaban a Simpson estarían dándole un visto bueno a los métodos que utilizó la policía, quienes seguirían usándolos si vieran que con esos métodos obtenían condenas, ya que sus promociones y demás beneficios de eso dependen.

Para el jurado, y para cualquiera, es más fácil defenderse de un conciudadano agresivo que defenderse de los agentes de un gobierno ilimitado. La capacidad de un

ciudadano de castigar a un agente del gobierno que sobrepasa su autoridad es bastante restringida, pero, por medio de un jurado, por lo menos puede limitar su poder, evitando que castigue. No era el dilema de compasión por Simpson versus la justicia el que enfrentaba al jurado, era el del individuo versus la comunidad, y escogieron proteger al individuo, aunque fuera culpable de un acto anti-social, frente al gobierno que, al comportarse arbitrariamente, usó como pretexto la defensa de la comunidad.

En casos civiles, a menudo se da el dilema de justicia versus compasión. En el caso civil de Simpson, el jurado escogió la justicia, y le obligaron a pagar más de 25 millones de dolares. La justicia versus la compasión, o la equidad, ¿quién debe decidir? ¿el juez o un jurado? ¿los criterios de quién deberían de prevalecer, los cálculos racionales de beneficios desde el punto de vista del gobierno, o de la comunidad representada por el jurado? Nuevamente, yo optaría por el jurado, ya que la opción de aplicar la ley con toda su severidad o suavizarla debería de estar en manos de aquellos que tienen que sufrir las consecuencias de esa decisión.

El Individuo versus la Comunidad

En casos civiles también puede decidirse el equilibrio entre los poderes del gobierno y los derechos del individuo. Cuando agentes del gobierno sobrepasan sus límites y causan daños y perjuicios a algún ciudadano durante el ejercicio de sus poderes oficiales, en la tradición anglo-sajona, el ciudadano tiene derecho a demandar a esos agentes. ¿Quién debe decidir si en realidad sobrepasó los límites? Adam

Smith planteó la misma pregunta:

...leyes han regulado y las cortes imparcialmente examinado y asentado precedentes respecto a ambos el deber del súbdito para con el súbdito y del súbdito para con el soberano. Leyes y las formas de proceder de los jueces los aseguran; pero no hay corte que puede juzgar a los soberanos mismos, ninguna autoridad soberana al soberano, y que haya examinado y asegurado hasta donde las acciones del soberano hacia el súbdito o de un soberano hacia otro son

justificables y hasta donde su poder se extiende.... Toda contienda de este tipo se ha decidido por la fuerza y la violencia. Si el soberano le ganaba a los súbditos, entonces se les condenaba como traidores o rebeldes; y si el súbdito ganaba se le declaraba un tirano y opresor que no había que aguantar.^[xvii]

Si dejamos en manos del gobierno la decisión de cuando ha sobrepasado sus límites, en derecho penales, civiles o administrativo, no es difícil predecir como va a fallar. Nuevamente Smith declara:

No cabe duda que el poder del rey puede resistirse; pero la cuestión es, cuando es legal o permisible resistir el poder del rey y el Parlamento. Jamás se les ocurriría hacer cualquier ley que nos diría que, cuando se fueran más allá de tales y tales límites, el pueblo no está obligado a obedecer sino podríamos resistir. Que hicieran esto no se puede imaginar.^[xviii]

La respuesta a ¿quién decide? y ¿cuándo se puede resistir? la da Lysander

Spooner:

El derecho de revolución, que tiranos, como burla, le conceden a la humanidad, no es un derecho *legal, bajo* un gobierno; es únicamente un derecho *natural* de expulsar a un gobierno. El gobierno mismo nunca reconoce este derecho. Y el derecho se establece prácticamente sólo cuando y porque el gobierno ya no existe para cuestionarlo. El derecho, entonces, puede ejercitarse impunemente, únicamente cuando se ejercita triunfalmente. Todo intento fallido de revolución, tan justificable como sea en sí misma, se castiga como traición, si se le permite al gobierno juzgar la traición. El gobierno jamás admite la injusticia de sus leyes, como defensa legal para los que han intentado una revolución y fallado. El derecho de revolución, entonces, no es un derecho de valor práctico, excepto para aquellos que son más fuertes que el gobierno. Siempre que, entonces, las opresiones del gobierno se mantienen dentro de tales límites que simplemente no exasperan contra él un poder más fuerte que el suyo, no se puede apelar al derecho de revolución, y es, entonces, inaplicable al caso. Esto le da un gran campo a la tiranía; y si un jurado no puede intervenir *aquí*, los oprimidos están totalmente indefensos.

Es evidente que la única seguridad contra la tiranía del gobierno yace en la resistencia vigorosa a la ejecución de la injusticia; pues la injusticia será ejecutada con seguridad, al menos que sea resistida a la fuerza. Y si se permite que se

ejecute, tiene que aguantarse; pues el gobierno nunca indemnifica por sus errores.

Ya que, entonces, la resistencia vigorosa a la injusticia del gobierno es el único medio posible de preservar la libertad, es indispensable para toda libertad *legal* que esta *resistencia* sea *legalizada*. Es perfectamente evidente que donde no hay un derecho *legal* de resistir la opresión del gobierno, no puede haber libertad *legal*. Y aquí es vital notar, que, prácticamente hablando, no puede haber un derecho *legal* de resistir las opresiones del gobierno, al menos que haya un tribunal *legal*, que no sea el gobierno, y completamente independiente de, y superior a, el gobierno, para juzgar entre el gobierno y aquellos que resisten sus opresiones; en otras palabras, para juzgar cuales leyes del gobierno se han de obedecer, y cuales pueden resistirse e ignorarse. El único tribunal conocido por nuestras leyes, para este propósito, es el jurado. Si un jurado no tiene el derecho de juzgar entre el gobierno y aquellos que desobedecen sus leyes, y resisten sus opresiones, el gobierno es absoluto, y el pueblo, *legalmente hablando*, está esclavizado.

... Aquellos quienes niegan el derecho del jurado a proteger a un individuo al resistir una ley injusta del gobierno, le niegan absolutamente toda defensa *legal* contra la opresión.^[xix]

La Desobediencia Civil

Lo que Spooner propuso en tiempos de la esclavitud *legal*, fue la desobediencia civil *legalizada*, por medio del jurado. Mucho se ha dicho acerca de la desobediencia civil:

El concepto de desobediencia civil – propuesto en 1849 por Henry David Thoreau [qué casualidad, en la misma época, el mismo país], refinado por Mohandas K. Gandhi en la India en los años 20's y empleado muy eficazmente por el movimiento de los derechos civiles en los Estados Unidos en los años 60's – exige que las leyes injustas sean desobedecidas. Este concepto se ha establecido tan firmemente que ya es en sí una ley: El acatamiento de órdenes que exigían el asesinato de judíos en la Alemania Nazi condujo a la aceptación, en los juicios de Nuremberg, del principio de que desobedecer leyes inmorales es una obligación moral y legal.

Este principio se conocía hace más de dos mil años, en Grecia, cuando Sofocles escribió la *Antigone*. Antigone desafió un decreto de Creón, el rey de Tebas, quien prohibió que el hermano de ésta fuera enterrado después de morir. Creón tuvo buenas razones para hacerlo, pero Antigone se rehusó a obedecerle. Al ser interrogada por el rey, Antigone respondió que sí, había trasgredido la ley:

...pues no fue Zeus el que me publicó ese decreto...no creí que vuestros decretos fueran de tal fuerza, que un mortal pudiese pasar por encima de los estatutos no escritos e infalibles del cielo. Pues su vida no es de hoy o ayer, pero para todos los tiempos, y ningún hombre sabe cuando primero se promulgaron.

No por miedo al orgullo humano podría contestarle a los dioses por violar éstas. Morir debo,—eso lo sabía muy bien (¿cómo podría no saberlo?)— aun sin vuestros edictos. Pero si he de morir antes de mi tiempo, lo considero una ganancia: pues cuando uno vive, como lo hago yo, rodeado de maldades, ¿puede uno encontrar otra cosa que no sea ganancia en la muerte?

Esta escena demuestra una estipulación que conlleva la desobediencia civil, que “aquellos que por razones morales optan por desobedecer la ley lo deben hacer concientemente y deben estar dispuestos a sufrir cualquier penalidad que resulte de su acto de desobediencia.”

No obstante, estar dispuesto a sufrir esas consecuencias es mucho más fácil cuando el tribunal que decide si se castiga al violador de la ley es un jurado compuesto de ciudadanos *libres de castigo* por no aplicar la ley, como en Estados Unidos, que cuando el que lo ha de juzgar a uno es un tribunal nazi, los tribunales del partido comunista en la ex-Unión Soviética, en Cuba, los gobiernos militares de Centroamérica y América del Sur, los de fuero especial en tiempos de Ríos Montt en Guatemala, o hace dos mil años, un dictador griego. (Martin Luther King estaba muy conciente de este poder del jurado en Estados Unidos, y como sus enemigos no pudieron someterlo por la ley, tuvieron que asesinarlo. Pero lo único que lograron fue crear una leyenda, un mártir.)

Todos estos tribunales eran legales, constituidos por autoridades reconocidas, la ley aplicada en la mayoría de ellas fue votada por mayorías legislativas y los integrantes de los tribunales castigaron lo que ellos consideraban crímenes. ¿Qué, entonces, de leyes injustas, de “crímenes”? ¿Quién debe decidir qué es una ley injusta o un crimen? ¿Puede darsele al juez, moralmente o legalmente, el derecho de proteger a aquellos que desobedecen no sólo esas leyes sino cualquier ley, sabiendo que las probabilidades de que él haga justicia son más bajas que con un jurado? ¿Tienen por fuerza, los que obedecen el principio de desobediencia civil, que ser juzgados ante jueces, y, en algunos casos, parar frente al paredón, o enterrados en una cueva a morir lentamente de hambre como se le condenó a Antígona?

El Poder de la Mayoría

En el paradigma de comunidad versus individuo existe un peligro, y es considerar a la mayoría en un grupo como la comunidad. Spooner lo describe de esta forma:

El [ser] humano se encuentra acompañado unos con otros en el camino o la selva de la vida, y se proclama que la parte más numerosa, por el hecho de sus números superiores, tienen el derecho de arbitrariamente despojarle a la minoría de su vida, libertad y propiedad; y que la minoría están obligados, por razón de sus números inferiores, a practicar la humillante sumisión, y consienten a gozar de sus derechos naturales, – algunos, todos, o ningunos, como sea el caso – según la voluntad y placer de la mayoría; como que todos los derechos naturales desaparecieran, o fueran suspendidos por la operación de una ley suprema, en el momento que entraran en presencia de números superiores.^[xx]

Como reza un dicho, mil males no hacen un bien. La mayoría puede formar un sistema igual que cualquier otro grupo, dentro de cual sistema no desaparece la tendencia a maximizar beneficios y minimizar costos. No importa que los que quedan fuera del sistema sean una minoría, la mayoría con poder absoluto no se va a portar de una forma más ética con ellos que lo haría un rey o una oligarquía

con el poder absoluto, al verse frente a beneficios inmediatos, la tendencia será a explotarla. Pero la mayoría sí es más peligrosa, –tiene, por su número, más fuerza y esa fuerza, sin control alguno, puede ser devastadora.

¿Cómo limitar la voluntad popular, de la mayoría, sin poner otra voluntad sobre ésta? En el jurado, la forma en que se evita la tiranía de la mayoría, o la maximización de beneficios por parte de ésta a costa de la minoría, es por la regla de la unanimidad. Toda condena o absolución requiere el fallo unánime de todos los miembros del jurado. De esta forma, un jurador actuando solo puede evitar que se castigue a un acusado de violar una ley discriminatoria. Cuando un jurado no puede llegar a la unanimidad porque uno o varios juradores se niegan a fallar con la mayoría, el jurado se paraliza,^[3] y el juez normalmente pide un juicio nuevo. Si una vez más el jurado queda paralizado, el acusado queda libre. Este fue el caso, anteriormente citado, de muchos de los abolicionistas que ayudaron a escapar esclavos fugitivos.

Lo que logra la regla de la unanimidad en el caso del jurado es impedir que se le impongan costos a un individuo, o a una serie minoritaria de individuos, sin el consentimiento unánime de todos los miembros del jurado, quienes representan a la comunidad. De esta forma únicamente se mantienen aquellas leyes que todos, o sustancialmente todos, aceptan como reglas válidas de comportamiento social. Así, las leyes no tienen más remedio que ser generales, imparciales y abstractas.

Al impedir el poder absoluto de la mayoría la objeción puede ser la siguiente:

...si la minoría puede derrotar la voluntad de la mayoría, entonces la minoría domina a la mayoría. Pero esto no es verdad en algún sentido injusto. La minoría no decreta ninguna ley propia. Simplemente se niega a aceptar las leyes de la mayoría que ellos no aprueban. La minoría no asume alguna autoridad sobre la mayoría; simplemente se defiende. No interfieren con el derecho de la mayoría de buscar la felicidad en su propia manera, mientras ellos (la mayoría) no interfieran con la minoría. Exigen

simplemente no ser oprimidos, y a no ser obligados a ayudar a hacer algo de lo cual no aprueban. Le dicen a la mayoría, “nos uniremos con Ustedes, si lo desean, para lograr todos aquellos propósitos, en los que tenemos un interés común...” En este caso, la minoría no asume ninguna autoridad sobre la mayoría; simplemente se niega a ceder sus libertades a manos de la mayoría. Proponen una unión; pero rechazan la sumisión.^[xxi]

Por medio de la regla de unanimidad en el jurado las minorías escasamente representadas en el gobierno tienen el poder de defenderse de la explotación de la mayoría. Apoyarán toda ley que sea de beneficio común, ya que para ellos es más necesaria la protección del gobierno, no teniendo la fuerza que da los números, pero podrán también efectivamente bloquear toda ley que les imponga costos discriminatorios.

El Crimen y La Ley

Teóricamente, en los sistemas legales de todo el mundo la legislación es justa sólo por el hecho que fue promulgada por “la autoridad,” sea ésta una mayoría electa democráticamente, un monarca, o porque es la costumbre. En las cortes judiciales el mecanismo que se utiliza para determinar si se castiga a un acusado suele ser una especie de silogismo legal, una suma, donde para fallar, como primera premisa el juez determina cual es la ley y la correspondiente pena, como segunda premisa determina si un acusado violó o no esa ley. Si la evidencia demuestra que un acusado violó la ley, la conclusión necesaria, según las prácticas del derecho moderno en latinoamérica, es que el acusado sea declarado culpable de haber violado la ley con la consiguiente obligación por parte del ejecutivo de hacerle cumplir la pena.

En algunos lugares, se da por supuesto que el juez decide si la ley, primero, es constitucional; segundo, si es apropiada su aplicación. En la mayoría de casos se supone, especialmente en la tradición latinoamericana, que el juez no tiene poder de revisar la ley, y que la ley tiene a toda costa que aplicarse. Se da por supuesto que la ley

es justa, y que aunque no lo sea, es deber del legislativo debatir su justicia, y que el acusado de violar tal ley, si se descubre que la violó, está obligado a sufrir el castigo, sea justo o no, sea desobediencia civil o no. El individuo es sacrificable ante la comunidad y es el gobierno el que decide si ese sacrificio es necesario o no. El crimen lo decide el gobierno.

Anteriormente, en la sociología también se definía el crimen como cualquier cosa que fuera ilegal, lo que permitía que funcionarios y políticos dictaran los parámetros de un concepto dentro de las ciencias sociales.^[xxiii] No sólo eso, le permitía al legislador definir lo bueno y lo malo, lo moral. La definición de crimen más contemporánea que da Rodney Stark en su libro de texto de sociología: “acciones de fuerza o fraude emprendidos para satisfacer el interés propio,” es bastante amplio y claro, pero, no es totalmente satisfactorio, porque aunque éste no dependa de la política para su definición, descansa en un juicio de valor sobre lo que es *interés propio* e interés común.

Todo interés común, o en términos anteriormente usados, todo beneficio común descansa en intereses propios a largo plazo. Al ser humano le conviene, en lo individual, estar en sociedad, a largo plazo. Toda acción coercitiva del gobierno, la aplicación de la ley, es el uso de la fuerza emprendida para satisfacer el interés de, u otorgar beneficios a, algunos o todos los miembros de la comunidad. Si usáramos esta definición de crimen de esa manera, todo uso de la fuerza por el gobierno sería un crimen.

El uso de la fuerza para mantener reglas justas que mantienen fuerte a la comunidad es de beneficio propio, a la larga. Pero, ¿dónde se marca la línea entre el interés propio y el interés común? ¿Cómo distinguirlos? Más importante ¿quién decide? Los crímenes cometidos en nombre del bien común son innumerables. Ningún gobierno comete un crimen por medio de la ley sin justificarse primero, declarando que es para el bien común.

Creo que una definición satisfactoria para todos de crimen es imposible. La definición de Stark es probablemente lo más cerca que se puede, pues la saca del ámbito errático de la política. Pero hay que enfatizar siempre el hecho que el término *interés propio* es un término vago cuyos límites son difíciles de discernir y descansan en juicios de valor. Hay acciones que obviamente son emprendidas para maximizar beneficios propios por medio de la fuerza o el fraude, a costa de otros seres humanos. Pero hay una area gris donde la decisión de si es o no depende de la perspectiva del que decide. Cuando se mata en defensa propia, el caso de los linchamientos, cuando se roba algo para poder sobrevivir, son actos que podrían categorizarse como punibles dependiendo de la perspectiva que se toma.

La ley generalmente prohíbe lo que se considera malo o indeseable en una sociedad, y obliga a hacer lo que se considera bueno. Lo bueno o malo dependen de juicios de valor, no son algo que la ciencia puede definir o delimitar. Una ley no es de tal naturaleza que se pueda encontrar empíricamente por medio de evidencia si es verdad o no, sólo puede determinarse si es válida o no en relación a ciertas premisas. La validez o invalidez de una ley depende de su capacidad de impedir acciones indeseables o castigar acciones injustas, o, dirían algunos, de promover acciones justas. Se necesita un razonamiento previo, entonces, para determinar la validez de una ley. Primero, determinando si es deseable o no, claramente juicios de valor, y, segundo, determinando si la ley propuesta en realidad promueve lo deseable o evita lo indeseable. Esta segunda parte es algo que la ciencia sí puede ayudar a verificar.

A veces, los medios utilizados para conseguir algo deseable, o evitar algo indeseable, imponen costos, en algunos casos, demasiado altos. Si el fin justifica los medios vuelve a situar la decisión en lo metafísico, en la filosofía, donde residen los juicios de valor. También el hecho que hay un sin-fin de cosas buenas y malas nos obliga a decidir prioridades. ¿Qué es lo mejor? ¿Qué es lo peor? ¿Cuáles son nuestros fines

últimos? ¿Cuáles son simplemente instrumentales? Raramente la jerarquía de valores se mantiene fija. Hay veces que la libertad es más importante que la vida, que el amor es más importante que la justicia... La vida no es blanco y negro; no es una pesa con dos balanzas. La vida o un sistema social es una miríada de elementos que tienen que mantenerse en equilibrio; elementos que nunca se mantienen en cantidad fija sino que varían según las circunstancias y las cantidades de los otros elementos.

Se supone que estos razonamientos se han dado previamente en el legislativo. Pero, es un hecho que no se puede negar, la legislación hecha por una cámara legislativa, y hasta la misma Constitución, se hace en base a intereses, particulares, sectoriales, partidistas, o mayoritarios, no sobre el interés general, tampoco sobre consideraciones abstractas de justicia a la hora de su aplicación. No se toma en cuenta lo deseable por el individuo en sus circunstancias, lo deseable por toda la sociedad, una maximización de beneficios global, sólo lo deseable desde el punto de vista de los legisladores. Se toman en cuenta únicamente los juicios de valor de estos últimos y los de quienes le ayudan a maximizar sus propios beneficios. Si los legisladores pueden legislar lo que quieran, y sólo el ejecutivo y los jueces pueden impedirlo, estos se convierten en potenciales aliados. Pueden unir fuerzas para maximizar beneficios a costa del resto del pueblo.

Cuando esto pasa, la ley, como dice Frederic Bastiat se convierte en una herramienta que destruye su objetivo. El objetivo de la ley: la defensa colectiva de todo aquello que el ser humano tiene derecho a defender en lo individual, su vida, libertad, el fruto de su trabajo y su territorio, todos sus medios de supervivencia. La ley, en manos de un gobierno ilimitado, se utiliza

...para aniquilar la justicia que tenía que mantener; a limitar y destruir los derechos cuyo propósito era respetar. La ley ha puesto la fuerza colectiva a disposición de los inescrupulosos quienes desean, sin arriesgarse, explotar la persona, libertad y propiedad de otros. Ha convertido el saqueo en derecho, con

el propósito de proteger el saqueo. Y ha transformado la defensa propia en un crimen, con el propósito de castigar la defensa legal.

La ley, sin un límite concreto, puede usarse para maximizar los beneficios de algunos a costa de otros.

La Constitución y la Ley

Sin una institución verdaderamente imparcial no hay nada que impida esta perversión de la ley. Puede decirse que la Constitución los limita, pero eso es una ilusión. La Constitución no es más que palabras escritas sobre papel, por mucho que expresen los verdaderos deseos de un pueblo. Gobiernos por todos lados han obtenido por medios constitucionales poderes que los autores de las constituciones tenían la intención de negarles.^[xxiii] El gobierno más limitado, con la Constitución escrita más antigua, lo demuestra.

Sólo hay que considerar como el derecho, supuestamente exclusivo, del Congreso estadounidense a declarar la guerra ha sido usurpado por el ejecutivo por medio del uso de sinónimos declarando que las guerras que siguieron la Segunda Guerra Mundial no fueron tales sino conflictos, contiendas, choques, hostilidades, en fin, cualquier cosa que no sea la guerra, o declarando que había un peligro inminente cuando en realidad no había tal peligro, otra estipulación que no existe en los poderes del ejecutivo. Guatemala, para bien o para mal, fue uno de los primeros conejillos de indias cuando, en 1954, el ejecutivo estadounidense intentó intervenir militarmente en su territorio. Más tarde siguieron Korea, Vietnam, Irán, Yugoslavia, etc. Esto ha permitido que el ejecutivo de los Estados Unidos imponga su voluntad sobre el resto del mundo sin que nadie pueda hacer algo al respecto sin quedar expuestos a ser aniquilados por el ejército más poderoso del mundo.

Desafortunadamente el jurado no puede proteger al resto del mundo de un país con poder absoluto, que está limitado únicamente por la fuerza y potencial destructivo de otros países armados con bombas nucleares. Es verdaderamente triste pensar que esos son sus únicos límites, y que sobrepasarlos significaría la muerte de millones de personas, si no la destrucción del planeta entero.

Por otra parte, las garantías constitucionales a un juicio por jurado han sido socavadas por la misma tendencia maximizadora en los acusados. En la mayoría de casos, (menos del 10% llegan al jurado) las sentencias se negocian anteriormente entre abogados, jueces y fiscales, sin que los acusados se den cuenta que su más grande salvaguardia, aunque hayan violado una ley, es el jurado. Prometiéndoles penas menores, fijadas por el legislativo e impuestas por los jueces, el gobierno hace a un lado un juicio que talvez podría terminar en una absolución, especialmente en casos de drogas. Al no dejar que la mayoría de casos vayan a juicio, dejan operantes leyes que le permiten al gobierno crecer y aumentar sus poderes, a costa de la libertad del pueblo. Con el jurado incapaz de reducir una pena si encuentra al acusado culpable, el juez impone la pena más severa que se puede aplicar, motivando al acusado a negociar antes del juicio.

El caso de *U.S. v. the Arizona Sanctuary Workers* (1985) demuestra como los jueces, a toda costa, defienden leyes con las que la comunidad no está de acuerdo. Este caso, que llora sangre, fue el juicio de once religiosos acusados de violar las leyes federales de inmigración al conducir Salvadoreños y Guatemaltecos a los Estados Unidos en los años de peor violencia en Centroamérica. La evidencia en contra de los trabajadores religiosos se obtuvo por medio de intervenciones telefónicas e informantes que infiltraron las iglesias.

El juez, Earl Carroll, nombrado por el ex presidente Jimmy Carter, vetó la moción de parte de la defensa –que los acusados ayudaron a los ilegales porque creían que eran refugiados y no pensaron que estaban violando alguna ley– citando el Acto de Refugiados de 1980, y la ley internacional, que no requiere que refugiados se comuniquen con el Servicio de Naturalización e Inmigración. El juez no permitió que el jurado tomara esto en consideración. Tampoco permitió que el jurado escuchara evidencias acerca de la violenta situación en Centroamérica, incluso el testimonio de Alejandro Rodriguez, uno de los refugiados amparados por la iglesia, quien fue secuestrado y torturado por el ejército de El Salvador. Para que no escucharan evidencia que no consideraba admisible, Carroll mandó al jurado fuera de la sala una y otra vez.

Los juradores, por su parte, confundidos desde el principio, sintieron un fuerte deseo de absolver a los acusados. No entendían por qué el juez no permitía la discusión del Acto de Refugiados, comprendiendo que éste entraba en conflicto con las leyes de inmigración. “Habían tantas cosas que no nos dejaban saber, pensé que teníamos que escuchar toda la historia.” Declaró Ethel Smathers, una de los juradores. Los abogados de la defensa querían trazar un bosquejo de la evidencia no permitida por el juez, “queríamos que se dieran cuenta que sólo se les estaba contando la mitad de la historia.”

El jurado, antes de retirarse a deliberar, escuchó a la defensa intentar hacerle saber al jurado de su poder nulificador, pero el fiscal protestó y se mandó al jurado para fuera. Carroll había advertido a los abogados de la defensa que no toleraría que argumentaran a favor del derecho. “Es casi una broma en el derecho,” dijo un ex fiscal. “Se supone que pueden hacerlo, pero uno no puede decirles que pueden.”

Donald Reno, Jr., el fiscal del caso, en los argumentos de cierre, enfatizó la obligación del jurado a seguir la ley – no a obedecer factores morales, religiosos, o humanitarios. “El consenso final de lo que es la ley viene del Congreso...tengan el valor y

salgan, miren a esta gente a los ojos como lo he hecho yo, y diganles que no hay ley más elevada que la ley aprobada por el Congreso.”

A pesar de que pudieron formarse una idea de las condiciones de la zona de guerra, los juradores no se ponían de acuerdo si debían de tomarlo en cuenta. Desde un principio, las lealtades de Catherine Sheaffer, cristiana evangélica y, en su juventud, estudiante de derecho, estaban “con la letra de la ley,” y, por su experiencia en la escuela de derecho, fue electa presidente^[4] del jurado. Ella literalmente vetó la consideración de las condiciones que obligaron a los refugiados a huir de sus países. Cada mañana de las deliberaciones le recordaba al jurado que no ignoraran evidencia “en base a consideraciones emocionales.”

Durante varios días algunos de los juradores se sintieron atormentados, pero al fin cedieron ante la presión de Scheaffer. Art Mathieson declaró: “Me dí cuenta que teníamos que dejar de agonizar por esta gente y continuar con nuestro trabajo.” Poco a poco los juradores lograron dejar a un lado su conciencia hasta que sólo quedó Anna Browning, una ama de casa y estudiante. Anna no tenía argumentos razonados para convencer al jurado, lo único que pudo decir fue: “Esta es gente buena, y no se puede hallar a gente buena culpable.” A pesar de que amenazó con paralizar al jurado, Anna al fin cedió ante los argumentos de los demás.

Después de que Catherine Scheaffer madrugara para leer su biblia y se preparara para las deliberaciones, el jurado declaró culpables a seis de los religiosos. Anna Browning regresó a casa con su mamá; cuando reporteros la llamaron estaba vomitando. Durante cinco noches la pasó llorando. Su madre culpa al juicio por sus migrañas recurrentes y náusea. Después, cuando Anna se enteró que no le podían hacer nada por votar de acuerdo a su conciencia comentó que si hubiera sabido eso todavía estarían en la sala de deliberaciones. Otros cuatro juradores declararon que si hubieran

sabido que podían ignorar las instrucciones del juez sobre la ley, hubieran absuelto a todos.^[xxiv]

Algún día, tal vez, las leyes de inmigración nos parecerán tan arcaicas e infames como ahora nos parece el Acto de Fugitivos de 1850. Mientras tanto, la defensa constitucional del jurado en Estados Unidos, igual que en Inglaterra, ya no es una salvaguardia sino una herramienta en manos del gobierno, que desvía el descontento del ciudadano con el gobierno hacia su única protección. Si las tácticas utilizadas por los jueces estadounidenses modernos hubieran sido usadas por los jueces en los casos *Penn & Mead* y *Zenger*, por citar sólo los ejemplos más famosos, la libertad de religión y de la prensa no hubieran tenido un precedente legal.

Una Constitución, entonces, no es garantía alguna, como tampoco lo es un jurado ignorante de su deber y poder de limitar al gobierno. Por eso Spooner insiste en que “el derecho a juzgar cual es la ley [a aplicar en un caso], si la ley es Justa, que evidencia es admisible, que peso le pertenece a la evidencia, si la intención de una acción fue criminal, y el derecho también de limitar la sentencia, libre de dictado alguno” estén dentro de la jurisdicción explícita del jurado. Y, después de conocer el anterior caso, resultan las palabras de Spooner que justifican los deberes del jurado tanto más lógicas:

Es absurdo decir que no tienen responsabilidad moral por el uso que pueda hacerse de su veredicto por el gobierno, cuando pueden suponer que será usado para propósitos de injusticia. Es, por ejemplo, manifiestamente absurdo decir que juradores no tienen responsabilidad moral por la aplicación de una ley injusta, cuando consienten o hallan un veredicto de culpable por su transgresión; cual veredicto saben, o tienen buenas razones para creer, será utilizado por el gobierno para imponer una pena. Es absurdo, también, decir que juradores no tienen responsabilidad moral por el castigo impuesto sobre un hombre contra la ley, cuando, por dirección del juez sobre lo que la ley es, han consentido hallar un veredicto contra sus propias opiniones sobre la ley. Es absurdo, también, decir que juradores no tienen responsabilidad moral por la condena y castigo de un hombre inocente, cuando consienten en dar un veredicto en su contra en base a evidencia, o leyes de evidencia, dictadas por la corte, si cualquier nueva evidencia

o leyes de evidencia han sido excluidas, que ellos (los juradores) creen que deberían ser admitidas en su defensa. Es absurdo decir que juradores no tienen responsabilidad moral por hallar un veredicto de “culpable” contra un hombre, por un acto que no sabía era un crimen, y la ejecución de cual, por lo tanto, no podría tener intención criminal, en obediencia a las instrucciones de la corte que “la ignorancia de la ley (o sea, del crimen) no absuelve a nadie.” Es absurdo, también, decir que juradores no tienen responsabilidad moral por cualquier pena cruel e inusual que podría serle impuesto aun sobre un hombre culpable cuando consienten hallar un veredicto que podrían creer será usado por el gobierno como justificación de la imposición de tal sentencia.

Recordando el mandato de Nuremberg que es un deber desobedecer leyes injustas, es, de hecho, absurdo. Los religiosos, para empezar, pensaron que sus acciones estaban amparadas en la ley. Segundo, aunque conscientemente la hayan desobedecido estaban obedeciendo una ley más elevada que la legislación, obedecían sus conciencias. El jurado tendría que haber sido su protector. Gracias al juez, no lo fue. Imperó la legislación, pero no la justicia.

En Estados Unidos, Jefferson, Adams y Parsons reconocieron que el jurado era la salvaguardia del ciudadano en contra del gobierno. La Constitución por sí sola no es suficiente defensa, el jurado es el ancla que mantiene al gobierno atado a sus principios. La docena de constituciones que ha tenido Guatemala, más la presente, que no se respeta ni por el ejecutivo, el legislativo o el judicial debería de ser materia suficiente para reflejar sobre la verdad de esta afirmación. Los ciudadanos guatemaltecos tienen el derecho de elegir a su dictador y oligarquía cada cinco años, pero no tienen ni el derecho ni el poder de defenderse ante el poder absoluto que detentan durante esos cinco años. Y nos preguntamos ¿por qué estamos subdesarrollados? ¿Por qué en Guatemala no existe la libertad?

El Jurado y la Ley

La legislación es lo que le conviene a aquellos que son los responsables de su existencia. Si queremos que sea general, la responsabilidad por su existencia tendrá que generalizarse por medio de la participación democrática en su aplicación. Si queremos que sea imparcial y abstracta, tenemos que asegurar que los tribunales sean realmente imparciales.

En la tradición anglosajona, la ley no es lo que dice *un* jurado. La ley, igual que los precios de un objeto en el mercado,

“...‘depende de muchas circunstancias que la alteran, como los sentimientos de los hombres, su estimación de los diferentes usos...’ Efectivamente, nuestros antepasados ‘actuaron bajo una fuerte impresión de la ignorancia y falibilidad de la humanidad’, y, por ejemplo, argumentaron que el ‘precio matemático’ preciso en donde un artículo debía venderse justamente sólo lo sabía Dios, porque dependía de más circunstancias de lo que cualquier hombre podría saber, y que entonces la determinación del ‘precio justo’ tenía que dejarse al mercado.”^[xxv]

Igualmente, la ley es lo que la comunidad por medio de una serie de jurados, después de observar su aplicación en muchos casos particulares, decide que es.

Un legislador puede proponer una ley, puede que tenga el talento para percibir las tendencias normativas en una comunidad, igual que un comerciante le pone un precio a su producto, tratando de adivinar cual es el precio del mercado. Pero al final tienen que ser los usuarios, el pueblo, el que decide si le sirve o no esa ley. Idealmente los legisladores conocerán los principios del derecho, la jurisprudencia, pero como cualquier científico su hipótesis tiene que estar expuesta a ser refutada. Al proponer leyes el legislador, teóricamente, hace sólo leyes que benefician al pueblo, para eso lo eligieron, pero en realidad, toda ley es un experimento. Se usan ciertos

medios para obtener fines específicos, conseguir una serie de beneficios comunes. Cuando se viola una ley y se enjuicia a un acusado se hacen evidentes circunstancias y elementos que no están a disposición del legislador. Se hace evidente si la ley hace posibles los beneficios comunes pretendidos, o si, al contrario, se están imponiendo costos a un individuo para beneficiar a algunos sin el consentimiento de todos. El juicio es la prueba de una ley. De una forma tan democrática, o más, como la elección de diputados al Congreso, una serie de juicios por jurado refutan o le dan validez a la ley. Así la ley termina siendo “el resultado de la acción humana pero no de designio humano.”

Aquí podría señalarse que este medio de decidir la ley elimina la certeza que es necesaria en el sistema legal. Para empezar, la certeza no existe ni en la física. Lo único que existen son probabilidades. Cuando un ser humano normal emprende un acto, especialmente a escondidas, conoce bastante bien las probabilidades de que su acto sea considerado censurable por su comunidad. Si nueve de cada diez casos de secuestro decididos por juicios por jurado terminan en la aplicación de la pena de muerte, o sólo cinco de diez, el secuestrador tendrá que decidir si vale la pena o no intentarlo. En Guatemala ocurre, por lo menos, un secuestro al día. En los últimos dos años, uno ha sido castigado con la pena de muerte. Un chance en 700 que el secuestrador muera, versus altas probabilidades que la familia del secuestrado pague una suma lo suficientemente alta para tomar el riesgo. En Estados Unidos la pena por el secuestro es la muerte. Los casos que ha habido se han juzgado ante un jurado. No se conocen muchos casos de secuestro ahí. ¿Porqué será? Por probabilidades bastante altas de morir por hacerlo. La decisión de la mejor opción entre un sistema judicial basado en jueces o uno basado en el jurado descansa en probabilidades. ¿Dónde hay mejores probabilidades de haber justicia generalizada, en un país con el jurado o sin él?

Los dos sistemas legales más célebres, el derecho romano y el *common law* anglo-sajón tenían algo en común, el jurado. En un estudio de los famosos *Comentarios sobre el Derecho Inglés* de William Blackstone, Daniel J. Boorstin cita su observación en cuanto a que los *selecti iudices* romanos tienen, en muchos aspectos, una notable semejanza al jurado inglés. ¿Coincidencia que las grandes civilizaciones de Occidente hayan tenido el jurado en común? Quizás. Se ha aportado suficiente evidencia para demostrar que no lo es y para iniciar investigaciones más serias y más profundas sobre el caso.

La afirmación, entonces, que “el poder y deber correspondiente de la corte de autoritariamente declarar el derecho es una de las más grandes salvaguardias del ciudadano” queda refutada, por la historia y en teoría. Que el derecho nulificador en manos del jurado lleva a la destrucción del imperio de la ley puede refutarse en teoría al señalar que es una fuente con más probabilidades de apoyar leyes generales, abstractas e imparciales que el legislativo, y de hecho al demostrar que varios pueblos han dependido de esta característica, y fue su desuso o la falta de unanimidad que llevó al caos y a la anarquía. Aparte están los ejemplos de los estados de Maryland e Indiana en Estados Unidos que están perfectamente bien a pesar de que el derecho nulificador está garantizado en sus respectivas constituciones estatales, refutando concretamente la afirmación.

Queda demostrado, también, que la legislación tenderá a servir los intereses de los miembros del legislativo, ejecutivo y judicial, poniendo en peligro las relaciones de beneficio mutuo globales de la comunidad. Puede concluirse que el imperio de la ley no es el imperio de la legislación. La verdadera ley es la que mantiene un equilibrio entre la libertad y el orden que se necesita en un sistema social para que todos puedan progresar. Tal equilibrio depende de las circunstancias del momento. Hay momentos en

que se necesita más orden que libertad y vice-versa, y sólo miembros imparciales de la comunidad pueden decidir cuales son esos momentos.

El imperio de la ley es esa condición en donde se respeta libremente la ley por sustancialmente toda la comunidad. El imperio ilimitado de la legislación pone en peligro a la comunidad y eventualmente lleva a su desintegración. El jurado impide el imperio de la legislación interesada y permite la evolución de nuestro conocimiento de la verdadera ley y el imperio de ésta. Podemos afirmar que, como la verdadera ley es lo justo, para que impere necesita del consenso comunitario. Los jurados, con el poder y deber conciente de no permitir que se cometan injusticias por medio de la ley, son la mejor manera de asegurar que sólo aquellas leyes consideradas justas por sustancialmente todos los miembros de la comunidad tengan el respaldo de la fuerza.

Conclusión

Se ha afirmado que en Guatemala no puede haber jurado porque no hay ley consuetudinaria. Esto es un error. El que no se haya encontrado no quiere decir que no existe. Por una parte, está el derecho consuetudinario maya. Por el otro, hay un derecho consuetudinario común a todo el país, que aún no se ha descubierto. La aplicación de la ley vigente, utilizando al juicio por jurado como parte del debido proceso, pronto revelaría ese derecho. Las leyes repugnantes al sentido de equidad y justicia guatemaltecos pronto caerían en desuso, y los diputados del Congreso, si son inteligentes, después de un período, las derogarían.

Puede afirmarse que leyes como las que protegen la propiedad intelectual no serían aplicadas por el jurado, pero ello equivale a suponer que en el jurado habrá personas que se benefician directamente con su violación. Tendrían que excluirse a las personas que se benefician directamente del robo de la propiedad intelectual. Eso no

quiere decir que tiene que eliminarse del jurado toda persona que esté en contra de esas leyes, porque eso anularía su propósito de juzgar la justicia de la ley, tal como se hace hoy en Estados Unidos. Siempre va a haber alguna persona que no esté de acuerdo con alguna ley porque no ve los beneficios a largo plazo. De eso se tratan las deliberaciones entre los miembros del jurado. Habrá personas que sí ven los beneficios a largo plazo, y, por medio de la discusión razonada, tolerante y democrática, por medio de la persuasión y no la violencia, sin que ninguno de los miembros pueda beneficiarse directamente del resultado, se puede convencer a los opositores de la ley. Claro que siempre habrá quienes no escuchan a la razón, pero la tendencia es a ponerse de acuerdo con argumentos que le permiten a uno beneficiarse, aunque sea sólo a largo plazo.

La tarea de los abogados, como lo era a principios del siglo XIX en los Estados Unidos, es ofrecer argumentos a favor y en contra de la ley y permitir que representantes verdaderamente imparciales decidan si les conviene como comunidad o no. Es posible que tengan que pasar una serie de juicios antes de que la gente se de cuenta de las consecuencias, favorables o no, de un fallo, pero cuando la gente quede convencida de los beneficios de una ley habrá ese respeto que sólo un pueblo que reconoce que sus beneficios descansan en ella puede tener.

En Guatemala hay una desconfianza generalizada hacia el sistema judicial, pero son pocos los que están dispuestos a tomar los riesgos implícitos en mejorarlo. Y pocos están concientes de los riesgos que la posición de un juez íntegro implica. A los jueces se les desprecia, pese a que casi cualquiera haría lo mismo en su situación. El juez también es humano y está en una posición demasiado vulnerable; él también quiere regresar esa noche a su casa y estar con sus hijos y poder ofrecerles un mejor futuro. Es mucho pedirle al juez que tome la responsabilidad de impartir justicia él solo. No es ni justo, ni práctico, ni posible.

La democracia exige que todos compartamos la responsabilidad, no solo al votar, pues nunca podremos estar seguros por quien estamos votando. La democracia también requiere aceptar las responsabilidades y riesgos de sentarse en un jurado, de tomar la justicia en nuestras manos de una manera responsable, en vez de la forma violenta e insegura en que se hacen los linchamientos o de la forma cobarde en que se realizan los ajusticiamientos. No podemos dejar que tata gobierno se encargue de todo, porque no puede.

Tenemos que preguntarnos: ¿Por qué le damos este poder enorme a los funcionarios en el gobierno, poder del que tenderán a abusar porque no tienen límites? y ¿por qué desconfiamos del mismo pueblo, de donde salen nuestros diputados y presidentes, es decir, del poder de decidir por medio del jurado un solo caso donde no tienen nada que ganar más que el bienestar general? Pareciera que Bastiat tiene razón al decir que los políticos en el poder creen que, “el pueblo, quien, durante las elecciones, eran tan sabios, tan morales, y tan perfectos, ahora no tienen ninguna tendencia del todo, o si la tienen, son tendencias que llevan abajo hacia la degradación.”^[xxvii]

Tenemos que confiar en la capacidad racional de cada ser humano de hacer las decisiones necesarias para poder sobrevivir en el largo plazo, no sólo con el poder de votar, sino también con el poder de limitar al gobierno por medio del jurado. Hacer ese salto de fe no es fácil, pero, “una de las labores de la razón es decidir cuan lejos extender el control o cuanto debe depender de otras fuerzas que no puede controlar en su totalidad.”^[xxviii]

La institución del jurado es una de esas fuerzas. Hay suficiente evidencia para concluir que los jurados contribuyeron al éxito de los pueblos griegos, romanos, británicos y norteamericanos, porque preservaron la libertad al mismo tiempo que contribuyeron al orden necesario para prosperar. Por medio del jurado, el pueblo utiliza ese poder que

Hayek describe como: “el poder supremo... que determina nada directamente pero que controla todo poder positivo al tolerar únicamente ciertos ejercicios de ese poder.”^[xxviii]

Necesitamos creer que todos los humanos somos iguales en este aspecto: la capacidad de razonar. Necesitamos tener la seguridad propia para poder decir: “Estoy dispuesto a que me juzgue un indio, un ladino, un blanco, el campesino, el terrateniente, el trabajador, el empresario.” Siempre por unanimidad. Si no, seguiremos condenados a lo que la élite de la revolución “liberal” de 1871 nos heredó cuando rechazaron las sugerencias de Livingston de implementar el juicio por jurado, la opresión y constantes luchas por el poder de explotar a los demás.

Guatemala vive al borde de la anarquía violenta y seguirá viviendo o al borde de la anarquía o bajo algún regimen totalitario que promete controlar esa anarquía mientras no haya una forma de controlar la explotación entre ciudadanos o de parte del gobierno. Un sistema humano complejo, que nos permita a todos maximizar beneficios y minimizar costos mejor de lo que podríamos solos, puede obtenerse y preservarse únicamente cuando las reglas e instituciones en ella puedan limitar la propensión humana de maximizar sus beneficios a costa de otros, pero “órdenes muy complejas, abarcando más datos que cualquier cerebro puede determinar o manipular, pueden ser llevadas a cabo únicamente por medio de fuerzas que provocan la formación de órdenes espontáneos.”^[xxix] La democracia y el jurado son algunas de esas fuerzas que han permitido que avancemos a los órdenes complejos que hoy conocemos.

La comunidad, el pueblo, somos todos, y, en base a un juicio de valor, nadie tiene derecho a imponer a la fuerza, *su* propia visión de lo bueno, deseable o conveniente. Ni una iglesia por medio de la inquisición, ni los nazis por medio del exterminio de los judíos, ni los comunistas por medio de la dictadura del proletariado, ni los socialistas por medio del monopolio de la fuerza del estado. Tenemos únicamente el derecho de defendernos y de cooperar, *si así lo*

deseamos. No se puede sacrificar el bienestar de una sola persona para salvar a los demás, mucho menos para hacer sus vidas más cómodas, sin su consentimiento explícito. Si un ser humano decide sacrificarse por el bien de alguien más, es su opción hacerlo, pero no es su obligación. Si hemos de gozar de los beneficios de la vida en sociedad, algunas limitaciones a nuestros deseos tenemos que tener, pero no tienen por qué ser más de los absolutamente necesarios para hacer que la cosa pública funcione y ahí la decisión de los miembros de la sociedad debe de ser unánime.

El instinto del ser humano por sobrevivir no es algo que puede eliminarse. Tampoco es algo que, por medio de la reingeniería genética queremos eliminar, pues esto significaría el fin de la especie humana. Su lugar la ocuparía otra especie con las mismas propensiones hacia la supervivencia con las que estamos dotados. Lo único que podemos hacer es reconocer esa propensión y reencauzarla racionalmente hacia un sistema que pueda mantener un equilibrio, no sólo entre las necesidades y deseos de todos los seres humanos, sino un equilibrio con toda la naturaleza que comparte nuestro planeta. Un sistema, una fuerza, que utiliza nuestra común capacidad de maximizar beneficios a *largo plazo*.

El jurado no puede resolver todos los problemas que tiene Guatemala. Lo único que puede hacer es evitar que el gobierno aplique la fuerza legal para propósitos particulares. Eso es bastante, pero, por supuesto, no suficiente. El gobierno tiene que poder evitar que se utilice la violencia entre ciudadanos cuando no es para defenderse, y, al mismo tiempo, evitar que algunos maximizen sus beneficios imponiéndoles costos involuntarios a otros. Para hacer esto, necesitamos gente en la administración de justicia que no esté en la parte inferior de la jerarquía de necesidades de Maslow, es decir, gente más interesada en el dinero que en el bien común. Necesitamos gente que no tenga que preocuparse por la salud de su familia, de su educación, y de las demás necesidades

básicas. Empezando por la policía, pasando por aquellos que investigan y aportan las pruebas necesarias para acusar y condenar y llegando a los encargados de coordinar la parte logística de los juicios; hay que pagarles tanto, si no más, de lo que ganan actualmente los diputados.

Inglaterra tuvo el jurado durante muchos años antes de que llegara a progresar. Necesitaba una administración fuerte y eficiente, pero limitada por el jurado, antes de poder soltar la creatividad que la llevó a regar sus banderas por todo el mundo. La fuerza de Roma, de Inglaterra, de Estados Unidos ha estado en su comercio, en los productos que han podido ofrecer para beneficio de sus compradores, productos de la libertad y la creatividad. No podemos salir del tercer mundo sin una administración fuerte que imponga suficiente orden para que el pueblo pueda ser creativo y maximice lo que considera beneficios. Pero si es demasiado fuerte, e ilimitada, igualmente destruye esa creatividad y la oportunidad de progresar. Demasiada seguridad esclaviza. No vale decir que primero necesitamos la administración fuerte y después el jurado, pues ese poder de beneficiarse por medio de la coacción estatal es lo que atrae a gente que no tendrá nunca el incentivo de permitir que el jurado los limite. Un gobierno limitado por el jurado tendrá el apoyo y la fuerza que la comunidad considera necesaria, es decir, un equilibrio entre el orden y la libertad.

*Abogada y artista en fotografía digital

^[1] El uso de la palabra *instinto*, es incidental, cualquier término que describe una probabilidad estadística alta en seres humanos hacia la supervivencia puede usarse.

^[2] **negrita y cursiva mía**

[3] *Hung jury*

[4] *foreman* presidente en funciones.

[ii] Stark, 41

[iii] Donahue, Manus. "Manus Donahue's Chaos Theory Essay "Manus Donahue's Home Page. <http://www.iglobal.net/pub/camelot/chaos/chaos.htm> 9/9/1999

[iiii] *Sparf*, 156 U.S. 51, 82.

[lv] Rushworth Kidder, *Cómo las Personas Buenas Toman Decisiones Difíciles*, (Guatemala: Universidad Francisco Marroquín), p. 36-37.

[lv] Luis Pásara, *Las decisiones judiciales en Guatemala*, (Guatemala: Misión de Naciones Unidas en Guatemala, 2000), p. 15, 170-172.

[vii] *Sparf*, 156 U.S. 51, 176-177.

[viii] F. A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, Vol. 1: Rules and Order, (Chicago: The University of Chicago Press, 1975) p. 6

[viii] Hayek, p. 94

[ix] *Ibid.*, 120.

[x] Kidder, 154.

[xi] Hayek, 33.

[xii] Kidder, 52-3.

[xiii] Hayek, 13.

[xiv] Hayek, 59.

[xv] Spooner, 189.

[xvi] Kidder, 6.

[xvii] Smith, 311.

[xviii] *Ibid.*, 315

[xix] Spooner, 15-16.

[xx] *Ibid.*, 208.

[xxi] *Ibid.*, 218-219.

[xxii] Stark, 180.

[xxiii] Hayek, 1.

[xxiv] Michelle Pacelle, *Law or Justice*, contenido en el libro de Steven Brill, *Trial by Jury*, (New York: *American Lawyer Books/TOUCHSTONE*, 1989), p. 451-470

[xxv] Hayek, 21

[xxvi] Bastiat, 60.

[xxvii] Hayek, 29

[xxviii] Hayek, 93

[xxix] Hayek, 38.

Bibliografía

Abolition of the Star Chamber in England. 1641. (<http://www.exlaw.com/library/1641-asc.shtml>).

Aristotle. *The Athenian Constitution*. (Internet: The Avalon Project, <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/athemain.htm>).

- Brill, Steven. *Trial by Jury*. (New York: American Lawyer Books/TOUCHSTONE, 1989).
Pacelle, Michelle. *Law or Justice*.
- Buchanan, James M. & Tullock, Gordon. *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. (Estados Unidos de América: University of Michigan Press, 1997).
- Cicero. *Selected Works: Against Verres*. (London: Penguin Books, 1971).
- Conrad, Clay S. *Jury Nullification: The Evolution of a Doctrine*. Cato Institute Book. (Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 1998).
Libros citados en Conrad:
Alschuler, Albert W. and Deiss, Andrew G. *A Brief History of Criminal Jury in the United States*. (61 University of Chicago Law Review, 1994).
Debates On the Adoption of the Federal Constitution. J. Elliot. Ed.
DeWolfe Howe, Mark. *Readings in American Legal History*. 376 (1949).
El juicio de John Lilburne y John Wharton por Imprimir y Publicar Libros Sediciosos, How. St. Tr. 3:1315, (1637)
El juicio de William Penn and William Mead por Causar un Tumulto..., How. St. Tr. 6: 951 (1670).
El juicio del Teniente-Coronel John Lilburne en el Guildhall de Londres, por Alta Traición. How. St. Tr. 4:1269, 1379 (1649)
Holt, Francis L. *The Law of Libel*. 44 (2d ed, 1812). (reimpresión 1978).
How. St. Tr. 21:847 (1785). St. 32 Geo. III c. 60 (1792).
The Changing Role of the Jury in the Nineteenth Century. 74 Yale Law Journal. (1964).
Willis, Paul G. *Juries and Judicial Review*. 3 West. Pol. Q.66 (1950).
- Dicey, A.V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 1885. 8a Edición: 1915. (Indianapolis: LibertyClassics,1982).
- Donahue, Manus. "Manus Donahue's Chaos Theory Essay "Manus Donahue's Home Page. <http://www.iglobal.net/pub/camelot/chaos/chaos.htm> 9/9/1999
- Fielden Craies, William. M. A.
Criminal Law. Encyclopedia Britannica Vol. VII. 11a ed. (New York: The Encyclopaedia Britannica Co., 1911).
Jury. The Encyclopaedia Britannica. vol. XV.
- Goubert, Pierre. *Louis XIV and Twenty Million Frenchmen*. 1966. (Anne Carter, Trad. © 1970). (New York: Vintage Books, 1972).
- Goudy, Henry. M.A. D.C.L. LL.D. *Roman Law*. The Encyclopaedia Britannica. vol. XXIII. 11a ed. (New York: The Encyclopaedia Britannica Co., 1911).
- Hans, Valerie P. and Vidmar, Neil. *Judging the Jury*. (New York and London: Plenum Press, 1986).

- Hayek, F. A. *Law, Legislation and Liberty*. Vol. 1: *Rules and Order*. (Chicago: The University of Chicago Press, 1975).
- Hume, David. *History of England*. 1778. Vol. I. IV, V. (Indianapolis: LibertyClassics, 1983).
- Kidder, Rushworth. *Cómo las Personas Buenas Toman Decisiones Difíciles*. (Guatemala: Universidad Francisco Marroquín, 1998).
- Lehman, Godfrey D. *We the jury...* (New York: Prometheus Books, 1997).
- Livy. *The History of Rome*. (<http://www.perseus.tufts.edu>).
- Locke, John. *The Second Treatise on Civil Government*. (London: Millar, Woodfall, et al., 1689) (www.library.adelaide.edu.au/etext/).
- Macaulay Trevelyan, George. (Master of Trinity College, Cambridge). Traduc. por Ramón Iglesia, *La Historia Política de Inglaterra*. (México: Fondo de Cultura Económica, 1943).
- Madison, James, Hamilton, Alexander y Jay, John. *The Federalist Papers*. No. 83. (<http://www.constitution.org>).
- Mises, Ludwig von. *Human Action: A Treatise on Economics*. (San Francisco: Fox & Wilkes, 1996).
- Otolan, M. *Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*. Trad. de Francisco Perez de Anaya y Melquíades Perez Rivas. Ed. Leocadio Lopez. (Madrid: 1887).
- Pásara ,Luis. *Las decisiones judiciales en Guatemala*. (Guatemala: Misión de Naciones Unidas en Guatemala, 2000)
- Plato. *Protagoras*. (Internet: <ftp://sailor.gutenberg.org/pub/gutenberg/etext99/prtgs10.txt>).
- Popper, Karl R. *The Open Society and its Enemies*. (New Jersey: Princeton University Press, 1966).
The Logic of Scientific Discovery
Conjectures and Refutations
- Smith, Adam. *Lectures on Jurisprudence*. ed. R.L. Meek, D.D. Raphael and P.G. Stein. (Oxford: Clarendon Press, 1978).
- Sparf v. US*, 156 U.S. 51 (1895), 124. Decisión de la Corte Suprema de Justicia de Los Estados Unidos. (<http://caselaw.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=search&linkurl=<%LINKURL%>&graphurl=<%GRAPHURL%>&court=US&case=/data/us/156/51.html>)
- .
- Spooner, Lysander. *An Essay on the Trial by Jury*. (1852).
(www.fija.org , www.lysanderspooner.org , www.mind-trek.com/treatise/lstbj , www.yahoo.com >lysander spooner<).

Stark, Rodney. *Sociology*. 6a. ed. (Boston: Wadsworth Publishing Company, 1996).

Stone, I. F. *The Trial of Socrates*. (Boston: Little, Brown and Company, 1988).

The Address and Reasons of Dissent of the Minority of the Convention of Pennsylvania To Their Constituents, Pennsylvania Packet and Daily Advertiser, (www.constitution.org/afp/penn_min.txt 18/12/1787).

The Constitution Society, (<http://www.constitution.org/afp>).

The People's Chronology. licensed from Henry Holt and Company, Inc. Copyright © 1995, 1996 by James Trager. All rights reserved.

Dedicado a Barbara Barnhill de Ness, mi madre, quien me enseñó a leer, a amar la lectura y la verdad, y a mi padre, Leif Bjarneson Ness Kindermann, quien me enseñó a amar la ciencia.

Le agradezco al doctor Rigoberto Juárez-Paz por su paciencia con mi spanglish e ideas radicales, a la doctora María Luisa Beltranena de Padilla, por haberme enseñado que el jurado no era exclusivamente inglés y al doctor Armando de la Torre, de quien recibí los instrumentos metodológicos para hacer un análisis científico del jurado.