

GEORGE FISHER

**EL ORIGEN DEL JURADO  
COMO DETECTOR DE MENTIRAS**

Traducción de  
Juan Antonio Andino López

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2018

# ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
<b>PREFACIO DEL AUTOR A LA TRADUCCIÓN</b> .....	9
<b>PRESENTACIÓN DE LA TRADUCCIÓN</b> , <i>por Juan Antonio Andino López</i> .....	11
<b>EL ORIGEN DEL JURADO COMO DETECTOR DE MENTIRAS</b>	
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	17
<b>I. LA ORDALÍA Y EL JUICIO CON JURADO: PRELUDIO TEÓRICO</b> ...	27
1. BUSCANDO LA SANCIÓN DIVINA PARA LOS VEREDICTOS PENALES.....	30
2. EL CASO ESPECIAL DE LAS PENAS CAPITALES .....	39
3. LA REALIDAD DETRÁS DE LA ILUSIÓN.....	45
<b>II. EL SURGIMIENTO DE LOS TESTIGOS DE LA DEFENSA</b> .....	47
1. SE ALZA EL TELÓN: EL SIGLO XVI .....	47
2. LA LEY PARA ABOLIR LAS HOSTILIDADES CON ESCOCIA.....	54
3. LOS PROCESOS POR TRAICIÓN Y LA LEY DE TRAICIÓN DE 1696 .....	61
<b>III. HACIENDO FRENTE A LOS CONFLICTOS DE CREDIBILIDAD</b> .....	73
1. REGLAS DE ADMISIBILIDAD DE TESTIGOS Y LA REGLA DEL CASO DE <i>BETHEL</i> .....	74
2. INTERLUDIO EMPÍRICO: JUICIOS PENALES EN UN TRIBUNAL DEL SIGLO XVIII.....	87
3. COARTADAS Y EL PROBLEMA DE LOS CONFLICTOS INEVITABLES .....	101

## ÍNDICE

	Pág.
<b>IV. EL SURGIMIENTO DEL TESTIMONIO DEL ACUSADO .....</b>	<b>109</b>
1. LA CAÍDA DE LAS REGLAS DE ADMISIBILIDAD DE LOS TESTI- GOS EN LOS CASOS CIVILES.....	112
2. LA CAÍDA DE LA PROHIBICIÓN CONTRA EL TESTIMONIO DEL ACUSADO EN LAS CAUSAS PENALES .....	115
3. EL ENLACE CON EL DERECHO A DECLARAR DE LOS AFROA- MERICANOS: LAS PARTES CIVILES.....	125
4. EL ENLACE CON EL DERECHO A DECLARAR DE LOS AFROA- MERICANOS: LOS ACUSADOS PENALES.....	129
4.1. La Campaña de 1862 .....	130
4.2. La Campaña de 1864 .....	133
4.3. La Campaña de 1866 .....	138
4.3.1. Massachusetts .....	138
4.3.2. Otros Estados .....	147
5. EL ENLACE CON EL DERECHO A DECLARAR DE LOS AFROA- MERICANOS: EVALUANDO LAS PRUEBAS .....	151
<b>V. EL ENCANTO DE LA CAJA NEGRA .....</b>	<b>155</b>
<b>APÉNDICE A. LEYES Y DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES QUE     PERMITEN EL TESTIMONIO DE LAS PARTES CIVILES .....</b>	<b>169</b>
<b>APÉNDICE B. LEYES Y DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES QUE     SUPRIMEN LAS NORMAS CONTRA EL TESTIMONIO DE LOS NO     BLANCOS.....</b>	<b>173</b>

## PREFACIO DEL AUTOR A LA TRADUCCIÓN

*Hace mucho tiempo comencé con lo que creía que sería una carrera como fiscal. Mi nuevo jefe me envió a mi primer destino: el Tribunal de Distrito de Somerville, una gran estructura neoclásica ubicada en una ciudad de clase trabajadora al noroeste de Boston. En un tribunal de alto techo que parecía demasiado elevado para esa comunidad orgullosa pero en decadencia, pasé los días interrogando a los testigos y observando cómo los abogados contrarios los interrogaban nuevamente.*

*Pronto me di cuenta de que la gente miente —y miente rutinariamente— a mí, a mis oponentes, o al tribunal. No siempre supe por qué estaban mintiendo y no siempre sabía la verdad, pero sabía que las afirmaciones de los testigos a veces se contradecían entre sí, a veces discutían hechos comprobables, y algunas veces no coincidían con la forma en la que el mundo funciona normalmente. Al principio me sentí impotente frente a tantas mentiras, sin saber en quién confiar y cómo buscar la verdad con fuentes tan poco fiables.*

*Poco a poco, me volví más rápido y más seguro en percibir una mentira. Fue un proceso lento e incierto, ya que no había una guía sobre detección de mentiras. Descubrí que no era muy bueno al mirar a los ojos y al alma de una persona, ya que la mayoría de las personas parecían ser lo suficientemente honestas. Nervioso o tranquilo, inquieto o inmóvil, sudoroso o frío, ninguna de estas pistas me ayudó a distinguir a los que decían la verdad de los mentirosos. En cambio, aprendí a escuchar a los testigos y a pensar, a pensar en la evidencia física, en lo que otros testigos habían dicho, y en el mundo tal como lo conocemos. Más que nada, aprendí a pensar acerca de lo que los testigos podían ganar mintiendo.*

*Dado este proceso de aprendizaje largo y laborioso, me pareció una esperanza ingenua cuando los jueces le decían al jurado, como lo hacían invariablemente: «Ustedes son los únicos jueces de la credibilidad de los testigos, y si hay algún conflicto entre testigos, su función es resolver esos conflictos y determinar dónde radica la verdad». En medio de mis días ocupados y de mis noches agitadas como abogado litigante, nunca tuve tiempo de preguntarme*

*sobre la fuente de la fe ciega de nuestro sistema en el poder del jurado para discernir la verdad. Mucho más tarde, después de dejar la acusación y asumir un puesto académico, volví sobre esta cuestión y comencé a cavar, y a excavar un poco más, para obtener respuestas. El resultado es este estudio, que me llevó a la sorprendente comprensión de que el sistema no siempre ha confiado a los miembros del jurado la detección de mentiras. En cierto sentido, el sistema se ha sometido a su propio proceso de aprendizaje: a lo largo de los siglos ha aprendido los beneficios de investir jurados con poder de detección de mentiras.*

*Publiqué este estudio en 1997 en el Yale Law Journal. Allí yacía y, como a menudo sucede con los escritos de académicos jurídicos estadounidenses, pasó inadvertido. Entonces, felizmente me sorprendí cuando, casi dos décadas después, el Dr. Juan Antonio ANDINO LÓPEZ me invitó a tomar café y me pidió permiso para volver a publicar el estudio en español. Su pedido fue halagador y se lo concedí inmediatamente. Desde entonces, he tenido la oportunidad de maravillarme con el cuidado y la determinación del Dr. ANDINO al completar y pulir su traducción, y avanzar hacia la publicación. Él ha trabajado casi completamente sin mi guía, ayudado en su lugar por su generoso equipo de expertos y académicos: su esposa, Judit MANAGUERRA TORMO; la traductora jurídica Gisela SANTAEULARIA RIERA; el Profesor Joan PICÓ I JUNOY; y el Dr. Carlos DE MIRANDA VÁZQUEZ. A ellos, y al Dr. ANDINO, les debo mi agradecimiento y admiración<sup>1</sup>.*

Stanford, California, 28 de diciembre de 2017

---

<sup>1</sup> MASSACHUSETTS COURT SYSTEM, *General Final Instructions*, Instruction 2.260 (Credibility of Witnesses) (2009).

## PRESENTACIÓN DE LA TRADUCCIÓN

La idea de llevar a cabo la presente traducción surgió gracias a un viaje organizado por mi mujer y excelente abogada, Judit MANAGUERRA TORMO, que me llevó a California con nuestros dos hijos, Joan y Guillem, el mes de agosto de 2016. Ella me comentó que, entre otros lugares, quería que visitáramos la Facultad de Derecho de Stanford, para así admirar su magnífico campus universitario, donde podemos asombrarnos con estatuas esculpidas por Rodin, importadas para la universidad. Por ello, meses antes de emprender nuestro viaje pensé que sería una buena ocasión contactar con el profesor que enseñaba la misma materia de la que soy profesor en Barcelona, esto es, con el profesor George FISHER, que imparte la materia sobre prueba (*Evidence*) en la Facultad de Derecho de Stanford. Así, después de estudiar su manual sobre la prueba (George FISHER, *Evidence*, 3.<sup>a</sup> ed., Foundation Press, 2013), y varios artículos doctrinales suyos, descubrí la gran relevancia del artículo que se traduce en la presente obra, pues entendí que aporta un enfoque histórico sobre el origen de la institución del jurado como sistema de detección de mentiras que, trasladando dicha cuestión a nuestro derecho, demuestra que, en definitiva, en última instancia es el propio juez el sistema de detección de mentiras y quien determina a qué testigo cree y a cuál no cree.

Por ello, me puse en contacto con el profesor FISHER y concertamos una reunión que tuvo lugar en Stanford el 25 de agosto de 2016 en la que, entre otras cuestiones, aceptó de muy buen grado que procediera a la traducción de su excelente artículo que aquí se presenta. Así, es de justicia que, en primer lugar, agradezca la ayuda, disponibilidad, amabilidad, paciencia y colaboración que constantemente me ha prestado el profesor FISHER en la presente obra, ya que algunos pasajes del original están redactados en inglés antiguo. El lenguaje utilizado es eminentemente técnico, las referencias históricas son constantes y, a veces, se manejan expresiones polisémicas que exigen un estudio previo antes de aventurarse por una traducción rápida que hemos intentado evitar, prefiriendo una traducción lo más fiel posible al texto original, pretendiendo transmitir las brillantes ideas que el profesor FISHER incluye en su estudio.

Pero para llevar a cabo la presente traducción no he estado solo, pues al margen de la inestimable ayuda de su autor (como acabo de indicar), también he contado con los excelentes conocimientos de la lengua inglesa de mi amiga y traductora jurídica Gisela SANTAEULARIA RIERA, y he tenido la oportunidad de que revisaran (y pulieran) la versión española mi mujer y abogada Judit MANAGUERRA TORMO, mi gran maestro y amigo Joan PICÓ I JUNOY (catedrático de Derecho Procesal de la Universitat Pompeu Fabra), y de mi buen amigo y excelente jurista Carlos DE MIRANDA VÁZQUEZ (director del Área de Derecho Procesal de la Universitat Internacional de Catalunya).

Asimismo, también tengo que agradecer la ayuda prestada por el profesor Jordi NIEVA FENOLL, y por Lola FISAC GARCÍA-MUÑOZ (editorial Marcial Pons), quienes han hecho posible editar el presente libro en la magnífica colección «Proceso y Derecho»; y también la ayuda que me prestan cada día mis compañeros de despacho, mi padre y excelente abogado Juan Ramón ANDINO VILLASANTE, y mis compañeras Patricia ESTEVE ESTEVE y Anaïs ROCA VALMAÑA.

En este libro el lector comprobará la evolución histórica que ofrece su autor para sostener que, en el sistema judicial norteamericano, el jurado es el único sistema de detección de mentiras. Para ello, el autor parte de un juicio que no implicaba conflicto de credibilidad alguno, como lo era la ordalía. Abolida la misma en 1215, e instaurado el procedimiento judicial ante jurado, tanto en causas civiles como penales, el sistema judicial inglés buscó la legitimidad divina en la institución del juramento, prohibiendo conflictos de credibilidad (el acusado no podía declarar bajo juramento y no podía llamar a testigos para que declararan bajo juramento). El autor analiza cómo el sistema finalmente cedió y comenzó a permitir a los testigos de la defensa contradecir los juramentos de los testigos de la acusación y, poco a poco, el sistema judicial inglés y posteriormente el norteamericano permitieron declarar bajo juramento tanto a los testigos de la defensa como a los propios acusados, llegando a la conclusión de que, en Norteamérica, el jurado es el único sistema de detección de mentiras.

Asimismo, el lector debe tener en cuenta que los nombres concretos de los órganos jurisdiccionales ingleses y/o americanos, cuando pueden llevar a confusión, se han mantenido en su lengua original, ya que, como indicaba José PERE RALUY, en su artículo «La jurisdicción ordinaria en Inglaterra y Gales», publicado en la obra *La Organización Judicial en Inglaterra*, Barcelona, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1960, pp. 9-42, «nada más peligroso que la versión literal de buen número de términos jurídicos ingleses por otros castellanos de corte similar. Traducir *High Court* por Alta Corte o Alto Tribunal, puede inducir a la confusión de suponer que se trata del Tribunal Supremo de Inglaterra, cuando en realidad es un Tribunal, principalmente, de primera instancia» (*op. cit.*, n. 5, p. 11). Por ello, cuando en la presente obra se respete la terminología inglesa de la concreta mención al tribunal, se resaltará la misma mediante cursiva.

Finalmente, se ha optado por traducir el nombre de las leyes que se citan a lo largo del presente libro, pero seguidas de su texto en inglés entre parén-

tesis y en cursiva, con el objeto de facilitar al lector el texto en su versión original, por si fuera de su interés investigar o profundizar sobre alguna de las mismas. Así, por ejemplo, se indica en la traducción de la nota 12 (cap. IV), «Ley para mejorar la ley sobre la prueba» seguida por (*An Act for Improving the Law of Evidence*). También se ha optado por respetar la terminología inglesa respecto a las sentencias judiciales concretas [*vid.*, por ejemplo, los precedentes jurisprudenciales citados en la nota 81 (cap. III)].

Juan Antonio ANDINO LÓPEZ  
Abogado (Adesse, Abogados, S. L. P.)  
Profesor Asociado de la Universitat Internacional de Catalunya



**EL ORIGEN DEL JURADO  
COMO DETECTOR DE MENTIRAS**

## INTRODUCCIÓN\*

Decimos que la detección de la mentira es lo que nuestros jurados hacen mejor. En la liturgia del procedimiento, identificamos a los miembros del jurado como los únicos jueces de la credibilidad y les pedimos que declaren a cada testigo como el que dice la verdad o miente<sup>1</sup>. Toda jerarquía normativa, todo aprendizaje, y todo valor técnico ceden ante este afirmado poder de los jurados de señalar una mentira: hoy en día, en muchas jurisdicciones, ningún juez del proceso avisaría al jurado en el supuesto en que un testigo mienta<sup>2</sup>. Ningún perito psiquiatra haría ningún comentario sobre la credi-

---

\* George FISHER, Profesor Asociado, Stanford Law School. Querría agradecer a Al Alschuler, Barbara Babcock, Simon Deveraux, Eric Foner, Barbara Fried, Lawrence Friedman, Tom Gallanis, David Gold, Hank Greeley, Tom Green, Tom Grey, Dick Helmholz, Adam Hirsch, Dan Klerman, John Langbein, Michael Macnair, Barbara Shapiro, Avi Soifer, Bob Weisberg, y Kenji Yoshino por guiar mi búsqueda y comentar crítica y perceptivamente borradores previos. Alexis Haller, Allison Marston, Tami Swiger, Michael Risher, Mark Houle, y Lisa Tingue contribuyeron con muchas horas de excelente soporte de búsqueda. Xia Chen y Andrew Gurthet de la biblioteca de la Stanford Law School recolectaron docenas de fuentes remotas. Y a Ariela Dubler y a sus colegas de la editorial que han trabajado con cuidado y visión.

*N. del T.*: El trabajo que se aquí se traduce, del profesor George FISHER, data del año 1997, y en esa época el profesor FISHER era profesor asociado de la Stanford Law School. No obstante, entendemos de justicia indicar que en la actualidad el profesor FISHER es Judge John Crown Professor of Law de la Facultad de Derecho de la Universidad de Stanford (Stanford Law School). Su extenso *curriculum vitae* y artículos y libros publicados por él se puede consultar en <https://law.stanford.edu/directory/george-fisher/>, visitada el 2 de octubre de 2017.

<sup>1</sup> *Vid. Fifth Circuit Criminal Jury Instructions* § 1.09 (1990) («Vdes. son los únicos jueces de la credibilidad o de la "fiabilidad" de cada testigo y el valor que debe proporcionarse a la declaración del testigo»); *California Jury Instructions, Criminal* § 2.20 (West 1993) («Vdes. son los únicos jueces de la fiabilidad de un testigo»); 17 *Louisiana Civil Law Treatise: Criminal Jury Instructions* § 3.04 (Cheney C. JOSEPH, JR. y P. RAYMOND LAMONICA, eds., 1994) («[Vdes. son] los únicos jueces de la credibilidad de los testigos»); *Wisconsin Jury Instructions, Criminal* § 300 (1962 y supl. 1976) («Vdes. son los únicos jueces de la credibilidad de los diversos testigos»); *United States v. Barnard*, 490 F.2d 907, 912 (9.<sup>a</sup> Cir. 1973) («[E]l jurado es el detector de mentiras de la sala de vistas»).

<sup>2</sup> Incluso en nuestro sistema federal, que aún permite a los jueces comentar la prueba con el jurado, un juez que se atreva a hacerlo a propósito de la credibilidad se arriesga a una probable reprobación. *Vid.*, p. ej., *Quercia v. United States*, 289 U.S. 466, 471 (1993) (anula una condena después de que el juez dijera que cuando uno se limpiaba las manos, como el demandado había hecho

bilidad del testigo<sup>3</sup>. Raramente un técnico utilizando un polígrafo instruiría al jurado sobre el pulso y la presión, tensión o temperatura del testigo<sup>4</sup>. La tarea de detectar la mentira pertenece solo al jurado. Tampoco después, una vez que el jurado ha llevado a cabo la tarea de cribar la verdad de la mentira, podremos revisar cómo lo hicieron. En un procedimiento judicial en el que

---

en el estrado, era un signo común de mentira, porque «le corresponde al jurado poner a prueba la credibilidad del demandado como testigo»). La gran mayoría de Estados Americanos desde hace tiempo prohibían a los jueces comentar a los jurados el valor de la prueba de la credibilidad de los testigos. Sin embargo, en un número pequeño de estados, los jueces aún lo hacen. *Vid. infra* nota 28 (cap. V).

En Inglaterra, donde los jueces generalmente conservan el poder de comentar la prueba con el jurado, sin embargo, resulta claro que ellos «nunca deberían proporcionar una indicación expresa de su propia falta de creencia [convencimiento] de un testigo, especialmente la prueba aportada por un acusado, incluso en el supuesto en el que la prueba garantice su falta de credibilidad». Adrian KEANE, *The Modern Law of Evidence*, 3.<sup>a</sup> ed., 1994, p. 31 (cita un caso de 1988 en el que la corte criticó a un juez por decirle al jurado que él pensaba que el demandado estaba mintiendo); *vid. Rosemary PATTENDEN, Judicial Discretion and Criminal Litigation*, 1990, pp. 180-181. Pero no hace tanto tiempo, un comentarista dijo que «[s]emejante reproche como —“No estaría sorprendido, miembros del jurado, si vdes. se refirieran a la muy poca validez del testimonio del Sr.” no sería poco común». Pendleton HOWARD, *Criminal Justice in England*, 1931, p. 377.

<sup>3</sup> Los precedentes judiciales nos dicen que normalmente un perito no proporciona al jurado su opinión sobre la credibilidad del testigo, aunque está a la altura del umbral de la admisibilidad de la prueba pericial. *Vid. Fed. R. Evid.\* 702*; también *vid. p. ej., Bachman v. Leapley*, 953 F.2d 440, 441 (8.º Cir. 1992) («Está bajo la exclusiva potestad del jurado el determinar la credibilidad del testigo [...]. No se le permite a un experto el ofrecer su opinión sobre la fiabilidad o la veracidad del relato de la víctima»); *United States v. Benson*, 941 F.2d 598, 604 (7.º Cir. 1991) («La credibilidad no es un tema apropiado para un dictamen pericial; el jurado no necesita ningún experto para que le diga a quién deben creerse»), modificado, 957 F.2d 301 (7.º Cir. 1992); *State v. Boston*, 545, N.E.2d 1220, 1240 (Ohio 1989) (sosteniendo que un experto no debería opinar sobre la veracidad de un testimonio infantil). Sin embargo, algunos tribunales y comentaristas rechazan esas opiniones tan categóricas, e indican que la intervención del experto algunas veces puede ayudar al jurado a evaluar la credibilidad, especialmente cuando el testigo es joven o discapacitado mentalmente. *Vid., p. ej., United States v. Shay*, 57 F.3d 126, 131-34 (1er Cir. 1995); Margaret A. BERGER, *United States v. Scop*; «The Common-Law Approach to an Expert's Opinion About a Witness's Credibility Still Does Not Work», 55 *Brook. L. Rev., passim*, 1989, p. 559.

\* *N. del T.*: «*Fed. R. Evid.*» se refiere a las *Federal Rules of Evidence*, esto es, la normativa federal sobre prueba.

<sup>4</sup> El caso que representa la suspicacia del sistema respecto a la prueba científica, *Frye v. Estados Unidos*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923), rechazó la máquina de detección de mentira. En pocos años desde que el Tribunal Supremo sostuvo que la Normativa Federal sobre Prueba desplazaron el test *Frye*, *vid. Daubert v. Merrell Down Pharm., Inc.*, 509 U.S. 579, 589 (1993), dos cortes de apelación federal se retractaron con prohibiciones en todos los casos contra la prueba con polígrafo. *Vid. United States v. Cordoba*, 104 F.3d 225, 228 (9.º Cir. 1997); *United States v. Posado*, 57 F.3d 428, 434 (5.º Cir. 1995); *vid. también Estados Unidos v. Piccionna*, 885 F.2d 1529, 1535 (11.º Cir. 1989) (rechazando las prohibiciones automáticas anteriores a *Daubert*). Una tercera corte de apelación ha restablecido esa prohibición general. *Vid. United States v. Sherlin*, 67 F.3d 1208, 1216 (6.º Cir. 1995) («Como regla general, los resultados del polígrafo son inadmisibles»); *vid. también United States v. Kwong*, 69 F.3d 663, 668 (2.º Cir. 1995) [estableciendo que «incluso asumiendo que los resultados del polígrafo fueran admisibles bajo la Norma 702 (y es poco probable que lo mantengamos porque el testimonio específico aquí no es probable que “asista al juzgador de los hechos”)»]. He encontrado solo tres casos de cortes de distrito federales en las que la prueba del polígrafo fue admitida. *Vid. United States v. Galbreth*, 908 F. Supp. 877, 896 (D.N.M. 1995); *Ulmer v. State Farm Fire & Cas. Co.*, 897 F. Supp. 299, 304 (W.D. La. 1995); *United States v. Crumby*, 895 F.Supp. 1354, 1364-65 (D. Ariz. 1995).

El 3 de noviembre de 1997, la Corte Suprema consideró el argumento sobre la constitucionalidad de una prohibición general y automática contra el uso del polígrafo como prueba por parte de los acusados ante un tribunal militar. *Vid. United States v. Scheffer*, 44 M.J. 442 (C.M.A. 1996), cert. Granted, 117 S. Ct. 1817 (1997).

ocultamos a los miembros del jurado muchos aspectos legales y de prueba, ellos nos esconden completamente esta cuestión a nosotros.

No dejamos a nuestros miembros del jurado totalmente desarmados para esta tarea de detección de la mentira. Ellos vienen al juzgado, como a menudo les decimos, con su sentido común y podrán rechazar cualquier prueba que lo desafíe. Una vez en sala, les ofrecemos tres herramientas más para detectar la mentira: el juramento, el comportamiento del testigo durante la prueba, y las repreguntas. Cada testigo debe prometer declarar la verdad, dar la cara ante el jurado para ser oídos, y resistir el desafío del abogado contrario. Si faltan estas herramientas, entonces no pondremos al jurado a la tarea de detectar mentiras. Por tanto, normalmente no pedimos a los miembros del jurado juzgar la veracidad de un testigo de referencia. Pero esta regla general contra el testigo de referencia (contra los rumores) es nuestra única amplia excepción a la regla, por lo demás no cualificada, que deja las cuestiones de credibilidad al jurado.

Por supuesto, muchos casos no imponen ninguna carga particular a los poderes del jurado para descubrir mentiras. En numerosos supuestos no existe ningún conflicto con el testigo. En muchos otros hay un conflicto, pero el jurado es capaz de atribuirlo a un error, a una falta de percepción, o a una pérdida de memoria. Sin embargo, a menudo, dos testigos explican dos relatos que no pueden conciliarse inocentemente. Aquí los miembros del jurado deberán llamar mentiroso a alguien —de hecho, deben decir que alguien ha cometido perjurio—. Aun así, en muchos asuntos civiles, en los que los miembros del jurado tan solo deben decir qué testigo tiene *mayor* credibilidad, su tarea sigue siendo relativamente simple. Los casos penales suponen un mayor desafío. Si el acusado ha tomado la decisión de refutar el testimonio de un testigo de la acusación, entonces el jurado no condenará, salvo que esté preparado para dar mayor credibilidad al testimonio de la acusación que al de la defensa y que lo lleve a cabo más allá de cualquier duda razonable. Para asegurarse, no resulta descabelladamente raro que los acusados proclamen su inocencia frente a un conjunto de pruebas de cargo —y cuando así lo hacen, los miembros del jurado pueden calificarlos como perjuros, así como ladrones—. Pero hay abundantes asuntos penales en los que no proporcionamos al jurado más prueba sustanciosa que los juramentos del acusador y del acusado. En esos supuestos, ponemos a los miembros del jurado en la intratable tarea de buscar la verdad en los rostros y gestos de los signos del engaño.

Nuestra ingenua confianza en que los miembros del jurado están a la altura de esta tarea es más notable por ser tan probablemente errónea. Hay poca evidencia de que la gente común lo haga mucho mejor que el azar al separar la verdad de la mentira. Tendemos a confiar en pistas sin valor y a malinterpretar otras<sup>5</sup>. Pero, aunque el jurado no garantice ser un certero y exacto detector de mentiras, detecta mentiras en un sentido que *parece* certero o, cuando menos, en un sentido que oculta la fuente de cualquier im-

---

<sup>5</sup> Vid. *infra* notas 37-38 (cap. V) y el texto que las acompañan.

precisión frente a la mirada del público en general. Al permitir que el jurado resuelva los conflictos de credibilidad en la «caja negra» de la sala del jurado, el sistema de justicia penal puede presentar al público una «respuesta» —un solo veredicto de culpabilidad o inocencia— que resuelve todas las cuestiones de credibilidad en un sentido que es en gran parte inmune al recurso o a la revisión. Haciendo del jurado un detector de mentiras, el sistema protege su propia legitimidad.

Esta función de eliminación de errores (detección de mentiras) del jurado disminuye otros mecanismos que se suponen que deben protegerse frente a veredictos injustos. Libera al juez y al fiscal de la carga habitual de evaluar las pruebas antes de pasar el caso al jurado. En la moción de veredicto dirigido, que suele ser una oportunidad para que el juez libere al sistema de una acusación endeble, el juez simplemente asume la veracidad de los testigos gubernamentales y deja el problema de la detección de mentiras en manos del jurado<sup>6</sup>. Los tribunales de apelación rechazan la revisión de los juicios del jurado sobre credibilidad. Y los fiscales, quienes normalmente deben asegurarse de que tienen un caso probable para presentar cargos, son capaces de evitar cualquier deber significativo de escrutar los casos débiles cuando la culpabilidad se convierte en una cuestión de credibilidad. El testimonio prestado bajo juramento por un testigo que no resulta obviamente delirante ni fantasioso es todo lo que el fiscal necesita para satisfacer el requisito de una causa probable<sup>7</sup>.

En las siguientes páginas pretendo buscar la fuente de esta unánime confianza de que el jurado puede responder a todas las cuestiones sobre credibilidad. ¿Cuándo y por qué el sistema declaró que los miembros del jurado tenían la sabiduría para arbitrar conflictos de credibilidad sin matices en los procedimientos penales? A la pregunta «cuándo», la sorprendente respuesta es que muy recientemente. Si retrocedemos unos 140 años a través de los 800 años de la historia del jurado en el procedimiento penal, nos encontraremos en una época en la que ningún jurado tenía que escoger entre el testimonio bajo juramento del acusador ni del acusado. No es hasta la segunda mitad del siglo XIX en la que los acusados en un procedimiento penal en el mundo del *common law*\* podían testificar bajo juramento en sus propias causas. Los acusados podían explicar sus historias, pero no bajo juramento, y el ju-

<sup>6</sup> Vid. 26 James WM. MOORE *et al.*, *Moore's Federal Practice* § 629.06, 3.<sup>a</sup> ed., 1997, pp. 628-629 («La regla está bien establecida, por supuesto, que en una moción de absolución, todas las dudas sobre la credibilidad deben resolverse a favor del gobierno»).

<sup>7</sup> Sin embargo, muchos fiscales se autoimponen un estándar más elevado para sostener una acusación. Vid., p. ej., Carol A. CORRIGAN, «On Prosecutorial Ethics», 13 *Hastings Const. L.Q.*, 1986, pp. 537, 539-540 (citando los estándares de acusación de los fiscales de California, que establecen que los fiscales deben estar «satisfechos» con la culpabilidad del acusado antes de presentar cargos).

\* *N. del T.*: Hemos preferido mantener el término «*common law*» sin traducirlo al castellano, habida cuenta la aceptación de dicho término incluso en la literatura jurídica española; no obstante, resaltaremos en cursiva dicho término en cuanto surja en el texto traducido. Tal es la opción mantenida en otras recientes traducciones, de las que destaco la llevada a cabo por parte del profesor Joan PICÓ i JUNOY del libro de Mirjan R. DAMAŠKA, *El derecho probatorio a la deriva*, Madrid, Marcial Pons, 2015.

rado, dividido entre dos historias en conflicto, podía simplemente escoger el creerse la acusación bajo juramento sobre la negación de la misma prestada sin juramento.

Si retrocedemos otros 160 años, llegamos a una época en la que ningún jurado tenía que escoger entre el testimonio de la acusación prestado bajo juramento y los testigos de la defensa en un procedimiento criminal. No es hasta comienzos del siglo XVIII cuando los delincuentes acusados podrán llamar a testigos a declarar bajo juramento. Ellos podían llamarlos a declarar sin prestar juramento, pero un jurado con dudas simplemente preferiría una prueba prestada bajo juramento. Retrocediendo 150 años más, a mediados del siglo XVI y antes, llegamos a un tiempo en el que solo la fiscalía podía proponer cualquier clase de testigo en un procedimiento penal. Aunque los acusados podían declarar, no podían jurar, y no podían llamar a ningún testigo para que declarara. Los jurados que presidieron estos juicios no tuvieron que enfrentarse a nada comparado a nuestros modernos conflictos de juramentos.

Esta pequeña historia sugiere «por qué» estamos ante algo más complicado de resolver de lo que pensábamos. Antes de que nos preguntemos por qué el sistema dio al jurado una discreción ilimitada para resolver conflictos de credibilidad entre testimonios prestados bajo juramento, debemos examinar por qué el sistema en sus primeros días buscó eliminar esos conflictos de credibilidad. Argumentaré que la respuesta a ambas cuestiones reside en la necesidad de legitimar el sistema —para la confianza del público en la exactitud de sus resultados—<sup>8</sup>. En los primeros años del jurado en el procedimiento penal, el sistema buscó apostar por su reivindicada legitimidad principalmente en el juramento y en el percibido poder divino del juramento de obligar al testigo a decir verdad. El papel central del juramento exigió que el sistema evitara conflictos de credibilidad relativos al propio juramento, porque cualquier conflicto de ese tipo hubiera revelado una visible y obvia

---

<sup>8</sup> Cuando menciono la necesidad de legitimación del sistema, me refiero solo a lo siguiente: los protagonistas del sistema creyeron que era de su interés el que las sentencias del propio sistema fueran aceptables para el público y en consecuencia elaboraron dichas sentencias en un sentido que entendieron que el público aceptaría. Yo añadiría —aunque no es esencial para mi argumento— que la intuición de las autoridades sobre lo que el público aceptaría era lo que probablemente les era familiar y probablemente respondían a expresiones públicas de confianza o de descontento. Sin embargo, no estoy sosteniendo el poder legitimador de la ley —su poder de dar forma a lo que el público quiere— del tipo que Alan Hyde encuentra tan insostenible. *Vid.* Alan HYDE, «The Concept of Legitimation in the Sociology of Law», *Wis. L. Rev.*, n. 5, 1983, pp. 379, 385 («Es este último modelo [de legitimidad], el proceso que lidera desde la ley hasta la creencia en la legitimidad hacia un particular comportamiento político, que crítico en este artículo»). Ni mucho menos estoy ofreciendo una valoración sobre «el estándar subjetivo que la ley está destinada a proyectar», del tipo que Charles Nesson parece abrazar cuando argumenta que «el ánimo de la búsqueda de los hechos en el proceso es [...] el generar [veredictos] aceptables». Charles O. NESSON, «The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts», 98 *Harv. L. Rev.*, 1985, pp. 1357, 1359, 1362.

Utilizo el concepto de legitimidad para simplemente sugerir que un «régimen que anuncia normas [populares] y que las persigue es [...] algo más probable de llegar a ser popular entre la población» y en consecuencia, un régimen que espera un apoyo popular en todo momento se conformará y se someterá a ideas populares de justicia». HYDE, *supra*, p. 414. Hyde entiende que dicha proposición «es probablemente verdad, pero difícilmente interesante». *Id.* p. 415.

cuestión de insuficiencia del juramento para asegurar un testigo veraz. Por tanto, cuando el sistema permitió, por primera vez, que emergieran conflictos en el testimonio, no permitió conflictos *entre juramentos*.

Este y otros arreglos para evitar conflictos en los juramentos permitieron al sistema abrazar una presunción de que toda prueba jurada era veraz — una presunción que nos suena claramente ajena, pero que persistió en forma más intensa o más débil durante gran parte de la historia del jurado—. Sin embargo, con el tiempo, por razones que expondré más adelante, el sistema tuvo que liberar gradualmente su apego al juramento como una fuente de su legitimidad. Y cuando lo hizo, entonces se volvió hacia al jurado como una alternativa. Durante los últimos siglos de la historia del jurado, el sistema ha cometido aún más —y más intrincados— conflictos de credibilidad hacia la «caja negra» del jurado. Y el jurado, bajo su leal apoyo a la legitimidad del sistema, ha llevado a cabo retorcidos e inexpugnables veredictos.

Este estudio cuenta la larga historia de la lenta mayoría de edad del jurado como un sistema de detección de mentiras en los procedimientos penales. Narra la muerte de las viejas reglas sobre la prueba que efectivamente apartaban del jurado la tarea de resolver conflictos de credibilidad entre testigos prestados bajo juramento. Como los protagonistas de muchas buenas historias, estas reglas llevaron vidas sin incidentes, pero sufrieron muertes dignas de mención, tocadas por la intriga de la traición y la lucha entre facciones. Enfatizaré dos aspectos del proceso evolutivo. Primero, que fue pasmosamente lento. A pesar del atractivo del jurado como medio para resolver conflictos de credibilidad, el sistema desplegó una remarcable resistencia al cambio, una inercia de proporciones planetarias perturbada solo mediante eventos explosivos. Segundo, la explosión más importante fue ajena al sistema. Como resultado, el proceso evolutivo no estaba basado en principios, impulsados por la convicción de que el jurado puede y debe resolver los conflictos de credibilidad. En su lugar, los cambios legislativos que mayormente ampliaron el potencial para los conflictos de credibilidad en la prueba bajo juramento en los juicios penales fueron producto de tormentas políticas. En este sentido, la fe en las facultades del jurado para detectar la mentira solo siguió el curso de los acontecimientos<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Al enfatizar el papel de estos acontecimientos externos no pretendo acoger una teoría «social» de la evolución jurídica —en la que las fuerzas en movimiento se encuentran en la sociedad y no en los actores legales ni en las instituciones—. *Vid.* Lawrence M. FRIEDMAN, *Law and Society*, 1977, pp. 93-99 (definiendo y distinguiendo las teorías «interna» y «social» del Derecho). Tampoco pretendo destacar que la necesidad de legitimar el sistema judicial ayudó a configurar las normas legales, esto es, a acoger una teoría «interna» del cambio. De hecho, no estoy en situación de evaluar la relativa importancia de las fuerzas externas e internas en los cambios que aquí analizo. Excluyo del presente estudio (por motivos de tiempo y espacio) el papel jugado por dos grandes e importantes acontecimientos externos —la progresiva secularización y democratización de las sociedades inglesa y americana— que hicieron mucho para derribar la fe en el poder del juramento para asegurar la verdad y para construir la confianza en el jurado para detectar mentiras.

En cualquier caso, parece fútil el intentar mantener esta distinción interna-externa. Incluso si fuerzas sociales determinan «la deriva general, la tendencia a largo plazo» de la evolución legal, una teoría «interna» podría funcionar razonablemente al explicar sucesos legales menores y a corto plazo. *Id.* pp. 96-97. A la inversa, incluso si el derecho es «en gran medida autónomo y no moldeado por las necesidades de la sociedad», sin embargo, es influenciado por «los legisladores»,

Antes de proceder, sería aconsejable explicar más claramente qué quiero decir con la tarea de detección de la mentira. Aunque espero acreditar que el papel completo y formal del jurado como sistema de detección de mentiras es relativamente moderno, no pretendo persuadir al lector de que los procesos de pensamiento de los modernos miembros del jurado sean nuevos. Así como hay testigos que han presentado demandas contra los miembros del jurado por casos anteriores en los que no han tenido en consideración sus manifestaciones, los miembros del jurado han tenido la potestad —y quizá la inclinación— de no creer a dichos testigos y de sentir indiferencia a lo que dijeran. De hecho, el papel de detección de mentiras de los miembros del jurado en las pasadas generaciones podría parecerse mucho, hoy en día, al papel de legislador de los jurados. En la actualidad, de manera oficial, decimos que los jurados no tienen ningún rol de legisladores. Aunque no solo los jurados legislan de hecho —somos testigos de las repetidas negativas de los jurados de Michigan de condenar a Jack Kevorkian por asistir al suicidio—<sup>10</sup> sino que muchos observadores consideran que su poder es un elemento fundamental de nuestro sistema judicial<sup>11</sup>. En un sentido similar, argumentaré que la ideología del sistema de juicios por jurado en un momento determinado requería que el sistema *alegara* que el jurado no actuaba como detector de mentiras, incluso cuando el poder del jurado para llevar a cabo manifestaciones de credibilidad era fundamental para el correcto funcionamiento del sistema.

No espero demostrar que la tarea de detectar mentiras, como materia epistemológica mayor, haya cambiado con el tiempo. Cuando menos, algún historiador ha tratado de explicar alguno de los progresos que describo aquí como una forma en que las personas en general —no solo los miembros del jurado— han resuelto contradicciones entre fuentes de información<sup>12</sup>. Aunque tan envolvente epistemología puede haber jugado un papel en la histórica transformación de la función de detección de la mentira del jurado, existen muchas razones, que creo revisaré a tiempo, para pensar que no lo fue. En cualquier caso, no puede explicarse el cambio del papel del jurado sin asumir complejos cambios en la forma en la que muchos de nosotros pensamos.

Sin embargo, destacaré que el papel del jurado como detector de mentiras ha crecido en su sentido algo formalizado: el sistema se ha vuelto cada

---

siendo miembros de la sociedad y compartiendo sus valores y experiencias». Alan WATSON, *The Evolution of Law*, 1985, pp. 118-119. En un estudio que, como este, cubre una gran parte de territorio, comprendiendo tanto las tendencias a largo plazo como los cambios doctrinales minuciosos, tanto las fuerzas externas como las internas están obligadas a desempeñar un papel.

<sup>10</sup> Vid. Jack LESSENBERRY, «Jury Acquits Kevorkian in Common-Law Case», *N.Y. Times*, 15 de mayo de 1996, en A14; Jack LESSENBERRY, «Kevorkian Again Not Guilty of Aiding Suicide», *N.Y. Times*, 9 de marzo de 1996, en A7; David MARGOLICK, «Jury Acquits Dr. Kevorkian of Illegally Aiding a Suicide», *N.Y. Times*, 3 de mayo de 1994, en A1.

<sup>11</sup> Vid., p. ej., Alan SCHEFLIN y John VAN DYKE, «Jury Nullification: The Contours of a Controversy», *Law & Contemp. Probs.*, otoño de 1980, pp. 51, 85-111; Katherine BISHOP, «Diverse Group Wants Juries To Follow Natural Law», *N.Y. Times*, 27 de septiembre de 1991, en B16 (informando a la Fully Informed Jury Association, un grupo que hace *lobby* para instrucciones de anulación).

<sup>12</sup> Vid. *infra* notas 35-39 (cap. II) y el texto que acompaña a las mismas.



vez más dispuesto a *declarar* que el jurado —y no así el juramento— tiene la tarea de cribar las pruebas no fiables en el proceso de toma de decisiones. Vemos el cambio del sistema de la *declaración* del papel del jurado como una erosión gradual de aquellas reglas sobre la prueba que habían ahorrado a los jurados la tarea de decidir cuál de los dos testigos contradictorios había mentido bajo juramento. Tan pronto como el sistema otorgó al jurado incluso más autoridad para resolver los conflictos entre testimonios prestados bajo juramento, proclamó entonces al jurado como el detector de mentiras del sistema. Y así lo hizo, como indicaré, porque percibió que el jurado era un garante cada vez más creíble de la legitimidad de los veredictos del sistema —y porque entendió el juramento como un garante cada vez menos creíble—. Si en la práctica judicial los jurados *hicieron* algo diferente entonces es algo que desconocemos, con la excepción de que lo que realmente hicieron fue el reflejo de lo que el sistema les indicaba que es lo que tenían que hacer.

Al explicar la historia de la irrupción del jurado como detector de mentiras, me centraré en los procedimientos penales por una razón principal y otra accesoria. La principal consiste en que la tarea de detección de la mentira, al menos bajo presupuestos modernos, plantea un desafío mucho mayor en los casos penales que en los civiles. Como he indicado anteriormente, aunque un jurado civil pueda resolver un conflicto de credibilidad con base en una mera preponderancia de la prueba, un jurado penal (por lo menos uno que opte por creer a los testigos de la fiscalía sobre los del acusado) debe plantear la disputa más allá de cualquier duda razonable<sup>13</sup>. La razón accidental consiste en que los cronistas contemporáneos, como los historiadores jurídicos, tienden a encontrar los casos penales más interesantes —por ello, para bien o para mal, simplemente sabemos más sobre ellos—. Eso no quiere decir que lo que sepamos sobre la evolución de los juicios civiles no pueda arrojar luz en este estudio sobre el jurado penal, y que en el viaje por la historia que a continuación realizaré, incorpore de vez en cuando perspectivas desde el proceso civil.

Ese viaje empieza en Inglaterra en la segunda década del siglo XIII. Empezamos en Inglaterra porque el proceso penal con jurado surgió allí. Más tarde, como el sistema del jurado se trasladó con los ingleses a América, cambiaré mi foco de atención para recoger acontecimientos de ambos lados del Atlántico. Empezamos a principios del siglo XIII porque el súbito final del juicio por ordalía en 1215 dio lugar a los primeros procesos con jurado. Cuando la Iglesia abruptamente prohibió a los sacerdotes tomar parte en las ordalías, los sistemas de justicia europeos perdieron un mecanismo de juicio que había servido para revelar el juicio de Dios sobre la culpabilidad del acusado. En la Parte I del trabajo, analizaré cómo los ingleses buscaron reemplazar la legitimidad divina de la perdida ordalía. Argumentaré que, al juzgar sus veredictos sobre el juramento de los testigos, el sistema de justicia encontró que podía afirmar que la amenaza de venganza divina garantizaba resultados de veracidad. Las normas que solo permitían a la fiscalía llamar a

---

<sup>13</sup> Sobre el momento del desarrollo del estándar de la duda razonable, *vid. infra* nota 42 (cap. IV).

testigos ayudaron, a su vez, a resguardar la legitimidad del juramento protegiéndose frente la vergüenza de declaraciones juradas contradictorias.

A medida que esta realidad fue poco a poco rompiéndose, el sistema empezó a tolerar ciertas clases de conflictos de credibilidad y a complicar la tarea de detección de mentira del jurado. La Parte II del estudio traza los primeros pasos de esta disolución. La aparición ocasionalmente de testimonios de la defensa prestados sin juramento alguna vez en el siglo XVI acostumbró poco a poco a los jurados no solo a historias contradictorias, sino a declaraciones juradas contradictorias. Entonces, muy al final del siglo XVII, sobrevino una gran sacudida, la primera repentina transformación del jurado en su papel de detector de mentiras. A través de dos leyes de 1696 y 1702, el Parlamento otorgó el derecho a los traidores y a los criminales a citar a testigos para que prestaran declaración bajo juramento. Súbitamente, por primera vez en los 500 años de historia del juicio a través del jurado, los jurados en procedimientos criminales graves rutinariamente se arriesgaban a resolver conflictos de credibilidad de declaraciones prestadas bajo juramento. Explicando la historia de esta revolución jurídica menor nos llevará hacia el vórtice de la más violenta tormenta jurídica y política de la época, que sopló sobre los juicios de traición de los Stuart en las décadas de 1670 y 1680, que finalmente impulsó al propio Parlamento a actuar.

Incluso después de que los acusados penalmente empezaran a citar a declarar a testigos bajo juramento, el sistema luchaba para mantener el antiguo orden y proteger a los miembros del jurado, en la medida de lo posible, de tener que escoger entre declaraciones juradas contradictorias. En la Parte III del presente estudio examinaré cómo se llevó a cabo eso. Durante al menos un siglo y medio después de las leyes de 1696 y 1702, diversas normas de amplio rango sobre la prueba ayudaron a prevenir conflictos en sala sobre la credibilidad de las declaraciones prestadas bajo juramento y a proteger la vieja presunción de que toda declaración prestada bajo juramento se ajustaba a la verdad. Entre estas se encontraba una amplia serie de normas de admisibilidad de los testigos que excluían categorías enteras de testigos —los que pensaban que era más probable que mintieran— para testificar. Una norma sobre prueba de aplicación reducida aconsejaba a los miembros del jurado conciliar testimonios contradictorios de forma que se evitara marcar a cualquier testigo como perjuró. Poco conocida hoy en día, la norma del *Caso Bethel*<sup>14</sup> equivalía en la práctica a una advertencia de que los jurados debían calificar a un testigo como equivocado o erróneo antes de llamarle mentiroso. Estas normas se aplicaban conjuntamente con otras para proteger a los jurados de la tarea de distinguir a los que decían verdad de los mentirosos. Tomadas en conjunto, delataban la continua preocupación del sistema sobre el emergente papel del jurado como detector de mentiras.

La Parte IV del trabajo relata la desaparición en el siglo XIX de muchas de estas reglas y el consiguiente surgimiento del jurado como el árbitro pleno de las disputas sobre credibilidad. El último, y de lejos el más importante

---

<sup>14</sup> *The Tryal of Slingsby Bethel Esq.* 9, London, R. Harbottle, 1681; *vid. infra* cap. III.1.

peldaño en este progreso, fue el final de la norma que impedía a los acusados penales declarar bajo juramento. Los acusados son, después de todo, los testigos más prolíficos en declarar en su propio nombre<sup>15</sup>, y son por razones obvias los más propensos a mentir. Una vez que ganaron su derecho a declarar bajo juramento, un jurado medio en un procedimiento penal medio esperaría enfrentarse a un conflicto de credibilidad que le obligaría a determinar que uno o dos testigos habrían mentido en su declaración prestada bajo juramento. En 1864, contra todo pronóstico, fue el Estado de Maine el que se convirtió en la primera jurisdicción de *common law* del mundo en dar este paso transformador, y una gran cantidad de estados, principalmente del norte, le siguieron. La búsqueda de la fuerza desencadenante detrás de este primer estallido del Norte de modernizar la actividad judicial nos llevará a una lejana y más grande tormenta —el choque entre el Norte y el Sur sobre el estatus legal de los afroamericanos—. La decisión del Norte de otorgar a los acusados penales el derecho a declarar bajo juramento acredita que ha sido, en parte por lo menos, una táctica en una batalla muy distinta sobre el derecho de los esclavos a declarar en los tribunales del Sur.

Sin tan enormes sacudidas externas como los juicios por traición de Stuart y la Guerra Civil Americana, la fuerza de la inercia legal podría haber retrasado durante décadas el progreso del jurado hacia su papel claramente más moderno como detector de mentiras. Sin embargo, no hay duda sobre la dirección en la que la evolución legal llevaba al jurado: por algún tipo de trinquete histórico unidireccional, la potestad de detectar la mentira del jurado fue creciendo consistentemente y, bajo ningún período continuo, nunca fue disimulada por el sistema. En la Parte V de mi trabajo, intentaré explicar las fuerzas que propulsaron la evolución del jurado como detector de mentiras. Sugeriré que la respuesta tiene mucho que ver con el problema de la legitimidad y la necesidad del sistema de reducir preguntas difíciles a respuestas claras que el público aceptaría. Para esta tarea, la «caja negra» del jurado tiene un atractivo innegable.

Ahora, sin embargo, debemos empezar por el principio. La Parte I de mi estudio, entonces, vuelve a los primeros años del jurado, donde esperamos encontrar las raíces de la devoción del procedimiento penal con jurado por la santidad del testimonio prestado bajo juramento.

---

<sup>15</sup> Basados en ejemplos de casos de la década de 1950, Harry Kalven y Hans Zeisel informaron que el acusado subió al estrado a declarar en el 82 por 100 de los casos, pero citó a declarar a un amigo o a un miembro de la familia (la siguiente categoría más numerosa de testigos de la defensa) en solo un 47 por 100 de los casos. *Vid.* Harry KALVEN, JR. y Hans ZEISEL, *The American Jury* 33, n. 1, 1966, p. 137. Dan Klerman me ha sugerido que la doctrina de *Griffin v. California*, 380 U.S. 609, 615 (1965), que prohíbe que el fiscal comente un hecho sobre el que no se haya pronunciado el acusado, puede alentar hoy en día el silencio por parte de los acusados.

## I. LA ORDALÍA Y EL JUICIO CON JURADO: PRELUDIO TEÓRICO

Aunque el origen del jurado se halla escondido en los rituales de épocas oscuras, el del procedimiento penal podemos datarlo con cierta precisión. El primer procedimiento penal con jurado parece haberse celebrado en Westminster en 1220<sup>1</sup>. Los jurados habían actuado desde hacía tiempo para resolver varias disputas civiles, especialmente reclamaciones sobre tierras, y habían actuado durante décadas como cuerpos acusadores en casos criminales similares a los grandes jurados modernos. Pero nunca con anterioridad a 1220 un jurado se sentó ante un acusado con la potestad de absolverlo o condenarlo.

La ocasión para este repentino nacimiento del jurado fue la súbita muerte del juicio por ordalía<sup>2</sup>. Con anterioridad a 1215, los juicios penales se resolvían por ordalía o por combate. En la ordalía del agua fría, el acusado era arrojado a una piscina con una cuerda atada alrededor de sus caderas. Si se hundía, se hallaba entonces a una persona inocente, pues la pureza del agua

---

<sup>1</sup> Vid. Roger D. GROOT, «The Early-Thirteenth-Century Criminal Jury», en J. S. COCKBURN y Thomas A. GREEN (eds.), *Twelve Good Men and True: The Criminal Trial Jury in England, 1200-1800*, 1988, pp. 3, 17-18 (en adelante, *Twelve Good Men and True*). Algún historiador del primitivo jurado ha argumentado que el jurado en procedimientos penales podía verse en su forma inicial como pronto en 1194-1195. Vid. Catharine HAMILTON KAPPAUF, *The Early Development of the Petty Jury in England: 1194-1221*, 1973, p. 153 [tesis doctoral no publicada, Universidad de Illinois (Urbana-Champaign)] (archivo proporcionado por el autor). Creo que GROOT, quien argumenta que el poder de condenar distinguió el verdadero jurado del procedimiento penal de encarnaciones anteriores, vid. GROOT, *supra*, p. 19, tiene la posición doctrinal más sólida.

<sup>2</sup> Los estudiosos de la ordalía no se ponen de acuerdo sobre si su muerte fue efectivamente súbita. Cfr. Paul R. HYAMS, «Trial by Ordeal: The Key to Proof in the Early Common Law», en Morris S. ARNOLD *et al.* (eds.), *On the Laws and Customs of England*, 1981, pp. 90, 101 (destaca el argumento de que los acontecimientos sociales llevados a cabo durante siglos llevaron consigo el lento final de las ordalías), con Robert BARTLETT, *Trial by Fire and Water: The Medieval Judicial Ordeal*, 1986, pp. 42-43, 69-70, 100, 128 (indica que la ordalía «floreció» en los siglos XI y XII antes de ser abruptamente «abandonada» en 1215). Creo que los argumentos más sólidos son los que indican que las medidas que tomó la Iglesia en 1215 llevaron a esta institución a un rápido final.

lo había aceptado<sup>3</sup>; pero si el agua le repelía y flotaba, entonces era condenado. En la ordalía del acero candente, la acusada caminaba sujetando entre sus manos desnudas una barra de hierro candente. Tres días después, cuando se le retiraba el vendaje, sus manos curadas revelaban su destino: si las heridas se estaban curando claramente, era absuelta; si estaban corruptas, era condenada<sup>4</sup>. En cualquier caso, el enjuiciamiento le pertenecía a Dios. Pero en 1215 la Iglesia prohibió a los sacerdotes officiar las ordalías y súbitamente despojó a estos rituales de su divina impronta<sup>5</sup>. Sistemas jurídicos ingleses y otros de Europa pronto abandonaron las ordalías en los procedimientos penales<sup>6</sup>. Aunque la Iglesia no actuó en modo alguno en el ámbito del juicio por combate, esa forma de proceso careció del apoyo popular necesario para llenar el vacío de las ya perdidas ordalías; a menudo, el combate entre el acusador y el acusado finalizaba mal para el mejor, pero más débil litigante<sup>7</sup>. Además, no siempre quedaba claro quién tenía que luchar en nombre de la acusación<sup>8</sup>. Los sistemas de justicia penales europeos, por tanto, de repente buscaron un sistema alternativo de juicio<sup>9</sup>.

<sup>3</sup> Superar la ordalía no significaba, sin embargo, que el acusado fuera liberado. Si, a pesar del veredicto de la ordalía, el acusado era hallado culpable por unanimidad, era entonces enviado al exilio. Vid. Henry CHARLES LEA, *Superstition and Force*, Filadelfia, Lea Brothers & Co., 4.ª ed., 1892, p. 400 (citando la Asamblea de Clarendon de 1166).

<sup>4</sup> Vid., p. ej., BARTLETT, *supra* nota 2, p. 1 (describiendo la ordalía del acero candente); Thomas Andrew GREEN, *Verdict According to Conscience: Perspectives on the English Criminal Trial Jury, 1200-1800*, p. 8 n. 18 (describiendo ambas ordalías); HYAMS, *supra* nota 2, en p. 93 (describiendo ambas ordalías); Margaret H. KERR *et al.*, «Cold Water and Hot Iron: Trial by Ordeal in England», *22 J. Interdisc. Hist.*, 1992, pp. 573, 582-583, 588-589 (describiendo ambas ordalías). KERR y sus colegas consideran que era más frecuente que las mujeres fueran sometidas a juicio por ordalía del acero candente, mientras que los hombres lo fueran a juicio por ordalía del agua fría. Vid. KERR *et al.*, *supra*, p. 582; *vid.* también *infra* nota 63.

<sup>5</sup> Vid. GROOT, *supra* nota 1, p. 3; también *vid.* Rebecca C. COLMAN, «Reason and Unreason in Early Medieval Law», *4 J. Interdisc. Hist.*, 1974, pp. 571, 582 (con posterioridad a la introducción del cristianismo, las ordalías eran normalmente tramitadas por el clero). Por tanto, el Cuarto Concilio Lateranense de 1215 —y no la Carta Magna, del mismo año, que poco tuvo que ver con esta materia— incitó el nacimiento del jurado en procedimientos penales en Inglaterra. Vid. GROOT, *supra* nota 1, p. 10.

<sup>6</sup> Vid. BARTLETT, *supra* nota 2, p. 100 (citando una ley inglesa de 1219 y una ley danesa de 1216).

<sup>7</sup> Vid. *id.*, p. 116 («La idea de que la justicia del combate era, por tanto, el único dato relevante para la victoria [...] quizá, no fue siempre convincente»). Es verdad que el débil podía alquilar los servicios de un campeón para que combatiera por ellos, pero entonces el juicio por combate funcionaba en contra de los pobres.

<sup>8</sup> Con anterioridad a 1215, los procesamientos públicos, o las acusaciones públicas, fueron resueltos mediante la ordalía, mientras que los procesamientos privados, o las «apelaciones», fueron juzgados mediante combate. Vid. *The Treatise on the Laws and Customs of the Realm of England Commonly Called Glanvill*, G. D. G. Hall ed. & trans., Nelson, 1965, pp. 171-173 (c. 1188) (en adelante GLANVILL). Los enfrentamientos cara a cara parece que fueron más aplicados a las acusaciones privadas que a las públicas.

El juicio por combate, a pesar de no utilizarse desde 1492, sobrevivió en la legislación inglesa hasta 1819. Vid. Ley para abolir las apelaciones por delito de asesinato, traición, delito u otras ofensas, y apuesta de batalla, o sumándose a la cuestión y juicio por batalla, en los textos legales (*An Act to Abolish Appeals of Murder, Treason, Felony or Other Offences, and Wager of Battle, o Joining Issue and Trial by Battle, in Writs of Right*), 1819, 59 Geo. 3, cap. 46; BARTLETT, *supra* nota 2, p. 122; *vid.* además Anthony MUSSON, *Public Order and Law Enforcement: The Local Administration of Criminal Justice, 1294-1350*, p. 169, n. 4 (1996) (indicando que el juicio por combate devino obsoleto al principio del año 1300).

(Vid. nota 9 en página siguiente)