

J. LOIS ESTEVEZ

**JURADO Y POLITICA CIENTIFICA
DEL DERECHO**

Separata de la Revista «Razón Española», n.º 70, marzo-abril 1995



JURADO Y POLITICA CIENTIFICA DEL DERECHO

1. ACOTACION METODOLOGICA

Referirse a la institución del jurado en términos de sentido común o de saber vulgar es cosa tan fácil como inútil. La opinión de cada uno, todo lo respetable que se quiera desde una caritativa comprensión humana, tiene fuerza persuasiva nula, por individual y arbitrística.

No se pretende aquí formular un parecer más, al impulso de preferencias temperamentales o de las impresiones que nos dejen experiencias concretas, imaginadas o vividas. Sino de aplicar a las posibles hipótesis el tratamiento por exclusión inherente al método científico. Dicho en alegoría: Se busca la evasión de un intrincado laberinto substituyendo el «hilo de Ariadna», por una señal en cada hipotético pasadizo, intentando en vano, para no recorrerlo ni siquiera dos veces, hasta dar, por último, agotada toda vía muerta, con la única salida posible¹. (Sin ella, estaría-

¹ Según hemos expuesto reiteradamente, el método científico consta de tres fases: I) Heurística; II) Dialéctica y III) Didáctica. La primera, «parte de un inventario de los hechos; distingue los *significativos* de los *triviales*; idea fórmulas simplificadoras y selectoras de aquéllos y conjetura otros hechos incógnitos de la máxima relevancia, capaces de avalarlas o refutarlas. La segunda fase —dialéctica— se caracteriza por poner en práctica el principio de exclusión mediante: 1.º la criba lógica de las suposiciones ideadas; 2.º su escrutinio empírico, por revisión (según los resultados que arroje la experiencia) del inventario hipotético generalizado; y 3.º la extirpación de lo superfluo, que haga mínimo el *índice de trivialización* de cada teoría». La tercera fase expondrá los resultados al público con la mayor eficiencia y esmero asequibles.

Al término de las operaciones anteriores se habrá logrado abandonar el laberinto de posibles alternativas y obtenido una conclusión fiable y no arbitraria.

mos ante un pseudoproblema, hermético al procedimiento de exclusión.)

2. IDENTIFICACION DEL PROBLEMA

La primera condición para resolver un problema es plantearlo correctamente, identificando «datos» e «incógnitas» y averiguando la correlación funcional que cifra la fórmula resolutive.

Nuestro propósito consiste en establecer una opción preferencial convincente entre jueces o jurados. Es decir, tras aclarar primero de qué jueces o jurados se trata, ya que sus variedades son muchas, habrá que comparar unos con otros para decidir qué fórmula organizativa resulta mejor o peor. No, claro, en términos absolutos, lo que carecería de sentido, sino en razón de alguna finalidad concreta, todavía incógnita, que se hace imprescindible fijar. Pues si un juez puede cumplir mejor cierto cometido, un jurado, algún otro. Despejemos ante todo, estas incógnitas.

¿De qué juez hablamos? ¿De uno «ideal» o extraordinariamente cualificado? ¿Del más abundante en nuestro país o del juez «medio»? Una postura realista, prefiere el tipo actual más común; si bien así, ¿cómo comparar algo que ya nos ofrece la experiencia con algo que, por no existir todavía, no nos es posible valorar? La calidad de los jueces depende de muchas variables: de su número; del procedimiento selectivo que se utiliza para nombrarlos; de los estímulos predispuestos para premiar la perfección de su trabajo; de la fiscalización eficiente de su labor; de un régimen de promoción que asegure las máximas expectativas de ascenso a los mejores; y de un eficaz sistema de recursos. Juzgando según estos factores, prácticamente ignorados en nuestra organización judicial, los jueces españoles tienen que resultar «manifiestamente mejorables». No es extraño, pues, que cualquier muestra representativa de sus resolucio-

nes revele mediocridad, pobreza de conocimientos jurídicos, autoritario dogmatismo, pereza mental, miedo a los problemas, inconsistente motivación, acriticismo ante la prueba y escasa congruencia en los fallos. ¿Qué porcentaje de sentencias arrastra la convicción de juristas desinteresados? Una cuestión de tanta relevancia como ésta no tiene entre nosotros la evaluación estadística necesaria. Pero el descrédito que se ha granjeado en España el llamado «poder judicial» induce a pensar en un porcentaje bajísimo.

Del jurado, en cambio, estando por organizar, no cabe decir nada. Sabemos, sí, que no satisfizo en el pasado. Pero su fracaso puede imputarse al modo como se organizó. Cabe inquirir por ello: ¿No podríamos, corrigiendo aquellos errores, mejorar su eficiencia substancialmente?

En cualquier hipótesis, en la imposibilidad de contrastar los resultados empíricos mediante las oportunas estadísticas, es indispensable enfrentar el problema desde perspectivas abstractas.

3. CRIBA LOGICA DE LAS SUPOSICIONES IDEABLES

Para inferir lógicamente una conclusión es indispensable disponer previamente de las premisas. Y las premisas han de ser proposiciones completas (no meras formas o funciones proposicionales), con significación inequívoca. Esta condición, por extraño que suene, no es fácil de cumplir en una disciplina como el Derecho, que parece condenada permanentemente al equívoco.

«Ex iure condito», por ejemplo, uno podría postular, como premisa, la prevención del art. 125 de la CE, según la cual: «Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales».

Pero ¿estamos, acaso, ante una auténtica proposición? ¡Es obvio que no!, porque la remisión a «los procesos penales que la ley determine» condena la frase a un valor informativo nulo y la priva de significado actual. Pues esos procesos podrían reducirse a cero; al no ser posible obligar al legislador a establecer el Jurado, ya que, contra su omisión, no dándose recurso de ninguna clase, nada ocurrirá. O sea, el precepto constitucional no es vinculante.

Por tanto, la cuestión ha de ser planteada «ex iure condendo», como se dice habitualmente, o, como me parece preferible, en términos de una política científica del Derecho. Y subrayo «científica» para excusar el «voluntarismo» y ligarse a criterios de verdad-falsedad.

A) *Indagación del punto de partida.* Para obtener verdades por inferencia lógica será necesario tomarlas ya como proposiciones iniciales. ¿Pero qué axioma o premisa elegir que sea inatacable? Supongamos que partimos de una concepción absolutista del poder. Resultará que todas las opciones se presentarán como indiferentes: lo único decisivo será entonces la preferencia del que mande. Luego ningún criterio científico se haría posible.

No sucede lo mismo si concebimos el poder como delegación de la comunidad para cumplir determinados fines. En este caso, las atribuciones conferidas son forzosamente limitadas y el fondo restante y la fiscalización del poder queda reservado a los comitentes. Es decir, el sacrificio de las libertades individuales en aras de su compatibilidad u orden público habrá de ser mínimo. La libertad individual aparece así como un hecho previo y protagonista, con el que hay que contar, bien que reduciéndolo a sus justos límites. De lo contrario, no cabría otro desenlace que insoportable anarquía.

La cuestión es, pues, la siguiente: ¿Qué fines públicos permiten legítimamente imponer sacrificios a las libertades privadas? ¿No debieran elegir los justiciables entre jueces o

jurados? En temas de Derecho privado, la respuesta debería ser afirmativa; pero en él no hay jurados, sino árbitros. En materia penal, podría dejarse la elección al reo; pero sería negar el carácter indeclinable (*ius cogens*) del Derecho público. La elección debe hacerla, pues, el legislador; pero ¿cómo?

¡Sin acudir a la lógica trascendental no es posible solución científica! Comprendo que la precedente afirmación exige aclarar, ante todo, a qué se llama lógica trascendental.

Es un hecho de conocimiento común que la lógica formal, a imagen y semejanza de la geometría euclidiana, se ha escindido en tiempos aún recientes, en sectores autónomos y de un modo tal que muchos expertos piensan que la vieja unidad sea irrecuperable. Habría «lógicas», más bien que lógica.

Creo, frente a esta tesis, que existe un denominador común trascendental a las lógicas formalistas. Ambas son un supuesto más de reacción humana contra cualquier deficiencia o penuria que nos aqueje. Cuando somos conscientes de alguna insuficiencia, tratamos de «inventar» algún instrumento o algún expediente que nos permita superarla. Recurrimos al método contra el error, para filtrarlo en sus posibles fuentes, una de las cuales estriba en la infidelidad a los datos asumidos por degradaciones paulatinas del significado verbal. El formalismo lógico vela, en consecuencia, por «el juego limpio del discurso» y procura evitar que fluctuaciones semánticas sucesivas anulen condicionamientos o matices preestablecidos o lleguen incluso a convertir un «no» en «sí» o viceversa.

La lógica trascendental fiscaliza, en cambio, la relación entre medios y fines. Cada proyecto inventivo, como intento de solución a una necesidad social, se ensaya en «modelos» a prueba, que se aceptan o se rechazan según cumplan, o no, su «objeto» pragmático. En el primer caso, se habrán de valorar en lo sucesivo comparándolos con otros en razón de su respectiva «eficiencia teleológica»; es decir, «rendimiento» y «esmero» contrastados.

Examinemos, en consecuencia, todo lo abstractamente que podemos, los posible modelos jurídicos.

B) *La selección entre modelos alternativos.* Proce- diendo a su clasificación, distingámoslos, en primer lugar, en monistas y pluralistas, según estén llamados a funcionar válidamente sobre un valor único (p.e., sobre el valor Justicia) o sobre varios valores (libertad, solidaridad, seguridad, bien común, orden, cooperación, paz, etc.). Los modelos pluralistas, por su parte, pueden ser jerárquicos o no-jerár- quicos y éstos con *numerus clausus* o *apertus*. Los modelos pluralistas no-jerárquicos, sean con «numerus clausus» o «apertus», permiten al Legislador o al Juez utilizar en la resolución, general o particular, de los problemas jurídicos cualquiera de los valores previstos en el modelo. En cam- bio, los modelos pluralistas jerárquicos establecen una orde- nación vinculante entre los valores seleccionados, que impide servirse de un valor de inferior rango, salvo si el que le precede en la escala no brinda solución al conflicto.

¿Cómo se pronuncia la lógica trascendental sobre la pre- ferencia entre modelos?

Enjuiciando el modelo pluralista no-jerárquico, la con- clusión es obvia: No siendo, por necesidad, congruentes los resultados obtenibles por aplicación de cada valor, al darse más bien cierta tensión dialéctica entre unos y otros, el modelo no-jerárquico desembocará en la arbitrariedad, es, así, jurídicamente admisible. ¿Deberá entonces implantarse sin más? La respuesta se infiere sin esfuerzo sólo con pre- guntarse qué le ocurre a un modelo pluralista jerárquico si el valor superior de su escala es capaz de brindar criterios prelativos universalmente válidos, que no dejan irresuelta ninguna interferencia.

Resulta evidente que un modelo pluralista jerárquico se transformaría en tal hipótesis en un modelo monista en torno a su valor supremo. Con lo que se demuestra ya que si existiese algún valor jurídicamente autosuficiente, todos

los demás invocables carecerían de fundamento y el modelo monista merecería nuestra predilección.

4. ¿UN VALOR AUTOSUFICIENTE?

¿Hay, en realidad, algún valor autosuficiente? Exploremos el valor «justicia». Según la definición tradicional, que ha llegado a nosotros a través de Simónides y Ulpiano, la Justicia consiste, para el primero, en «dar a cada uno lo que se le debe» o, según el segundo, en «atribuirle su derecho». Las dos fórmulas se complementan, ya que la de Simónides valdría para legisladores y la de Ulpiano para jueces. Pero ambas son defectuosas. La de Simónides presupone saber previamente lo que se debe dar a cada uno; y en eso radicaría la verdadera definición de la Justicia. Y la de Ulpiano, aceptando sin más como derechos los otorgados por el ordenamiento positivo, desconoce otros errores jurídicos que los cometidos por los jueces, pues carece de un criterio extrínseco para imputárselos a los legisladores².

Parece claro que si una definición de la Justicia no dejara supuesto fáctico alguno fuera de sí, no sería necesario ningún otro valor. Pero ¿dónde está esa definición extrapositiva de la Justicia?

Si el dato real del que partimos es el error jurídico, se deduce con evidencia plena que para lograr la Justicia el error jurídico debe valer cero. Luego la Justicia no puede ser otra cosa que la verdad de las proposiciones jurídicas³.

Este desenlace podría resultar interesante, al hacer que no difiera el Derecho de las demás ciencias. Pero siempre a condición de que el concepto de verdad permanezca inva-

² Esta interpretación «positivista» de la definición de Ulpiano tal vez entrañe un anacronismo, pues el «ius» en Roma no se confundía con las «leges», sino que sobre todo era un producto de la libre investigación de los juristas. Desde esta perspectiva, la Justicia no era un posicionamiento voluntarista, sino un resultado racional.

³ Para otras demostraciones de que Justicia = verdad jurídica, vid. Lois: *Estudios sobre los fundamentos de una nueva Ciencia jurídica*, Santiago, 1954, 182 ss. También: *Una justa distribución del poder*, en «Razón Española», n.º 6 (1984), 137 ss.

riable en todas ellas. ¿Qué entendemos entonces por verdad? Sencillamente: «el respeto a las fuentes originarias de información».

La cuestión consistirá ya, por tanto, en determinar cuáles son las fuentes originarias de las informaciones jurídicas. Y aunque la indagación de la respuesta ha requerido muy complejas operaciones lógicas, la síntesis de las mismas no es difícil. Las fuentes originarias no pueden ser otras que las estructuras cooperativas estabilizadas que conforman la sociedad, las cuales arrancan siempre de una protonorma distributiva convencional, libremente pactada: generalmente, un reparto de tierras. Según nos consta, es éste el substrato jurídico privado natural, del que depende todo Derecho positivo.

Ahora bien, entrando en éste, la fuente informativa primaria está en toda forma previsible de antijuridicidad, en las agresiones y desmanes temidos o en cualquier interferencia posible. El Derecho positivo tiende a erradicar tales anomalías directamente, amenazando su comisión mediante disuasivos eficaces o indirectamente, incentivando los comportamientos opuestos. Esto se hace recurriendo a normas; pero a condición de conseguir después su aplicación estricta sin la cual, la eficacia del disuasivo se desvanece.

No necesitamos otros argumentos para entrever qué requisitos —el uno lógico, el otro empírico— ha de cumplir el Legislador si quiere acercarse a la verdad jurídica. El primero, no traicionar la protonorma convencional ni el consiguiente poder dispositivo de las partes; el segundo que su preconizada disuasión reduzca el error jurídico a cifras estadísticamente insignificantes.

La medición del error jurídico resulta, pues, el dato concluyente para decidir qué forma de organizar la Administración de Justicia optimiza la probabilidad de acierto en las sentencias.

Por desgracia y demostrando cuán al tuntún proceden los políticos, un dato tan trascendental brilla por su ausen-

cia. De ahí que sea preciso conjeturarlo en lo posible para suplir su falta.

Veamos, a tal fin, de qué depende que las resoluciones judiciales minimicen sus posibles errores.

Otra vez el punto de partida es la situación de bloqueo por una o varias libertades interferidas. Alguien acude a un órgano judicial, invocando el supuesto facticio de una norma, para que éste aplique el disuasivo —o incentivo— previsto. El supuesto facticio es siempre un hecho histórico, desvanecido en el pretérito, cuya investigación habría de hacerse, fundamentalmente, según las reglas del método historiográfico⁴. En rigor, las normas públicas de nuestro Derecho privado establecen un sistema probatorio bastante complejo. Hay en él pruebas de asunción legal (como confesión o documentos públicos), que el Legislador, valorándolas por adelantado, se las quiere imponer al Juez. Hay pruebas de libre convicción, que el Juez debe apreciar en conciencia. Pero existen también otros medios probatorios híbridos, que se someten a las llamadas reglas de sana crítica. La valoración conjunta es delicada y a la verdad poquísimos jueces la efectúan correctamente⁵.

En el Derecho público, en cambio, y especialmente en el Derecho penal, se da la paradoja de que la valoración probatoria se abandona a la libre convicción; y hasta tal extremo que, pese a la exigencia constitucional (CE, 120,3) de que sean motivadas las sentencias; y al derecho reconocido a utilizar los medios de prueba pertinentes (CE 24,2) —«*flatus vocis*» si el Juez no tiene que enjuiciar cada uno— concretar los hechos probados no requiere que se diga por qué. Está claro entonces que, respecto a los hechos, el Juez

⁴ Digo fundamentalmente, porque el Derecho da por adverdados ciertos hechos, evidenciables socialmente, por ser sumamente probable su verdad (prueba legal). Trato el tema en varias de mis obras.

⁵ Estimo, por eso, preferible adoptar el sistema de la prueba aritmética, dando un valor próximo a la unidad a las pruebas legales y algo menor y descendente a los restantes medios. La valoración conjunta se hace sumando y promediando. Trataré el asunto más adelante.

o Tribunal se comporta como un jurado. Y convierte, cediendo a su intuición, una estimación necesariamente probabilística en una alternativa binaria.

5. PROBABILIDAD DE ACIERTO PARA JUECES Y PARA JURADOS

Tras la exclusión lógica de cualquier otro valor que la verdad, el tema debatido se reduce a saber quiénes tienen mayor probabilidad de acierto en la fijación de los hechos, si los jueces o los jurados. (Ya que las cuestiones de Derecho siempre corren a cargo de jueces profesionales, aunque, quizás sin desventaja, cabría encomendarlas también a un jurado técnico).

¿Cómo podríamos enfrentar este problema con criterios científicos?

No son posibles en España, evidentemente, ni soluciones concretas de carácter empírico ni, menos aún, contrastaciones estadísticas. Se podría, sí, someter a determinados jueces y jurados «de laboratorio» algunos casos imaginados o reales, teniendo los experimentadores previa constancia de los hechos. Presentados después como en un proceso ante ambos tipos de Tribunal, parecería lícito concluir cuál valora más atinadamente las pruebas. Pero incluso si un experimento como el descrito se repitiera centenares de veces, sus resultados no podrían sin más considerarse decisivos, porque, al saber fiscalizada su actuación, los pronunciamientos de unos y otros juzgadores, resistiéndose a la rutina y quedando, en cierta medida, perturbados, no serían precisamente paradigmas de normalidad. ¿Cómo llegar entonces a formulaciones probabilísticas fiables?

Tenemos que resignarnos a seguir un camino muy diferente, preguntándonos si la profesionalidad de los jueces implica mayor exactitud en la valoración de la prueba. Consideraremos a este respecto en primer lugar la intervención de un juez único. ¿De qué depende la probabilidad de

acierto en sus juicios? En principio, deberíamos decir que de su talento, de su preparación profesional y de su experiencia. Pero, como es obvio, la dimensión asignable a cada una de las tres variables difiere grandemente de unos jueces a otros. El hecho de ser Juez, dados los procedimientos selectivos que rigen en España, no acredita ni talento especial, pues éste no se hace objeto de prueba, ni otra preparación que el aprendizaje memorístico de una temática ramplona. Y en cuanto a la experiencia, se desprecia entre nosotros hasta tal punto que no se exige ninguna para entrar en el desempeño del cargo. Un caso puede ser el primero tanto para un juez como para un jurado.

Luego la preferencia en esta hipótesis no puede ser establecida *a priori*; vendrá dada en función de quién sea el juez y quiénes los jurados. Por razón de su oficio, ningún carisma particular tiene aquel que haya de negarse a éstos. Veremos más adelante si el número, en los jurados, ejerce alguna influencia en la calidad de sus veredictos.

Si del juez penal pasamos a las audiencias provinciales, los tres magistrados que componen las salas no son ciertamente novicios, sino que cuentan en su haber con algunos años de experiencia en juzgados. ¿Mejora esta experiencia su habilidad en la valoración de la prueba? Que podría mejorarla es innegable; pero a condición de ir aprendiendo a cuenta de los propios errores. Si cada decisión pudiera contrastarse con los hechos realmente acontecidos, los jueces adquirirían más y más pericia por la práctica. Lamentablemente, no sucede así. Son muy raras las ocasiones en que los jueces lleguen a convencerse de que sus inferencias sobre la prueba han sido erróneas y puedan advertir a qué se deba la inconsciencia de sus razonamientos. Es cierto que una sentencia de apelación con una crítica sagaz de cada elemento probatorio y de su relativa importancia podría servir como aleccionamiento al juez novel, que tenga la suficiente humildad para reconocer sus yerros y evitarlos en el futuro con mayor cautela. Pero rara vez las sentencias

de apelación tienen la calidad necesaria para que los jueces inferiores aprendan de ellas. Lo mismo cabe decir de las sentencias del Tribunal Supremo respecto a unos y otros jueces. Sin embargo, no cabe negar el hecho, por poco frecuente que sea, de que los magistrados judiciales tengan, al revés que los jurados, la posibilidad de adquirir conocimientos profesionales por experiencia. Y esto es, evidentemente, un tanto en su favor nada despreciable.

La profesionalidad, sin embargo, no carece de inconvenientes muy serios. Los jueces dispersan su atención sobre una pluralidad de asuntos, de interés muy desigual para ellos. Su preocupación por investigar la verdad en cada proceso, decrece con su número, ronda una media luego y acaba en rutina. Las sentencias se convierten en un tedioso quehacer diario, donde importa menos la crítica de los hechos y el Derecho, para indagar lo justo, que decidir por impresiones personales, más instintivas que lógicas, en abuso de un poder cuya *ratio* es Justicia.

Los jurados, en cambio, son completamente inmunes a la rutina. Para ellos, el caso a juzgar resulta excitante y salvo cuando los informes del fiscal y de los abogados sean tediosos, deslucidos o amodorrantes, escucharán con la mayor atención e interés, poniendo en tensión todos sus sentidos. Discutirán después entre sí, con apasionamiento y viveza, y cada uno procurará llevar al conocimiento de los demás los datos o detalles relevantes, las circunstancias o informaciones que pueden haber pasado por alto. Esto, a la verdad, no suele ocurrir en nuestros tribunales colegiados, en los que, por gravísimo error político-jurídico, no existe para cada magistrado el deber de emitir su propio veredicto y de justificarlo personalmente. Aquí, la sentencia es única y su redacción corre a cargo del ponente. Con lo cual, la inducción a que sólo éste resuelva es tan fuerte, que son poquísimas las ocasiones en que los demás componentes de la Sala estudian los autos. El resultado estadístico es que los Tribunales no actúan realmente como tales, sino como fisca-

lizadores muy poco efectivos de un juez único. Esto arguye más que contra los jueces, contra los artífices del sistema.

De la profesionalidad arranca, por otra parte, un fuerte sentimiento corporativo, que, pese a la competencia por el ascenso y las envidias y animosidades nada infrecuentes en la Judicatura como en cualesquiera estamentos, no debilita el instinto defensivo común ante las críticas o ataques contra un miembro cuando podrían repetirse contra cualquier otro. Por eso, las querellas o los recursos de responsabilidad civil contra jueces y magistrados están casi siempre precondenados al fracaso. Así, aunque les sea exigible teóricamente responsabilidad civil o penal, *de facto*, como demuestra la estadística, las acciones pertinentes se ejercitan muy rara vez. Entre otras causas, porque las preceden requisitos disuasivos y porque los abogados y procuradores temen que, al enfrentarse con un juez, el miedo a posibles represalias si la reclamación fracasa, afecte negativamente a su clientela.

Por el contrario, los jurados, al carecer de prejuicios corporativos, están especialmente indicados para exigir responsabilidades civiles y penales a jueces y funcionarios.

Consideremos ahora el efecto del número sobre la probabilidad de acierto en las resoluciones.

Hace ya tiempo que dicho problema suscitó el interés de los tratadistas del cálculo probabilitario.

Creo que fue Condorcet (al que siguieron luego Laplace, Poisson, Cournot e incluso Boole) quien tuvo la idea de aplicar la ley de los grandes números a los tribunales judiciales para lograr la compensación del error en las sentencias. Los argumentos que soportan la tesis pueden exponerse sin ninguna dificultad. Es sabido que medidas hechas con intención de acierto, por un número suficientemente elevado de personas, arrojan resultados cuyo promedio mejora sin lugar a dudas la estimación individual.

Bertrand nos dice: «La media de un gran número de medidas, cuando se han descartado los errores constantes, es una medida más precisa que las que sirvieron para obte-

nerla; el error probable disminuye y la precisión aumenta como la raíz cuadrada del número de estimaciones»⁶. (Errores constantes o sistemáticos son aquellos que «debiéndose a la acción de una causa persistente recidivan con periodicidad y son calculables de antemano»⁷.)

«Fourier conocía o sospechaba esta regla: Para hallar la altura de la pirámide de Cheops ordenó simplemente que los 203 peldaños de aquella gigantesca escalera fueran medidos por soldados. “Vuestros hombres carecen de hábito —se le dijo—; las superficies son irregulares, las aristas, inclinadas; ninguna precisión es posible y el error cometido en cada peldaño se multiplicará por 203”. —Se multiplicará sólo por 14 —respondió resueltamente—, porque 14 es la raíz cuadrada de 203»⁸.

Tratando de generalizar el procedimiento, uno podría preguntarse si sería posible reducir las cuestiones penales a fórmulas muy simples y escalonadas que permitieran tomar partido sobre ellas como si cada juez o cada jurado tratase de «medirlas».

No han procedido así hasta el día los matemáticos, tal vez por desconocer la clave estructural del proceso.

Veamos, para dar una idea de sus fórmulas, el enfoque que preside las investigaciones del genial G. Boole.

Tras reconocer la necesaria insuficiencia de los resultados empíricos disponibles, que obligan a recurrir a hipótesis complementarias, advierte que, a diferencia de lo que sucede en otros campos de la teoría probabilística, con relación a la conducta humana, nuestra propia experiencia suple, en cierto grado, la escasez e imperfección de datos estadísticos.

«Los elementos implicados en los problemas relativos a los juicios penales —nos dice Boole— son los siguientes:

⁶ BERTRAND, J.: *Calcul des probabilités*, 3.^a ed. Impresa en U.S.A. pág. XXXVIII.

⁷ Los errores sistemáticos se deben a: causas naturales, p.e. refracción atmosférica respecto a medidas astronómicas; a los instrumentos (errores de graduación, etc.); y al observador mismo (ecuación personal).

⁸ BERTRAND: *Op. loc. cit.*

- 1.º) La probabilidad de que un miembro determinado del jurado se forme una correcta opinión sobre el caso.
- 2.º) La probabilidad de que el acusado sea culpable.
- 3.º) La probabilidad de que sea condenado o absuelto.
- 4.º) La probabilidad de que su absolución o su condena sea justa.
- 5.º) La constitución del jurado.
- 6.º) Los datos suministrados por la experiencia, tales como el número porcentual de casos en que las decisiones han sido unánimes o qué particulares mayorías se han obtenido o cuántos fallos del jurado han sido revocados por los tribunales superiores, etc.»⁹.

Boole parte de premisas hipotéticas y con razonamientos matemáticos inatacables, deduce consecuencias que tienen exactamente el mismo peso que sus premisas. Estableciéndolas con fiabilidad, el problema planteado aquí tendría una solución sencillísima e irrefutable.

Lo malo, que no parece haber medio para asegurar la validez de las premisas. De ahí las críticas de Stuart Mill y de Bertrand.

El primero dice:

«... Algunos matemáticos han llegado a la conclusión de que cuantos más son los jueces, menos probabilidad hay de injusticia, con lo que se olvida el efecto que produce el número sobre las actitudes éticas, la supresión virtual de su responsabilidad personal y la falta de atención al caso en examen»¹⁰.

El segundo formula reproches más precisos:

«La asimilación más temeraria de una tirada al azar a los efectos de causas desconocidas y variables ha sido pro-

⁹ BOOLE, George: *An investigation of the laws of thought on which are founded the mathematical theories of logic and probabilities*, New York, 1958, 376 ss. (La primera edición de la obra es de 1854).

¹⁰ STUART MILL, J.: *Sistema de Lógica inductiva y deductiva* (Ovejero), Madrid, 1917, 519. (Me he permitido cierta ligera modificación de la traducción española para aclarar mejor el sentido del texto en inglés).

puesta por Condorcet. El libro demasiado tiempo admirado sobre la probabilidad de las decisiones por mayoría reposa íntegramente sobre esta confusión. Ninguno de sus principios es aceptable; ninguna de sus conclusiones se acerca a la verdad. La teoría de Condorcet ha sido comentada; rehecha, incluso, por completo por sabios ilustres o célebres; ningún progreso ha podido corregir su impotencia. Los sucesores de Condorcet, aún loándole por haber llevado la llama de la Ciencia a estas misteriosas cuestiones, han reconocido la insuficiencia de sus fórmulas; pero no las han propuesto mejores. Laplace ha rechazado los resultados de Condorcet, Poisson no ha aceptado los de Laplace; ni uno ni otro han podido someter al cálculo lo que esencialmente le escapa: las probabilidades de error de un espíritu más o menos esclarecido, ante hechos mal conocidos y derechos definidos imperfectamente... Poisson, como Condorcet y como Laplace, asimila los jurados a urnas. Como Laplace supone que la probabilidad es igual para cuantos enjuician una misma causa; como Condorcet, la supone igual para todas las causas. Y aunque declara formalmente inaceptables estas hipótesis, sirven también de base a sus cálculos. Cree conciliarlo todo substituyendo en los enunciados a la constante introducida en las demostraciones por la que llama probabilidad media, error quizá menos excusable que las hipótesis más aventuradas»¹¹.

Pese a la validez de las alegaciones anteriores, cabe abordar el tema desde otras perspectivas. La función del jurado consiste esencialmente en pronunciarse sobre los hechos que determinan la inocencia o la culpabilidad y las circunstancias modificativas de la responsabilidad exigible. Los cuales, al tiempo del proceso, se han convertido ya en inobservables. Nadie, entre los humanos, puede tener experiencia directa de los mismos, aunque subsistan rastros delatores; es decir, pruebas. Parece innecesario decir que las

¹¹ BERTRAND: *Op. cit.*, 319 ss.

pruebas no son los hechos, aunque haya que asociar jurídicamente¹² a cada una cierta probabilidad de verosimilitud.

Los medios de prueba son: la confesión judicial; los documentos públicos y privados; la posesión y las presunciones legales; los dictámenes periciales; los testigos; las técnicas reproductoras de imágenes y/o sonidos; los reconocimientos judiciales; las presunciones naturales y los indicios.

Como ningún medio de prueba confiere certeza, cada uno tendrá un valor probabilístico mayor que 0; pero menor que 1; y todos juntos, sumados y promediados se aproximarán más o menos a la unidad, sin sobrepasarla ni alcanzarla nunca.

Teniendo esto presente, supongamos que cada jurado, separadamente, asigna un valor decimal (p.e., 0,05, 0,321, etc.) a cada prueba, según la estimación que le merezca su respectiva fuerza de convicción. Los valores obtenidos así se suman y el resultado se divide por el número total para hallar la media, incluso ponderada. Para condenar al acusado haría falta que la media obtenida fuera mayor que 0,50, a fin de superar la presunción de inocencia. Para mayor seguridad, podría p.e. exigirse para la condena un mínimo de 0,75.

Es obvio, entonces, que si el número de jurados es suficientemente alto, habrá de producirse cierta compensación del error y la media mejorará los resultados individuales.

¿Significa esto que la decisión de un jurado, siguiendo las fórmulas anteriores, sería siempre más probablemente acertada que la de un juez o tribunal? Semejante conclusión pecaría de arbitraria. Un número de jueces igual al de jurados, a condición de que se atuviera en sus resoluciones al método preconizado aquí, lograría, probablemente, pro-

¹² Es una condición imprescindible para que sea posible dictar sentencias en los procesos.

nunciamentos menos erróneos. Pero, eso sí, a un coste prohibitivo, de mantenerse la organización corporativa actual. (Salvo con una reforma de la Judicatura como la sugerida por mí)¹³.

Otra de las ventajas del jurado estriba en el examen previo que se permite para seleccionarlo y en la ausencia de trabas para recusar a sus miembros. Y aun limitadas las posibles recusaciones, el número es tan grande que se alcanza muy rara vez. Wellman cuenta que, en juicios importantes, examinó a más de 150 candidatos, antes de elegir a los doce¹⁴.

La recusación de jueces es, en cambio, entre nosotros, tan restrictiva y tasada en sus causas que las partes tienen a menudo que resignarse a ser juzgadas por un tribunal que no les inspira ninguna confianza¹⁵. Estamos empero aquí ante un fallo extrínseco al sistema judicial, que, por tanto, no vale como argumento favorable al jurado.

José LOIS ESTÉVEZ

¹³ Vid. LOIS: *Una justa distribución del poder*, en «Razón Española», cit. 152 ss.

¹⁴ WELLMAN, Francis L.: *Success in Court*, ed. española, Buenos Aires, 1944, 98.

¹⁵ Véase en mi *Agresividad del poder y derechos fundamentales*, Santiago, 1992, 108 y ss. una crítica al tratamiento legal que se da en España al importantísimo instituto de la recusación, que no respeta el derecho fundamental a un tribunal fiable.

