

LA INSTAURACIÓN DEL JUICIO POR JURADOS EN CHILE:
MÁS DUDAS QUE CERTEZAS

RODRIGO ÁLVAREZ QUEVEDO*
Universidad Andrés Bello

SAMUEL MALAMUD HERRERA**
Universidad de Buenos Aires

SUMARIO: I. Introducción. II. El juicio por jurados: ¿más democracia y mayor legitimidad? 1. El juicio por jurados como institución desapegada de sus virtudes históricas. 2. Jurados, democracia y el rol del juez en los Estados modernos. 3. El juicio por jurados y la restauración de la legitimidad. III. Juicio por jurados: ¿una decisión más justa? 1. La decisión justa y decir la verdad. 2. La necesidad de motivación. 3. Los tres momentos en la toma de decisión sobre los hechos. a) El momento de la conformación del conjunto de elementos de juicio. b) El momento de la valoración. c) El momento de la decisión. IV. Conclusiones. Bibliografía.

PALABRAS CLAVE: Jurado, democracia, legitimidad, motivación.

I. INTRODUCCIÓN***

It's always difficult to keep personal prejudice out of a thing like this.
And wherever you run into it, prejudice always obscures the truth.
12 ANGRY MEN (1957)

– Me pregunto si somos los adecuados para juzgar a esa mujer.
– Por eso somos doce, ¿no?
DA TWAAALF (2019)

* Abogado, Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales, Universitat de Barcelona y Universitat Pompeu Fabra, profesor de Derecho penal de la Universidad Andrés Bello, correo: ralvarezquevedo@gmail.com.

** Abogado, Máster en Derecho penal, Universidad de Sevilla, doctorando en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, correo: smalamud@gmail.com.

*** Agradecemos los valiosos comentarios a un borrador de este trabajo realizados por Guillermo Chahuán Chahuán, que nos han permitido mejorar una primera versión. Los errores que persistan, por cierto, son responsabilidad de los autores.

De forma reciente en Chile, han adquirido relevancia las propuestas de reforma al sistema procesal penal centradas en la incorporación de jueces legos. Diversos autores han hecho presente la necesidad de adoptar esta forma de juzgamiento que permite una mayor participación ciudadana para enmendar la crisis de legitimidad que atraviesa el sistema de justicia criminal.

En el último tiempo se han publicado columnas en medios de prensa, trabajos científicos y han tenido lugar seminarios y actividades de discusión académica¹, en las que normalmente se termina por concluir –salvo aislados disensos– en la necesidad de introducir el juicio por jurados en el proceso penal chileno.

Sería incorrecto plantear que la promoción de este modelo de enjuiciamiento es algo novedoso o una idea reciente en nuestro medio²; pero, lo cierto es que, en este último tiempo, dicha iniciativa ha encontrado un mayor respaldo a raíz de la actual coyuntura política y social. En efecto, los promotores del juicio por jurados anudan su propuesta en un punto central: los bajos niveles de aprobación y confianza por parte de la ciudadanía en el sistema de justicia penal³, desprendiendo desde allí una supuesta demanda ciudadana de mayor participación y democratización en la justicia, a la luz de los acontecimientos que tuvieron lugar a partir del 18 de octubre de 2019 en Chile, conocidos como *estallido social*⁴.

No es de extrañar entonces que quienes propugnan estas enmiendas enlacen sus anhelos al proyecto mayor de la discusión por una nueva Carta Fundamental. Queda claro, a lo menos, que su sentido de oportunidad es inmejorable.

Lo que no resulta claro es que una reforma de tal clase sea la mejor y, menos aún, la única alternativa para hacer frente a los problemas de legitimidad y

¹ Tómese por ejemplo la columna de opinión *Juicio por jurados en Chile: ¿por qué no?*, redactada por Diego Palomo y Alberto Binder, y suscrita por varios profesores y representantes de instituciones civiles, *El Mostrador* 20.07.2020 (<https://bit.ly/3bq0fyQ>, consultado el 3.11.2020). Dentro de los trabajos científicos, destaca la reciente publicación de BLANCO, Rafael; GONZÁLEZ, Leonel y GUZMÁN, Fernando, *Juicios por jurados en Chile*. Santiago: CEJA y Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado (2020). Finalmente, se han realizado diversos seminarios, como aquellos organizados por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) los 4.07.2020 (<https://bit.ly/2GcmMU2>) y 15.08.2020 (<https://bit.ly/2QKMxwT>); uno organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, el 29.09.2020 (<https://bit.ly/2KF6zJx>); y el conversatorio de la Primera Jornada Preparatoria del Congreso Estudiantil de Derecho Procesal de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, el 12.11.2020 (<https://bit.ly/3nDU0wn>). Enlaces consultados por última vez el 19.12.2020.

² A lo menos hace una década, aproximadamente, tal idea era propuesta en forma incipiente por: RIEGO, Cristián, “Nuevos desafíos del Sistema de Justicia Penal”, en *A 10 años de la Reforma Procesal Penal*. Santiago: Ministerio de Justicia (2010), pp. 129-131.

³ BLANCO, GONZÁLEZ y GUZMÁN, ob. cit., p. 37.

⁴ Interpretación que sustentan Palomo y Binder en su columna ya citada.

representatividad que atraviesa el sistema de justicia penal. También despierta dudas el efecto que pueda aparejar, para los fines del proceso penal, el paso de un modelo en el que el establecimiento de los hechos y la valoración de la prueba se encarga a jueces profesionales a otro en el que dicha actividad queda en manos de jueces legos.

Conforme a lo anterior, en el presente artículo emprendemos la tarea de analizar ciertos aspectos problemáticos que emanan de la propuesta general de incorporar el juicio por jurados en Chile⁵.

Abandonamos aquí las dudas referidas a si este modelo es propio o ajeno a nuestra tradición cultural o si acaso implica un alto costo económico. Aunque esto último sea relevante para cualquier política pública, nos centraremos en evaluar si dicha reforma es —en términos *políticos y procesales* (técnicos)— recomendable, tal como sustentan sus promotores.

La incorporación de una institución como la del juicio por jurados puede traer aparejadas consecuencias de notorio alcance, a lo menos en términos simbólicos, por lo que eso no es algo que aquí disputemos. Pero ante esta eventualidad es necesario preguntarnos: ¿es el juicio por jurados la (más apropiada) respuesta a los problemas de legitimidad y representatividad democrática?

Asumiendo además que una decisión justa en el proceso es una decisión comprometida con la búsqueda de la verdad⁶, ¿puede asegurarse que las labores de valoración de la prueba, determinación de los hechos que se tienen por acreditados, la subsunción de ellos a la norma y el control de la corrección de la decisión, sean mejor realizadas por jueces legos, que por jueces profesionales?

⁵ Debe advertirse que existe una distinción básica de los modelos de jurados: la variante *clásica o anglosajona* (propia de los ordenamientos del *common law*) donde todos los miembros del jurado son ciudadanos sin necesaria formación jurídica; y el modelo *escabinado*, propio de algunos países de tradición europeo-continental (Francia, Italia, Alemania, por ejemplo), donde el jurado se compone de jueces legos y de jueces profesionales. Sobre tal distinción: BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 7ª reimpr., 2ª ed. Buenos Aires: Ad-Hoc (2016). En el presente trabajo usaremos el término “jurado” sin mayor distinción, para aludir al modelo tradicional, y concentraremos en dicha variante nuestro análisis, en atención a que es en dicho modelo donde los promotores del jurado ven mayormente cristalizado el fin democratizador y de participación ciudadana que buscan. Como crítica usual al modelo escabinado, se menciona que los jueces profesionales suelen ejercer una gran influencia por sobre los ciudadanos, situación que deriva en que sean sus conclusiones las que predominen; en ese sentido: BLANCO, GONZÁLEZ y GUZMÁN, ob. cit., p. 10.

⁶ De ese parecer: LAUDAN, Larry, *Verdad, Error y Proceso Penal*, traducción de Carmen Vásquez. Madrid: Marcial Pons (2013), p. 22; TARUFFO, Michele, *La prueba*, traducción de Laura Manríquez, y Jordi Ferrer. Madrid: Editorial Metropolitana (2008), p. 20-23; UBERTIS, Giulio, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, traducción de ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Madrid: Trotta (2017), p. 12; y VALENZUELA, Jonatan, *Hechos, pena y proceso*. Santiago: Rubicón Editores (2017), pp. 17, 126.

Con base en tales interrogantes buscamos contribuir a un debate de incipiente marcha en Chile, y que merece bastante más atención de la que se le ha brindado. Nos centraremos en la instauración del jurado en el proceso penal, pues esto se ha propuesto para Chile, y es la decisión judicial más relevante en atención a sus consecuencias; planteando cuestionamientos, dudas y objeciones *políticas* (principalmente en el apartado II); y *técnicas y procesales* (especialmente en el apartado III)⁷.

II. EL JUICIO POR JURADOS: ¿MÁS DEMOCRACIA Y MAYOR LEGITIMIDAD?

Un primer aspecto que nos interesa analizar es la promesa refundacional que supone la instauración del sistema de juicios por jurados en Chile.

Ligado a lo anterior, sobre las bondades del juicio por jurados se ha dicho –en un sentido *político*– que es un “baluarte de la libertad, resultado del concepto básico de soberanía y una valla frente a la concentración de poder en manos del Estado”⁸; y se ha señalado también que constituye “un posible freno político para la arbitrariedad de los funcionarios públicos permanentes, en el uso de mecanismos coactivos de gran poder destructor de la personalidad”⁹.

En los Estados Unidos de Norteamérica (EE. UU.), donde el jurado es una institución de larga tradición, se ha destacado que cumpliría una función simbólica de gran relevancia, que se encontraría ligada al núcleo del *ethos* democrático de EE. UU., como una suerte de *avatar* de participación democrática en los actos de autoridad, que resguardaría a los ciudadanos contra el poder del Estado¹⁰.

⁷ Seguimos aquí la distinción entre *razones políticas* y *razones técnicas y procesales* planteadas por BLANCO, GONZÁLEZ y GUZMÁN, ob. cit., pp. 15-36.

⁸ BINDER, *Introducción...*, ob. cit., pp. 86-87.

⁹ MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal*, tomo I, 3ª ed. Buenos Aires: AdHoc (2016), p. 744.

¹⁰ Al respecto: CHASE, Oscar, *Law, culture and ritual*. Nueva York: NYU Press (2005), pp. 55-57. También sobre la situación del jurado en los EE. UU., es un lugar común, entre los promotores del juicio por jurados, citar las elogiosas palabras que dedicó el pensador francés Alexis de Tocqueville a dicha institución tras su visita a los Estados Unidos de Norteamérica. Entre otras cosas señaló el autor: “[e]l jurado sirve increíblemente para formar el juicio y para aumentar las luces naturales del pueblo. Ésa es, en mi opinión, su mayor ventaja. Se le debe considerar como una escuela gratuita y siempre abierta, donde cada jurado va a instruirse de sus derechos, donde entra en comunicación cotidiana con los miembros más instruidos e ilustrados de las clases elevadas, donde las leyes le son enseñadas de una manera práctica, y son puestas al alcance de su inteligencia por los esfuerzos de los abogados, las opiniones del juez

En Chile, quienes en forma reciente han planteado la necesidad de introducir esta forma de juzgamiento, han anudado la reforma a un diagnóstico: la crisis de legitimidad del sistema de justicia; aludiendo, para justificar la existencia de dicha crisis, a estudios que demostrarían los bajos niveles de aprobación y confianza por parte de la ciudadanía respecto del Poder Judicial¹¹.

De ese modo, la propuesta de incorporar un jurado de tipo tradicional o anglosajón encarna una promesa legitimadora y democratizante, que permitiría resolver la situación de crisis mencionada. En palabras de Blanco, González y Guzmán:

[...] buscamos profundizar la idea básica de redoblar la necesidad de legitimación del sistema democrático representativo con instancias o mecanismos de participación directa que impriman una mayor dosis de responsabilidad a los ciudadanos y un mayor nivel de comprensión e involucramiento en la gestión y protección del sistema político republicano. A ello debe agregarse la ventaja que representa tal participación en la percepción de legitimidad de las instituciones del sistema político¹².

Ahora bien, más allá de que una institución como la del juicio por jurados parezca exhibir ciertas virtudes políticas, de tal aserción no puede seguirse, en forma conclusiva, que sea esta la fórmula más adecuada a la que podemos acudir para remediar los problemas de legitimidad que aquejan a nuestro sistema de justicia. Previo a compartir o desechar un efecto tan relevante, deben ser considerados ciertos reparos, vinculados a su conexión con conceptos como democracia y función judicial, para luego acercarnos a su potencial legitimador.

1. El juicio por jurados como institución desapegada de sus virtudes históricas

Una postura prudente sugiere que, previo a justificar una reforma como la estudiada, sea necesario conocer con mayor detención el sentido y pertinencia que en la actualidad puede tener el juzgamiento de asuntos criminales por jueces legos. Para ello, es útil partir con una breve revisión de la historia de tal forma de impartición de justicia.

y las pasiones mismas de las partes”, DE TOCQUEVILLE, Alexis, *Democracy in America*, vol. 1. Indianápolis: Liberty Fund (2012), p. 448.

¹¹ BLANCO, GONZÁLEZ Y GUZMÁN, ob. cit., pp. 15-16.

¹² BLANCO, GONZÁLEZ Y GUZMÁN, ob. cit., p. 19.

Si bien es frecuente unir el nacimiento del jurado con la *Carta Magna Libertarum* inglesa del año 1215¹³, la intervención de jueces legos reconoce antecedentes bastante más remotos, desde la antigua Grecia hasta la Roma republicana¹⁴. Aun teniendo presente dicha constatación, lo cierto es que la estampa del instituto, en tanto forma de participación popular y límite al poder estatal, es una construcción cercana a la tradición intelectual del liberalismo ilustrado¹⁵, que tiene como base la fascinación que en dichos autores despertó el modelo inglés.

A diferencia de lo que podría pensarse, la participación de jueces legos en Inglaterra –a lo menos en sus orígenes– no emerge como un dique de contención ante el poder del monarca. Todo lo contrario, surge como una fórmula que permite abandonar progresivamente las ordalías, para con ello racionalizar el ejercicio de la justicia¹⁶ y favorecer la centralización de la autoridad de los monarcas¹⁷. Nace, en suma, como un medio para reafirmar la soberanía del rey¹⁸.

La intervención del pueblo inglés a través de la figura del jurado surge tras la conquista normanda, bajo un esquema de justicia inquisitorial, conforme a la preocupación de resolver los derechos reales sobre la propiedad y gravámenes aplicados a los particulares¹⁹. En este esquema inicial, los miembros del jurado desempeñaban una función más cercana a la de los testigos (*triers of fact*) que

¹³ En particular su artículo 39: “[n]ingún hombre libre será arrestado, o detenido en prisión, o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera; y no dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio lego de sus pares, o por la ley del país”. Traducción extraída de: PACHECO, Máximo, *Los Derechos Humanos: Documentos Básicos*, volumen 1. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2000), p. 44.

¹⁴ Cfr. SMITH, Douglas, “The Historical and Constitutional Contexts of Jury Reform”, en *Hofstra Law Review*, vol. 25, N° 2 (1996), pp. 391-392; MAIER, ob. cit., p. 375; y HENDLER, Edmundo, “El juicio por jurados como garantía de la Constitución”, en *Lecciones y Ensayos*, N° 80 (2005), pp. 25-27.

¹⁵ De ese parecer: FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, 3ª reimp., 10ª ed., traducción de ANDRÉS, Perfecto. Madrid: Trotta (2018), pp. 575-577; MAIER, ob. cit., p. 375; y NIEVA, Jordi, “Ideología y justicia legal (con una hipótesis sobre el origen romano del jurado inglés)”, en *Ius et Praxis*, vol. 22, N° 1 (2016), pp. 69-71.

¹⁶ TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad*, traducción de Daniela Accatino. Madrid: Marcial Pons (2010), p. 32.

¹⁷ HENDLER, ob. cit., p. 27.

¹⁸ LAGO, Daniel; URRIZOLA, Alfredo y ZENTNER, Cynthia, “La participación ciudadana en el proceso penal”, en HENDLER, Edmundo (dir.). *Sistemas procesales penales comparados*. Buenos Aires: Ediciones Didot (1999), p. 491.

¹⁹ SMITH, ob. cit., p. 392.

al rol de jueces. Estos jurados, que eran hombres miembros de la comunidad, contribuían a la labor de indagación que efectuaban los jueces itinerantes de la Corona (*justices in eyre*), prestando ante ellos *declaración jurada* acerca de los recursos existentes en dicha área, las costumbres locales, la identidad o algún aspecto relevante de los inquiridos, etcétera²⁰. Como precisa Taruffo, a través de este mecanismo la comunidad local proporcionaba al juez el conocimiento de los hechos por medio de sus miembros, debiendo estos jurados dar un veredicto acorde a la verdad bajo juramento²¹.

La transición hacia el modelo en el que los jurados pasan a desempeñar funciones propiamente jurisdiccionales tiene lugar a inicios del siglo XIII, pero sería a partir del siglo XVI cuando, con claridad, los jurados dejan de lado las funciones testimoniales y comienzan a asumir aquellas propias del juzgamiento de los hechos²². Desde tal momento, el juicio por jurados pasa a ser un componente central de la administración de justicia y un símbolo de la libertad de los ingleses contra el poder estatal²³.

Durante el curso del siglo XVII, los juicios por jurados son llevados desde Inglaterra a las colonias americanas del norte; y es en dichas colonias donde su prestigio como divisa democrática y antidespótica alcanza su mayor expresión.²⁴ En efecto, ya con anterioridad a la independencia de los EE. UU., los habitantes de las colonias británicas defendieron su derecho a un proceso en el que fueran juzgados por sus pares como modo de hacer frente a los abusos de la Corona inglesa²⁵.

El valor del juicio por jurados, como contrapeso al poder de la Corona, puede apreciarse acudiendo a la aplicación que estos hicieron, en casos de connotación política, de la *jury nullification*, esto es, de la facultad de los miembros del jurado para absolver a los acusados, aun contra la ley y las evidencias recabadas²⁶. Como ejemplo icónico de aplicación de dicha facultad, puede tomarse el

²⁰ Ídem.

²¹ TARUFFO, *Simplemente...*, ob. cit., p. 33.

²² LAGO, URRIZOLA y ZENTNER, ob. cit., p. 490.

²³ TARUFFO, *Simplemente...*, ob. cit., p. 36.

²⁴ Sobre tal aspecto, LEMPERT, Richard, "The American jury system: A synthetic overview", en *Chicago Kent-Law Review*, vol. 90, N° 3 (2015), p. 827. La situación norteamericana es particularmente relevante, en atención a que varias de las naciones latinoamericanas que han incorporados el juicio por jurados en sus textos constitucionales, lo han hecho como reflejo de la experiencia de EE. UU.: HENDLER, ob. cit., pp. 27-28.

²⁵ LAGO, URRIZOLA y ZENTNER, ob. cit., p. 492.

²⁶ La aplicación de la institución de *jury nullification*, ha concitado bastante controversia en la actualidad y ha sido definida por Brown como "la capacidad de un jurado para absolver a un

caso *Zenger v. The Crown*. El juicio dice relación con la acusación presentada contra John Peter Zenger, editor de la primera publicación de crítica política en las colonias norteamericanas (*The New York Weekly Journal*). En 1734, tras la publicación de un ejemplar dedicado a criticar abiertamente al gobernador real de la ciudad de Nueva York, Will Cosby, Zenger fue sometido a proceso por el delito de difamación sediciosa²⁷, siendo detenido el 17 de noviembre del mismo año. Este editor, de origen alemán, fue defendido por quien sería reconocido posteriormente como uno de los “padres fundadores” de EE. UU.: Alexander Hamilton. En sus alegatos Hamilton no cuestionó la responsabilidad de Zenger en la publicación de artículo, ni tampoco el carácter difamatorio del mismo, sino más bien la legitimidad de aplicar una ley que sanciona una conducta de este tipo y las consecuencias que ello podía traer aparejado para los hombres libres²⁸. Luego de las palabras conclusivas de la defensa²⁹, el juez enfatizó que la ley aplicable era clara, y que tras la confesión de Zenger no cabía otra alternativa que la condena; a pesar de lo cual, el jurado volvió, tras una breve deliberación, para dar a conocer su veredicto de no culpabilidad, el que fue aclamado por el público en la sala³⁰.

La *jury nullification* que tuvo lugar en *Zenger v. The Crown*, lejos de constituir un episodio aislado, propició una seguidilla de decisiones absolutorias y se convirtió en el “caso de texto” acerca del rol y los deberes de los jurados³¹.

Es ilusorio negar la importancia del rol político que desempeñó el jurado en los años previos a la independencia de los EE. UU. frente a un poder foráneo

acusado, a pesar de encontrar hechos que no dejan dudas razonables sobre su responsabilidad en la violación de un estatuto penal”; BROWN, Darryl, “Jury Nullification within the Rule of Law”, en *Minnesota Law Review*, vol. 81 (1997), p. 1150.

²⁷ Sobre este proceso puede consultarse: ALSCHULER, Albert y DEISS, Andrew, “A brief history of the criminal jury in the United States”, en *University of Chicago Law Review*, N° 61 (1994), p. 872.

²⁸ Cfr. ARRIETA, José, “Apogeo y declive del derecho constitucional a un juicio por jurado para causas penales en los Estados Unidos”, en *Revista Derecho PUCP*, N° 78 (2017), pp. 140-141.

²⁹ En sus palabras de clausura Alexander Hamilton sostuvo ante el jurado: “la cuestión que tienen ante ustedes, señores del jurado, no es de poca importancia o de mero interés privado. Lo que ahora está resolviendo no es sólo la causa de un pobre dueño de imprenta, o un asunto sólo de la ciudad de Nueva York. ¡No! Sus consecuencias, pueden afectar a todos los hombres libres que vivan bajo el gobierno británico en esta parte de América. Es la causa más grande. Es la causa de la libertad”. Traducción propia, a partir de la versión en lengua inglesa de la transcripción del juicio (disponible en: <https://bit.ly/3diOV8p>, consultado el 12.10.20).

³⁰ Cfr. ARRIETA, ob. cit., p. 142.

³¹ En ese sentido: ALSCHULER y DEISS, ob. cit., p. 874.

que comenzaba a ser percibido como injusto. No debe sorprender, por tanto, que una vez que EE. UU. logra la independencia, su Constitución haya contemplado en su artículo 3º sección 2ª el mandato de que el juzgamiento de todos los procesos por crímenes lo sean por jurado; obligación que fue remarcada el año 1791 por medio de la Sexta Enmienda a la Constitución³².

Es precisamente bajo la consideración del rol histórico que desempeñó el jurado en Inglaterra y los EE. UU. –muy a prisa abreviado en este trabajo– que con frecuencia se hace alusión a que una democracia no se encontraría verdaderamente completa de no contar con esta forma de participación popular.

Pero la relevancia histórica del jurado dista de ser un argumento conclusivo. Varias de las razones, que en otra época justificaban la existencia del juzgamiento *por pares*, han dejado de ser atingentes.

En este punto, las preguntas relevantes son dos: en primer lugar, si acaso los poderes estatales se compadecen de las mismas características que el poder regio que sometía a las colonias y, en segundo término, si es posible afirmar que los jueces provienen exclusivamente de un sector privilegiado y carecen de la suficiente independencia respecto del resto de los poderes del Estado.

Sin ser optimistas en exceso, por más que podamos constatar varios reparos vinculados a los límites del poder estatal en los Estados modernos, lo cierto es que en la actualidad nos hallamos bien alejados de la intolerable situación de sometimiento y alienación que aquejaba a nuestros ancestros habitantes de las colonias. Lo propio cabe decir respecto de las garantías del fortalecimiento de la independencia judicial³³. De ese modo, parece razonable asumir, tal como hace Nieva, que en momentos de crisis del sistema “el jurado pasaba [a] ser un mal menor razonable”, pero en la actualidad, a medida que nos hemos ido alejado de esas condiciones de abuso, “el jurado ha dejado de tener sentido”³⁴.

³² Dicha enmienda dispone: “[e]n toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado pública y expeditamente, por un jurado imparcial del Estado y distrito en que el delito se haya cometido, distrito que habrá sido determinado previamente por la ley; así como de ser informado sobre la naturaleza y causa de la acusación; que se le caree con los testigos en su contra; que se obligue a comparecer a los testigos en su favor y de contar con la ayuda de Asesoría Legal para su defensa”.

³³ Al respecto, un estudio que consideró diversos indicadores elaborados por Linzer y Staton, que contempló a 192 países, sitúa a Chile como uno de los países con mejores de niveles de independencia judicial dentro de Latinoamérica, tras Costa Rica. LINZER, Drew y STATON, Jeffrey, “A global measure of judicial independence, 1948-2012”, en *Journal of Law and Courts*, vol. 3, N° 2 (2015), pp. 223-256.

³⁴ NIEVA, “Ideología...”, ob. cit., p. 76.

El jurado inglés, y en forma más clara aún, el jurado norteamericano, asumieron un rol de protección del ciudadano contra un derecho penal severo, despótico y cruel³⁵. Pero en nuestros días ha desaparecido este sistema inquisitivo³⁶ y centrado en la prueba legal; tampoco podemos afirmar la existencia de un poder soberano despótico y cruel. Sigue habiendo, en cambio, una necesidad de serenidad, equilibrio y una sana racionalidad.

Fernando Atria señala que el neoliberalismo es lo contrario, y no el heredero, del liberalismo clásico en el plano de las oposiciones concretas, que sería lo que lo identifica políticamente. Esto se aprecia cuando nos preguntamos contra qué se alzó el liberalismo clásico, siendo su *hostis* la monarquía, el Antiguo Régimen. Por ello, en ese momento la pregunta no era por problemas de redistribución o Estado de bienestar, sino por la función que el Estado entonces podía legítimamente asumir, y su respuesta era “que debe cumplir su parte del contrato, que consiste [...] en un intercambio básico de protección por obediencia”³⁷. Pero, políticamente, el liberalismo fue una fuerza emancipadora, y esos mismos principios y tradición que lo fundaron permiten hoy, dado que el *hostis* y las circunstancias han cambiado, justificar la pretensión de otros derechos distintos, aunque continuadores, de aquellos por los que se luchó hace siglos. Algo

³⁵ TARUFFO, *Simplemente...*, ob. cit., p. 209.

³⁶ La discusión que se da en nuestro contexto es distinta de aquella que pudo darse en Argentina. Como señalaba Harfuch, antes de la implementación del jurado en dicho país, “[u]na fugaz mirada sobre la actualidad de nuestro arcaico sistema de justicia le confiere al mandato constitucional de juicio por jurados tanta *urgencia* como en 1853. Porque, al igual que en 1853, Argentina continúa sin sistema *acusatorio*, ni *adversarial* y sin una organización judicial horizontal, democrática y con jurados, todas ellas exigencias mínimas de un sistema judicial republicano”. HARFUCH, Andrés, “Inmotivación, secreto y recurso amplio en el juicio por jurados clásico”, en *Revista Derecho Penal*, N° 3 (2012), pp. 113-114 (el destacado es nuestro). En cambio, en Chile no podría haber *urgencia* por esas razones, ya que, aunque perfectible, tenemos un sistema acusatorio y adversarial. Además, muchas de las bondades que en ocasiones se asignan al sistema de jurados, como la oralidad, intermediación o contradicción, no son excluyentes de dicho sistema y ya se encuentran presentes en el nuestro. En todo caso, el mismo Harfuch presenta el trabajo de Blanco, González y Guzmán, destacando tales circunstancias diversas. Se trata de una propuesta para Chile, por lo que luego de reconocer logros de la reforma procesal penal señala: “aún con este gran cambio y tras liderar la reforma en América Latina, Chile siente y se da cuenta –no sin algo de sinsabor– que con eso no alcanzó. Que no fue suficiente. Chile observa –de manera creciente– que su *Pueblo todavía cuestiona la legitimidad de mucha de sus decisiones judiciales*”: BLANCO, GONZÁLEZ y GUZMÁN, ob. cit., p. 4 (el destacado es nuestro). Si bien el texto entrega otros argumentos, el énfasis está en la falta de legitimidad de las decisiones judiciales y en la mayor legitimidad del jurado, pero no en fundamentos epistémicos, lo que parece quedar en un segundo plano.

³⁷ ATRIA, Fernando. “Liberalismo, neoliberalismo y socialismo”, en *Trama*, N° 1 (2016), p. 9.

similar puede decirse del jurado: la mirada que hace siglos se orientó hacia el jurado buscando justicia permite hoy darle la espalda.

Por más que sea una obviedad afirmar que no es solo temporal la distancia que nos separa del nacimiento de los Estados modernos, no está de más recordar que los contextos en que se desempeña y ejerce la función jurisdiccional en la actualidad son palmariamente diversos. Dicho ejercicio no es ocioso si se tiene en cuenta que una de las virtudes ensalzadas por los promotores del juicio por jurados es que dicha forma de ejercicio jurisdiccional se erige como contrapeso de un poder formalista y opresivo³⁸. De modo que, si ha de buscarse una justificación a la instauración del juicio por jurados en el Chile actual, creemos que dicha justificación no puede ser la de asegurar que mediante el juicio por pares se contendrá a una casta judicial servil a los intereses de la autoridad y se logrará la erradicación de las condenas injustas.

2. Jurados, democracia y el rol del juez en los Estados modernos

Aun cuando descartemos que el valor histórico del jurado como contrapeso al poder estatal sea capaz de justificar su incorporación o mantención en las democracias modernas, lo cierto es que dicha constatación no hace desaparecer su eventual contribución, en tanto forma de intervención popular en la administración de justicia, para el robustecimiento de nuestras prácticas democráticas y la transmisión de los valores del sistema de justicia a la ciudadanía.

Si la incorporación de jueces legos al sistema de enjuiciamiento penal no llevara aparejada eventuales efectos adversos³⁹, no cabría otra opción más que la de cerrar filas con dicha propuesta. ¿Por qué habría de ser coartada una forma de participación popular si esta es inocua? Pero la situación dista de ser tan sencilla. Lo que el debate acerca de la instauración de juicios por jurados plantea, es la toma de postura acerca de dos modelos opuestos que intentan brindar respuesta a la pregunta acerca de qué decisión judicial puede ser considerada más democrática y justa.

Consideramos que existen motivos para desafiar la supuesta conexión estrecha entre jurados y democracia, y la idea derivada de ella, de que la incorpora-

³⁸ Una crítica a la justicia profesional de esta clase puede hallarse en BINDER, Alberto, “Crítica a la justicia profesional”, en *Revista Derecho Penal*, N° 3 (2012), pp. 61-67.

³⁹ Abordamos algunos de los eventuales problemas que plantea el juzgamiento por jueces legos más adelante, bajo el Título “III. Juicio por jurados: ¿una decisión más justa?”.

ción de jueces legos al sistema de justicia penal va a implicar (necesariamente) la construcción de una democracia más plena; y, como asunción contrapuesta, que el ejercicio de tales labores solo por jueces profesionales nos va a mantener (necesariamente) en una democracia incompleta o insatisfecha.

Para abordar dicho asunto, un buen punto de partida parece ser el modelo analítico que propone Roth⁴⁰, en virtud del cual debemos comenzar definiendo de qué hablamos cuando hablamos de democracia. Para ello, la autora distingue entre concepciones *instrumentales* o *sustantivistas* de democracia y concepciones *no-instrumental* o *procedimentales*.

Las concepciones *instrumentales* o *sustantivistas*⁴¹ son aquellas según las cuales el valor de la democracia “reside la producción de cierto tipo de decisiones, que son evaluadas de acuerdo a su contenido y/o sus efectos”⁴²; destacando el contenido o significado de las decisiones (el ¿qué?)⁴³, sobre la forma en que se adoptan los acuerdos (¿quién?, ¿cómo?). Es decir, la democracia es algo valioso porque nos permite llegar a las mejores decisiones, posee entonces un valor epistemológico, y en la medida que no nos acerque a tales resultados virtuosos, la democracia pierde, como método, su sentido.

Llevado al tema que nos interesa, esto es, la decisión sobre la condena o absolución de una o más personas, podemos concluir, siguiendo una concepción instrumental o substancial, que nada valioso aporta a la calidad o contenido de la decisión el hecho de que ella sea adoptada por doce jueces legos provenientes del pueblo. Tal como, en forma contundente, incluso señalaba un defensor del sistema de jurados: “[...] el consenso democrático no puede funcionar como criterio de verdad fáctica para fundamentar la legitimidad jurisdiccional”⁴⁴.

La mayoría no convierte en verdadero lo falso ni en falso lo verdadero. El valor de una sentencia judicial depende del proceso decisonal, de su correlación

⁴⁰ ROTH, Laura, “Desmalezando la discusión sobre la democracia y la participación ciudadana en el proceso penal”, en *Revista Derecho Penal*, N° 3 (2012), pp. 205-222.

⁴¹ Somos conscientes de que existen varios modelos y teorías de la democracia, pero teniendo en cuenta la extensión que este espacio permite, hemos tomado las dos formas dicotómicas propuestas en Roth que distingue dos grandes modelos: la democracia instrumental o substancial y la democracia no instrumental o formal.

⁴² ROTH, ob. cit., p. 212.

⁴³ Así: FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, traducción de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta (2013), p. 213.

⁴⁴ NINO, Carlos, *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea (2013), p. 450.

con la prueba rendida y de su sujeción a la ley; no de la voluntad o intereses de la mayoría⁴⁵.

No vemos cómo la decisión por jurados sería capaz de garantizar una capacidad epistémica superior que aquella ofrecida por jueces profesionales, quienes no solo cuentan con mayor experiencia práctica en cuestiones tales como valoración de prueba, construcción de premisas fácticas y labores de subsunción normativa, sino que además reciben capacitación específica⁴⁶. Estos factores, entre otros, explican por qué los jueces profesionales son capaces de desempeñar de mejor manera la función de dar a cada cual lo suyo⁴⁷.

De ese modo, desde una concepción *instrumental* de la democracia, parece coherente defender que los representantes o quienes detentan algún poder sean aquellos más calificados o expertos, para así maximizar la posibilidad de que la decisión a la que se arribe sea la adecuada para la sociedad en su conjunto: que se condene cuando corresponda condenar y que se absuelva cuando corresponda absolver.

Desde el prisma contrapuesto, para las concepciones de democracia *no-instrumentales* o *procedimentalistas*, ya no es la calidad o contenido de la decisión lo relevante, sino los procedimientos decisorios, que pasan, por tanto, a tener un valor intrínseco, independientemente de los resultados de las decisiones. Bajo estas concepciones los sujetos deben ser tratados como “agentes morales”⁴⁸, debiendo propiciarse la participación más amplia posible de las personas en las decisiones públicas.

Para explicar de modo bastante claro estas concepciones, Roth acude a un ejemplo suficientemente gráfico, en relación con la elección de la persona con la que vamos a contraer matrimonio, preguntando: “¿[e]staríamos dispuestos a aceptar que otra persona mejor capacitada tome esta decisión por nosotros?”⁴⁹.

⁴⁵ Expresamente, ANDRÉS, Perfecto, *En torno a la jurisdicción*. Buenos Aires: Editores del Puerto (2007), pp. 276-277; FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, ob. cit., pp. 213-214; y TARUFFO, *Simplemente...*, ob. cit., pp. 133-134.

⁴⁶ El programa actual de formación de jueces a cargo de la Academia Judicial de Chile contempla un módulo denominado “la prueba” que desglosa diversos contenidos relevantes en esta materia tales como: epistemología de la prueba, estándares probatorios, presunciones e indicios. Asimismo, contiene un módulo dedicado a la construcción de las sentencias (<https://bit.ly/34ZY7uU>, consultado el 26.12.20).

⁴⁷ Conforme al concepto de jurisdicción extraído de: ATRIA, Fernando, *La forma del Derecho*. Madrid: Marcial Pons (2016), pp. 153-154.

⁴⁸ ROTH, ob. cit., p. 212.

⁴⁹ ROTH, ob. cit., p. 215.

Ahora bien, incluso sobre la base de una concepción de tipo *no-instrumental* creemos que existen razones para poner en cuestionamiento el supuesto vínculo necesario entre jurados y democracia.

De entrada, la asunción del rol de jurado no parece satisfacer la intensidad y forma de participación que la democracia *no-instrumental* busca en los agentes morales. Quien es llamado como jurado ¿concorre voluntariamente a participar en una decisión pública? La respuesta es negativa. La asunción de rol de jurado se asemeja más a una carga que a un derecho. Si bien en legislaciones comparadas suelen contemplarse causales para que las personas llamadas a ser jurados puedan excusarse⁵⁰, esta forma de intervención dista bastante de lo que una democracia ambiciosa debiera ofrecer como posibilidad a sus agentes morales, es decir, la facultad para participar libremente y sin mayores trabas de las decisiones públicas que le conciernen.

Pero más importante aún, la inexistencia de juicios por jurados no implica negar a nuestros ciudadanos el estatus de agentes morales. Retomando el ejemplo dado por Roth, es algo evidente que si un tercero elige por nosotros a la persona con la que contraeremos matrimonio se estaría anulando nuestro estatus de agente moral, puesto que tomaría por nosotros una decisión que influiría directamente en nuestro proyecto de vida. Al tratarse de una decisión en la que el sujeto es incumbente en forma directa, la voz decisoria debiera ser la suya. De manera opuesta, no resulta razonable concluir que una persona vea amagado su estatus de agente moral en la vida política, cuando la decisión que se le impide adoptar es aquella referida a la condena o absolución de un tercero en un juicio criminal. No puede plantearse que esta sea una decisión que le incumba y que afecte directamente su plan de vida⁵¹.

Conforme a lo anterior, la relación entre jurados y democracia no parece ser tan clara como a veces se proclama. O, al menos, no parece ser una relación exenta de cuestionamientos.

Pero además de las dudas que surgen desde ambos planos dicotómicos del concepto de democracia, la introducción del modelo de jurado tradicional o anglosajón echa por tierra un puente de conexión de gran relevancia entre el poder judicial y la democracia: la obligación de motivación de las sentencias.

⁵⁰ Así por ejemplo el artículo 12 de la Ley N° 9.106 de Juicio por Jurados de la Provincia de Mendoza; y el artículo 388 quáter N° 2 de la Ley N° 14.543 de la Provincia de Buenos Aires.

⁵¹ Si lo que nos preocupa es conectar la democracia con el ejercicio punitivo, las voces que debiéramos oír son de aquellas personas verdaderamente incumbentes (imputado, víctimas y los miembros de la comunidad que haya podido verse directamente perturbada por el hecho), sin que dicha participación se transforme necesariamente en la asunción de roles jurisdiccionales. Para ello parece que ofrecen mejores alternativas las prácticas basadas en justicia restaurativa.

Si bien a este punto –por su importancia– le dedicaremos un apartado completo del artículo (*infra*, III, 2), conviene anticipar una idea: la inmotivación de la decisión de los jurados⁵² no solo implica eventuales afectaciones a la controlabilidad de la sentencia para las partes en el litigio, sino que tiene un efecto más amplio, corruptor de un principio consolidado en los Estados liberales y que denota la naturaleza democrática que las decisiones judiciales deben tener. Apartándonos de los cuestionamientos usuales acerca de la afectación al derecho de defensa o del debido proceso, que normalmente se aducen para cuestionar la inmotivación de las sentencias⁵³, nos interesa aquí apuntar brevemente a un potencial efecto nocivo de mayor proyección.

En efecto, la obligación de motivar las decisiones judiciales (y si se quiere ser más ambicioso todas las decisiones de los poderes públicos) involucra un sentido político, que se conecta con una visión profunda de la democracia, según el cual las decisiones de los órganos públicos no se justifican, sin más, por el simple hecho de haber sido adoptadas por órganos que, con mayor o menor inmediatez, reflejen las opiniones de la mayoría, siendo también necesario que dichas decisiones se encuentren racionalmente justificadas, es decir, que se aporten argumentos que permitan que las decisiones puedan ser discutidas y controladas⁵⁴.

Más allá de que sea discutible la conveniencia y posibilidad de exigir a jueces legos motivar sus decisiones –siendo desaconsejable, por ejemplo, para

⁵² Nos referimos con esto a la exención de aquella obligación de fundamentar las decisiones de absolucón o condena que normalmente rige respecto de los veredictos de jurados tradicionales o anglosajones, tal como acontece con el modelo de jurado implementado en la Provincia de Buenos Aires (Ley Provincial N° 14.543) o el jurado de la Provincia de Mendoza (Ley Provincial N° 9.106) en los que la fundamentación de la sentencia es reemplazada por la transcripción de las instrucciones dadas al jurado sobre las disposiciones aplicables al caso y del veredicto del jurado. Contrario a lo que acontece en los modelos de jurados mixtos o escabinos donde suele mantenerse la obligación de motivar la sentencia, tal como ocurre en el caso de la Provincia de Córdoba; al respecto, BUTELER, José Antonio, “La participación popular en los procesos penales cordobeses”, en ANITUA, Gabriel y TEDESCO, Ignacio (comp.), *La cultura penal. Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto (2009), pp. 215-216.

⁵³ Un abordaje de estos cuestionamientos en BUTELER, ob. cit., p. 213.

⁵⁴ De modo enfático: ATIENZA, Manuel, “Argumentación jurídica”, en GARZÓN, Ernesto (ed.), *El Derecho y la Justicia*. Madrid: Trotta (2000), pp. 231-232. En Chile, existe consenso en enlazar normativamente este deber de motivación de las decisiones de los órganos públicos, incluyendo los jurisdiccionales, con el artículo 8° de la Constitución Política, precepto que requiere la publicidad sobre los fundamentos de las decisiones como elemento fundamental para permitir su control; en ese sentido: GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo, “El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, en *Estudios Constitucionales*, año 11, N° 2 (2013), pp. 256-257.

Harfuch⁵⁵ –, lo cierto es que la pregunta debe ser otra: ¿cuáles son las consecuencias de tal decisión?

A pesar de que la obligación de fundamentación de las decisiones judiciales era ya conocida en Europa bajo la fórmula del Estado Absoluto, su verdadero sentido político, que nos acompaña hasta nuestros días, encuentra clamor tras la revolución francesa. En esta época, despojado de su majestad regia, el poder judicial debió legitimarse ante los ciudadanos a través de su sujeción a la ley, basando su legitimidad en dos pilares: la legalidad⁵⁶ y la publicidad de sus actos⁵⁷.

De esta nueva forma de legitimación emerge una nueva relación entre el ciudadano, que deja de ser súbdito, y el juez, que implicaba que este último debía exponer su trabajo al control de la ciudadanía. Tal relación es explicada de la siguiente forma por Accatino:

Si en relación al poder legislativo se volvía ciudadano quien participaba, a través de la representación, en la determinación del contenido de la ley –a diferencia del súbdito a quien simplemente se imponía desde arriba la ley–, parece tener sentido afirmar que en relación al poder judicial la ciudadanía suponía la posibilidad de conocimiento y control de la aplicación que aquel hacía de la ley⁵⁸.

Podría plantearse que, respecto de los miembros del jurado, al ser representantes directos del pueblo, no tendría sentido mantener sobre ellos esta exigencia de legitimidad frente a la ciudadanía.

Sin embargo, creemos que tal idea debe ser abandonada. Ya de plano parece cuestionable que este grupo de personas, tanto por su forma de elección (azar) como por su cantidad (doce), puedan ser considerados como representantes de alguna mayoría o siquiera porción de la población nacional.

De otro lado, la decisión de contar con jueces que no motiven sus decisiones implica una desnaturalización del rol de juez. Tal como explica Taruffo,

⁵⁵ El autor explica que la exigencia de inmotivación se explica por la aplicación de una regla que, de no operar, haría que el jurado perdiera su sentido: la regla del secreto de la deliberación: HARFUCH, ob. cit., p. 16.

⁵⁶ Sobre la legalidad, explica Atria que la legitimación del poder judicial viene dada por su vinculación a la ley, de ese modo, para el juez, contrario a lo que acontece con la función comisarial, la ley es un fin y no un instrumento. Sin que esta vinculación implique que el juez se convierta en un mero aplicador mecánico de la ley: ATRIA, *La forma...*, ob. cit., pp. 200-213.

⁵⁷ ACCATINO, Daniela, “La fundamentación de las sentencias. ¿Un rasgo distintivo de la judicatura moderna?”, en *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XV (2003), pp. 27-28.

⁵⁸ ACCATINO, “La fundamentación...”, ob. cit., p. 31.

una de las funciones principales del juez es la de determinar cuál de aquellas narraciones que las partes someten a su conocimiento es la *mejor narración*, lo cual puede hacer escogiendo una historia entre aquellas que fueron narradas o construyendo una historia diversa, original⁵⁹. Y dicha historia será tenida como verdadera no porque el juez diga que es verdadera, sino por su correspondencia con las pruebas que han sido rendidas y valoradas. Nada de esto puede esperarse de una sentencia inmotivada, ni la identificación de una narración tenida como verdadera, ni su correspondencia con la actividad probatoria.

Tal como sugiere Taruffo⁶⁰, esta situación parece conducirnos a un estadio premoderno cercano a las ordalías y lejano al valor que debe asignarse a la verdad en una sociedad democrática. Por más que el juicio por jurados haya sido la forma en que la justicia anglosajona se apartó de las ordalías, el carácter de *inescrutable* del veredicto⁶¹, característica que se mantiene con el correr de los años, ofrece una forma de encontrarse con la verdad no muy lejana a aquella derivada de prácticas ordálicas⁶², donde la verdad era la verdad porque el jurado así lo establecía, “independiente de la correspondencia o falta de correspondencia del veredicto con las pruebas relativas a la realidad de los hechos”⁶³.

De igual forma, de asumir que los jueces no deben justificar sus decisiones, corremos el riesgo de sacrificar valores de gran relevancia en nuestra cultura política y jurídica: *la certeza* y *la previsibilidad del derecho*, puesto que sin que se den a conocer las razones por las cuales se adopta una decisión particular, se hace difícil construir precedentes y prácticas judiciales que tiendan a la uniformidad de criterios ante casos similares⁶⁴, a la vez que se torna menos practicable la finalidad del Derecho de servir como guía a la conducta humana⁶⁵.

⁵⁹ TARUFFO, *Simplemente...*, ob. cit., pp. 65-67.

⁶⁰ Ídem.

⁶¹ No debe dejar de advertirse que las reglas procesales referidas a la forma en cómo los jurados tienen por establecidos los hechos, tras la valoración de la prueba, en la práctica reiteran fórmulas que positivizan esta inescrutabilidad a la que alude Taruffo, empleándose conceptos tales como que los jurados fallan de acuerdo con su “íntima convicción” (*i. e.*: art. 210 de la Ley Provincial de Buenos Aires N° 14.543).

⁶² De similar opinión, NIEVA, “Ideología...”, ob. cit., pp. 62, 76.

⁶³ TARUFFO, *Simplemente...*, ob. cit., p. 37.

⁶⁴ Resalta tal punto, ACCATINO, “La fundamentación...”, ob. cit., p. 35.

⁶⁵ En ese sentido, ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho*, 3ª ed. Lima: Palestra Editores (2015), p. 35.

3. *El juicio por jurados y la restauración de la legitimidad*

Tal como ya se señaló, la propuesta de ciertos autores nacionales para instituir un sistema de juicio por jurados de corte tradicional o anglosajón en el sistema de enjuiciamiento criminal patrio, parte de la base de una crisis de legitimidad del Poder Judicial y una pérdida de confianza por parte de la ciudadanía respecto del sistema judicial. Para fundar lo anterior se apoyan en los resultados del último informe anual de la Corporación Latinobarómetro del año 2018.

De dicho informe se rescata la situación de descenso de la confianza, generalizada en Latinoamérica, en relación con el Poder Judicial, llegando el 2018 a un 24% de confianza de la población, es decir, 12 puntos porcentuales menos que el nivel más alto registrado el año 2006 (36%). El nivel de confianza en Chile, registrado el 2018 en este estudio, se sitúa en un 26%⁶⁶.

No obstante que el estudio de Blanco, González y Guzmán acertadamente reconoce que el problema de legitimidad observado es multicausal, lo cierto es que todo su análisis converge en la propuesta de una solución única: la incorporación de un sistema de juicio por jurados de corte tradicional a nuestro sistema⁶⁷, concluyendo al respecto que:

“En aquellos países en donde funcionan los jurados, se ha observado que existe una mejor percepción de la justicia penal por parte de sus sociedades, pues se sienten parte de ella al tener el deber y responsabilidad de intervenir circunstancialmente en una audiencia de juicio oral”⁶⁸.

⁶⁶ BLANCO, GONZÁLEZ Y GUZMÁN, ob. cit., p. 15.

⁶⁷ En particular se menciona como modelo la Ley de Juicio por Jurados de la provincia argentina de Mendoza. BLANCO, GONZÁLEZ Y GUZMÁN, ob. cit., pp. 38 y ss.

⁶⁸ BLANCO, GONZÁLEZ Y GUZMÁN, ob. cit., p. 37. Tras esta clase de argumentación, y en general en los fundamentos *políticos* en favor de los jurados, parece subyacer la identificación de una suerte de relación entre confianza y legitimidad que está lejos de ser evidente. No podemos problematizar la cuestión aquí, pero algunas luces arrojan ciertas cifras reflejadas en el informe *Diez años de auditoría a la democracia: Antes del estallido*, del PNUD (2019). Por ejemplo, en el año 2018, Bomberos gozó de un 81,6% de mucha o bastante confianza —en circunstancias que en Chile no son elegidos en concurso públicos, ni por azar, si no que cada Cuerpo, incluso cada Compañía, define sus requisitos de ingreso, habiendo casos en que se decide por voto secreto—; mientras que el movimiento estudiantil (24,2%) y el movimiento feminista (23,7%) tienen una confianza mucho menor, pese a su posiblemente mayor representatividad y legitimidad social. A su vez, en el año 2016 el Congreso tuvo 90,3% de poca o nada de confianza, siendo que tienen mayor legitimidad democrática, al ser los parlamentarios electos por votación popular; mientras que la Policía de Investigaciones, cuyos miembros no son electos por votos, tuvieron el mismo año una desconfianza mucho menor, que llegó a 63,3%, casi un tercio menos que el Poder Legislativo. Así, es dudoso sostener que el jurado, por una

Ahora bien, pueden formularse una serie de observaciones a la propuesta de aquellos autores, que en general se traducen a dudas y reparos vinculados al potencial legitimador de los jurados.

En primer lugar, un análisis incluso superficial de uno de los instrumentos citados por Blanco, González y Guzmán, el Informe Anual Latinobarómetro 2018⁶⁹, parece poner en entredicho las conclusiones que extraen los autores. En particular, aun a pesar de que la ciudadanía de Chile manifiesta un nivel bajo de confianza hacia el Poder Judicial, de un 26%, apenas dos puntos porcentuales por sobre la media Latinoamericana (24%), lo cierto es que tal cifra lo ubica en el cuarto lugar dentro de los 18 países latinoamericanos que integran la muestra. Argentina, un país con un sistema de jurados ya implementado en algunas provincias hasta siete años antes de dicho estudio⁷⁰, refleja un nivel de aprobación más bajo incluso que el chileno (24%).

Pero de manera más general, de ser cierta la tesis de Blanco, González y Guzmán, esto es, que el juicio por jurados es una herramienta eficaz para permitir mejorar la confianza y legitimidad del sistema de justicia; lo esperable sería que los países que registrasen mejores índices de aprobación fuesen aquellos con sistema de juicios por jurados y, viceversa, los países con peores índices de confianza aquellos en que dicha forma de juzgamiento no existiese. Sin embargo, los datos del estudio contradicen tal tesis: de los tres países con mayor índice de confianza, en orden decreciente: Costa Rica (49%), Uruguay (39%) y Brasil (33%), solo en el tercero de ellos rige el modelo de jurados, de alcance bastante limitado. De otro lado, de los tres países con peores niveles de aprobación, en orden decreciente: Perú (16%), Nicaragua (15%) y El Salvador (14%), en dos opera un sistema de juicios por jurado: Nicaragua y El Salvador.

Creemos que una conclusión más prudente debe partir por resaltar que la situación reflejada en este estudio es compleja, y que parece razonable sostener que sus resultados obedecen a varios factores y no están reducidos a factores únicos (tal como se pretende: a la falta de participación de la ciudadanía en funciones judiciales).

Con base en los datos que entrega tal estudio, creemos que la tesis de Blanco, González y Guzmán, lejos de verse respaldada, se ve incluso bastante desmejo-

mayor legitimidad en su constitución, generará una mayor confianza. Informe disponible en: <https://bit.ly/3oszwll> (consultado por última vez el 18.05.2021).

⁶⁹ Corporación Latinobarómetro, *Informe 2018* (<https://www.latinobarometro.org/lat.jsp>, consultado por última vez el 20.12.2020).

⁷⁰ Cfr. SCHIAVO, Nicolás, “El juicio por jurados. La experiencia de Buenos Aires y Neuquén, Argentina”, en *Ius et Praxis*, vol. 25, N° 2 (2019), p. 224.

rada. De modo que no parece que una institución como la del jurado tenga en la actualidad el potencial restaurador que se pretende.

Tal aseveración se apoya también en el mero estatus *simbólico* o *testimonial* que desempeña el juicio por jurados en los sistemas donde, tradicionalmente, ha encontrado su mayor expresión histórica.

En Inglaterra, donde con orgullo nace el jurado más cercano a la versión que hoy en día conocemos, el 95% aproximado de los casos penales son resueltos ante y por jueces profesionales, sin la intervención de jueces legos, provocando que el significado práctico del jurado inglés se vea eclipsado por una verdadera función meramente simbólica⁷¹.

En EE. UU., los jurados son también un evento extraordinariamente excepcional. Conforme a lo indicado por Arrieta, el jurado es un suceso inesperado. El año 2011, a nivel federal, del total de casos en que hubo una condena (un 90.9 % del total de casos), el 97, 27% se trató de casos en que incidió un reconocimiento de responsabilidad por parte de los acusados (*guilty plea*), lo que significa que de cada 100 personas que fueron condenadas ni siquiera tres pasaron por juicio y menos aún por juicios a través de pares⁷². Estas y otras cifras que detalla Arrieta en su estudio, le permiten afirmar que: “[e]l episodio, tan popular, del jurado estadounidense leyéndole la condena al acusado existe más en el cine, en la televisión y en nuestra imaginación, que en la realidad. El derecho constitucional al juicio por jurado es hoy casi un souvenir del pasado”⁷³.

Incluso en Argentina, un lugar donde el juicio por jurados es una institución joven y frecuentemente empleada como punto de referencia para Chile, dada su cercanía cultural, la situación tampoco parece alentadora. En la provincia de Buenos Aires el año 2017, el total de casos que se decidió bajo esta fórmula ascendió al 6% del total⁷⁴; mientras que, en la provincia de Neuquén, la cifra es aún inferior: el año 2019, las 9 audiencias realizadas representaron el 1,29% del total de juicios⁷⁵.

Estas cifras no hacen más que presentar la siguiente pregunta: ¿cómo una institución tan marginal puede constituir la respuesta a la crisis de legitimidad

⁷¹ DORAN, Sean. “Trial by Jury”, en MCCONVILLE, Mike y WILSON, Geoffrey (Eds.), *The Handbook of the Criminal Justice Process*. Oxford: Oxford University Press (2002), p. 379.

⁷² ARRIETA, ob. cit., p. 157.

⁷³ ARRIETA, ob. cit., p. 158.

⁷⁴ SCHIAVO, ob. cit., p. 229.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 232.

del sistema? O el problema de legitimidad es muy leve, o estamos sobrestimando el potencial del jurado.

Y no se trata tan solo de un problema de cifras. Aun cuando hipotéticamente la mitad o más de los juicios orales estuvieren mediados por la intervención de jueces legos, la dificultad subsistiría. Se trata más bien de un problema intrínseco de mayor extensión, que se vincula con las posibilidades de actuación de una institución que se encuentra diseñada para desempeñarse al final del proceso. Proceso que, como es conocido, presenta conflictos adicionales a los del juicio oral y la decisión acerca de la culpabilidad del acusado.

Piénsese, por ejemplo, en la concesión de medidas cautelares, en particular de la medida cautelar de prisión preventiva. Es usual que la concesión o denegación de esta genere estupor, indignación o enojo por parte de la ciudadanía, sentimientos que pueden incidir en esta sensación de desconfianza y cuya incidencia puede ser comparada con la perplejidad o indignación que producen, en la ciudadanía, las absoluciones o condenas que son consideradas injustas. A este ejemplo podría sumarse también la situación de la aplicación de formas de término del procedimiento previas al juicio a través de salidas alternativas (acuerdos reparatorios, suspensiones condicionales del procedimiento), sobreseimientos, etcétera; en casos en los que la ciudadanía –justificada o injustificadamente– sospecha un favorecimiento por el estatus social o económico del imputado.

Teniendo en cuenta dichos ejemplos, es válido preguntarse: ¿de qué manera la intervención de un jurado vendría a remediar dicho problema? La conexión no es para nada clara.

Tal como sugieren las investigaciones empíricas desarrolladas al respecto, la situación de la legitimidad y confianza hacia el sistema de justicia es bastante más compleja y no puede identificarse exclusiva –ni siquiera principalmente– con el acto cúlmine y poco frecuente de una sentencia. Creemos que tales investigaciones recomiendan una propuesta bastante más global y ambiciosa que el mero enjuiciamiento por pares.

Contrario a lo anterior, los estudios empíricos llevados a cabo por Tyler⁷⁶ sugieren que las personas valoran en su relación con el sistema de justicia aspectos no solo ligado a los resultados obtenidos. En concreto, es posible identificar aspectos claves durante todo el proceso de relación entre ciudadanos y justicia tales como la imparcialidad, la honestidad, el respeto y la cortesía.

En un estudio posterior, Tyler junto a Sevier profundizan sobre los factores que permiten explicar la legitimidad de los tribunales ante la ciudadanía. Si bien los datos que recogen demuestran que la legitimidad se vincula con la creencia,

⁷⁶ TYLER, Tom, *Why people obey the law*. New Haven: Princeton University Press (1990), pp. 7, 170-178.

por parte de los encuestados, de que los tribunales son capaces de establecer la verdad y dictar sentencias justas; los principales factores que explican la legitimidad atañen a la justicia procedimental, en particular, la calidad en el trato que experimentan los usuarios cuando se relacionan con los funcionarios judiciales⁷⁷.

Esta calidad en el trato se desglosa en varios aspectos: la posibilidad de ser escuchados en sus actuaciones, la imparcialidad con la que actúan los funcionarios judiciales, el respeto y reconocimiento de los intervinientes como sujetos relevantes⁷⁸, la demostración de preocupación y cortesía⁷⁹.

Un punto capital que surge en el estudio de Tyler y Sevier como elemento generador de confianza hacia los tribunales es la necesidad de que las personas que administran justicia expliquen y justifiquen circunstanciadamente sus decisiones⁸⁰. En palabras de los citados autores:

¿Cómo las autoridades comunican confiabilidad y crean confianza? Son dos las formas, primero, explicando cuáles son los procedimientos que están usando y por qué están tomando las decisiones que adoptan y, segundo, reconociendo las necesidades y preocupaciones de las personas en tales explicaciones⁸¹.

Otro punto relevante que han destacado los especialistas para restaurar la confianza de la ciudadanía en el sistema de justicia es la adopción de medidas que permitan que el Poder Judicial no se convierta en una institución alejada del pueblo. De este modo, debería ser capaz de reflejar con su integración la complejidad y diversidad de la sociedad, evitando así que sectores de la población se sientan excluidos o escasamente identificados.

Bajo ese propósito, explica Hilbink⁸² que la experiencia comparada en Reino Unido demuestra que la eliminación de barreras sociales y legales no ha sido suficiente para lograr dicha integración representativa, siendo más eficaces medidas activas de tutelaje identificando, aconsejando, persuadien-

⁷⁷ TYLER, Tom y SEVIER, Justin, “How do the courts create popular legitimacy?: the role of establishing the truth, punishing justly, and/or acting through just procedures”, en *Albany Law Review*, vol. 77, N° 3 (2014), p. 1129.

⁷⁸ Teniendo en cuenta que el estudio de Tyler y Sevier se lleva a cabo en una nación donde rige el enjuiciamiento por pares (EE. UU.), llama la atención que la demanda por reconocimiento subsista y se plantee como un reclamo contingente.

⁷⁹ TYLER y SEVIER, ob. cit., pp. 1105-1107.

⁸⁰ TYLER y SEVIER, ob. cit., pp. 1114-1116.

⁸¹ TYLER y SEVIER, ob. cit., p. 1116.

⁸² HILBINK, Lisa, “Jueces, ciudadanía y Estado democrático de derecho: construir la confiabilidad para recuperar la confianza”, en *Latin American Legal Studies*, N° 5 (2019), p. 18.

do y adelantando a personas altamente calificadas provenientes de minorías demográficas.

Asimismo, Hilbink⁸³ resalta medidas de involucramiento de miembros de la sociedad civil en el proceso de selección de jueces/as, citando la experiencia del Comité Nacional holandés para la selección de jueces, conformado por miembros de la judicatura y de otros sectores, como la administración pública, empresas, educación y ciencia, abogados y otros miembros de la sociedad civil, quienes entrevistan a los candidatos/as, jugando entonces un rol importante en la selección de los jueces en sus comunidades.

Como puede apreciarse, el tema dista de ser simple y las soluciones que acuden a remediar el problema de legitimidad son variadas⁸⁴. Las que en este espacio se han esbozado, contrario a lo que acontece con el juicio por jurados, no parecen poner en riesgo valores fundamentales del sistema de enjuiciamiento y además inciden en cambios que pueden trasuntar al proceso en su conjunto, no solo a su fase conclusiva y poco frecuente de juicio oral. Creemos que, en vez de escoger un símbolo de democracia decimonónica, debiéramos situar nuestros esfuerzos en explorar prácticas extensivas que ofrezcan, conforme a las investigaciones empíricas existentes, un mayor potencial vinculante de la ciudadanía con el sistema de justicia.

III. JUICIO POR JURADOS: ¿UNA DECISIÓN MÁS JUSTA?

Como ya hemos sostenido, una crisis de legitimidad no justifica cualquier cambio⁸⁵. Una propuesta de cambio debe tender hacia algo *mejor*.

⁸³ HILBINK, ob. cit., p. 19.

⁸⁴ Robinson, escribiendo desde un país con jurados, propone que optar por un principio distributivo como el *merecimiento empírico*, basado en intuiciones de justicia compartidas por la comunidad, podría aumentar el grado de credibilidad moral del derecho penal y generar una serie de consecuencias positivas. Así, ROBINSON, Paul, *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*. Traducción de CANCIO, Manuel y ORTIZ DE URBINA, Íñigo. Madrid: Marcial Pons (2012), pp. 197-235. Puede pensarse, en nuestro sistema, por ejemplo, en la evidente desproporción de las penas de ciertos delitos –como aquellas previstas para delitos contra la propiedad o de la Ley N° 20.000 y las previstas para delitos de corrupción o económicos–, que tiende a generar sensaciones de injusticia en la ciudadanía que depende de modificar las penas, su sistema, las posibilidades de cumplimiento en libertad, etc., pero no de cambiar el juzgador.

⁸⁵ Así, por ejemplo, si tomamos en cuenta el Estudio Nacional de Opinión Pública N° 84 (diciembre 2019) del Centro de Estudios Públicos, un escaso 6% de la muestra expresa mucha o bastante confianza en el Ministerio Público, lo que constituye el menor porcentaje desde 2015. Sin embargo, nadie –hasta donde sabemos– ha propuesto cambiar dicha institución y volver,

En conexión con dicho propósito de mejora, es indudable que un pilar fundamental de todo sistema judicial son las decisiones judiciales. Y algo que no debe quedar al costado del camino, sobre todo tratándose de las resoluciones vinculadas al proceso penal, es que estas puedan ser consideradas *justas*. Si bien esto depende de diversas cuestiones y atiende a múltiples fines y principios, como señala Valenzuela, el proceso tiene una conexión “más o menos evidente con alguna noción de verdad relacionada con el aforismo benthamiano: ‘*que todos los infractores del derecho sean sancionados y que sólo ellos lo sean*’”⁸⁶.

Esta dimensión se vincula con razones políticas y de legitimidad, pues una decisión injusta difícilmente será percibida como legítima, pero también con cuestiones técnicas y procesales que pueden ayudar a la obtención de decisiones justas, las que serán objeto de estudio en la presente sección.

Por supuesto la infalibilidad de los jueces profesionales no está asegurada. Todos podemos tomar buenas o malas decisiones, también jueces legos y jueces profesionales. Sin embargo, para la instauración de los jurados, no es suficiente apelar a su pretendida mayor legitimación democrática si es que tal alternativa no conduce a decisiones más justas.

No es lo mismo una decisión sobre la culpabilidad de una persona que aquella que pueda surgir del Parlamento o de un plebiscito. Un proyecto de ley, como vemos a menudo, puede aprobarse legítimamente sin un apego estricto a la evidencia y puede obedecer otras consideraciones. Una decisión sobre la culpabilidad debe ser justa, y para ello hay mecanismos que pueden ayudar a lograrlo –de hecho, los promotores del sistema del jurado suelen aludir a aquellos– pero esto no depende de la forma en que se nombre al juzgador sino de cuestiones técnicas.

La condena penal debe fundarse, como se dirá, en un procedimiento justo y en una decisión justa. La decisión solo puede ser justa si se corresponde con la verdad: si se condena a quienes son culpables y si se absuelve a quienes son inocentes⁸⁷. En el caso chileno, el jurado se opone a un sistema que construye sus decisiones sobre la necesidad de motivación, y con ello a la posibilidad de conocer los fundamentos y controlar la decisión –tanto en la valoración como

por ejemplo, a un sistema inquisitivo. Ver CEP Chile, *Estudio Nacional de Opinión Pública*, N° 84, diciembre de 2019 (<https://bit.ly/3amEHo2>, consultado el 18.12.20).

⁸⁶ VALENZUELA, *Hechos, pena...*, ob. cit., p. 17 (cursivas del autor).

⁸⁷ Como señala Laudan, “la veracidad de los resultados es condición necesaria (aunque no siempre suficiente) de su justicia”. LAUDAN, Larry, “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, en *Doxa*, N° 28 (2005), p. 98.

en la aplicación de un estándar—, y, por lo tanto, creemos, su instauración implica un paso atrás en la búsqueda de decisiones justas, que precisamente fue, al menos en parte, su motivación de antaño⁸⁸.

La mayor calidad epistémica de las decisiones del jurado no puede extraerse de su mayor legitimidad democrática. Tampoco desde el juramento y la invocación de una voluntad divina o un saber místico⁸⁹, pues ya no hay “en la base de la aceptación social del sistema del jurado [...] una especie de acto de fe, en virtud del cual la justicia del veredicto se acepta a priori como un axioma indiscutible”⁹⁰.

La respuesta usual que ofrecen los defensores del jurado ante tales cuestionamientos es que las decisiones serán de mejor calidad, en atención a varias virtudes del proceso decisorio como la exigencia de unanimidad, la función de las instrucciones, etcétera. Sin embargo, parece haber buenas razones para pensar que esto no es así. Con el jurado clásico⁹¹ se pierde la motivación y, con ello, se hace impracticable, entre otras cuestiones, el control sobre la valoración de la prueba y la aplicación de un estándar en la decisión.

1. La decisión justa y decir la verdad

La aceptación social de un procedimiento y la calidad de sus decisiones son cuestiones diversas. Podría ser que un sistema de jueces profesionales o de jurados sea más o menos aceptado, y que, independiente de ello, produzca mejores o peores decisiones. Como señala Taruffo, es posible que un medio social, por aspectos rituales del procedimiento, acepte decisiones erróneas o injustas que no

⁸⁸ Así como la íntima convicción —no necesariamente ligada a los jurados, aunque promovida por buena parte de sus defensores— buscó en el siglo XVIII evitar la arbitrariedad, NIEVA, Jordi, *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons (2010), p. 75. Hoy, el sentido de la motivación es evitar el ejercicio arbitrario de un poder. Así, GASCÓN, Marina, *Los hechos en el derecho*, 3ª ed. Madrid: Marcial Pons (2010), p. 178. Sobre el valor histórico asignado al juicio por jurados: *supra* II, 1.

⁸⁹ Señala Taruffo que este era el fundamento real de la fiabilidad de los jurados, pues “ellos podían tener un conocimiento directo o indirecto de los hechos, pero este conocimiento no podía ser controlado ni puesto en duda. En este sentido, el veredicto, al basarse en la conciencia de los jurados que se suponían inspirados por la divinidad, era inescrutable”. TARUFFO, *Simplemente...*, ob. cit., p. 34.

⁹⁰ TARUFFO, *Simplemente...*, ob. cit., p. 37.

⁹¹ Como ya hemos mencionado, nos centraremos en la propuesta que con más fuerza se ha levantado en nuestro medio. Allí se propone un sistema de jurado clásico por sobre uno escabinado, que decida en una deliberación secreta, por unanimidad y que no motive. Véase BLANCO, GONZÁLEZ y GUZMÁN, ob. cit., pp. 9 y ss.

por ello dejan de tener ese carácter. Ahora bien, si una sociedad incluye dentro de sus valores la justicia, preferirá un procedimiento que pretenda decisiones justas y esté diseñado para lograrlo de la mejor manera posible⁹².

La justicia de una decisión depende de tres condiciones conjuntamente necesarias: haber sido producida en un proceso justo, que la norma asumida como criterio de decisión sea correctamente interpretada y aplicada, y que se funde en una determinación verdadera de los hechos⁹³. Así, aunque hechos y derecho se suelen separar, la aplicación de la norma solo es debida si se aplica a la situación para la cual fue concebida, y eso depende de la correcta determinación de los hechos⁹⁴. Esta correcta determinación no deriva de una mayor legitimidad democrática del que decide, sino del método de decisión. Si, por ejemplo, un mejor método deriva de herramientas propias de una democracia representativa que de aquellas de una democracia directa, pues bienvenido.

Los hechos se presentan en el proceso como enunciados fácticos y “la verdad de un enunciado depende de la realidad del acontecimiento al que el enunciado se refiere”⁹⁵. Evidentemente pueden darse por probados hechos falsos; ya que, en realidad, un enunciado es *aceptado* como verdadero según la existencia de pruebas que lo confirmen. Bajo esta noción, *está probado que p* no es sinónimo de *es verdadero que p*, sino que significa que *hay elementos de juicio suficientes en favor de p*⁹⁶. Como explica Ferrer, sostener lo contrario implicaría confundir la finalidad de la prueba (la averiguación de la verdad) con la cuestión de si la verdad es o no un elemento definitorio de la prueba⁹⁷. Esta independencia entre las relaciones conceptual y teleológica de verdad y prueba permite que un enunciado resulte probado y sea falso y viceversa⁹⁸.

⁹² TARUFFO, *Simplemente...*, ob. cit., p. 123.

⁹³ TARUFFO, *Simplemente...*, ob. cit., p. 136. Estas dimensiones se condicen con la tipología de modelos de corrección de las resoluciones judiciales, respectivamente: corrección *procesal*, corrección *axiológica* y corrección *epistémica*. Al respecto, CARBONELL, Flavia, “Elementos para un modelo de decisión judicial correcta”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 27 (2017), pp. 6-10.

⁹⁴ En este sentido, NIEVA, Jordi, *La duda en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons (2013), p. 22.

⁹⁵ TARUFFO, *Simplemente...*, ob. cit., p. 107.

⁹⁶ Fundamental al respecto FERRER, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª ed. Madrid: Marcial Pons (2005), pp. 27-38.

⁹⁷ FERRER, *Prueba...*, ob. cit., p. 31.

⁹⁸ FERRER, *Prueba...*, ob. cit., p. 72.

Con todo, pese a las diversas reglas del proceso, la decisión judicial es apta para alcanzar conclusiones verdaderas y cumplir su finalidad necesariamente vinculada con la actividad probatoria, sobre lo que se volverá más adelante⁹⁹. De momento vale destacar que, siendo la verdad una condición (conjuntamente) necesaria para la justicia, y dependiendo su *aceptación* (en tanto verdad *relativa*¹⁰⁰) de una decisión que declare probado un hecho en un proceso –con base en criterios fijados por un estándar de prueba (en adelante EdP) aplicado luego de valorar la prueba–; la justicia de la decisión requiere de una correcta valoración de la prueba y de la adecuada aplicación de un estándar.

Dada la función epistémica del proceso, los promotores de la instauración del jurado deberían poder afirmar que este se halla en una mejor posición que los jueces profesionales, en nuestro caso tres magistrados de un Tribunal Oral en lo Penal, para valorar la prueba y aplicar un estándar. O sea, para determinar mejor la verdad y llegar a decisiones más justas. Pero, contrario a esta posibilidad, creemos que no hay buenas razones para sostener aquello, sino más bien lo contrario. Es decir, el jurado no está en mejor posición para *decir la verdad*¹⁰¹.

El jurado no ofrece suficientes garantías epistémicas en ninguno de los tres momentos de la actividad probatoria en el derecho: ni en la conformación del conjunto de elementos de juicio sobre cuya base de decidirá, ni en la valoración de ellos, ni en la decisión¹⁰². Antes de abocarnos a ello, aunque directamente relacionado, se abordará brevemente el problema de la motivación.

2. La necesidad de motivación

El deber de fundamentar las sentencias debe abarcar los hechos y el derecho, encontrando en nuestro ordenamiento fundamento legal y constitucional¹⁰³.

⁹⁹ Así. FERRER, *Prueba...*, ob. cit., p. 41.

¹⁰⁰ Siguiendo a Taruffo, es posible afirmar que la verdad es absoluta, algo no puede ser más o menos verdad, pero, en el contexto del proceso, el *conocimiento de la verdad* es relativo, y pese a ello, objetivo. Es relativo porque se funda en las pruebas y es objetivo porque no es fruto de preferencias subjetivas, sino de razones objetivas que justifiquen la decisión del juez, en TARUFFO, *Simplemente...*, ob. cit., pp. 99-100.

¹⁰¹ Sobre la verdad como un valor ético, político, epistémico y jurídico, puede verse TARUFFO, Michele, *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (2013), pp. 37-42.

¹⁰² La distinción de estos tres momentos la extraemos de FERRER, Jordi, *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons (2007), pp. 41 y ss.

¹⁰³ En este sentido, Leyton señala que fluye de una interpretación armónica de los artículos 8°, inciso segundo; 19 N° 3, inciso sexto; y 76, inciso primero, con diversas referencias a juris-

Además de un deber constitucional, es también un derecho, como ha señalado la Corte Suprema:

la debida fundamentación de toda resolución judicial es una garantía constitucional y forma parte del control jurisdiccional y público que caracteriza el nuevo proceso penal. Además de ser un deber constitucional del juzgador, es un derecho del justiciable al reexamen de la cuestión sometida a decisión ante jueces distintos. El deber de motivar las sentencias es un componente esencial del modelo de jurisdicción propio de un estado democrático de derecho¹⁰⁴.

En palabras de Taruffo, “[m]otivar los hechos significa explicitar, con la forma de una argumentación justificativa, el razonamiento que permite atribuir una eficacia determinada a cada medio de prueba y que, sobre esta base, fundamenta la elección a favor de la hipótesis sobre el hecho de que, con las pruebas disponibles, tiene un grado de confirmación lógica más elevado”¹⁰⁵. Su destino es ser intersubjetivamente valorado, lo que da transparencia al discurso de soporte y lo hace susceptible de control racional¹⁰⁶. Se busca así controlar la discrecionalidad en la utilización y valoración de las pruebas, obligando al juez a justificar sus decisiones, permitiendo un control de ellas dentro y fuera del proceso, lo que constituye una “exigencia de control sobre la racionalidad del razonamiento del juez sobre las pruebas”¹⁰⁷.

En cuanto a sus funciones, se le suelen atribuir dos: una endoprocesal, “consistente en facilitar el control jurídico de la decisión por los litigantes y el tribunal revisor” y otra extraprocesal, que permite un control externo de las razones que exprese el juez como fundamento y que “será realizado por la opinión pública en razón del ejercicio de poder que significa la actividad jurisdiccional”¹⁰⁸.

A su vez, Marina Gascón distingue entre la *motivación-actividad* y la *motivación-documento*. La primera sería “el procedimiento mental que ha

prudencia del Tribunal Constitucional, en Leyton, José Francisco, “Comentario fallo causa rol N° 14930-2018, de la Corte Suprema”, en *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, vol. XLVI, N° Anual (2019), pp. 105 y ss. En el mismo sentido, CERDA, Rodrigo, *Juicio fáctico en las sentencias penales*. Santiago: Librotecnia (2016), pp. 11 y ss.

¹⁰⁴ Rol N° 9492-2009. Citado en CERDA, ob. cit., p. 12.

¹⁰⁵ TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, traducción de Jordi Ferrer, 4ª ed. Madrid: Trotta (2011), p. 436.

¹⁰⁶ ANDRÉS, Perfecto, “Sobre prueba y motivación”, en TARUFFO, Michele; ANDRÉS, Perfecto y CANDAU, Alfonso, *Consideraciones sobre prueba judicial*. México: Fontamara (2011), pp. 83-84.

¹⁰⁷ TARUFFO, *La prueba de los hechos*, ob. cit., p. 436.

¹⁰⁸ CERDA, ob. cit., p. 16.

conducido al juez a formular como verdadero un enunciado sobre los hechos del caso”, versando sobre el contexto de descubrimiento; mientras la segunda sería “el conjunto de enunciados del discurso judicial (o el documento en el que se plasman) en los que se aportan las razones que permiten aceptar otros enunciados fácticos como verdaderos”¹⁰⁹, versando entonces sobre el *contexto de justificación*¹¹⁰.

El jurado clásico que se pretende instaurar no motiva sus decisiones, lo que implica menores posibilidades de control sobre la racionalidad de ellas y la imposibilidad de apreciar cómo valoró la prueba y la manera en que tomó su decisión. A fuer de ello, Andrés Ibáñez afirma que “el jury norteamericano nunca motiva su veredicto, por lo tanto, queda siempre falto de todo fundamento racional”¹¹¹. Ni la víctima, ni el imputado, ni el resto de los ciudadanos pueden conocer los fundamentos de la decisión, debiendo *confiar* en que se trató de una decisión racional; se trata de un *acto de fe* y de una renuncia a una concepción racional de la prueba¹¹², lo que supone problemas de legitimidad de la decisión. Una decisión que carece de motivación torna en impracticable la labor de efectuar un análisis de corrección acerca de lo decidido, ya sea en su dimensión procesal, axiológica o epistémica¹¹³.

¹⁰⁹ GASCÓN, *Los hechos...*, ob. cit., p. 184.

¹¹⁰ Para Gascón, en el contexto de descubrimiento la “prueba hace referencia al *iter* que conduce a la *formulación de enunciados asertivos* como verdaderos [...]; por consiguiente, al descubrimiento o conocimiento de los hechos que hacen verdaderos esos enunciados”. Mientras que, en el contexto de justificación la prueba “hace referencia a la *justificación de esos enunciados*; es decir, a las razones que permiten mantener que esos enunciados son verdaderos”. GASCÓN, *Los hechos...*, ob. cit., pp. 76-77 (cursivas de la autora).

¹¹¹ ANDRÉS, “Sobre prueba...”, ob. cit., p. 24.

¹¹² Ferrer describe dos grandes concepciones sobre la prueba: la concepción persuasiva o subjetiva y la concepción racional. Para la primera *está probado que p* se vincularía al convencimiento del decisor; mientras que para la segunda supondría que las pruebas aporten corroboración suficiente a la hipótesis de que *p*. La concepción subjetivista tendría como características: que la decisión sobre la prueba sería infalible, en tanto corresponda a las creencias del decisor; seguiría una concepción persuasiva de la prueba con una fuerte concepción del principio de inmediación; habría una ausencia de recursos en materia probatoria; y habría ausencia de motivación en la decisión sobre los hechos. La concepción racional, en cambio, se caracterizaría por: una corroboración de la hipótesis vinculada al grado de confirmación aportado por la prueba y no elementos subjetivos; una versión débil de la inmediación; existencia de recursos sobre la decisión probatoria; y una exigencia rigurosa de motivación. En FERRER, Jordi, “Sobre el deber de motivación de las decisiones probatorias y el juicio por jurados. La sentencia V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua de la Corte IDH”, en *Quaestio Facti*, N° 1 (2020), pp. 269-271.

¹¹³ CARBONELL, ob. cit., pp. 31-32.

Esto es controvertido por los defensores del jurado, que aportan argumentos en favor de este sistema pese a la ausencia de *motivación-documento*. Dentro de ellos, podemos destacar algunos esgrimidos por Harfuch: (1) es un error exigir motivación a un jurado clásico, pues es una exigencia al juez profesional para compensar su deslegitimación de origen; (2) se cumplen las exigencia de control externo e interno del veredicto de los jurados por conclusiones que *obligatoriamente* derivan de su superávit de legitimidad, por su número, unanimidad, no pertenencia al Estado, accidentalidad, amplia recusabilidad, superioridad en materia de deliberación, etcétera; (3) el control extrapocesal de la decisión “es obtenido del requerimiento fiscal, de las instrucciones del juez¹¹⁴, de la transcripción taquigráfica de todo el juicio y, como veremos inmediatamente a continuación, por la sujeción absoluta ex ante y ex post de su juicio al estándar probatorio de duda razonable, ampliamente verificable y criticable en sede recursiva por el condenado”; y (4) el control endoprocésal se obtiene de su número, de la unanimidad, y de la “maximización de la garantía de deliberación”¹¹⁵.

Blanco, González y Guzmán destacan la unanimidad como regla de decisión para su propuesta, tanto para la culpabilidad o no culpabilidad, señalando que favorecería un debate de mayor calidad¹¹⁶, requiriendo un esfuerzo deliberativo superlativo, asegurando mayor legitimidad de la decisión al dificultar la existencia de sospechas de arbitrariedad. Siguiendo a Harfuch, afirman que la unanimidad tendría al menos siete funciones: “[r]obustece la discusión de la prueba, realza la voz de las minorías, aumenta la legitimidad de los veredictos,

¹¹⁴ Para lo cual el autor hace alusión a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Taxquet v Bélgica*.

¹¹⁵ HARFUCH, ob. cit., pp. 125-126.

¹¹⁶ BLANCO, GONZÁLEZ y GUZMÁN, ob. cit., p. 10. Sobre la situación del *jurado estancado*, destacan resortes institucionales para aquellos casos en que no se logre acuerdo, sin especificarlos, pero acompañando como anexo la Ley de Juicio por Jurados N° 9.106, Provincia de Mendoza, Argentina, que establece: “[a]rt. 34- El Juez y las partes, procurarán acordar todas las medidas necesarias que permitan asistir al Jurado para superar el estancamiento, tales como la reapertura de ciertos puntos de prueba, nuevos argumentos o alegatos de las partes o una nueva instrucción del Juez. A ese fin, el Juez podrá preguntarle al Jurado si desean ponerle en su conocimiento, mediante breve nota escrita el o los puntos que les impiden acordar, sin revelar ningún aspecto o detalle de las deliberaciones ni del número de votos a favor de una u otra postura. Si el Jurado no lograre un veredicto unánime en un plazo razonable, conforme las particularidades del caso, el juicio se declarará estancado y el Juez preguntará al acusador si continuará con el ejercicio de la acusación. En caso negativo el Juez absolverá inmediatamente al acusado. En caso afirmativo el Juez procederá a la disolución del Jurado y se dispondrá la realización de un nuevo juicio con otro Jurado. Si el nuevo Jurado también se declarase estancado, el Juez absolverá al acusado”.

fortalece la calidad de la deliberación, aumenta la satisfacción de los jurados con su servicio, fuerza al proceso de razonamiento y resguarda a los inocentes”¹¹⁷. Finalmente, agregan que la motivación no se puede exigir al jurado, que utiliza un método de valoración de la prueba de *íntima convicción*, a diferencia de los letrados que utilizan la sana crítica¹¹⁸.

Sobre lo primero (1), es posible distinguir entre la mayor o menor legitimidad en la constitución del jurado y la mayor o menor legitimidad de la decisión del jurado. Lo uno podría derivarse de su forma de selección, lo otro no¹¹⁹. La constitución del jurado es previa al juicio y a la decisión, por lo que difícilmente podría fundar su legitimidad. La decisión debe resultar de la información obtenida de los antecedentes probatorios y, ante la ausencia de motivación, no hay razones fuertes para creer que fuera así. Sin motivación no tenemos cómo saberlo, impidiendo esta inexpresividad el evaluar la calidad de la decisión en circunstancias que “nadie está obligado a presumir que sea la debida; más bien lo contrario”¹²⁰.

Con los jueces profesionales también podría invocarse una autoridad fundada en una legitimidad superior; podría concebirse un sistema en donde miembros del Poder Judicial sean electos por votación directa, pero, aun así, la justificación de la decisión es la que la reviste de legitimidad ante todos, pues es una forma de argumentar que la decisión es justa porque los hechos pueden ser tenidos por establecidos sobre la base de las pruebas y no por otra razón. Por eso es exigible una justificación pública, como refiere Accatino:

Mientras esa autoridad fue presupuesta y su fundamento fue reputado sacro e indiscutible por el público profano, no tenía sentido exigir del juez una justificación pública de su ejercicio. Solo con el avance del proceso de secularización —el paso de la dominación tradicional a la dominación legal-racional del que habla Max Weber— y con la afirmación de un fundamento públicamente controlable para la autoridad del juez, la motivación de las sentencias puede adquirir el sentido

¹¹⁷ BLANCO, GONZÁLEZ y GUZMÁN, ob. cit., p. 22.

¹¹⁸ BLANCO, GONZÁLEZ y GUZMÁN, ob. cit., p. 33.

¹¹⁹ El 10 de marzo de 1997 un jurado español absolvió a Mikel Otegi Unanue, miembro de la ETA acusado de dar muerte a dos policías vascos, apreciando la eximente de trastorno mental transitorio. El veredicto fue anulado por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en junio de 1997. Si bien el sistema español supone cierta motivación, el impacto de la absolución motivó reformas de ley y una visión negativa del jurado. GARCÍA, Juan; DE LA FUENTE, Leticia y DE LA FUENTE, Emilia, “Una visión psicojurídica del jurado español desde sus fundamentos y funcionamiento”, en *Psicología Política*, N° 24 (2002), p. 83. Es posible que una absolución sin motivación hubiera provocado efectos similares, pero lo cierto es que la legitimidad en la constitución del jurado no asegura la percepción de legitimidad en su decisión.

¹²⁰ ANDRÉS, “Sobre prueba...”, ob. cit., p. 91.

de un ejercicio de justificación a través del cual el juez busca ganar argumentativamente autoridad frente a las partes y al público, un significado de la exigencia de motivación que siguiendo a Taruffo podemos denominar extraprocesal¹²¹.

Ganar argumentativamente autoridad es algo que requiere cualquier decisión, incluyendo aquellas de los jurados. Todavía se podrá decir que (2) las funciones de control externo e interno se cumplen por diversas razones, mas no vemos ninguna implicancia para el control que se derive de la accidentalidad o la no pertenencia al Estado de los miembros del jurado y las demás razones que se suelen invocar.

Si el número es relevante, siguiendo a Taruffo, uno debería sostener que la decisión de un jurado de doce miembros es superior a la de uno compuesto por nueve, y ésta mejor que la de uno compuesto por seis. Pero, así como uno o tres pueden decidir mal, también pueden hacerlo seis, nueve o doce. A su vez, el profesor italiano muestra la inconsistencia del argumento que sostiene que doce cabezas, o trece con el juez, razonen mejor que una “en el caso de que doce cabezas razonen mal y sólo la número trece razone bien”¹²². Además, incluso con la exigencia de (4) unanimidad, basta solo un jurado para no decretar la culpabilidad y dos para absolver, contando un segundo juicio, bajo la fórmula de solución para el jurado estancado sugerida (ver nota al pie N° 116).

En cuanto al control extraprocesal (3) nada suman al jurado el requerimiento fiscal o la transcripción del juicio que, en nuestro sistema de jueces profesionales, ya están incorporadas. Sobre las instrucciones volveremos más adelante.

Finalmente, los mecanismos de selección o de recusación sin causa de modo alguno son garantías epistémicas. Es perfectamente posible que luego de ella sean seleccionados jurados sin las suficientes competencias, además, son realizadas por los abogados¹²³, que no tienen necesariamente un compromiso fuerte con la verdad, sino el objetivo de ganar un caso¹²⁴. Esto puede ser matizado en el caso de la fiscalía, respecto de quien rige el principio de objetividad¹²⁵ y la necesidad de contar con antecedentes serios para formular acusación, pero

¹²¹ ACCATINO, “La fundamentación...”, ob. cit., p. 35.

¹²² TARUFFO, *Simplemente...*, ob. cit., p. 212.

¹²³ Sin perjuicio de ello, hay propuestas de selección a través de una comisión de científicos sociales o sistemas de selección controlada, que incluyan una fase de peritajes expertos con intervención de psicólogos que evalúen a los jurados. Cfr. GARCÍA, DE LA FUENTE Y DE LA FUENTE, ob. cit., pp. 74-75.

¹²⁴ TARUFFO, *Simplemente...*, ob. cit., p. 57.

¹²⁵ Aunque bien podría señalarse que una vez que la fiscalía presenta acusación asume una postura bastante comprometida en torno a la responsabilidad penal del acusado, lo que llevaría

incluso así el problema subsiste, pues por algo uno de los méritos del sistema acusatorio es separar los roles de acusador y juzgador.

El jurado supone la ausencia de *motivación-documento* y la falta de control sobre la *motivación-actividad*. Nieva propone la utilización de un método deductivo antes de redactar la motivación. Sería técnicamente conveniente en la deliberación del jurado (*motivación-actividad*), para luego seguir el método inductivo en la redacción¹²⁶. Si no hay *motivación-documento* y la deliberación es secreta, carecemos de herramientas para evitar, por ejemplo, que en la *motivación-actividad* se haya incurrido en un sesgo de confirmación.

Habría además una menor posibilidad de recursos procesales, debiéndose prescindir de aquellos fundados en una motivación fáctica insuficiente o arbitraria¹²⁷; una menor posibilidad de ejercer efectivamente otros derechos y garantías¹²⁸; y convivirían dos sistemas que tendrían supuestamente una distinta legitimidad. Según fuera el sistema de jurados que se instaure, no todos los delitos serían conocidos por jurados. Además, en Chile la jurisprudencia exige motivación para las sentencias de Juicio Oral, simplificado inclusive. Lo mismo con la prisión preventiva, que, más allá de la discusión respecto a su naturaleza jurídica, son privaciones de libertad decretadas por jueces cuya resolución requiere motivación. De ese modo, de instaurarse el juicio por jurados convivirían resoluciones de jueces motivadas y otras de jurados inmotivadas.

Por lo tanto, si los promotores del jurado tuvieran razón, habría que aceptar que algunas sentencias fuesen más legítimas que otras.

Puede que todo veredicto tenga en algún sentido motivación (actividad), pero no toda motivación es válida, y sin su exteriorización es imposible dis-

a una búsqueda, en la selección, de jurados propensos a condenar más que a una búsqueda de imparcialidad.

¹²⁶ NIEVA, Jordi, *Derecho procesal III. Proceso Penal*. Madrid: Tirant lo Blanch (2017), pp. 416-420. Un breve e interesante análisis de un razonamiento de condena del jurado, absolutamente lógico desde el modelo inductivo, pero que llevó a una injusta condena en un caso real puede verse en NIEVA, *La valoración...*, ob. cit., pp. 201-203.

¹²⁷ Al respecto, CERDA, ob. cit., pp. 99 y ss.

¹²⁸ Señala Cerda San Martín: “sin la motivación de la sentencia carecería de sentido la mayoría de las reglas de garantía previstas para el juicio previo, oral, inmediato, contradictorio y público. Qué sentido tendrían, por ejemplo, las reglas que obligan a someter los enunciados fácticos de la acusación a la posibilidad de refutación por parte de la defensa, o el control bilateral de la actividad probatoria y la producción de prueba de descargo, o la argumentación propia de los alegatos finales, si en definitiva los jueces nunca expresaran por qué han sido ineficaces las alegaciones y objeciones de la defensa, prevaleciendo las de la acusación, o se abstuvieran de valorar las pruebas de descargo”. CERDA, ob. cit., p. 15.

tinguir. En particular respecto a la adecuada valoración de la prueba y una correcta decisión.

3. Los tres momentos en la toma de decisión sobre los hechos

Siguiendo el modelo propuesto por Ferrer, podemos distinguir tres momentos fundamentales –lógicamente distintos y sucesivos– en la toma de decisiones sobre los hechos en el proceso. Estos son: primero, la conformación del conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará la decisión; segundo, la valoración de esos elementos; y tercero, la adopción de la decisión sobre los hechos probados¹²⁹. Tal como se desarrollará, frente a cada uno de estos momentos, y en directa relación con la falta de motivación, la instauración del jurado trae inconvenientes.

a) El momento de la conformación del conjunto de elementos de juicio

De cara al establecimiento de la premisa fáctica, la proposición y práctica de las pruebas debe permitir asentar un conjunto de elementos de juicio que sean aptos para apoyar o refutar las hipótesis sobre hechos del caso¹³⁰. En nuestro sistema, luego de la presentación de la acusación (art. 259 del Código Procesal Penal, en adelante CPP), se lleva a cabo la audiencia de preparación del juicio oral (arts. 260 y ss. del CPP), en la que proceden las solicitudes de exclusión de pruebas (art. 276 del CPP)¹³¹. En tal contexto, podemos mencionar dos situaciones indeseadas que podrían darse en un sistema de jurados: (1) una excesiva exclusión de pruebas relevantes; y (2) la imposibilidad de controlar que la decisión se funde solo sobre la base de prueba incluida.

En esta materia, la regla general deriva del principio de relevancia que permite utilizar todas las informaciones útiles para la determinación a la verdad de un enunciado¹³². Por excepción se consagran reglas de exclusión de prueba, que pueden atender a una función epistémica, en el caso de normas cuyo objeto es “prevenir o evitar errores o malentendidos en la determinación del valor

¹²⁹ FERRER, *La valoración...*, ob. cit., pp. 41 y ss.

¹³⁰ FERRER, *La valoración...*, ob. cit., pp. 41-42.

¹³¹ Sobre las cinco hipótesis de exclusión de prueba del procedimiento puede verse HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho procesal penal chileno*, tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2004), pp. 45 y ss.

¹³² TARUFFO, *Simplemente...*, ob. cit., p. 161.

probatorio de ciertas pruebas”; o a otros fines diversos, que no pretenden favorecer el descubrimiento de la verdad, como es el caso de la prueba ilícita¹³³.

En relación con lo primero (1), la instauración del jurado puede traer aparejada excesivas reglas de exclusión de prueba para evitar errores de valoración por parte del jurado que, por no motivar, se ve libre de mayores controles para los momentos de valoración y decisión. Esta suerte de *paternalismo epistémico* permite excluir pruebas que son en principio relevantes y admisibles¹³⁴. Ejemplo de ello es la exclusión de testigos de oídas, fundada en “la premisa de que un conjunto de legos no puede determinar correctamente el valor de una prueba y tiende a sobrevalorarla”, mientras que en el *civil law* inglés, en el que no hay jurado, los testigos de oídas son normalmente admitidos, pues “confían en la capacidad del juez de distinguir el valor de un testimonio indirecto del de un testimonio directo”¹³⁵.

Derivado de lo anterior, la pregunta que surge entonces es si acaso parece apropiado el establecimiento del sistema de jurados, considerando que su instauración puede verse acompañada de estas prácticas adicionales contra epistémicas, que descansan en la desconfianza –demostrada en los propios sistemas donde el jurado existe– de las habilidades de los jueces legos para valorar libres de prejuicios las pruebas¹³⁶.

Blanco, González y Guzmán, señalan que el jurado aseguraría un mayor nivel de control sobre la consistencia y calidad de la información¹³⁷ y que se vigorizaría el rol del juez o jueza en el control de la admisibilidad de la evidencia, facilitando la comprensión de su función de control de admisibilidad de la prueba al separarla de la valoración¹³⁸, fortaleciendo el papel del juez o jueza como árbitro de la producción de la prueba “al existir un consenso generalizado de

¹³³ TARUFFO, *Simplemente...*, ob. cit., p. 167. La consagración de la prueba ilícita deriva de propósitos diversos a la búsqueda de la verdad en el proceso y puede constituir límites a su búsqueda, asumiendo, por tanto, el carácter de reglas *contra epistémicas*. Sobre tal punto: EZURMENDIA, Jesús, “Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en el procedimiento de familia”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 47, N° 1 (2020), pp. 103-104; también VALENZUELA, Jonatan, “Hacia un estándar de prueba cautelar en materia penal: algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva”, en *Política Criminal*, vol. 13, N° 26 (2018), p. 844.

¹³⁴ Véase TARUFFO, *Simplemente...*, ob. cit., p. 170.

¹³⁵ TARUFFO, *Simplemente...*, ob. cit., pp. 171-172.

¹³⁶ Ante tal pregunta la respuesta de Taruffo es clara: ante la conformación de un material probatorio limitado, con “numerosas normas de exclusión de pruebas relevantes dirigidas a prevenir errores de valoración del jurado, cabría dudar que sea oportuno mantener el *trial by jury*”, TARUFFO, *Simplemente...*, p. 173 (cursivas del autor).

¹³⁷ BLANCO, GONZÁLEZ y GUZMÁN, ob. cit., p. 24.

¹³⁸ BLANCO, GONZÁLEZ y GUZMÁN, ob. cit., p. 27.

que debe *evitarse a toda costa* que el jurado pueda verse influido o contaminado por prueba obtenida con infracción de derechos fundamentales”¹³⁹.

Pero, contrario a lo anterior, no observamos cómo se mejoraría la calidad de la información en nuestro sistema, que ya separa el control de la admisibilidad de la evidencia, propio de la etapa intermedia y del Tribunal de Garantía, y su valoración, propia del juicio y del Tribunal Oral.

Esta afirmación de una mejora en el proceso de exclusión de prueba parece descansar en una asunción previa de nuestro sistema actual: que los Jueces de Garantía, en forma más o menos consciente, no excluyen toda la prueba que debiesen excluir, ya que saben que tal situación puede ser subsanada en la etapa siguiente del juicio oral por el Tribunal Oral en lo Penal (mediante la *valoración negativa* de la misma), de modo que, si no es dicho órgano el que valorará la prueba, sino un jurado, los Jueces de Garantía evitarán “la tentación de postergar la discusión sobre la admisibilidad de la prueba”¹⁴⁰.

Se podría responder a quienes sostienen una idea como la anterior, que la asunción sobre la que se apoya esta promesa de mejora en el proceso de exclusión de pruebas está lejos de ser una circunstancia clara y sobre la cual –al menos en nuestro sistema procesal– se cuente con estudios que den cuenta de su efectividad. Dicha asunción, que está en la base de su propuesta, es más bien una intuición, intuición que por lo demás enfrenta una valla bastante clara: para aceptar que los jueces de garantía pueden verse “tentados para postergar la discusión acerca de la admisibilidad de la prueba”, dichos jueces deben reconocer en los miembros del Tribunal Oral en lo Penal facultades para excluir o a lo menos para no valorar (o valorar negativamente) dichas pruebas que han sido incluidas en el auto de apertura de juicio oral. Pero tal presupuesto es bastante incierto, al ser discutida esta posibilidad para que dicho órgano colegiado pueda valorar negativamente y, aún más, excluir prueba que ya ha sido admitida a juicio¹⁴¹. Luego, lo lógico es entender que, a lo menos una buena parte de los jueces de garantía no conciben, bajo nuestra legislación, esa posibilidad de postergar la decisión de admisibilidad tal como intuyen Blanco, González y Guzmán¹⁴².

¹³⁹ BLANCO, GONZÁLEZ y GUZMÁN, ob. cit., p. 28 (cursivas añadidas).

¹⁴⁰ Ídem.

¹⁴¹ Sobre la naturaleza polémica de esta facultad para no valorar la prueba ya admitida a juicio oral, en nuestro sistema, CORTÉS-MONROY, Jorge, “La ‘valoración negativa’ como exclusión de la prueba ilícita en el juicio oral”, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 24, N° 1, (2018), pp. 661 y ss.); HORVITZ y LÓPEZ, ob. cit., pp. 200-204.

¹⁴² BLANCO, GONZÁLEZ y GUZMÁN, ob. cit., p. 28.

Sobre la segunda cuestión problemática (2), hay bastante consenso en que la decisión debe considerar solo las pruebas admitidas y aportadas al proceso. En la medida que el proceso penal es un contexto de descubrimiento institucionalizado, mediado por diversas reglas jurídicas, hay pruebas y conocimientos extraprocesales que no deben ser considerados, teniendo el juez que “adoptar su decisión sobre los hechos ‘como sí’ no conociese esos datos”¹⁴³. Estos conocimientos pueden afectar las *creencias* de un miembro del jurado, pero no deberían influir en su decisión. De tal forma, el problema nuevamente ronda en torno a la falta de fundamentación: si no se motiva el veredicto ¿cómo saber que dicha decisión no se ha visto explicada por conocimientos extraprocesales?

La motivación requiere analizar cada medio de prueba¹⁴⁴, permitiendo conocer el sustento de la decisión. Sin ella, es imposible un adecuado control o a lo menos hay un menor control. Las instrucciones son insuficientes porque son inevitablemente genéricas y además no permiten comprobar si el jurado efectivamente las consideró¹⁴⁵; la unanimidad es insuficiente porque es perfectamente posible que un jurado concurre a la unanimidad considerando para su decisión, o siendo determinante para ella, prueba no incluida, o que un jurado sea minoría por razones similares. Si de los doce jurados hay uno que considera culpable al enjuiciado con base en prueba ilícita, no puede haber una decisión justa. Si el jurado se entraba porque once de sus miembros están a favor de declarar la no culpabilidad, pero uno solo está en favor de declarar considerando prueba ilícita, debería hacerse un nuevo juicio por una decisión ilícita.

En nuestro país es bastante frecuente que se transmitan audiencias de formalización en las que se exponen antecedentes de la carpeta investigativa; que los medios de comunicación sigan detenidamente todo el proceso; que se publiquen reportajes con *las pruebas del caso X*, etcétera. Recientemente, en un caso de delitos sexuales reiterados, se difundieron masivamente videos y grabaciones de la investigación; lo mismo en un caso de un policía al que se le imputa un homicidio frustrado, al serle atribuido el haber empujado a un manifestante desde un puente. Ambos casos generaron conmoción pública y debates constantes en medios y redes sociales. Es esperable que varias personas que accedieron a tales noticias tengan una opinión al respecto. ¿Cómo podría controlarse que un jurado no considerase conocimientos previos y resolviera solo

¹⁴³ GASCÓN, *Los hechos...*, ob. cit., p. 187.

¹⁴⁴ Sobre el contenido de la motivación, puede verse FERRER, “Sobre el deber...”, ob. cit., pp. 378 y ss.

¹⁴⁵ Véase TARUFFO, *Simplemente...*, ob. cit., p. 213.

sobre la base de la prueba rendida? Han aparecido testigos y víctimas contando sus versiones en televisión, ¿cómo controlar que sea valorado el testimonio del juicio y no uno anterior, sea este de mejor o peor calidad? ¿Qué pasaría si uno de esos videos, que todos vieron, fuera luego excluido?

En el lamentable y conocido caso español de *La Manada*, se incluyó como prueba una camiseta de la víctima que decía “Hagas lo que hagas, quítate las bragas”, y se excluyeron conversaciones de los acusados en la aplicación *Whatsapp* que hacían referencia a la droga burundanga y a violaciones¹⁴⁶. El voto de mayoría de la Audiencia Provincial de Navarra señaló, sobre la camiseta, que esta prueba parece ignorar que se trata de una persona joven, con un complejo proceso de recuperación y toda una vida por delante, “que en modo alguno haya de llevar una vida de ermitaña” (Sentencia N° 38/2018, Fundamento de Derecho Octavo). En cambio, en el voto particular, se afirmó que la frase de la camiseta “no sugiere una persona traumatizada en absoluto” (Fundamento de Derecho Segundo, letra H). Imaginemos la prueba hubiera sido excluida, como debería haber ocurrido a nuestro juicio. ¿Cómo podría controlarse que ningún jurado la considerara como un elemento de falta de credibilidad de la víctima? La exposición mediática del caso hace probable que los jurados conozcan el antecedente; la falta de motivación y control impide asegurar que ninguno de ellos la considere. Frente a un problema de tal clase, la unanimidad no parece ser suficiente garantía. Basta que un solo jurado decida absolver por su valoración de esa camiseta para trabar al jurado. En forma opuesta, la unanimidad tampoco garantiza una correcta decisión de culpabilidad. Basta que uno de los miembros del jurado decidiera tener por acreditada la culpabilidad del acusado con base en esas conversaciones de *Whatsapp* excluidas, para que la decisión (unánime) sea ilícita.

La falta de motivación supone la imposibilidad de controlar que los conocimientos extraprocesales no sean considerados en la decisión; entonces, el jurado no parece ofrecer mecanismos aptos para lograr lo que se propone: *evitar a toda costa* verse influido o contaminado por prueba ilícita o conocimientos que deban quedar fuera del proceso.

b) *El momento de la valoración*

Cerrado el debate entre las partes llega el momento de la valoración de la prueba, en el que se obtendrá un resultado sobre el grado de confirmación de cada hipótesis¹⁴⁷. La valoración consiste “en evaluar la veracidad de las prue-

¹⁴⁶ *El Mundo* 17.11.17 (<https://bit.ly/2K1UnCo>, consultado el 18.12.20).

¹⁴⁷ Véase FERRER, *La valoración...*, ob. cit., p. 45.

bas (o sea, de las informaciones aportadas al proceso a través de los medios de prueba), así como en atribuir a las mismas un determinado valor o peso en la convicción del juzgador sobre los hechos que se juzgan”¹⁴⁸. Nuestro proceso penal consagra un sistema de valoración libre de la prueba (art. 297 del CPP), similar al que se propone con la instauración del jurado. De todos modos, esto no quiere decir que la valoración sea del todo libre, sino que solo es *libre* “en el sentido de que no está sujeta a normas jurídicas que predeterminen el resultado de esa valoración”, pero sí está sujeta a los criterios generales de la lógica y la racionalidad¹⁴⁹. Finalmente, este momento todavía no determina la decisión, que depende de la intermediación posterior del EdP¹⁵⁰.

Es habitual que aquí se haga una distinción entre los hechos que juzga el jurado, y la posterior aplicación del Derecho que correspondería al juez profesional, pero, como señala Maier, “[u]na separación estricta entre hechos y Derecho en la decisión judicial es imposible”¹⁵¹. Piénsese en lo complejo que es determinar si hay un engaño penalmente relevante en la estafa, si hay coacción en un robo, si hay infracción de un deber de cuidado en una negligencia médica, etcétera, y de todo esto depende la declaración de culpabilidad.

Por otro lado, los defensores del jurado parecen tener aquí como punto de partida que la determinación de estos hechos no es algo complejo que requiera conocimientos especiales. De todas formas, aunque se reconociera relevancia a tal planteo, la instauración del jurado supone de inmediato renunciar a las posibilidades de mejorar las herramientas para la valoración de la prueba mediante la formación o educación y a través del conocimiento acumulado y la experiencia¹⁵².

Con el jurado se hace imposible mejorar la valoración de la prueba porque se debe renunciar a la formación de jueces en materia probatoria, una de las bases para una adecuada valoración probatoria¹⁵³. En nuestro país, como ya se indicó (*supra*, nota N° 46), el programa de formación de la Academia Judicial comprende módulos sobre prueba que no podrían impartirse para

¹⁴⁸ GASCÓN, Marina, *La argumentación en el derecho* (Lima, 2003), p. 361.

¹⁴⁹ FERRER, *La valoración...*, ob. cit., p. 45.

¹⁵⁰ FERRER, *La valoración...*, ob. cit., p. 47. También CERDA, ob. cit., p. 33.

¹⁵¹ MAIER, ob. cit., p. 746.

¹⁵² Señala Taruffo que el jurado “no posee ninguna preparación profesional y no puede adquirir tampoco experiencia como *trier of fact*, dado que es nombrado solamente para cada proceso en el que desarrolla su función”, por lo que “el sentido común constituye el único recurso cognoscitivo e interpretativo de que disponen”. TARUFFO, *Simplemente...*, ob. cit., p. 215.

¹⁵³ En este sentido, NIEVA, *La valoración...*, ob. cit., pp. 151 y ss.

quienes van a ejercer esta actividad de manera accidental¹⁵⁴. Adicionalmente, un juez profesional desempeña durante años esta actividad, siendo, como afirma Taruffo:

esta experiencia formada en la práctica judicial la que hace al juez experto en la búsqueda y en la determinación de la verdad: el contacto cotidiano, extendido en el tiempo, con las pruebas y con los problemas relativos a los hechos puede proporcionar al juez los conocimientos y las capacidades necesarias para desarrollar adecuadamente la función epistémica¹⁵⁵.

Por cierto, los jueces profesionales no tienen un conocimiento perfecto, siempre se puede mejorar. La cuestión es que los mecanismos para aprender y mejorar están proscritos para los jurados. Hay cuestiones complejas que pueden ser estudiadas, como la valoración de las declaraciones de víctimas en delitos sexuales o de niños, niñas y adolescentes (NNA); la violencia de género¹⁵⁶; la prueba pericial en general, por ejemplo, las pericias de credibilidad; la valoración de los testigos de oídas; los aportes de la psicología del testimonio; los principios de la lógica, etc.¹⁵⁷.

Así las cosas, o el desarrollo del razonamiento probatorio es relevante, y debemos promoverlo, o no sirve de nada y no hay conocimientos que puedan mejorar la valoración de la prueba y llevar a decisiones que se aproximen de

¹⁵⁴ Además, se pierde la posibilidad de contar con jueces (sobre hechos), especializados en materias complejas, como por ejemplo en delitos económicos o sexuales.

¹⁵⁵ TARUFFO, *Simplemente...*, ob. cit., p. 207.

¹⁵⁶ Véase, por ejemplo, el interesante debate en torno a la perspectiva de género en el proceso penal en *Conjeturas y Refutaciones* del primer número de la revista *Quaestio Facti*, con diversos artículos que se volverían inaplicables a los hechos en el caso de que la decisión dependa de un jurado (disponible en <https://www.quaestiofacti.com/es/13/paginas-numeros.html>, consultado el 14.12.2020). Lo mismo ocurre con esfuerzos como el *Cuaderno de buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias* del Poder Judicial de 2018 (<https://bit.ly/3mR7tQj>, consultado el 20.12.2020), que, en el caso de jueces, puede ser difundido, discutido, ser objeto de capacitaciones, centrarse en la valoración de los hechos, etc.

¹⁵⁷ Ferrer se pregunta si se puede exigir a los jurados que justifiquen adecuadamente sus decisiones sobre los hechos. La respuesta, señala, depende del tipo de formación que estimemos necesaria para un correcto razonamiento probatorio que lleve a decisiones justificadas. En su opinión, “esa formación debe incluir, como mínimo, conocimientos de epistemología y lógica elemental, así como una buena comprensión de los problemas de la prueba pericial [...] y de los avances en psicología del testimonio”. Agrega: “[n]o me cabe la menor duda que muchos jueces profesionales carecen de esa formación [...]. Pero dado el carácter de *repeat players* de los jueces profesionales es posible diseñar capacitaciones que les den esos conocimientos. En cambio, no parece posible dar esa formación a personas que sólo intervendrán una vez en la tarea de juzgar los hechos”. FERRER, “Sobre el deber...”, ob. cit., p. 380.

mejor manera a la verdad¹⁵⁸. Andrés Ibáñez, afirmando que la valoración de la prueba en el proceso se sujeta a las mismas reglas que el saber científico, señala:

Y es que, en efecto, una de dos: u obras como, por ejemplo, la reciente y monumental de Michele Taruffo sobre *La prueba de los hechos*, son mera filigrana intelectualoide para entretenimiento de diletantes, o el adecuado tratamiento de un cuadro probatorio, en nuestro momento de cultura, plantea problemas reales, teóricos y de método, de verdadero calado, que deben ser afrontados como tales¹⁵⁹.

De ser esta formación fructífera, lo es tanto para jueces como para jurados, mas solo es posible con los primeros, lo que podría evitar errores que ocurren en la valoración, como ha puesto de manifiesto en nuestro país el *Proyecto Inocentes*. Puede haber condenas a inocentes –y absoluciones de culpables– por asignar un peso probatorio excesivo a una prueba que no lo tiene. Por ejemplo, podría haber una identificación errónea del imputado, o una sobrevaloración de procedimientos periciales con errores o provenientes de ciencias sin una base científica sólida que permita llegar a conclusiones con escaso margen de error¹⁶⁰. El control de una correcta valoración en casos como estos –dada la necesidad de motivación, la posibilidad de formación y la acumulación de experiencia– es necesariamente mayor en el caso de jueces profesionales que en jurados¹⁶¹.

¹⁵⁸ Además, la instauración del jurado –a lo menos– limitaría la posibilidad de recurrir por una errónea valoración de la prueba. Sobre los conocimientos científicos, con referencias a la psicología del testimonio y a recursos de nulidad acogidos por la Cortes por una incorrecta valoración de la prueba, puede verse CERDA, ob. cit., pp. 67 y ss. Por otro lado, un jurado no permite conocer si se ha seguido una concepción *holista* o *atomista* de la prueba, sea cual sea se considere mejor; ni saber si se ha preferido una *buena* narración por sobre una narración *verdadera*. Así, TARUFFO, *Simplemente...*, ob. cit., pp. 79-87.

¹⁵⁹ ANDRÉS, *En torno...*, ob. cit., pp. 280-281.

¹⁶⁰ *Proyecto Inocentes*, de la Defensoría Penal Pública, se refiere a la “identificación errónea” y al “error pericial o ciencia limitada”, dentro de las causas de error en el proceso penal (<https://bit.ly/3nSgqfz>, consultado el 15.12.2020).

¹⁶¹ En relación con la prueba pericial, es posible discutir y elaborar criterios para su adecuada valoración en el proceso. Independiente de que no están exentos de críticas, podemos pensar como ejemplo en los factores *Daubert*. Si el seguimiento de estos criterios –o los que fueren– son deseables para una correcta averiguación de la verdad, su posibilidad de aplicación es mayor en un juez que motive y que permita el control *ex post* de su aplicación, que de un jurado que no motiva y solo permite un control *ex ante*. Por ejemplo, hay profusos estudios sobre reconocimientos oculares, véase ALCAÍNO, Eduardo, “La confiabilidad como estándar para evaluar la calidad de los reconocimientos de imputados”, en *Política Criminal*, vol. 9, N° 18 (2014), art. 9, pp. 564-613; o sobre el impacto de la prueba pericial en errores del sistema penal,

Otra cuestión relevante es la presencia de sesgos, estereotipos y prejuicios¹⁶². Todos los teneos, incluyendo jueces y jurados, pero para los primeros pueden establecerse mecanismos de formación que los hagan conscientes y aumenten las posibilidades de no considerarlos. Además, el control *ex post* impide que sean el fundamento de una condena¹⁶³. Puede existir un juez racista que condene a una persona por esos *motivos*. Esto sería en caso de acreditarse delito, pero, además, no podría ser el fundamento de la condena o habría un escandaloso motivo de nulidad. El juez deberá necesariamente basar su decisión en las pruebas. Con los jurados esto es algo que no podemos saber. Y aquí, nuevamente, instrucciones y unanimidad son insuficientes, bastando que un solo jurado decida por motivos racistas para un veredicto ilícito.

Como se ha señalado, estos sesgos pueden influir no solamente en el veredicto, sino en otras cuestiones relevantes para el proceso, como las vinculadas a “la idea [de] presunción de inocencia, las actitudes hacia el sistema penal, la evidencia (pruebas) ilegal y las creencias sobre las confesiones en los tribunales y derechos constitucionales”¹⁶⁴.

En un fallo absolutorio por un delito de violación, el Tribunal Oral en lo Penal de Coyhaique (rol N° 12-2004), sin perjuicio de referir que no es la moralidad de la víctima lo que se juzga, señaló que muchos testigos representan a la víctima como una “casquivana”, de “vida licenciosa, frívola y adocenada”, que frecuentaba las discotecas de su pueblo y esa noche venía de bailar con amigos “pese a tener vida de pareja”. Esta causa motivó una denuncia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁶⁵. El 22 de julio de 2020, en un muy mediático caso de delitos sexuales reiterados, el Tribunal de Garantía de

véase por ejemplo DUCE, Mauricio, “Prueba pericial y su impacto en los errores del sistema de justicia penal: antecedentes comparados y locales para iniciar el debate”, en *Revista Ius et Praxis*, año 24, N° 2 (2018), pp. 223-262; que pueden ser estudiados y debatidos en el Poder Judicial, tanto en la Academia como en capacitaciones o seminarios. Esta posibilidad se pierde con el jurado, siendo algo ilusorio pensar que unas instrucciones pueden tener el mismo impacto que cursos de formación. Tampoco sería posible controlar la valoración que se haga sobre datos de observación esencialmente ambiguos, como la expresión de embarazo o de zozobra ante una pregunta, que carecen de aptitud para servir de base para una decisión racionalmente justificada. Así, ANDRÉS, *Sobre prueba...*, ob. cit., 87-88.

¹⁶² Al respecto, TARUFFO, *Simplemente...*, ob. cit., pp. 72-78.

¹⁶³ Ante la falta de motivación no sería posible controlar la conmoción que puedan generar *a priori* los delitos que, como indica Nieva, tienen un impacto sociológico importante, tales como delitos de lesa humanidad, de terrorismo, corrupción política, violencia sobre la mujer, sexuales sobre NNA, entre otros. Véase, NIEVA, *La duda...*, ob. cit., p. 112.

¹⁶⁴ GARCÍA, DE LA FUENTE y DE LA FUENTE, ob. cit., p. 77.

¹⁶⁵ *La Tercera* 20.05.2018 (<https://bit.ly/381pqX4>, consultado el 18.12.2020).

Temuco (rol N° 10289-2019) rechazó decretar la prisión preventiva, considerando, en relación con uno de los hechos –cuya víctima de 20 años fue encontrada en el patio de una casa durmiendo semidesnuda con rasguños en la espalda y moretones en sus muñecas–, que la ficha clínica daba cuenta de que era segunda vez que la víctima iba a “solicitar la pastilla del día después”, y que el día que lo hizo luego de la violación, se tomó y subió a redes sociales una fotografía “haciendo una especie de letra ‘V’ con sus manos”¹⁶⁶. La Corte de Apelaciones de Temuco (rol N° 595-2020) revocó dicha resolución y decretó la prisión preventiva. Nuevamente, si decidiera un jurado casos como estos, no podríamos conocer si la decisión valoró cuestiones como ir a una discoteca o sacarse una foto sonriendo para desacreditar un testimonio; no habría control sobre esta clase de estereotipos, bastando que uno o más jurados los consideren, sin que necesariamente deban decirlo en la deliberación, en cualquier caso, secreta. En otros términos, la exigencia de unanimidad no requiere convencer a todo el jurado, basta con convencer a uno de ellos solamente. Y si es que uno de ellos cree que se debe absolver por razones como las referidas, esa decisión del jurado no se realizó con base en una adecuada valoración de la prueba.

Finalmente, podemos concluir este apartado con un ejemplo tan complejo como frecuente: la acreditación de elementos subjetivos¹⁶⁷, que evidencia también la difícil distinción entre hechos y derecho. Harfuch señala que el juez debe explicar al jurado “cómo funciona este estándar, en qué consiste, cómo se valora la prueba, qué es prueba directa, qué es prueba circunstancial, si el móvil se puede probar con indicios, cuándo hay duda razonable”¹⁶⁸, pero esta clase de instrucciones son insuficientes.

En el caso de *Casey Anthony* se dieron instrucciones sobre cargos de homicidio en 1^{er} grado, lesiones, homicidio imprudente y otros. En relación con el homicidio en 1^{er} grado, se instruye que “incluye las figuras menores como el homicidio de 2^o grado, el homicidio culposo y el homicidio en 3^{er} grado”. El

¹⁶⁶ Sobre los mitos y estereotipos en torno al consentimiento en los casos de violencias sexuales puede verse: CERLIANI, Carla, “Actualización de discusiones y debates en torno al consentimiento en los casos de violencias sexuales”, en *Feminismos y política criminal*, libro digital. Buenos Aires: INECIP (2019), pp. 197-212.

¹⁶⁷ GARCÍA, DE LA FUENTE y DE LA FUENTE, ob. cit., p. 85, señalan: “[p]or otro lado, las cuestiones sustantivas relativas a la formulación del veredicto, que han supuesto una mayor dificultad al Tribunal del Jurado, se refieren al *animus necandi* o intención de matar en los homicidios y asesinatos, a los tipos cualificados o atenuados y a los diferentes grados de imputabilidad, según el citado informe del Consejo General del Poder Judicial sobre la experiencia de la aplicación de la vigente LOTJ (CGPJ, 1998)”.

¹⁶⁸ HARFUCH, ob. cit., p. 131.

jurado debía decidir si fue homicidio en 1^{er}, 2^o o 3^{er} grado, culposo, o si estaba justificado. Se explicaron las circunstancias que deben probarse para condenar por homicidio en 1^{er} grado, señalando que hay dos formas de homicidio en 1^o grado: homicidio premeditado y *felony murder*; agregando que para declarar la culpabilidad el jurado deberá *convencerse* más allá de toda duda razonable de la acreditación de tres elementos: que la víctima está muerta, que la muerte fue causada por la acción criminal de la acusada y que existió asesinato premeditado. Este acto incluye “una serie de acciones relacionadas, ideadas, llevada a cabo y dirigidas a un sólo designio o propósito”, siendo homicidio premeditado aquel realizado “con la decidida *consciencia* de llevarlo a cabo”, decisión que debe “estar *presente* en la persona al momento de la muerte”. Se agrega que es una cuestión de hecho, que debe ser determinada por la evidencia, para lo que será suficiente “si las *circunstancias* del asesinato y la *conducta* de la acusada los convencen más allá de toda duda razonable de la existencia de premeditación al momento del asesinato”¹⁶⁹. Pero ¿cómo se acredita un propósito? ¿Cómo se prueba una *decidida consciencia*? ¿Qué circunstancias del hecho o conducta de la acusada son relevantes? Puede haber casos más o menos sencillos, pero muchos son realmente complejos como el caso del sujeto que golpeó en reiteradas ocasiones con una piedra a su pareja, provocándole múltiples fracturas, para luego enuclear sus globos oculares (Corte Suprema, rol N° 19008-17). Esto nos lleva al problema de la prueba del dolo, y en general de cualquier elemento subjetivo, que ha sido objeto de debate durante siglos.

En materia de prueba del dolo, Londoño¹⁷⁰ ha distinguido entre tres peldaños. El primero, de facticidad en sentido fuerte, constituido por la prueba de la base fáctica-objetiva sobre la que se construye el juicio de inferencias. El segundo, de juridicidad en sentido débil o procesal, constituido por el juicio de inferencias en sede de valoración probatoria, limitado por el primer peldaño y por el control intersubjetivo impuesto por máximas de experiencia, lógica y conocimientos científicamente afianzados. El tercero, de juridicidad en sentido fuerte o material, en sede de valoración jurídica, que se relaciona con el concepto de dolo en el que se subsume la valoración del segundo peldaño. Ante esta clase de discusiones, el jurado deberá deambular por los tres

¹⁶⁹ Un video con las instrucciones disponible en: <https://bit.ly/3nm3lsL> (consultado el 15.12.20).

¹⁷⁰ LONDOÑO, Fernando, “Tres peldaños para la prueba del dolo. Consideraciones a propósito de un polémico caso de feminicidio frustrado”, en PERIN, Andrea (ed.), *Imputación penal y culpabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch (2020), p. 423.

peldaños referidos¹⁷¹. El concepto de dolo condiciona lo que se debe probar, determinando su aplicabilidad. Luego, hay bastante consenso en doctrina y jurisprudencia¹⁷² en que estos *elementos subjetivos* se acreditan con base en hechos externos (primer peldaño) sobre los que se realizan inferencias que permiten atribuirlos (segundo peldaño).

Para ello, la doctrina ha desarrollado indicadores, hechos avisadores, o reglas de imputación del conocimiento¹⁷³, que permiten tener por acreditado el dolo. Esto no es nada sencillo y puede traer complejidades. Por ejemplo, ¿con base en qué hechos externos se tuvo por acreditado el delito de tráfico de drogas sobre el de consumo? ¿O el conocimiento del origen ilícito de la especie en una receptación? ¿O el dolo de matar en un homicidio frustrado sobre el dolo de lesionar? Ante un jurado no es posible conocer los indicadores que se consideraron para tener por acreditado algún elemento subjetivo, lo que es una cuestión lo suficientemente compleja para ser reducida a instrucciones. Piénsese incluso en las clases de Derecho, ¿realmente es posible en unos minutos explicar a los estudiantes el concepto de dolo y su prueba para que puedan tener herramientas que les permitan solucionar casos difíciles?

El control de la valoración no es superior en un sistema de jurados. Se han citado casos como el sistema de jurados de Nueva Zelanda, que permite recurrir y revocar el veredicto del jurado en casos que sea *manifiestamente* contrarios a la evidencia¹⁷⁴. Esto podrá ocurrir en situaciones groseras, no en casos grises en los que la contrariedad no sea tan *manifiesta*; pero, de todos modos, se trataría

¹⁷¹ En relación con esto, dice Andrés Ibáñez: “[q]ue es por lo que en la elaboración de la sentencia el curso no es de sentido único sino que tiene algo de articulado ir y venir entre la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*. Por poner un ejemplo, es obvio que, para la existencia del homicidio como delito, hace falta probar que el ánimo de dar muerte estuvo presente en la conducta del protagonista de la acción, es decir en la realidad de los hechos. Pero también lo es que, una vez fijados éstos, deben ser interpelados desde y con conocimiento del derecho para precisar la concreta modalidad de esa presencia”, en ANDRÉS, *En torno...*, ob. cit., p. 277.

¹⁷² En este sentido, la Corte Suprema ha señalado que estos elementos se prueban a través de indicios y juicios de inferencia (SCS roles N°s. 1414-2009, 1933-2007, 6613-2012, 1179-2013 33328-2020).

¹⁷³ Sobre indicadores, véase en nuestra doctrina, RETTIG, Mauricio, *Derecho Penal Parte General*, tomo II. Santiago: DER Ediciones (2019), pp. 538 y ss.; MAÑALICH, Juan Pablo, “El dolo como creencia predictiva”, en *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, vol. XLVII (2020), pp. 31 y ss. Usando la expresión *hechos avisadores*, DE MIRANDA, Carlos, “Indicios para la prueba del dolo en el proceso penal”, en *Iuris. Actualidad y práctica del derecho*, N° 162 (2011), pp. 30-32. Acuñando reglas de atribución de conocimiento, fundamental RAGUÉS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: José María Bosch Editor (1999), pp. 357 y ss.

¹⁷⁴ HARFUCH, ob. cit., pp. 139-142.

de una nueva resolución de la Corte –contingente– que podría, en caso de existir, afirmar que la decisión del jurado es correcta en relación con las pruebas, pero, en todo caso, el veredicto, seguiría carente de justificación racional, sin ofrecer garantías de su fundamento que puedan ser controlables intersubjetivamente¹⁷⁵. Por último, este es un mecanismo de control que ya existe, con un mayor control, en sistemas de jueces profesionales. Los promotores del sistema de jurados no están en condiciones de afirmar que aquel sea un sistema que en materia de valoración probatoria ofrezca garantías superiores.

c) *El momento de la decisión*

Después de otorgar a cada hipótesis en conflicto un grado de confirmación, es el momento de la decisión, que depende de la aplicación del EdP¹⁷⁶ correspondiente¹⁷⁷. En materia penal, por considerarse más grave una falsa condena (falso positivo) que una falsa absolución (falso negativo), se establece para la acusación un EdP exigente¹⁷⁸.

Un EdP supone una forma de distribuir los errores en el proceso, “[s]e trata entonces de decidir cuántos inocentes serán condenados y cuantos culpables serán absueltos”¹⁷⁹. Uno exigente implica una decisión política que prefiere la absolución de un culpable que la condena de un inocente. En esta preferencia hay amplio consenso, pero, en el caso de una absolución, la unanimidad del jurado ya no se ve tan sólida, bastando solo dos personas para conseguirla, que además decidirán por motivos para todos desconocidos. Si el jurado nunca motiva, “aun si los jurados decidieran su veredicto lanzando al aire una moneda,

¹⁷⁵ En este sentido, señala TARUFFO, *Simplemente...*, ob. cit., p. 214. “Aun cuando el veredicto sea específico, no existe ninguna garantía respecto de su fundamento; y, por otra parte, la posibilidad de que el juez declare que ha existido *mistrial* y ordene un nuevo *trial* es marginal, y sólo tiene lugar en caso de errores groseros del jurado”.

¹⁷⁶ Laudan distingue entre tres tipos de valores que gobiernan la justicia penal: aquellos extra-epistémicos; aquellos dirigidos a reducir la posibilidad de un juicio erróneo, que constituyen el núcleo duro de la epistemología jurídica; y los quasi-epistémicos, cuyo interés no es la reducción de errores sino su distribución, que obedece a una decisión política según la cual ciertos errores son peores o menos aceptables que otros. Dentro de estos últimos se sitúan los EdP. En LAUDAN, *Verdad, Error...*, ob. cit., pp. 96-97.

¹⁷⁷ FERRER, *La valoración...*, ob. cit., p. 47.

¹⁷⁸ En este sentido, ACCATINO, Daniela, “Forma y sustancia en el razonamiento probatorio. El alcance del control sobre la valoración de la prueba a través del recurso de nulidad penal”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXII (2009), p. 352.

¹⁷⁹ VALENZUELA, *Hechos, pena...*, ob. cit., p. 23.

nadie lo sabría, y la decisión sería, en todo caso, válida, a pesar de no tener nada que ver con la realidad”¹⁸⁰.

Laudan ha entregado sólidos argumentos contra EdP subjetivos fundados en convicciones o creencias¹⁸¹, sobre lo que es imposible profundizar aquí. Con todo, cabe referir, como señala el citado autor, que se debe buscar un estándar que no dependa de una evaluación subjetiva por parte del juzgador, sino de que se establezca una conexión deductiva sólida entre la prueba y la culpabilidad. Así, la culpabilidad del acusado “no dependería de la introspección de los jurados, de su confianza en la culpa, sino de la determinación que ellos hagan acerca de si el estándar de prueba ha sido satisfecho”¹⁸².

Si la decisión y la aplicación de un EdP ha de basarse en los elementos probatorios, es perfectamente posible que el juzgador tenga una creencia diversa de lo que se haya probado¹⁸³; pues la producción de una convicción psicológica es independiente de la prueba como resultado¹⁸⁴. Por esto, como señala Ferrer, el juez “*debe* prescindir de sus creencias para realizar la selección de los hechos probados que incorpora a su razonamiento”¹⁸⁵. De lo contrario, “con las mismas pruebas, tan impecable es condenar como absolver” y eso es inaceptable, pues sería un caso paradigmático de arbitrariedad¹⁸⁶.

La posibilidad de elaborar un estándar objetivo no es un asunto sencillo y ha sido objeto de abundante literatura¹⁸⁷ que excede el cometido de este tra-

¹⁸⁰ TARUFFO, *Simplemente...*, ob. cit., p. 212.

¹⁸¹ LAUDAN, *Verdad...*, ob. cit., pp. 123 y ss. También en LAUDAN, “Por qué...”, ob. cit., pp. 95-113.

¹⁸² LAUDAN, “Por qué...”, ob. cit., p. 106.

¹⁸³ En un sentido similar, Taruffo destaca la inexistencia de una conexión necesaria entre una creencia y la verdad, señalando: “[l]a intensidad y la profundidad del convencimiento no garantizan de ningún modo la verdad de su objeto. Muchas personas están intensamente persuadidas de muchas cosas respecto de ellas mismas, de los otros, de la edad del mundo, de la existencia del diablo y de mundos ultraterrenos, pero es claro que la fuerza de su persuasión no vuelve verdadero aquello en lo que creen”, en TARUFFO, *Simplemente...*, ob. cit., p. 104. Véase FERRER, *Prueba...*, ob. cit., pp. 83-84, para una distinción entre seis tipos de razones en virtud de las que una creencia del juez no está en la base de aquello que se considera probado. Una distinción entre la concepción irracionalista de la *intime conviction* y una concepción racional del libre convencimiento del juez puede verse en TARUFFO, *Simplemente...*, ob. cit., pp. 184-185.

¹⁸⁴ Al respecto FERRER, *Prueba...*, ob. cit., p. 28.

¹⁸⁵ *Ibíd.*, p. 84 (cursivas del autor).

¹⁸⁶ FERRER, “Sobre el deber...”, ob. cit., p. 372.

¹⁸⁷ Una destacada elaboración de diversos estándares de prueba en FERRER, Jordi. “Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea”, en PAPANANNIS, Diego y PEREIRA, Esteban (eds.),

bajo. Mas, vale destacar la réplica de Taruffo a Laudan, en la que señala que es imposible verificar si el estándar de “más allá de toda duda razonable” o cualquier otro ha sido aplicado por el jurado, ya que los jurados no motivan sus veredictos. Por lo mismo, tampoco es posible verificar si las instrucciones, mejores o peores, han sido seguidas. Junto a ello, los jurados carecen de formación filosófica, epistemológica y jurídica, siendo “natural que [...] decida[n] según sus propias inclinaciones subjetivas, por la obvia razón de que *están legitimados para hacerlo y nadie les pide que decidan de forma objetiva*”¹⁸⁸, pues no se les pide que racionalicen su decisión justificándola mediante argumentos dotados de validez intersubjetiva.

Ahora bien, no sin riesgo de una excesiva simplificación, es posible señalar que una condena penal requiere a lo menos una alta probabilidad lógica, es decir, un alto “grado de confirmación que las pruebas pueden proporcionar a los enunciados de hecho que constituyen la base de la decisión”¹⁸⁹. A su vez, el grado de comprobación exigido para una decisión, por razones políticas y según sus consecuencias, puede ser más bajo en otros procesos, y también en otras decisiones dentro del proceso penal.

En este sentido, es posible distinguir entre EdP en materia penal y en materia civil, habiendo cierto consenso en que el primero debiera ser más exigente

Filosofía del derecho privado. Madrid: Marcial Pons (2018), pp. 416-419. Con una formulación próxima para el estándar de prueba más allá de toda duda razonable, en nuestra doctrina, véase ACCATINO, “Forma...”, ob. cit., pp. 359-369. Por otra parte, Nieva propone huir de la lógica de los estándares de prueba, señalando que los intentos de objetivización caen en la misma subjetividad al contener elementos valorativos difícilmente justificables. En todo caso, señala que “quizás es más exacto decir que el juez, para tomar cualquier decisión, debe tener una convicción que pueda motivar razonablemente con los datos de que disponga en cada momento” y que la máxima aspiración es que la motivación sea intersubjetivamente controlable, o sea capaz de convencer a la mayoría de los observadores. Así, propone que: “bien al contrario, tanto a un juez como –muy especialmente– a un jurado, sería mucho más útil decirles que deben elaborar hipótesis diferentes sobre cómo sucedieron los hechos, procediendo al descarte de las que no les parezcan razonables. Si ninguna les parece razonable, deben absolver, aunque no hayan logrado configurar un relato. Sólo si una hipótesis inculpatoria parece razonable y se pueden descartar, no por intuición, sino con argumentos, las hipótesis de inocencia, se podrá condenar legítimamente”. En NIEVA, Jordi, “Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado”, en *Indret*, N° 3 (2020), pp. 423-425. De todos modos, esta última propuesta tampoco es posible de ser controlada respecto de los jurados. No es posible saber si su decisión se ha motivado razonablemente con los datos de que disponga, menos aún si han elaborado diversas hipótesis al deliberar.

¹⁸⁸ TARUFFO, Michele, “Tres observaciones sobre ‘Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar’, de Larry Laudan”, en *Doxa*, N° 28 (2005), p. 120.

¹⁸⁹ TARUFFO, *Simplemente...*, ob. cit., p. 108.

que el segundo¹⁹⁰. Nuestro actual sistema permite que en un juicio oral penal se interpongan acciones civiles, por lo que habría una decisión sobre el delito y una sobre la responsabilidad civil derivada de este. Así, la sentencia tendría dos fases, una penal y una civil¹⁹¹, pudiendo absolverse en la primera y condenarse en la segunda; pues, dada la ausencia de un umbral único, “una misma hipótesis, con las mismas pruebas y el mismo grado de corroboración puede estimarse probada si el estándar de prueba es X y no probada si es X + 1”¹⁹².

A su vez, el proceso penal supone diversas decisiones sujetas a distintos EdP¹⁹³, exigiéndose distinto nivel de corroboración para las distintas hipótesis. Así, una sospecha no es suficiente para condenar a alguien, pero podría serlo para permitir diligencias investigativas. Ante diversas situaciones nuestro CPP consagra diferentes exigencias. Solo a modo de ejemplo, el CPP requiere de *algún indicio* para el control de identidad (art. 85); de *fundadas sospechas* para la interceptación telefónica (art. 222); de que sea posible *presumir* para la entrada y registro de lugares cerrados (art. 205); de antecedentes que *justifiquen* la existencia del delito y que permitan *presumir fundadamente* la participación del imputado para la prisión preventiva (art. 140); y de la *convicción más allá de toda duda razonable* (MATDR) para la condena (art. 340). No es sencillo determinar el alcance de cada una de estas expresiones, pero podemos señalar que unos son más exigentes que otros, pudiendo expresarse de la siguiente manera: *Algún indicio* < *fundadas sospechas* < *presunción fundada* < *MATDR*.

Dado lo anterior, un jurado no permite controlar el EdP que utilizó en su decisión. La falta de motivación impide saber si hay un alto grado de corroboración lógica; si se siguió un estándar propio de la materia civil; si se ha condenado con base en sospechas, una presunción fundada, etc. O, de otro modo, más allá de la (difícil) concreción de estos EdP, si se ha condenado solo con lo que se exigiría para autorizar una interceptación telefónica. Tampoco sabríamos si se ha absuelto por considerar una exigencia demasiado elevada, sobre MATDR, cercana a la inalcanzable certeza.

¹⁹⁰ Una distinción entre estándares probatorios y sistemas de valoración en distintas materias se encuentra en HERMOSILLA, Francisco, “¿Existen estándares de decisión diferencias para un juez penal?”, en ARAYA, Marcela; HERMOSILLA, Francisco y CERDA, Rodrigo (coords.), *Reflexiones sobre la prueba judicial. En homenaje al profesor Manuel Miranda Estrampes*. Santiago: Librotecnia (2019), p. 266.

¹⁹¹ HERMOSILLA, ob. cit., pp. 289-290.

¹⁹² FERRER, “Sobre el deber...”, ob. cit., p. 377.

¹⁹³ Sobre los distintos EdP en el proceso penal español véase FERRER, Jordi, “Estándares de prueba en el proceso español”, en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, N° 15 (2007), pp. 1-6.

Estos inconvenientes no pueden ser solucionados mediante controles que operan *ex ante*, como las instrucciones o los procesos de selección del jurado. Primero, porque algo previo a la decisión no puede justificar la posterior decisión; segundo, porque es imposible verificar la manera en que el jurado ha seguido, si lo hizo, las instrucciones. Tampoco resulta idónea la exigencia de unanimidad, ya que basta solo un jurado que decida incorrectamente para trabar la decisión, otorgando una suerte de poder de veto incluso al irracional. Podría ocurrir que un jurado quiera absolver porque no ha alcanzado una certeza absoluta que cree exigible, y podría ni siquiera decirlo en una deliberación secreta. Podría ocurrir que se condene por unanimidad sin que se haya alcanzado un umbral exigente de corroboración, o sin que la decisión se base en lo que permiten tener por probado los elementos de juicio existentes. Tampoco es suficiente la pretendida mayor legitimidad democrática del jurado, pues una decisión justa requiere una adecuada determinación de los hechos, y esa exigencia es transversal a jueces y jurados. Es una exigencia de la decisión y la legitimidad de esta no es solo formal, es también material.

IV. CONCLUSIONES

El potencial refundacional que algunos autores asignan al juicio por jurados para restaurar la legitimidad en nuestro sistema de justicia penal es una aserción que dista de ser pacífica. Como se ha expuesto, creemos que existen buenas razones para cuestionar que se trate de una reforma apta para satisfacer tal ambicioso objetivo.

Si bien la institución encarnó uno de los emblemas de la lucha popular contra el ejercicio arbitrario y despótico del poder punitivo, bastante alejados nos encontramos de un escenario de tal clase que permita reclamar su implantación.

No resulta claro que el juicio por jurados sea la alternativa más recomendable –menos aún la única– para fomentar la participación ciudadana y para recuperar la buena imagen de todas las instituciones que conforman el sistema de justicia criminal, que –dicho sea de paso– no debe ser reducido a aquel órgano encargado de dictar la decisión sobre la culpabilidad de un acusado.

En relación con cuestiones procesales y técnicas, creemos que la instauración del jurado clásico es indeseable por varias razones.

En primer lugar, supone renunciar a la motivación de las decisiones jurisdiccionales, y esto es mucho más que perder un documento. Por un lado, implica menores controles en todas las etapas relacionadas con la actividad probatoria. Hay menos garantías (1) de que la decisión se basará en elementos de juicio admitidos y presentados en juicio y de que no se utilizarán conoci-

mientos extraprocesales; (2) de que se realizará una correcta valoración de la prueba; y (3) de que la decisión se basará en una adecuada aplicación del estándar de prueba.

Por otro lado, la ausencia de motivación deriva en la privación de los derechos de las víctimas, imputados y ciudadanía en general de conocer la justificación de las decisiones judiciales.

Suele decirse que la motivación del jurado está *implícita* en el veredicto y que la falta de exteriorización no es discrecionalidad o arbitrariedad¹⁹⁴, pero los mecanismos de control que ofrece este sistema son insuficientes. La motivación no supone apelar a una creencia, sino a buenas razones capaces de comunicación intersubjetiva¹⁹⁵, pues precisamente “el sentido de la motivación es evitar el ejercicio arbitrario de un poder (el instaurado por la libre valoración de la prueba) que se reconoce más o menos discrecional”¹⁹⁶. Sin exteriorización no es posible discernir si esa motivación *implícita* es o no correcta. Pretender que lo es siempre y aunque no la conozcamos, parece un argumento de autoridad. Representantes del pueblo también pueden ejercer arbitrariamente el poder.

En segundo lugar, dejar la decisión sobre los hechos en manos de un jurado supone renunciar a la posibilidad de mejorar las decisiones a través de la formación y la experiencia. Ha habido un notable avance en el razonamiento probatorio, en la psicología del testimonio, en la perspectiva de género, etc., que es posible traer al proceso a través de la Academia Judicial, de cursos de formación y de la acumulación de conocimiento. Sin embargo, esto solo es posible respecto de quien no cumple este rol de manera accidental.

Si la verdad de los hechos es una condición (conjuntamente) necesaria de una decisión justa, el jurado debería ofrecer mejores herramientas para alcanzarla. De no ser el caso, deberíamos renunciar a su instauración.

Y, creemos, hay más que dudas razonables.

BIBLIOGRAFÍA

ACCATINO, Daniela, “Forma y sustancia en el razonamiento probatorio. El alcance del control sobre la valoración de la prueba a través del recurso de nulidad penal”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXII (2009), pp. 347-361.

¹⁹⁴ BLANCO, GONZÁLEZ y GUZMÁN, ob. cit., p. 33.

¹⁹⁵ GASCÓN, *Los hechos...*, ob. cit., p. 186.

¹⁹⁶ GASCÓN, *Los hechos...*, ob. cit., p. 178.

- _____, “La fundamentación de las sentencias. ¿Un rasgo distintivo de la judicatura moderna?”, en *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XV (2003), pp. 9-35.
- ALCAÍNO, Eduardo, “La confiabilidad como estándar para evaluar la calidad de los reconocimientos de imputados”, en *Política Criminal*, vol. 9, N° 18 (2014), pp. 564-613.
- ALSCHULER, Albert y DEISS, Andrew, “A brief history of the criminal jury in the United States”, en *University of Chicago Law Review*, N° 61 (1994), pp. 867-928.
- ANDRÉS, Perfecto, *En torno a la jurisdicción*. Buenos Aires: Editores del Puerto (2007).
- _____, “Sobre prueba y motivación”, en TARUFFO, Michele; ANDRÉS, Perfecto y CANDAU, Alfonso, *Consideraciones sobre prueba judicial*. México: Fontamara (2011), pp. 47-96.
- ARRIETA, José, “Apogeo y declive del derecho constitucional a un juicio por jurado para causas penales en los Estados Unidos”, en *Revista Derecho PUCP*, N° 78 (2017), pp. 129-169.
- ATIENZA, Manuel, “Argumentación jurídica”, en GARZÓN, Ernesto (ed.), *El Derecho y la Justicia*. Madrid: Trotta (2000), pp. 231-238.
- _____, *Las razones del Derecho*, 3ª ed. Lima: Palestra Editores (2015).
- ATRIA, Fernando, *La forma del Derecho*. Madrid: Marcial Pons (2016).
- _____, “Liberalismo, neoliberalismo y socialismo”, en *Trama*, N° 1 (2016), pp. 6-12.
- BINDER, Alberto, “Crítica a la justicia profesional”, en *Revista Derecho Penal*, N° 3 (2012), pp. 61-67.
- _____, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 7ª reimpr., 2ª ed. Buenos Aires: Ad-Hoc (2016).
- BLANCO, Rafael; GONZÁLEZ, Leonel y GUZMÁN, Fernando, *Juicios por jurados en Chile*. Santiago: CEJA y Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado (2020).
- BROWN, Darryl, “Jury Nullification within the Rule of Law”, en *Minnesota Law Review*, vol. 81 (1997), pp 1149-1200.
- BUTELER, José Antonio, “La participación popular en los procesos penales cordobeses”, en ANITUA, Gabriel y TEDESCO, Ignacio (comp.), *La cultura penal. Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto (2009), pp. 203-248.

- CARBONELL, Flavia, “Elementos para un modelo de decisión judicial correcta”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 27 (2017), pp. 1-35.
- CERDA, Rodrigo, *Juicio fáctico en las sentencias penales*. Santiago: Librotecnia (2016).
- CERLIANI, Carla, “Actualización de discusiones y debates en torno al consentimiento en los casos de violencias sexuales”, en *Feminismos y política criminal*, libro digital. Buenos Aires: INECIP (2019), pp. 197-212.
- CHASE, Oscar, *Law, culture and ritual*. Nueva York: NYU Press (2005).
- CORTÉS-MONROY, Jorge, “La ‘valoración negativa’ como exclusión de la prueba ilícita en el juicio oral”, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 24, N° 1, (2018), pp. 661-692.
- DE MIRANDA, Carlos, “Indicios para la prueba del dolo en el proceso penal”, en *Iuris. Actualidad y Práctica del Derecho*, N° 162 (2011), pp. 30-32.
- DE TOCQUEVILLE, Alexis, *Democracy in America*, vol. 1. Indianápolis: Liberty Fund (2012).
- DORAN, Sean, “Trial by Jury”, en MCCONVILLE, Mike y WILSON, Geoffrey (eds.), *The Handbook of the Criminal Justice Process*. Oxford: Oxford University Press (2002), pp. 379-401.
- DUCE, Mauricio, “Prueba pericial y su impacto en los errores del sistema de justicia penal: antecedentes comparados y locales para iniciar el debate”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 24, N° 2 (2018), pp. 223-262.
- EZURMENDIA, Jesús, “Problemas relativos a la prueba en cada etapa de la actividad probatoria en el procedimiento de familia”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 47, N° 1 (2020), pp. 101-118.
- FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, traducción de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta (2013).
- _____, *Derecho y razón*, 3ª reimp., 10ª ed., traducción de ANDRÉS, Perfecto. Madrid: Trotta (2018).
- FERRER, Jordi, “Estándares de prueba en el proceso español”, en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, N° 15 (2007), pp. 1-6.
- _____, *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons (2007).
- _____, “Prolegómenos para una teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea”, en PAPANANNIS, Diego y PEREIRA, Esteban (eds.), *Filosofía del derecho privado*. Madrid: Marcial Pons (2018), pp. 401-430.

- _____, *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª ed. Madrid: Marcial Pons (2005).
- _____, “Sobre el deber de motivación de las decisiones probatorias y el juicio por jurados. La sentencia V.R.P., V.P. C. y otros vs. Nicaragua de la Corte IDH”, en *Quaestio Facti*, N° 1 (2020), pp. 359-382.
- GASCÓN, Marina, *La argumentación en el derecho*. Lima: Palestra Editores (2003).
- _____, *Los hechos en el derecho*, 3ª ed. Madrid: Marcial Pons (2010).
- GARCÍA, Juan; DE LA FUENTE, Leticia y DE LA FUENTE, Emilia, “Una visión psicojurídica del jurado español desde sus fundamentos y funcionamiento”, en *Psicología Política*, N° 24 (2002), pp. 67-94.
- GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo, “El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, en *Estudios Constitucionales*, Año 11, N° 2 (2013), pp. 229-282.
- HARFUCH, Andrés, “Inmotivación, secreto y recurso amplio en el juicio por jurados clásico”, en *Revista Derecho Penal*, N° 3 (2012), pp. 113-150.
- HENDLER, Edmundo, “El juicio por jurados como garantía de la Constitución”, en *Lecciones y Ensayos*, N° 80 (2005), pp. 23-39.
- HERMOSILLA, Francisco, “¿Existen estándares de decisión diferencias para un juez penal?”, en ARAYA, Marcela; HERMOSILLA, Francisco y CERDA, Rodrigo (coords.), *Reflexiones sobre la prueba judicial. En homenaje al profesor Manuel Miranda Estrampes*. Santiago: Librotecnia (2019), pp. 257-294.
- HILBINK, Lisa, “Jueces, ciudadanía y Estado democrático de derecho: construir la confiabilidad para recuperar la confianza”, en *Latin American Legal Studies*, N° 5 (2019), pp. 1-36.
- HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2004).
- LAGO, Daniel; URRIZOLA, Alfredo y ZENTNER, Cynthia, “La participación ciudadana en el proceso penal”, en HENDLER, Edmundo (dir.), *Sistemas procesales penales comparados*. Buenos Aires: Ediciones Didot (1999), pp. 485-540.
- LAUDAN, Larry, “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, en *Doxa*, N° 28 (2005), pp. 95-113.
- _____, *Verdad, Error y Proceso Penal*, traducción de Carmen Vásquez. Madrid: Marcial Pons (2013), p. 22.
- LEMPERT, Richard, “The American jury system: A synthetic overview”, en *Chicago Kent-Law Review*, vol. 90, N° 3 (2015), pp. 825-859.

- LEYTON, José Francisco, “Comentario fallo causa rol N° 14930-2018, de la Corte Suprema”, en *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, vol. XLVI, N° Anual (2019), pp. 101-112.
- LINZER, Drew y STATON, Jeffrey, “A global measure of judicial independence, 1948-2012”, en *Journal of Law and Courts*, vol. 3, N° 2 (2015), pp. 223-256.
- LONDOÑO, Fernando, “Tres peldaños para la prueba del dolo. Consideraciones a propósito de un polémico caso de feminicidio frustrado”, en PERIN, Andrea (ed.), *Imputación penal y culpabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch (2020), pp. 413-436.
- MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal*, tomo I, 3ª ed. Buenos Aires: AdHoc (2016).
- MAÑALICH, Juan Pablo, “El dolo como creencia predictiva”, en *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, vol. XLVII (2020), pp. 13-42.
- NIEVA, Jordi, “Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado”, en *InDret*, N° 3 (2020), pp. 406-437.
- _____, *Derecho procesal III. Proceso Penal*. Madrid: Tirant lo Blanch (2017).
- _____, “Ideología y justicia legal (con una hipótesis sobre el origen romano del jurado inglés)”, en *Ius et Praxis*, vol. 22, N° 1 (2016), pp. 59-86.
- _____, *La duda en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons (2013).
- _____, *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons (2010).
- NINO, Carlos, *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea (2013).
- PACHECO, Máximo, *Los Derechos Humanos: Documentos Básicos*, volumen 1. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2000).
- RAGUÉS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: José María Bosch Editor (1999).
- RETTIG, Mauricio, *Derecho Penal Parte General*, tomo II. Santiago: DER Ediciones (2019).
- RIEGO, Cristian, “Nuevos desafíos del Sistema de Justicia Penal”, en *A 10 años de la Reforma Procesal Penal*. Santiago: Ministerio de Justicia (2010), pp. 123-134.
- ROBINSON, Paul, *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*. Traducción de CANCIO, Manuel y ORTIZ DE URBINA, Íñigo. Madrid: Marcial Pons (2012).
- ROTH, Laura, “Desmalezando la discusión sobre la democracia y la participación ciudadana en el proceso penal”, en *Revista Derecho Penal*, N° 3 (2012), pp. 205-222.

- SCHIAVO, Nicolás, “El juicio por jurados. La experiencia de Buenos Aires y Neuquén, Argentina”, en *Ius et Praxis*, vol. 25, N° 2 (2019), pp. 223-260.
- SMITH, Douglas, “The Historical and Constitutional Contexts of Jury Reform”, en *Hofstra Law Review*, vol. 25, N° 2 (1996), pp. 380-505.
- TARUFFO, Michele, *La prueba*, traducción de Laura Manríquez, y Jordi Ferrer. Madrid: Marcial Pons (2008).
- _____, *La prueba de los hechos*, traducción de Jordi Ferrer, 4ª ed. Madrid: Trotta (2011).
- _____, *Simplemente la verdad*, traducción de Daniela Accatino. Madrid: Marcial Pons (2010).
- _____, “Tres observaciones sobre ‘Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar’, de Larry Laudan”, en *Doxa*, N° 28 (2005), pp. 115-126.
- _____, *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (2013).
- TYLER, Tom, *Why people obey the law*. New Haven: Princeton University Press (1990).
- TYLER, Tom y SEVIER, Justin, “How do the courts create popular legitimacy?: the role of establishing the truth, punishing justly, and/or acting through just procedures”, en *Albany Law Review*, vol. 77, N° 3 (2014), pp. 1095-1137.
- UBERTIS, Giulio, *Elementos de epistemología del proceso judicial*, traducción de ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Madrid: Trotta (2017).
- VALENZUELA, Jonatan, *Hechos, pena y proceso*. Santiago: Rubicón Editores (2017).
- _____, “Hacia un estándar de prueba cautelar en materia penal: algunos apuntes para el caso de la prisión preventiva”, en *Política Criminal*, vol. 13, N° 26 (2018), pp. 836-857.