

Orígenes de la duda razonable

Raíces teológicas
del proceso penal

James Q. Whitman

Traducción:
Nicolás Schiavo

COLECCIÓN DE CIENCIAS JURÍDICAS

YALE LAW SCHOOL

FACULTAD DE DERECHO - UNIVERSIDAD DE PALERMO

Whitman, James Q.

Orígenes de la duda razonable : raíces teológicas del proceso penal / James Q. Whitman. - 1a ed. . - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Universidad de Palermo - UP, 2015.

316 p. ; 23 x 15 cm. - (Ciencias jurídicas / Saba, Roberto,)

Traducción de: Nicolás Schiavo.

ISBN 978-950-9887-09-1

2. Derecho Penal. 3. Juicio por Jurados . I. Schiavo, Nicolás , trad. II. Título. CDD 345

Dirección de Arte y Diseño Gráfico
Departamento de Diseño Institucional
de la Universidad de Palermo

Traducción y estudio preliminar
a cargo de:
Nicolás Schiavo

Editado por Universidad de Palermo,
año 2015, Buenos Aires, Argentina

Coordinación editorial:
María Florencia Saulino
María Laura Mastromauro

© 2015 Fundación Universidad
de Palermo

ISBN: 978-950-9887-09-1

Hecho el depósito que marca la
ley 11.723

Impreso en Argentina /
Printed in Argentina

Universidad de Palermo

Rector

Ing. Ricardo H. Popovsky

Facultad de Derecho
Decano y Director de la
Colección de Ciencias Jurídicas
Roberto Saba

Mario Bravo 1050
(C1175ABW) Ciudad de Buenos Aires
Argentina
Tel.: (54 11) 5199-4500
Fax: (54 11) 4963-1560
E-mail: derecho@palermo.edu

La reproducción total o parcial de este libro, en cualquier forma que sea, idéntica o modificada, no autorizada por los editores, viola derechos reservados; cualquier utilización debe ser previamente solicitada.

Introducción

Ninguna persona en los Estados Unidos de América puede ser declarada culpable de un delito a menos que este se demuestre con certeza. La mera probabilidad de su responsabilidad no es suficiente: si los acusados no se declararon voluntariamente culpables, todos los elementos esenciales de la culpabilidad tienen que ser probados ante un jurado, y deben ser acreditados “más allá de una duda razonable”.¹ Es difícil nombrar una doctrina más familiar, o fundamental, para el sentido de justicia americano. En efecto, el requisito de la prueba “más allá de una duda razonable” es tan fundamental para las diversas Cortes Supremas, que la leen como derecho constitucional, pese a que la frase “duda razonable” no aparece en la propia Constitución.¹¹ Las interpretaciones constitucionales de las Cortes son, a menudo, materia de controversia, pero no ha existido ninguna contrariedad en este punto, y todo el mundo parece estar de acuerdo en que el derecho penal estadounidense sería inimaginable sin la norma de la prueba de “toda duda razonable”, independientemente de lo que pueda o no decir el texto de la Constitución.

Sin embargo, detrás de esta fundamental doctrina universalmente conocida, se encuentra un misterio inquietante, y ese es el punto de partida de este libro. “Más allá de una duda razonable” es una de las frases más elegantes de nuestra ley, pero en la práctica es irritantemente difícil de interpretar y aplicar. Siempre hay *alguna* posible incertidumbre con relación a cualquier caso. ¿Exactamente qué cantidad de duda cuenta como incertidumbre para ser una “duda” legal? ¿Exactamente cuándo son “razonables” las “dudas” legales acerca de la culpabilidad del acusado? Los miembros del jurado se encuentran comprensiblemente desconcertados.¹¹¹ Incluso algunos de los más sofisticados miembros de la profesión jurídica

¹ In re Winship, 397 U.S. 358, 374 (1970).

¹¹ Id.

¹¹¹ Ver, por ejemplo, la discusión en *People v. Redd*, 266 A.D. 2d, 12, 698. N.Y.S. 2d 214 (1st Dep't 1999) citada y discutida por Peter Tiersma, *The Rocky Road to Legal Reform: Improving the Language of Jury Instructions*, 66 Brooklyn L. Rev. 1081, 1087, 1999.

advierten que la pregunta es muy difícil de contestar.^{IV} De hecho, hay un corpus considerable de jurisprudencia en la que los jueces expresan sus desgracias sobre la definición de la “duda razonable”. De acuerdo con la regla del *common law* tradicional, aún vigente en muchos estados, los jueces tienen prohibido explicar el significado de la frase.^V Sin que importe la cantidad de miembros del jurado que ruegan por una orientación, bajo la regla tradicional, ellos deben interpretar por su propia cuenta el concepto de “duda razonable”.^{VI} Incluso en los estados donde está permitido que los jueces definan el estándar, a menudo no están obligados a hacerlo.^{VII} La Corte Suprema tampoco ha sido de mucha ayuda. Esta ha dejado en claro que no resulta inofensivo un error en la definición de la “duda razonable”;^{VIII} la regla es demasiado fundamental, e importante, para eso. Sin embargo, al mismo tiempo, la Corte ha abandonado cualquier esfuerzo de su parte por definir el estándar.^{IX} La misma una vez observó, secamente, que “los intentos por explicar el término ‘duda razonable’ (...), por lo general, no resultan de lo más claros para la mente de los jurados”.^X

Todo esto conforma un espectáculo inquietante. El estándar de la “duda razonable” es, sin duda, fundamental para el sentido de justicia americano. Las decisiones de peso sobre la suerte de las personas reales dependen de

^{IV} Para ver los puntos de vista de un eminente juez federal, véase Jon O. Newman, *Beyond “Reasonable Doubt”*, 68 NYU L. Rev., 1992, pp. 979, 982-990; y para tener presente una posición agudamente redactada por la Justicia, en una cesión de la Corte Suprema de Rhode Island, véase Stephen J. Fortunato, *No Uncertain Terms, Legal Affairs*, Enero/Febrero 2004, pp. 16-18. Para ver el estado actual de las cosas, véase John P. Cronan, *Is Any of This Making Sense? Reflecting on Guilty Pleas to Aid Criminal Juror Comprehension*, 39 Am.Crim. L. Rev. 1187, 1187, 2002.

^V Por tradición, el *common law* condena los esfuerzos por definir la “duda razonable”. Al respecto, Wigmore declaró que “los esfuerzos por definir con más detalle a este estado elusivo e indefinible de la mente” suelen ser “imprudentes”; J. Wigmore, *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, 3d ed. Repr. Holmes Beach, Gaunt, 2003, 4:3542 (=2497).

^{VI} Ver Jessica Cohen, *The Reasonable Doubt Jury Instructions: Giving Meaning to a Critical Concept*, 22 Am. J. Crim L. 677, 687-688, 1995. Según Robert C. Power, *Reasonable and Other Doubts: The Problem of Jury Instructions*, 67 Tenn. L. Rev. 45, 87, 1999, un Estado ha salido de esa categoría en el estudio de Cohen.

^{VII} Cohen, *The Reasonable Doubt Jury Instruction*, 682-686; Power, *Reasonable and Other Doubts*, 86.

^{VIII} *Sullivan v. Louisiana*, 508 U.S. 275 (1993).

^{IX} *Victor v. Nebraska*, 511 U.S. 23-28 (1994) (El Juez Ginsburg concurrió en parte con las opiniones y lo resuelto). En un esfuerzo por la práctica de no definir la “duda razonable”, véase Note, “Reasonable Doubt: An Argument against Definition”, en: *108 Harvard Law Review*, 1995 (1995).

^X *Miles v. United States*, 103 U.S. 304, 312, 26 L. Ed. 481 (1881).

ella. Una vez que el jurado ha determinado que un sujeto es culpable “más allá de una duda razonable”, el destino del mismo está casi siempre cerrado: el sistema del *common law* hace que sea muy difícil apelar una condena. Sin embargo, la mayoría de nuestro sistema judicial parece haber llegado a la conclusión de que la frase “duda razonable” no puede asignar ningún significado definitivo. Un filósofo cínico y posmoderno podría apuntar a esta situación, ya sea con desesperación o con alegría, evidenciando la profunda incoherencia de las preposiciones más básicas de la ley. Un filósofo moral podría cuestionar nuestra autoridad para castigar a los conciudadanos sobre la base de una regla que no parece tener sentido.

En este libro, no tengo el propósito de ofrecer una visión cínica o posmoderna. *Podemos* dar sentido a nuestra ley de la duda razonable. Sin embargo, con el objetivo de hacerlo, a veces tenemos que profundizar en su historia. Como este trabajo trata de demostrar, la fórmula de la duda razonable parece actualmente desconcertante porque hemos perdido de vista su objetivo original. Los orígenes de la duda razonable están en un mundo olvidado de la teología cristiana premoderna, uno cuyas preocupaciones eran muy diferentes a las actuales. Nuestro derecho moderno es el producto de una profunda transformación, en el transcurso de la cual algunos de los antiguos fundamentos religiosos del proceso penal fueron olvidados.

Esta obra trata sobre las raíces teológicas olvidadas del proceso penal. Aquí se pretende demostrar que la regla de la duda razonable es el último vestigio de un principio cristiano premoderno que fue desvaneciéndose. En sus orígenes, esta regla no estaba prevista con la intención de realizar la función que le exigimos actualmente, pues no se la concebía para proteger al acusado. En su lugar, tenía un propósito significativamente diferente. Por extraño que pueda parecer, la fórmula de la duda razonable originalmente se ocupaba de la protección de las almas de *los miembros del jurado*, para que ellas no fueran condenadas.

Tal cual veremos, en el proceso penal del pasado cristiano, había mucho más en juego que el destino de los acusados. También estaba involucrado el de aquellos que estaban sentados juzgando. La famosa sentencia de San Mateo —*¡No juzgues si no quieres ser juzgado!*— tenía un significado concreto: condenar a un acusado inocente era considerado, en la tradición cristiana antigua, como un potencial pecado mortal. La norma de la “duda razonable” fue una de las muchas reglas y procedimientos que se desarrollaron en respuesta a esta inquietante posibilidad. Originalmente, era una doctrina teológica destinada a tranquilizar a los miembros del jurado, con respecto a que podían condenar al acusado sin poner en riesgo su propia salvación, con tal de que sus dudas

sobre la culpabilidad no fueran “razonables”. “Más allá de una duda razonable” era originariamente una disposición para los cristianos ansiosos, que vivían en una era de persecuciones, en un mundo que ya no existe, donde existía un miedo real a la condena del alma. Esto significa que, si queremos comprender totalmente nuestra ley moderna, debemos salir de la doctrina jurídica actual e ir hacia atrás, sumergiéndonos profundamente en las aguas de la teología cristiana medieval. En efecto, hay que introducirse en la antropología de la ley premoderna mucho más ampliamente: el mundo cristiano medieval era simple, típico de las sociedades premodernas de todo el mundo, en el que el acto de juzgar estaba, generalmente, rodeado de muchas amenazas, tanto para el juez, como para los testigos que declaraban contra sus vecinos.

La tarea de este libro es trazar esta historia premoderna religiosa, una historia mucho más antigua que el *common law*, y que cubre un mundo mucho más amplio que el de Inglaterra o los Estados Unidos. Como veremos, los cristianos medievales, y también los modernos, experimentaban una gran ansiedad acerca de los peligros para el alma que implicaba el acto de juzgar. Como todos los lectores del Dante conocen, los oficiales medievales enfrentaban el riesgo de una condena por cada pecado cometido en el curso de sus actos oficiales. Estos peligros eran enfrentados por los jueces y también por todos los demás oficiales. De hecho, los abogados de la Iglesia medieval estaban especialmente fascinados por las dificultades del acto de juzgar, a las que dedicaron una considerable atención. Al ver esto, cualquier paso en falso o pecado cometido por un juez en el curso del juicio “era la construcción de una mansión en el infierno”,^{x1} por lo que las reglas tuvieron que ir desarrollándose para proteger a los jueces de las consecuencias de sus propios actos de servicio. Esto era especialmente aplicado cada vez que un juez imponía una pena “de sangre” —es decir, la ejecución o la mutilación—, castigos criminales estándar del derecho anterior al siglo XIX.

Y cuando se trataba de infligir penas “de sangre”, la teología cristiana premoderna volvía especialmente al problema de la “duda”. La duda acerca de los hechos presentaba un peligro real para el alma de cada juez. Ella era la voz de la incertidumbre de la conciencia, que en principio tenía que ser obedecida. Así era la norma establecida, expresada como “el camino seguro”, que representó el estándar de la escuela teológica de la moral cristiana que

creció durante la etapa central de la Edad Media: “En caso de duda”, según funcionaba la fórmula, “el camino más seguro es no actuar en absoluto”.^{xii} Para la vida cristiana existía un temor y temblor real, pues actuar en caso de “duda” encerraba muchos peligros, y esto explica que para juzgar se actuara como se lo hacía con todos los demás actos relacionados con la conciencia individual. Como expresa un típico “diccionario de la conciencia” francés, la norma de la ley cristiana en el siglo XVIII era que: “En todos los casos de duda, donde la salvación estuviera en riesgo, siempre se debía tomar el camino más sabio (...) Un juez que está en duda debe negarse a juzgar”.^{xiii} Un juez que condenaba a un acusado a una pena “de sangre” mientras experimentaba una “duda” sobre la culpabilidad cometía un pecado mortal, y esto ponía su propia salvación en peligro.

La historia de la regla de la duda razonable es un simple capítulo inglés en la larga historia de la teología del camino más seguro, una historia en la que los teólogos cristianos se preocuparon durante siglos por la naturaleza de juzgar, por los problemas de la duda y por los peligros de lo que un famoso panfleto inglés del siglo XVII llamaba “la culpa de la sangre”. Los miembros del jurado en el *common law* eran cristianos, y ellos se dedicaban a los actos de juzgar. Esto significaba que ser miembro del jurado, como el mismo panfleto decía, los convertía en potenciales constructores de una mansión en el infierno por “empeñar su alma”.^{xiv} Hay muchas evidencias de que los miembros del jurado inglés se tomaron esto muy en serio, sobre todo al final del siglo XVIII. Como señala el filósofo moral William Paley, describiendo la situación en 1785, en el momento en que la duda razonable comenzó a establecerse en Inglaterra, los miembros del jurado experimentaron “un temor general a que la carga de la sangre del inocente recayera en sus puertas”.^{xv} Los miembros del jurado, simplemente, no querían condenar, Paley se quejaba: en su “debilidad de timidez”, sostenían que “por parte de una conciencia *segura* no se condenase a un hombre, mientras existiera la posibilidad más diminuta de su inocencia”.^{xvi} Fue en respuesta a esta clase

^{xii} Discutido en el capítulo 4.

^{xiii} Collet, *Abrégé du Dictionnaire des Cas de Conscience de M. Pontas*. París, Libraires Associés, 1767, pp. 1:467-468.

^{xiv} John Hawles, *The English-mans Right: A Dialogue between a Barrister at Law, and a Jury-Man*. Londres, impreso por Tichard Janeway, en Queenshead Alley y Paternoster-Row, 1680 (reimpreso en Nueva York, Garland, 1978), p. 22.

^{xv} William Paley, *The Principles of Moral and Political Philosophy*. Indianapolis, Liberty Found, 2002, pp. 391-392 (orig. 1785). Por “sangre inocente”: Mateo 27:4 (Judas).

^{xvi} *Id.*

^{x1} Esta es mi traducción ligeramente poética de “edificat ad Gehennam”. La frase se encuentra citada y discutida en Knut Wolfgang Nörr, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß der Frühzeit: Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*. Munich, Beck, 1967, p. 51 n. 1.

de “timidez” y “temor” de los jurados, que se introdujo en el *common law* la norma de toda duda razonable. Los jurados cristianos ingleses de la década de 1780, siguiendo los preceptos convencionales de siglos de la teología más segura, a menudo tomaban el “lado más seguro”^{xvii} o “el camino más seguro”^{xviii}, negándose a condenar a los acusados cuando experimentaban “un grado de duda”.^{xix} La regla de la duda razonable surgió en razón de estas renuencias por los motivos religiosos establecidos para condenar, tomando su forma familiar durante la década de 1780. Todavía hoy está con nosotros, un fósil viviente de un mundo moral superior.

Esa es la historia que se cuenta en esta obra. Como se sugiere, el “más allá de una duda razonable” no estaba originalmente diseñado para que a los miembros del jurado les resultara más difícil establecer una condena. Estaba pensado para que les fuera *más fácil* condenar, asegurando que sus almas estuvieran a salvo si votaban por la condena del acusado.^{xx} En su forma original, no tenía nada que ver con el mantenimiento del estado de derecho, en el sentido en que actualmente utilizamos esa frase, y nada de ella se relacionaba con los valores de la libertad que actualmente le atribuimos. Fue el producto de un mundo preocupado por una ansiedad moral que ya no nos aflige tanto. Esto hace que no sea sorprendente que nuestra ley se encuentre en el estado de confusión actual. Estamos pidiendo que la norma de la duda razonable sirva a una función para la que no fue originalmente diseñada, y hace ese trabajo previsiblemente mal.

Algunas palabras preliminares deben ser expuestas antes de sumergirse en los detalles. El tema de este libro no es nuevo. El problema de los orígenes

de la duda razonable ha atraído a un considerable número de estudiosos, los más notables son Barbara Shapiro, James Franklin, Anthony Morano, Steve Sheppard y John Langbein.^{xxi} Algunos de ellos, especialmente Shapiro y Franklin, han estado tentadoramente cerca de resolver el misterio de la regla. La obra de todos estos historiadores produce una grata atracción. Sin embargo, al final, como argumentaré, estos académicos no han conseguido dar con la historia del derecho. De una forma u otra, todos ellos han concebido a la regla de la duda razonable como una disposición de la prueba de los hechos, como una heurística para determinar la verdad en los casos de ignorancia, similar a la prueba de los hechos en las Ciencias Naturales. No han reconocido que la norma estaba ligada a la suerte de los que estaban sentados en el juicio. Como veremos, esto les ha impedido la plena comprensión de la dinámica del pasado. Más importante aún, les ha impedido apreciar los dilemas del presente. Si no comprendemos la profundidad del problema teológico que persigue la historia de la regla de la duda razonable, no podremos entender cómo nuestra ley llegó al inquietante estado de confusión en el que actualmente se encuentra. Necesitamos un nuevo relato.

El nuevo relato que ofrece este libro inevitablemente abarca ampliamente la historia occidental. La historia de la duda razonable, en realidad, es solo un episodio inglés de una historia cristiana mucho más amplia. Doctrinas similares fueron aplicadas por los jueces en cada parte de la cristiandad occidental, desde España hasta Alemania, Italia e Inglaterra. Por consiguiente, esta obra es una empresa que va mucho más allá de los límites conceptuales del *common law*, y mucho más allá de los geográficos del mundo inglés y americano del siglo XVIII. Esto puede parecer extraño a los lectores que están acostumbrados a pensar que el *common law* es una invención de un mundo puramente angloamericano. Sin embargo, hay una importante lección en ello para todos los estadounidenses que se preocupan por su sistema jurídico. Como han demostrado los estudiosos del Derecho como Richard Helmholz, Charles Donahue, Harold Berman, Mike MacNair y George Fisher, la historia del *common law* está inexorablemente ligada

^{xvii} Juicio a John Shepherd (robo) (1789). *The Proceedings of the Old Bailey*, referencia T17890603-43.

^{xviii} Juicio a Henry Harvey (fraude y perjurio) (1785). *The Proceedings of the Old Bailey*, referencia T17850914-187.

^{xx} Juicio a John Shepherd (robo) (1789). *The Proceedings of the Old Bailey*, referencia T17890603-43. Lo mismo ocurrió de este lado americano del Atlántico. Como recordó John Adams a los miembros del jurado en el juicio por la Masacre de Boston en 1770, el lenguaje de la teología moral que databa de la Edad Media decía: “Donde tienes dudas, nunca debes actuar, es decir, si usted duda de la culpabilidad del acusado, nunca lo declare culpable, siga esta simple regla, sobre todo en los casos capitales”. L. Wroth and H. Zobel, eds., *Legal Papers of John Adams*. Cambridge, MA, Belknap, 1965, pp. 3:243.

^{xx} Pensativos historiadores, hace mucho tiempo, han notado que la regla debe haber sido diseñada para hacer más fácil una condena, no más difícil. Ver Steve Sheppard, *The Metamorphoses of Reasonable Doubt: How Changes in the Burden of Proof Have Wakened the Presumption of Innocence*, 78 Notre Dame L. Rev. 11675, 1169, 2003; Anthony Morano, *A Reexamination of the Development of the Reasonable Doubt Rule*, 55 B.U. L. Rev. 507, 1975.

^{xxi} Sheppard, *Metamorphoses of Reasonable Doubt*; Morano, *Reexamination of the Development of the Reasonable Doubt Rule*; Barbara Shapiro, *Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause: Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence*. Berkeley, University of California Press, 1991, pp. 1.41; James Franklin, *The Science of Conjecture: Evidence and Probability before Pascal*. Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2001, pp. 1-101; Margaret Sampson, “Laxity and Liberty in Seventeenth-Century English Political Thought”, en: Edmund Leites, ed., *Conscience and Casuistry in Early Modern Europe*. Cambridge U.K., Cambridge University Press, 1988, pp. 85-87.

a una historia occidental general sobre la cristiandad. La ley de Inglaterra tiene que ser vista en un contexto más amplio dentro de la tradicional ley de la cristiandad occidental;^{xxii} simplemente, no podemos entender nuestra ley si queremos verla estrictamente como el producto de la tradición jurídica angloamericana. De hecho, como argumentaré, la propia historia cristiana es solo un episodio de una historia humana más grande. Las ansiedades acerca de los peligros de juzgar fueron generalizadas, si no universales, en el mundo premoderno, y el cristianismo debe ser considerado en una comparación más amplia y en su contexto antropológico. Todo esto tiene su lugar en la historia de la duda razonable.

En consecuencia, el libro comienza en el capítulo 1, ensamblando algunas comparaciones de pruebas antropológicas, para demostrar cómo eran las generalizadas ansiedades premodernas vinculadas a juzgar y castigar. También, se desarrolla una distinción básica entre los procedimientos que apuntan a la *prueba* y aquellos otros que descansan en el consuelo moral. Como espero demostrar, la distinción entre la prueba de los hechos y el *consuelo moral* es fundamentalmente importante para entender el significado original de la regla de la duda razonable, y de hecho para entender el derecho premoderno de un modo más amplio.

Los procedimientos de la prueba de los hechos, como su nombre lo sugiere, tienen como objetivo que la evidencia permita conocer la verdad de los hechos. Por el contrario, los procedimientos de consuelo moral tienen como objetivo aliviar las angustias morales de las personas que temen involucrarse en los actos de juzgar, tales como los primeros jurados criminales modernos. Como se argumenta en el capítulo 1, el derecho premoderno estaba mucho más preocupado por el consuelo moral que nuestra ley actual, y era mucho menos concreto con relación a las pruebas. De hecho, la transición del énfasis en el consuelo moral al de la prueba de los hechos es uno de los principales temas de realización del derecho moderno: una de las características que tiene nuestra ley moderna es la relativa falta

de ansiedad acerca del hecho de juzgar a los demás. Como se sostiene en el capítulo 1, los procedimientos de consuelo moral y los de prueba de los hechos son fácilmente confundidos. Sin embargo, a menos que se distingan con cuidado estas dos funciones, no podremos comprender plenamente la historia del procedimiento penal. Tampoco se pueden entender los dilemas morales de la ley moderna de los Estados Unidos. Estos dilemas tienen que ver, precisamente, con el hecho de que nuestro sistema, profundamente unido a una tradición, se ha aferrado a numerosas instituciones premodernas; el *common law* estadounidense ha conservado muchos de los procedimientos de consuelo moral premodernos en una época en que los problemas de la justicia penal son principalmente sobre la prueba de los hechos. La “duda razonable” es uno de ellos.

A partir de ahí, el libro se dirige a los aspectos específicos de la historia cristiana, la exploración de la teología peculiar destinada al esfuerzo cristiano premoderno para proporcionar a los jueces un consuelo moral. Se trata de una historia occidental profunda que comienza en la Antigüedad y que poco a poco llega a la Inglaterra del siglo XVIII. La teología y la jurisprudencia de la duda y de los castigos sanguinarios se desarrollan principalmente en la Europa continental. Comenzó su desarrollo en la tardía Antigüedad, sobre todo con la teología de San Agustín, tema que se trata en el capítulo 2. Y llega a su madurez en el siglo XII, sobre todo durante la campaña contra las ordalías.

Los procedimientos judiciales medievales de las ordalías tienen un desarrollo prominente en este libro. Los historiadores han reconocido, desde hace tiempo, que el juicio por jurados surgió por primera vez como una alternativa a las ordalías. Por extraño que pueda parecer, nuestra ley comenzó a tomar forma cuando la Iglesia se propuso abolir las pruebas dolorosas y aterradoras de la plancha caliente y el agua fría. Esto significa que la historia religiosa del juicio por jurados comienza con la historia religiosa de las ordalías, y los capítulos centrales del libro hacen centro en esta prueba. Así, el capítulo 3 adentrará al lector en el significado profundo de la ordalía medieval, mientras que el capítulo 4 investigará la teología continental de juzgar que creció cuando la ordalía entró en declive, y en el capítulo 5 se dará una explicación de cómo surgió el juicio por jurados en Inglaterra. Por último, en los capítulos 6 y 7, se trazará el ascenso final de la ley y de la teología de la duda, como así también las cuestiones relativas a la utilización del juez de su “conocimiento personal” y la naturaleza de la confesión católica y sus alternativas calvinistas.

Todo esto forma parte de un largo pero esencial viaje. Es que realmente no se puede comprender la regla de la duda razonable hasta que no se la

^{xxii} Sobre todo por la influencia de la ley canónica. Javier Martínez-Torrón, *Anglo-American Law and Canon Law: Canonical Roots of the Common Law Tradition*. Berlin, Duncker y Humblot, 1998; y, por ejemplo, R. H. Helmholz, *Origins of the Privilege against Self-Incrimination: The Role of the European *Ius Commune**, 65 N.Y.U. L. Rev. 962, 1990; Charles Donahue Jr., “Proof by Witnesses in the Church Courts of Medieval England: And Imperfect Reception of the Learned Law”, en: M. Arnold, T. Green, S. Scully, y S. White, eds., *On the Laws and Customs of England: Essays in Honor of Samuel E. Thorne*. Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1981, pp. 127-158; Mike MacNair, “Vicinage and the Antecedents of the Jury”, en: *Law and History Review* 17, 1999, pp. 537-590.

haya trabajado a través de los siglos de ansiedad religiosa. En términos más generales, sin ello no se puede comprender realmente la situación moderna de la ley penal. Después de muchos siglos, han disminuido los mares de la religión, pero el paisaje de la ley sigue incluyendo muchas de sus características diluvianas, y no seremos capaces de mantener nuestro equilibrio a menos que conozcamos su historia. El derecho moderno es el producto de una profunda transformación moral. Nuestros antepasados tenían miedo de juzgar, al menos a veces. Ciertamente, tenían más miedo que nosotros. Si eran cristianos, traían consigo un sentido de la pecaminosa tarea de juzgar, dudando de su propia autoridad para condenar. Al menos por un tiempo, se tomaron en serio el “*¡No juzgues si no quieres ser juzgado!*” de Mateo. Ciertamente, sus doctrinas legales reflejan este hecho.

La formación del mundo moderno ha destruido esa actitud. La secularización moderna ha traído consigo el declive de la religiosidad del pasado. Esto es cierto incluso para muchas personas declaradamente piadosas; ninguno de nosotros experimenta la profundidad del miedo diario que tenían nuestros antepasados. En muchos aspectos de la vida, ello es bueno y liberador. Los seres humanos que no tiemblan como en un terremoto hacen que sus vidas sean más ricas de muchas diversas formas. Pero, en la justicia penal, esta liberación moderna ha tenido, a veces, consecuencias que son preocupantes, y no solo porque se condena a las personas acusadas en virtud de una norma de la duda razonable que no comprendemos. La verdad más importante es que poco a poco hemos ido perdiendo la capacidad de mirar sobre nuestro pecho y hacernos la difícil pregunta acerca de cuándo y cómo tenemos el derecho de castigar a otros.

**Salvación para el juez, condena para el jurado
Inglaterra**



Figura 5: Del siglo XIV, *Book of the Worthless and Vile*, una imagen de un falso testigo aconsejado por un demonio. *False Witnesses, counselled by demon. Soester Nequambuch, Stradtarchiv und wissenschaftliche Staatbibliothek Soest. A. Nr. 2771.*

Es la conciencia del jurado la que debe pronunciar si el prisionero es culpable o no culpable.

Y para decir la verdad, es el caso más infeliz que podría tener el juez, si él fuera quien a su propio riesgo debiera tomar sobre sí la culpabilidad o la inocencia del preso, y si el juez debiera pronunciarse sobre la cuestión de hecho, el juicio por jurados sería inútil.

*Sir Matthew Hale, Historia Placitorum Coronae**

Llegamos por fin al juicio por jurados del *common law*, el tema de este capítulo y de los dos siguientes. En los anteriores, se ha insistido extensamente con las tradiciones cristianas de la Antigüedad y en la Europa continental medieval. Esto puede parecer un ejercicio extraño para la mayoría de los estadounidenses, que por lo general piensan en el *common law* como algo más o menos puramente secular, y mayoritariamente, como una creación puramente inglesa. Sin embargo, sin un conocimiento más amplio del mundo de la cristiandad latina, no solo es difícil de entender el surgimiento del juicio por jurados del *common law*, sino que resulta imposible, tal cual veremos en estos capítulos, apreciar el significado teológico de sus estructuras. El juicio por jurados del *common law* no solo es producto de Inglaterra, sino del mundo cristiano en general.

El nacimiento del juicio por jurados estuvo forzado por un gran evento religioso, el Cuarto Concilio de Letrán de 1215. Como hemos visto, este Concilio, en su famoso canon XVIII, "Sentencias de sangre", condenó el uso de las ordalías. La participación en las ordalías, indicó el Concilio, no era diferente a la cirugía o las guerras sangrientas, y contaminaba a cualquier clérigo que tomara parte en ellas; por lo tanto, no se podía pronunciar una bendición sobre las ordalías.¹ En la mayor parte de Europa, fuera de Inglaterra, el IV Concilio de Letrán tuvo poco efecto inmediato, y aquellas siguieron administrándose, sin pausa, durante mucho tiempo luego de 1215. En lugares como Francia, hubo que esperar casi medio siglo antes de que se pudiera encontrar algún impacto claro y absoluto del IV Concilio de Letrán, y el uso de las ordalías aún continuó por un tiempo más. (De hecho, en la Europa continental aún se encuentran huellas de las ordalías hasta una fecha tan tardía como el siglo XVIII).²

Pero en Inglaterra, el efecto de la promulgación del canon de las "Sentencias de sangre" fue rápido y dramático. Cuatro años después de que se reunió el Concilio de Letrán, en 1219, el rey inglés Enrique III emitió nuevas directivas, instruyendo a la justicia inglesa para que encontrara algunos nuevos medios para arbitrar las controversias, "ya que la Iglesia ha prohibido los juicios por fuego y agua".³ Al cabo de un año, los jueces, a partir de una forma de protojurado, asentaron las bases del juicio por jurados. Por lo tanto,

* Epígrafe, Hale, *Historia Placitorum Coronae*, repr. Clark, N.J., Lawbook Exchange, 2003 (orig. 1736), pp. 2:313

¹ Ver el texto anteriormente citado extensamente en el capítulo 2.

² Mathias Schmoeckel, "Ein sonderbares Wunderwerck Gottes: Bemerkungen zum langsamen Rückgangt der Ordale nach 1214", en: *Ius Commune* N° 26, 1999, pp. 123-164.

³ En PM, pp. 2:599.

el juicio por jurados del *common law* emergió como el primer reemplazo que se realizó a las ordalías judiciales del hierro caliente y el agua fría, décadas antes de que hiciera lo mismo la ley continental.

Estos eventos son bien conocidos, y los historiadores han aceptado, desde hace tiempo, que el juicio por jurados pertenece tanto a la historia de la religión, como a la del derecho —el juicio por jurados fue la respuesta inglesa a un estímulo de Roma—.⁴ Por otra parte, durante las últimas dos décadas, los estudiosos del derecho han logrado demostrar que la doctrina canónica tuvo una influencia significativa, desde la última parte del siglo XII en adelante, en las formas emergentes del juicio por jurados.⁵ Por lo tanto, es bien sabido que la temprana historia del *common law* es, al menos en parte, un capítulo en la historia del cristianismo medieval.

Sin embargo, aún quedan preguntas sin respuestas. ¿Por qué Inglaterra reaccionó mucho más rápidamente con relación al Cuarto Concilio de Letrán que como lo hicieron sus primos continentales? ¿Cuáles fueron las consecuencias precisas del juicio por jurados para la teología moral del juicio? ¿Cuál, más ampliamente, fue la importancia de la teología cristiana en el juicio por jurados?

Estas son las preguntas que serán abordadas en el presente capítulo. El juicio por jurados, como trataré de demostrar, desarrolló sus peculiares estructuras, en parte, como respuesta a los dilemas comunes occidentales de la teología moral del juzgar, y lo hizo de una manera que, finalmente, puso a los jurados ingleses bajo una excepcional presión moral. En los capítulos anteriores, esboqué los dilemas del juzgar de la teología moral cristiana de juzgar. En el capítulo 1, vimos sobre la ansiedad del acto de juzgar que estaba muy extendida en el mundo premoderno. En el capítulo 2, hemos seguido el surgimiento de una teología cristiana peculiar en el acto de juzgar, asociada a la imposición de las penas de sangre. En el capítulo 3, se discutió el sistema medieval europeo de las ordalías judiciales, que ofrecía algún medio para escapar de los peligros espirituales y corporales del acto de juzgar en la legislación europea occidental, tal como existía, más o menos, antes del año 1170. Como hemos visto en ese capítulo, las ordalías se administraban en los casos en que no acudía nadie ofreciéndose a acusar, o no comparecía ningún testigo, y nadie confesaba, casos en los que nadie se hacía responsable del hecho, bajo juramento, en el

⁴ Esp. Paul R. Hyams, "Trial by Ordeal: The Key to Proof in the Early *Common law*", en *On the Laws and Customs of England; Ensayos en honor a Samuel E. Thore*, ed. Morris S. Arnold et al., Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1981, pp. 90-126.

⁵ Mike MacNair, "Vicinage and the Antecedents of the Jury", en: *Law and History Review* N° 17, 1999, pp. 537-590.

juicio. En el capítulo 4, recurrimos a los desarrollos continentales posteriores a las ordalías. Como hemos visto, el jurista continental estaba deseoso de garantizar que “los crímenes no quedaran sin castigo”. Ello, en parte, era consecuencia de que el modo en que se administraba el sistema de las ordalías resultaba con frecuencia en sentencias absolutorias. En lugar de confiar en las ordalías, el nuevo emergente procedimiento “inquisitorial” del Continente convocó a los testigos a declarar, quienes se vieron obligados a hacerlo, en caso de ser necesario. Ante la ausencia de una adecuada declaración testimonial, la ley inquisitorial continental amenazaba con la tortura para obligar a que el acusado confesase. Mientras tanto, la ley continental creó procedimientos destinados a proteger al juez de la responsabilidad moral del juicio: siempre y cuando los jueces evitaran, escrupulosamente, tomar el papel del testigo y obedecieran los dictados de la teología moral de la duda, podían esperar permanecer a salvo de los peligros asociados a la imposición de penas sangrientas.

A mediados del siglo XIII, emergió un sistema legal continental que puso a diversos actores judiciales bajo bruscas presiones espirituales. Generalmente, bajo la ley continental, los jueces fueron dejados a salvo de los peligros espirituales. Mientras observaran estrictamente los dictados de la ley de enjuiciamiento criminal, podían continuar enjuiciando los delitos sin riesgo para su propia salvación, incluso hasta el extremo de ordenar la tortura y la muerte. En cambio, los testigos enfrentaban un riesgo espiritual (y corporal) considerable, ya que testificar bajo juramento seguía siendo una empresa peligrosa. El acusado, por supuesto, estaba ante la posible tortura.

En el *common law* del reino de la isla de Inglaterra, emergieron las mismas presiones políticas y los mismos desafíos morales que en la ley civil continental. En Inglaterra, también regía el sistema de las ordalías durante los siglos XI y XII, y los monarcas ingleses se dedicaron a perseguir el delito de manera eficaz; el mismo deseo de garantizar que “los crímenes no quedaran sin castigo” que se encontraba en el Continente también podía ser advertido en Inglaterra. Y allí también existía la misma teología moral de juzgar que había en el Continente.

Sin embargo, la alternativa de la realeza inglesa al viejo sistema de las ordalías tomó una forma distintiva. Los Reyes ingleses del siglo XII eran más poderosos que sus contrapartes continentales, y fueron capaces de compeler a que existiera una acusación convincente y las declaraciones de testigos desde una etapa más inusualmente temprana del proceso. Estos primeros esfuerzos ingleses destinados a obligar a que se brindara un testimonio y una denuncia culminaron en la creación del juicio por jurados, pues los tempranos jurados

ingleses eran, de hecho, otros testigos acusadores que estaban legalmente obligados a proporcionar una declaración bajo juramento. Por supuesto, el papel de acusador testigo había sido históricamente un rol muy peligroso, y la institución del juicio por jurados exponía a los miembros del jurado a un considerable riesgo. El mismo estaba presente desde las primeras apariciones de los protojurados, en la mitad del siglo XII. Y la situación empeoró, para los miembros del jurado, luego del año 1215. Con la abolición de las ordalías, los jurados estaban obligados, no solo a servir como testigos, sino también a conformar el veredicto general de “culpable”. Esto significaba que los miembros del jurado del siglo XIII mezclaban con eficacia su rol de testigos y jueces, lo cual los ponía en una posición enérgicamente condenada por la teología moral cristiana.

El *common law*, por lo tanto, era un sistema que presionaba con una severidad única a los miembros del jurado. Sin embargo, al mismo tiempo, se trataba de un modelo que era relativamente relajado para el acusado. A diferencia del derecho continental, el *common law* inglés nunca desarrolló la práctica de la tortura judicial, aunque hay buenos argumentos de que estuvo cerca de hacerlo.⁶ Mientras, en Inglaterra, los acusados eran obligados a declararse “culpables” o “inocentes”, no estaban compelidos a confesar. La ausencia de la tortura judicial, de la que los autores ingleses se jactaron durante siglos, fue la otra cara de la moneda de la presión moral puesta sobre los miembros del jurado.⁷ El derecho continental introdujo la tortura, ya que no podía obtener una acusación formal o la declaración adecuada de los testigos. El sistema de jurados salvó a la justicia inglesa de este dilema. A diferencia del derecho continental, el derecho inglés garantizaba una acusación técnicamente adecuada, y una adecuación técnica de la declaración de los testigos, al conformar un jurado que declarara y condenara. Debido a que hizo este uso de los miembros del jurado, no tenía necesidad de obligar a la confesión. Al poner una pesada carga de responsabilidad en los miembros del jurado, la ley inglesa pudo relativizar aquella a la que estaba sometido el acusado.

El *common law* surgió como una tradición distintiva en el Occidente cristiano. En lugar de ser un sistema que se basaba en la confesión obligada, era otro que se sustentaba en la declaración de testigos compelidos a

⁶ La prisión dura y fuerte, en el temprano derecho inglés, reconoce como antecedente a la *Burgesses' Assizes of Jerusalem*, que fue anteriormente discutida en el capítulo 3, la que se transformó en la mucho más amenazante pena dura y fuerte. Llama la atención el contraste entre esta evolución inglesa con la de Suecia, donde la práctica de la prisión dura y fuerte aún se encontraba vigente, bajo el nombre de *svårare fängelse*, en el estatuto de 1734.

⁷ En HEL, 5:185.

testificar y a acusar. Sin embargo, en un aspecto, la ley inglesa estaba cerca de la continental. A pesar de que la monarquía inglesa tomaba enérgicas medidas contra el crimen, su ley salvaba la responsabilidad moral del juez. De hecho, como veremos, el juez inglés estaba en una posición aún más favorable que su *par* continental. El juez continental enfrentaba un peligro espiritual cada vez que utilizaba el conocimiento privado, y corría el riesgo de adquirirlo porque vivía en las mismas comunidades pequeñas que las personas acusadas, o porque a veces tomaba su confesión. En última instancia, asumía un riesgo espiritual porque se veía obligado a emitir el equivalente a los veredictos, para decidir la culpabilidad o inocencia. Los jueces ingleses no se enfrentaban a casi ninguno de estos peligros. De hecho, el sistema del *common law* pudo haber sido diseñado para preservar al juez de estos peligros morales.

El derecho inglés puso toda la carga moral sobre el testigo y el acusador —es decir, en efecto, puso todo el peso en el jurado—. El jurado no asumía todo el peso de esta carga moral en la Edad Media: la ley medieval encontró varias maneras de proteger a los miembros del jurado, como veremos más adelante en este capítulo. Sin embargo, la historia posterior del juicio por jurados fue diferente. Como podremos observar en los capítulos 6 y 7, en los siglos XVII y XVIII, el dilema moral que enfrentaron los miembros cristianos del jurado se agudizó.

El surgimiento del juez y el jurado: ordalías y juicio de batalla

El drama teológico del *common law* es el de dos actores judiciales del juicio por jurados: el juez y el jurado. Debemos empezar por comprender cómo estos dos actores surgieron en las décadas anteriores y posteriores al 1200, antes de pasar a la naturaleza de los dilemas morales que respectivamente enfrentaban, y también tenemos que entender el destino inglés de dos diferentes tipos de juicios de Dios: las ordalías, utilizadas en los casos de sangre, y el juicio de batalla, empleado en las disputas de derechos reales sobre la propiedad.

¿Por qué existe el *common law*? ¿Por qué Inglaterra desarrolló una tradición jurídica distinta de la continental? Esta es una pregunta que ha preocupado —y de hecho, obsesionado— a historiadores del derecho durante siglos, y que ha dado lugar a una variedad de respuestas. Sin embargo, actualmente, muchos historiadores depositan el mayor peso sobre un hecho particular: la monarquía inglesa fue excepcionalmente más poderosa durante

el crítico período comprendido entre el año 1000 y el 1200.⁸ De hecho, como han demostrado muchos estudios recientes, el *common law* fue el producto de la monarquía más ponderosa que existía en Europa durante los siglos XI y XII.⁹ No existe un acuerdo absoluto sobre las razones de esta precoz potencia monárquica de Inglaterra, que es anterior a la conquista normanda de 1066. Tal vez sea el reflejo de una geografía que era más difícil de ser alcanzada. Inglaterra era una región relativamente compacta y poco poblada, fácil de dominar. El pequeño reino de la isla, por el borde noroccidental de Europa, era un lugar donde los gobernantes podían imponer su voluntad con relativa facilidad. Cualquiera sea la razón, los anglosajones y daneses que gobernaban Inglaterra en el siglo XI ejercían una autoridad significativamente más imponente que la de sus contemporáneos continentales, como han argumentado los más importantes historiadores del derecho anglosajón.¹⁰

Por otra parte, el gobierno inglés permaneció inusualmente fuerte después de la conquista normanda. El rey normando fue un gobernante excepcionalmente eficaz (y extraordinariamente feroz). Lo mismo puede decirse de sus sucesores, los angevinos, que aterrorizaban a sus súbditos, los que fueron dominados por su “ira et malevolentia”, su “ira y malevolencia”.¹¹ El más impresionante entre estos monarcas angevinos iracundos y malévolos fue el rey Enrique II. Fue Enrique quien presidió las etapas iniciales de la creación del *common law*, en las décadas posteriores a su ascensión al trono en 1154.

La precoz potencia de la monarquía de la isla de Inglaterra ayuda a explicar muchas cosas sobre la peculiar evolución del *common law*, tal cual creen los estudiosos contemporáneos. Por ejemplo, ayuda a comprender el papel relativamente limitado que desempeñaron las fuentes romanas y los cánones en el *common law*. Los reyes ingleses tenían relativamente poca necesidad del derecho romano o canónico. Ellos fueron capaces de imponer una ley bastante uniforme en su compacto reino, sin hacer uso de la supuesta autoridad universal de la Antigua Roma o de la Iglesia. Por otra parte, ya habían dado importantes pasos hacia el desarrollo de un *common law* real, antes de que se desarrollara el aprendizaje universitario del derecho romano-canónico.

⁸ Esp. Raoul van Caenegem, “Public Prosecution of Crime in Twelfth-Century England”, en van Caenegem, *Legal History: A European Perspective*, Londres, Hambledon, 1991, pp. 1-36; van Caenegem, “Criminal Law in England and Flanders under Henry II and Count Philip of Alsace”, en id., pp. 37-60.

⁹ Patrick Wormald, *The Making of English Law: King Alfred to the Twelfth Century*, vol. I, Oxford, Blackwell, 1999.

¹⁰ Id.

¹¹ J. E. Joliffe, *Angevin Kingship*, 2d ed., Londres, 1963, pp. 87-109.

Pero con más amplitud, es la eficacia de los principios del gobierno inglés lo que ayuda a explicar el carácter del *common law*, el que conserva un inconfundible molde medieval. A los abogados formados en la tradición del *civil law*, el *common law* les parece un sistema arcaico. Es uno basado en la ley de propiedad medieval, en el concepto del derecho adquirido y en los procedimientos medievales, y nada más. En un sentido más abarcativo, es un sistema legal que conserva una serie de conceptos medievales sobre derechos y libertades. ¿Cómo ha sobrevivido este sistema arcaico? La respuesta que tengo que dar, una vez más, es el hecho de que el gobierno inglés se desarrolló de manera precoz. Debido a que la monarquía inglesa gobernó con un relativo éxito al principio de la Edad Media, el derecho inglés quedó establecido, en su forma más temprana, preservando las tradiciones medievales que aún están con nosotros en el mundo moderno. El *common law* es el producto de una monarquía medieval exitosa, y como resultado, ha mantenido la ley medieval con una notable aceptación.

El mismo poder precoz de la monarquía inglesa que quiero mostrar en este capítulo puede ayudarnos a comprender los peculiares dilemas morales del jurado inglés.

Echemos un vistazo más de cerca a la temprana aparición del jurado. El inusitado poder de los monarcas ingleses, establecidos a lo largo de la isla durante los siglos XI y XII, creó un proceso cuyos detalles siguen siendo objeto de debates académicos complejos, una ley llamada "*common law*".¹² Las polémicas académicas sobre cómo sucedió esto son realmente complejas. Sin embargo, es justo resumir este proceso, siguiendo el relato de Joseph Biancalana, mediante la descripción del *common law* como la creación de los reyes ingleses, que tenían un gran poder dentro de los estándares medievales, pero que eran aún mucho menos poderosos de lo que serían luego de la Edad Media. Los monarcas medievales, aunque eran inusualmente potentes, no eran lo suficientemente capaces de desplazar totalmente a todos

¹² Se ha producido una inmensa controversia entre los historiadores legales sobre cómo esto se llevó a cabo. Un famoso punto de vista fue propuesto por S. F. C. Milsom en la década de 1970, quien sostiene que los reyes ingleses nunca tuvieron la intención de crear algo como el *common law*. En cambio, el *common law* surgió como un subproducto no deseado de los esfuerzos reales para hacer que el feudalismo funcionara correctamente. S. F. C. Milsom, *The Legal Framework of English Feudalism*, Cambridge, U.K., Cambridge University Press, 1976; también R. C. Palmer, "The Feudal Framework of English Law", en: *Michigan Law Review* N° 79, 1981, pp. 1130-1164. La mayoría de los estudiosos actuales ven la interpretación de Milsom como algo extrema. Véase especialmente a Paul Brand, "Multis Vigilis Excogitatem et Inventam: Henry II and the Creation of the English Common Law", en: *The Making of the Common Law*, Londres, Ambledon, 1992, pp. 78-10.

sus rivales. En particular, los reyes de Inglaterra estaban involucrados en conflictos políticos, tanto con la Iglesia, como con la nobleza feudal recalcitrante y a veces rebelde.

En las primeras etapas de la evolución del derecho inglés, esos conflictos se expresaban, en gran medida, como problemas sobre la jurisdicción, conflictos por determinar qué Corte tendría la autoridad para decidir en los casos.¹³ El derecho medieval puso un gran peso al asunto de la jurisdicción. Por ejemplo, cuando las ciudades-estado italianas trataron de afirmar su soberanía, lo hicieron a través de insistir con la jurisdicción de sus tribunales para juzgar los casos.¹⁴ El poder para decidir los casos en los propios tribunales era un importante signo de la soberanía, y también, una sustancial fuente de ingresos. En consecuencia, fue un tema de duro conflicto. Inglaterra no fue la excepción: allí también la ley se fue formando en las batallas sobre la autoridad para decidir los casos.

En consecuencia, el temprano *common law* fue un conjunto de normas destinadas, por sobre todo, a resolver las disputas jurisdiccionales, las batallas entre la Corona y la Iglesia, por una parte, y las de la Corona con la nobleza feudal, por la otra. Muchos de los acontecimientos decisivos se produjeron durante el reinado de Enrique II, que subió al trono después de un periodo de casi veinte años de caos y guerra civil intermitente. La primera parte del reinado de Enrique fue consumida por el conflicto con la Iglesia, y sus primeras innovaciones procesales reflejan ese hecho. Las primeras reformas legales de Enrique involucraban los esfuerzos por determinar cuándo la monarquía podía reclamar su jurisdicción sobre diversos asuntos y cuándo la competencia se mantendría para la Iglesia.¹⁵ Sin embargo, si bien los conflictos jurisdiccionales con la Iglesia marcaron los primeros años del *common law*, pronto se dio paso a las guerras de jurisdicción entre el Rey y los magnates feudales.¹⁶ Como el *common law* comenzó a desarrollarse rápidamente durante el siglo XII,

¹³ Joseph Biancalana, "For Want of Justice: Legal Reforms of Henry II", en: *Columbia Law Review* N° 88, 1988, pp. 433-536.

¹⁴ Para una discusión matizada, véase Joseph Canning, *The Political Thought of Baldus de Ubaldis*, Cambridge, U.K., Cambridge University Press, 1987, pp. 93-158.

¹⁵ Ver la literatura examinada y discutida en MacNair, *Vicinage and the Antecedents of the Jury*, 580 n. 187.

¹⁶ Puede ser que incluso con relación a los conflictos de propiedad reales que estaban en la base de los conflictos de jurisdicción entre la Corona y la nobleza, los primeros conflictos se presentaran entre la Corona y la Iglesia. Véase Mary Cheney, "The Litigation between John Marshal and Archbishop Thomas Becket in 1164; A Pointer to the Origin of Novel Disseisin?", en *Law and Social Change in British History*, ed. J.A. Guy and H.G. Beale, Londres, Royal Historical Society, 1984, pp. 9-26; Biancalana, *For Want of Justice*, pp. 483-484.

luego su objetivo fue, por sobre todos, el especificar claramente la autoridad jurisdiccional relativa del Rey y de los señores feudales.

En estos conflictos, el juicio por jurados, que surgió en el transcurso de los siglos XII y XIII, fue el principal instrumento del poder jurisdiccional real. Aproximadamente a partir del año 1160 en adelante, tuvo una rápida evolución, y para mediados del siglo XIII, había tomado, en gran parte, su madura forma medieval. Era una criatura del Rey: los casos resueltos en el juicio por jurados eran asuntos decididos por la autoridad del Rey. No obstante, esta autoridad real seguía estando limitada, las instituciones del juicio por jurados simbolizaban el respeto a las prerrogativas tradicionales de los actores no reales y a las prácticas procesales tradicionales.

El carácter de compromiso institucional simbólico del temprano juicio por jurados muestra, en su tratamiento, dos clases especialmente importantes de supuestos: los casos que implicaban castigos de sangre y los que se referían a bienes inmuebles. Históricamente, estas dos clases de litigios habían sido resueltos por los tribunales de Dios, ya sea por las ordalías o por el juicio de batalla. La monarquía había logrado, poco a poco, traer estos dos tipos de casos hacia sus tribunales, sustituyendo con el juicio por jurados ambas formas históricas del juicio de Dios. Pero este éxito se produjo lentamente, y requirió que la monarquía tuviera que someterse a unos complejos compromisos institucionales que fueron formando de manera permanente el *common law*.

Comencemos con los casos de sangre. He hablado mucho sobre los casos de sangre en este libro, y sobre los peligros espirituales que ellos provocaban. A pesar de estos peligros, los señores medievales estaban dispuestos a llevar los casos de sangre ante las Cortes. La autoridad para infligir castigos de sangre, aunque era espiritualmente preocupante, de todos modos era ejercida, pues tenía una inmensa carga simbólica. Representaba la soberanía. Modificando la familiar máxima de Carl Schmitt, el "soberano", en la Edad Media, no era "el que decidía sobre la excepción";¹⁷ en el mundo anterior al siglo XIX, el "soberano" era quien ponía a la gente frente a la muerte. Este gran símbolo de la soberanía fue lo que el derecho romano llamó "el poder de la espada",¹⁸ y que era muy codiciado. Las personas poderosas no solo deseaban tener sus propios tribunales. También querían tener sus clases particulares de Cortes, en las que ordenaran ejecuciones. Para la nobleza, era una autoridad simbólicamente representada por el codiciado derecho a

¹⁷ Schmitt, *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 3d ed., Berlin, Duncker und Humblot, 1979, p. 11.

¹⁸ D. 2, 1, 3.

mantener la horca ante cada uno de los residentes.¹⁹ En cuanto a la Iglesia, también, a veces, deseaba intervenir en los casos de sangre con sus propios tribunales, aunque por supuesto, no con el propósito de infligir la pena de muerte. Como hemos visto, a la Iglesia le estaba prohibido administrar castigos de sangre. Esta más bien intentaba convocar al clero, y a los demás dependientes, hacia su propia jurisdicción más benigna. Sin embargo, esto también representaba un desafío a los esfuerzos de las potencias rivales para tratar los casos de sangre: una persona juzgada y castigada en las Cortes de la Iglesia era una que había escapado de la rival jurisdicción de sangre, ya fuera de una Corte real o señorial.

Frente a esta rivalidad entre los magnates feudales y la Iglesia, los reyes ingleses realizaron un sostenido esfuerzo para capturar para sí mismos la jurisdicción sobre las penas sangrientas. En este conflicto, la Corona tuvo un considerable éxito. Sin embargo, aquí, como en todas partes, el triunfo fue inevitablemente limitado. En parte, ello se debió a que los reyes ingleses tuvieron que ceder ante las pretensiones de la Iglesia. Estas fueron las demandas que estuvieron en juego en los más famosos conflictos de los primeros años del reinado de Enrique II. En la mitad del siglo XII, Enrique hizo un enérgico, aunque poco exitoso, esfuerzo para tratar los casos de "clérigos criminales", los religiosos acusados de delitos, ante las Cortes reales. (Fue un esfuerzo que en última instancia condujo a su desastroso enfrentamiento con Tomás Becket). La Iglesia ganó esa batalla, manteniendo la jurisdicción penal sobre su propio personal. Sin embargo, si bien la Corona no logró arrebatarse la jurisdicción penal a la Iglesia, tuvo un considerable mayor éxito en el mundo laico. Pero con seguridad, incluso allí, también su triunfo tuvo límites.²⁰ No obstante ello, y a fin de cuentas, la monarquía

¹⁹ Para un debate con citas adicionales de la literatura, véase F. Merzbacher "Hochgerichtsbarkeit" en *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, pp. 2:172-175; y A. Erler, "Galgen", en id., 1:1375-1377.

²⁰ La Corona medieval no tuvo éxito en privar a la nobleza inglesa de todos los casos de sangre. Los potentados feudales comúnmente conservaron para sí el derecho de "infangthief", el derecho de ejecutar ladrones sorprendidos en flagrante delito. Esto fue una violación inequívoca del monopolio real de la sangre, y avergonzaba a los publicistas del *common law*. Así, mientras Bracton, templano líder del siglo XIII, en un texto del *common law*, declaró con orgullo que "el señor del Rey tiene el poder de juzgar en asuntos de vida y amputaciones", el autor tuvo que admitir que en la práctica había otros que también tenían la "libertad" de juzgar a esos ladrones. Bracton f. 1222, en *Bracton on the Laws and Customs of England*, ed. Samuel Thorne, Cambridge, M.A., Belknap, 1977, pp. 2:346. Por otra parte, los reyes permitieron que algunos delincuentes compraran su salida a los castigos de sangre. Véase John Hudson, *The Formation of the English Common law*, Londres, Longman, 1996, p. 79, y la literatura citada en n. 77.

logró monopolizar casos seculares de sangre, que representaban la mayor parte del conjunto, para las Cortes reales.

Al mismo tiempo, el tratamiento de los casos de sangre ante las Cortes reales requería confrontar los dilemas de la teología moral de la sangre que habían acosado a la tradición cristiana desde la antigüedad. Lo que esto significaba, al final, era una pesada carga para los jurados criminales que tenían la responsabilidad de servir.

¿Quiénes eran exactamente estos jurados? En sus primeras conformaciones, en aquello que los historiadores pudieron reconstruir de su historia, eran testigos y acusadores. Su papel como acusadores era especialmente importante. En la alta edad de las ordalías, como hemos visto, se suponía que, idealmente, los casos de sangre eran iniciados por los acusadores, quienes se encargaban de demostrar sus imputaciones a través del combate judicial. Pero como era de esperar, los acusadores no siempre daban un paso adelante. A consecuencia de ello, la justicia europea tuvo que aceptar el uso de las ordalías. Por supuesto que este sistema de acusación implicaba un verdadero obstáculo para cualquier intento de persecución del delito. Si los acusadores se negaban a comparecer, los casos no podían ser continuados. Como hemos visto, fue precisamente por esta razón que la ley continental desarrolló el proceso inquisitorial: era un procedimiento diseñado para ser utilizado donde había fama, donde la voz de la gente sospechaba de una persona, pero ningún acusador se adelantaba.

Al igual que los gobernantes continentales, los reyes ingleses no toleraban un régimen en el que el procesamiento de los delincuentes conocidos, o presuntos ofensores, requiriera que los funcionarios tuvieran que esperar a un acusador predispuesto. Sin embargo, la alternativa inglesa no fue el procedimiento inquisitorial. Cuando la monarquía inglesa dio sus primeros

No menos importante, el rey compartía el privilegio de infligir castigos sangrientos. Otras personas también tenían cierto derecho a participar en los actos de castigo, en particular, los acusadores en casos de sangre. En el siglo XIII, un acusador podía unirse al oficial del rey en horribles actos de mutilación, como sacarle los ojos al acusado o castrarlo. Paul Hyams, "The Strange Cases of Thomas Enderfield", en: *History Today* N° 36, Junio 1986, p. 12; van Caenegem, "Public Prosecution of Crime in Twelfth-Century England", en: van Caenegem, ed., *Legal History: A European Perspective*, Londres, Hambledon Press, 1991, p. 20 n. 59; PM, 2:496 n. 7. Aunque era peligroso para el alma –vamos a ver que los ingleses, al igual que los europeos, estaban preocupados por los riesgos de infligir castigos de sangre–, el derecho de mutilar y ejecutar fue buscado. Colgar gente, excavar en sus ojos y cortar sus testículos eran actos con los que se mostraba el propio poder sobre cada uno de los dependientes, y enemigos, lo que sin dudas les ofrecía un placer difícil de resistir. La monarquía del siglo XII no tenía el poder suficiente para negarle ese placer a todas las personas durante todo el tiempo.

pasos en la dirección de lo que luego se convertiría en el juicio por jurados, entre los años 1150 y 1160, el procedimiento inquisitorial aún no existía en su forma madura. Es cierto que existían unas primeras versiones del procedimiento inquisitorial en los usos de los tribunales de la Iglesia, y ellos parecen haber tenido alguna influencia en la justicia real.²¹ Sin embargo, la monarquía inglesa tomó un camino diferente, desarrollando alternativas institucionales al sistema más antiguo de la acusación.

Una de las alternativas fue la institución de los llamados aprobadores.²² Estas eran personas condenadas que habían sido sentenciadas a muerte. El rey redimía el castigo de estos presos a cambio de que prestaran un servicio: así se veían obligados a levantar acusaciones y luego demostrarlas a través de una batalla judicial. Esto representó un inteligente compromiso con las tradicionales instituciones más antiguas que requerían un acusador particular. Mediante el uso de los aprobadores, la monarquía encontró una forma de introducir una innovación procesal sin abolir formalmente las prácticas tradicionales. La segunda de las innovaciones institucionales de la monarquía para conseguir a un acusador fue similar a un tipo de compromiso institucional. Este fue el juicio por jurados. Al igual que el sistema de aprobadores, el temprano juicio por jurados fue una institución que se entrelazó con el conservadurismo institucional y con la innovación de la fiscalía; la inteligente introducción de las modificaciones en la acusación del *common law* puede advertirse en un nuevo tipo de órgano acusatorio del siglo XII, el llamado "jurado de presentación".

El jurado de "presentación", tal como emergió luego del siglo XII, parece haber tenido un papel más amplio: el de ser testigo de la realeza.²³ Los reyes anglosajones a veces reunían a un grupo de testigos en el curso de sus indagaciones. Así lo hacían los reyes daneses y también los duques normandos. Al principio, tuvieron por objetivo recabar información. Con posterioridad, a veces, tenían el propósito de identificar criminales –o por lo menos a personas que la monarquía consideraba "criminales"–. Los historiadores actuales, generalmente, suelen ver a estos grupos de testigos como los antepasados del jurado, aunque difieren marcadamente en la precisión con la que trazan esa genealogía. De hecho, ha habido décadas de polémica literatura sobre estos

²¹ R. H. Helmholz, *The Early History of the Grand Jury and the Canon Law*, U. Chicago L. Rev. 50, 1983, pp. 613:627.

²² F. C. Hamil, *The King's Approvers*, *Speculum* II, 1936, pp. 238:258.

²³ Este punto de vista en Brunner, *Die Entstehung der Schwurgerichte*, muy recientemente defendida, con una considerable enmienda por MacNair, *Vicinage and the Antecedents of the Jury*.

protojurados. Sin embargo, la mayor parte de esos estudios se han centrado en cuestiones que aquí no tienen importancia para nosotros, preguntas acerca de si estas primeras instituciones judiciales inglesas eran normandas, escandinavas, de los francos o de origen anglosajón.²⁴ El último origen étnico de las instituciones inglesas poco importa para la historia aquí trazada (y, de hecho, poco importa en absoluto). Lo relevante es que los reyes ingleses ya estaban compeliendo a grupos de testigos locales para que hicieran acusaciones, en una fecha relativamente temprana, aunque solo de forma esporádica.²⁵ Sea cual fuera su origen, la existencia misma de estos primeros paneles atestigüa la precoz capacidad de la monarquía inglesa para obligar a que se produjeran algunos testimonios juramentados y acusaciones.

Muchas de estas tempranas prácticas de compeler a declarar y acusar involucraban homicidios. Varios factores estaban en juego en estos casos. En parte, no hay dudas de que la monarquía buscaba tener jurisdicción sobre los homicidios, al igual que todas las monarquías medievales pretendían tenerla en todos los supuestos de sangre; el derecho a infligir castigos de esa naturaleza era un gran signo de soberanía. Pero también había otros dos factores. En primer lugar, la monarquía inglesa pretendía cobrar multas por la comisión de asesinatos, del mismo modo que pretendía recolectar otras clases de multas reales.²⁶ En particular, los normandos requirieron que los anglosajones demostraran un “Englishry”^{*} para probar que el asesinado no era normando, cuando ello acontecía en una población determinada. Es probable que los conquistadores daneses hubieran impuesto obligaciones similares en el siglo XI.²⁷ En estos casos de homicidio, los reyes ingleses obligaban a que sus súbditos presentaran una acusación mucho antes de que las ordalías entraran en declive.

²⁴ Ralph V. Turner, “The Origins of the Medieval English Jury: Frankish, English, or Scandinavian?”, en: *Journal of British Studies* N° 7, 1968, pp. 1-10.

²⁵ Con razón enfatizado por van Caenegem, *Public Prosecution of Crime in Twelfth-Century England*, p. 3.

²⁶ Discutido en van Caenegem, *Public Prosecution of Crime in Twelfth-Century England*, pp. 6-7. Para el periodo prenормando, véase Patrick Wormald, “Frederick William Maitland and the Earliest English Law”, *16 Law & History Review* 1, 1998, pp. 16-17.

^{*} NdT: El término *Englishry* se refiere al nombre jurídico dado a un instituto implantado durante el reinado de Guillermo el Conquistador, y aplicable en determinados casos en los que un sujeto era encontrado asesinado. Si un hombre desconocido era encontrado asesinado, se consideraba que era un normando, y un centenar de sujetos resultaban multados, a menos que pudieran probar que se trataba de un inglés. El *Englishry* fue establecido para excusar a este grupo. Los invasores daneses introdujeron esta práctica en Inglaterra, y luego fue preservada por los normandos, hasta que fue abolida en 1340.

²⁷ Bruce R. O'Brien, “From Mordor to Murdrum: The Preconquest Origin and Norman Revival of the Murder Fine”, en: *Spcculum* N° 71, 1996, pp. 321:357.

Sin embargo, la obligación de acusar no se limitaba a los homicidios. Una muy discutida ley de Etelredo el Indeciso, del año 996 o 997, aun fue mucho más allá. Esta norma se aplicaba en comunidades dominadas por los daneses y requería que doce “*thegns*”^{*} —doce personas de alto estatus— denunciaran a *todos* los “malhechores” de su comunidad. Los estudiosos difieren significativamente en la importancia de esta temprana medida.²⁸ De todos modos, lo que parece estar claro es que los paneles de mediados del siglo XII producían acusaciones.²⁹ Los reyes ingleses requerían que sus habitantes locales nombraran a los malhechores mucho antes de la primera aparición del jurado.³⁰ Había otro factor que influyó en ello: la Iglesia inglesa del siglo XII también tenía sus propios procedimientos que, como ha demostrado R.H. Helmholz, eran muy parecidos a los de la “presentación” real.³¹

Pero luego del siglo XII, Inglaterra era el hogar de una importante tradición en la obligación de declarar y de acusar. Una tradición que culminó en el crucial periodo de formación del *common law*, en la primera parte del reinado de Enrique II. La fecha crítica probablemente sea 1166. Este es el año del trascendental Assize* of Clarendon, que encargaba que los jueces itinerantes del rey recogieran testimonios bajo juramento acerca de los crímenes:

1.- En primer lugar, el antes mencionado rey Enrique, con el consejo de todos sus barones, para preservar la paz y mantener la justicia, decretó que las investigaciones se realizarían por varios condados y a través de cientos de hombres de donde se seleccionaría a doce hombres legi-

^{*} NdT: El *thegns* era un señor que tenía sus tierras directamente por disposición del rey a cambio de un servicio militar en tiempos de guerra. El *thegns* podía ganar sus títulos y tierras o heredarlas. Es uno de los primeros títulos de la nobleza anglosajona. Posteriormente, la proliferación de *thegns* llegó a una clasificación en “*thegns* del Rey”, con mayores privilegios y que respondían únicamente al rey; y “*thegns* inferiores”, que servían a los “*thegns* del Rey” o a los obispos.

²⁸ Ver, en particular, Naomi Hurnard, “The Jury of Presentment and the Assize of Clarendon”, en: *HER* N° 56, 1941, pp. 379:383; y las dudas expresadas por van Caenegem, *The Birth of the Common Law*, pp. 79-80; así como la literatura en Helmholz, *Early History of the Grand Jury*, pp. 614-615.

²⁹ Ver la discusión de la evidencia en Roger Groot, “The Jury Presentment before 1215”, *26 Am. J. Legal History* 1, 1982, pp. 3-5.

³⁰ Por ejemplo, Hudson, *Formation of the English Common Law*, pp. 65, 70-71.

³¹ Helmholz, *Early History of the Grand Jury and the Canon Law*.

^{*} NdT: El término *Azzise*, como muchos otros de la época, es de origen francés. Su traducción literal es “asamblea”. Pero la expresión fue empleada para designar todo aquellos que acontecía en una asamblea, ya fuera una constitución, un juicio emitido en un caso particular como tribunal, o incluso también algunas clases de gran jurado y de pequeño jurado de los hechos.

timos, y de estos, a cuatro hombres de la villa, a quienes se les tomaría juramento de decir la verdad, y acusarán a los notorios sospechosos de ser ladrones, asesinos, o cualquier receptor de ladrones o asesinos, ya que los lores reales lo son por el Rey. Y dejarán que los jueces indaguen entre sí, y los comisarios también lo hagan entre sí.

2.- Y cualquier persona que se encuentra acusada a través del juramento anterior de ser un notorio ladrón o asesino, o un receptor de ellos, ya que los lores reales lo son por el Rey, serán puestos ante una ordalía de agua, y los que juren que no son ladrones o asesinos serán sometidos a ellas, ya que los lores reales lo son por el Rey, y han de valuar en cinco chelines ese conocimiento.³²

Los jueces del rey, de tal modo, estaban estableciendo cuerpos de testigos para que se “presentaran” los delitos que habían sido cometidos en esa área. Este fue el llamado jurado de presentación, el antecesor inmediato del jurado criminal del *common law*.

El Assize of Clarendon fue un gran paso adelante en el camino hacia la creación del juicio por jurados. Aún así, fue solo uno, y es importante tener en cuenta su conservadurismo institucional. Como sugiere el texto del Assize, la monarquía dio esta directiva con un espíritu de ostensible respeto institucional, el que caracterizó a todas las innovaciones. No se pretendía abolir las prácticas existentes, y el nuevo jurado de presentación no habría de desplazar a las ordalias. Los acusados aún eran condenados por la ordalía —luego, si fallaban, eran mutilados, perdían un pie—.³³ Esto distingue, decisivamente, al jurado de presentación del aquel otro del maduro *common law*, y lo hace de una manera que es inmensamente relevante para entender las responsabilidades morales de los miembros del jurado criminal.

¿Cuáles eran, de verdad, las responsabilidades morales de los miembros del jurado de presentación en 1166? En efecto, jugaban un papel intermedio entre el testigo compelido y el acusador obligado. Los estudios recientes han demostrado que, de hecho, se esperaba que testificaran con su conocimiento personal sobre los acontecimientos cuestionados; ellos pertenecían a la tradición del jurado “auto-informado” de doce testigos. Estudios recientes también han demostrado que fueron concebidos como “testigos” de acuerdo con la técnica de la familiar ley canónica de aquella época, donde los miembros del

³² *English Historical Documents*, 1042-1189, ed. David C. Douglas y George W. Greenaway, 2d ed., Londres, Eyre Methuen, 1981, pp. 440-441.

³³ La discusión y otras referencias en Hudson, *Formation of the English Common law*, pp. 130-131.

jurado eran entendidos como testigos de la fama, conforme el derecho canónico.³⁴ En la medida que el Assize llamaba a los jurados de presentación para ser promotores en los casos de fama, se estaba haciendo un cambio meramente incremental en el sistema de las ordalias: donde era convincente la prueba de los testigos compelidos, aún se dejaba un lugar para las ordalias.

Pero si los jurados de presentación jugaban el papel de testigos compelidos a declarar sobre la fama, podrían también ser considerados como un panel de acusadores compelidos. Después de todo, se veían obligados a pasar al frente y dar el nombre del malhechor. De hecho, como *Glanvill*, el gran tratadista del siglo XII, ha explicado, el jurado de presentación únicamente hacía su acusación “si nullus appareat accusator certus sed fama solummodo eum publice accusat”, “si no hay acusador particular, y se promueve solamente por la fama pública que lo acusa”.³⁵ Este fue el escenario clásico en el que siempre se celebraban las ordalias. De hecho, *Glanvill* expuso fielmente esta línea tradicional: si *aparecía* un “acusador particular”, no había necesidad, en absoluto, de un jurado de presentación.³⁶ Esto se confirma con los primeros registros de los miembros del jurado de presentación, los cuales muestran realmente mucho sobre la tarea de hacer acusaciones.³⁷ De este modo, los miembros del jurado de presentación fueron acusadores sustitutos.

Ahora bien, como hemos visto, en la alta edad de las ordalias las acusaciones eran un negocio peligroso.³⁸ Sin embargo, debemos ver que el Assize of Clarendon se estructuró de tal manera que a los miembros del jurado se les proporcionó la protección de la realeza, precisamente con el conservadurismo institucional de preservar la ordalía.³⁹ La preservación de la ordalía era una medida que levantaba, en gran parte, las amenazas a

³⁴ Daniel Klerman, “Was the Jury Ever Self-Informing?”, *S. Cal. L. Rev.* 77, 2003, pp. 123-149; MacNair, *Vicinage and the Antecedents of the Jury*; también la discusión en van Caenegem, *Public Prosecution of Crime in Twelfth-Century England*, pp. 10-11; y la discusión de los paralelos canónicos en Helmholz, *Early History of the Grand Jury*, pp. 618-620.

³⁵ El tratado sobre las costumbres y las leyes de *Glanvill*, ed. G. D. G. Hall, Londres, Nelson, 1965, p. 171, xiv, 1, y la discusión en MacNair, *Vicinage and the Antecedents of the Jury*, p. 583.

³⁶ *Glanvill*, pp. 171-173, xiv, 1. Ver la discusión en Helmholz, *Early History of the Grand Jury*, p. 624, haciendo hincapié en la identidad entre el análisis de *Glanvill* y el contemporáneo derecho canónico.

³⁷ Vease el estudio de los primeros registros en Groot, *Jury of Presentment before 1215*, pp. 7-24.

³⁸ Ver arriba el capítulo 3.

³⁹ Ver generalmente la discusión en van Caenegem, *Public Prosecution of Crime in Twelfth-Century England*, esp., pp. 13-16.

las que se enfrentaban los miembros del jurado de presentación.⁴⁰ Pues los malhechores que habían sido presentados, y enviados a la ordalía, dejaban su destino final en las manos de Dios.

Pese a lo dicho, no hay que exagerar con la facilidad para servir como testigo de presentación. Seguía siendo un trabajo peligroso. La presentación de ladrones y rateros no implicaba un gran riesgo. Pero la de “asesinos” era, presumiblemente, un asunto muy diferente. Las sociedades locales donde se utilizaba esta clase de institución, en alguna medida, eran sociedades de vendetas, y los “asesinos” sobre los que se requería el conocimiento, debían haber sido, al menos algunas veces, las personas que habían cometido estos asesinatos. La presentación de este tipo de asesinos a los funcionarios reales puede haber conjurado la venganza de las personas relacionadas con estos asesinatos. Sin embargo, al mismo tiempo, los jurados de presentación hacían un juramento de decir la verdad, como era la práctica de la época, por las reliquias sagradas.⁴¹ Peor aún, estaban sujetos al *amercement** por sus omisiones.⁴² En conjunto, estas normas estaban estrechamente relacionadas con aquellas disposiciones teológicas que examináramos en el capítulo 4, que ponen al jurado de presentación ante una dura elección. Por un lado, debían de haber tenido la tentación de mentir, ya fuera para protegerse o hacerlo con sus amigos y parientes; como fue el caso durante la Edad Media, cuando se requería testimonio bajo juramento, se alentaba el perjurio. Al mismo tiempo, corrían un riesgo real para la salvación si efectuaban declaraciones falsas, y un riesgo para su bienestar financiero si se negaban a cooperar.

La clave para entender la estructura moral del juicio por jurados está en reconocer la clase de riesgos que tuvieron esta clase de jurados antes de su crecimiento, luego de 1215. Como hemos visto, en ese año, el IV Concilio de Letrán prohibió la participación del clero en las ordalias. Si bien este decreto tuvo poco efecto inmediato en la mayoría del mundo occidental, su impacto fue trascendental en Inglaterra. Luego de unos años de incertidumbre, los jurados de presentación asumieron una nueva responsabilidad en 1120. Desde que no había ninguna posibilidad de aplicar las ordalias, la justicia inglesa reestructuró las obligaciones del jurado de presentación; los miembros de ese jurado fueron repentinamente

obligados no solo a formular una acusación, sino también a declarar si los acusados eran o no culpables.⁴³ Es decir, los viejos jurados de presentación se transformaron en los primeros jurados criminales, de la clase que aún tenemos, enfrentados, por primera vez, con la responsabilidad de la sentencia, que hasta ese momento había sido delegada a Dios. Donde anteriormente estaban los testigos/acusadores, los nuevos pequeños jurados ahora asumían el papel que antiguamente había sido condenado por la teología moral: mezclaban las funciones del juez con las del testigo. O como Mike MacNair ha dicho, los acontecimientos de este periodo conspiraban para la “judicialización” del jurado.⁴⁴

Vale la pena detenerse a preguntar por qué el IV Concilio de Letrán tuvo un impacto tan grande en la isla de Inglaterra y no en otras partes. Los estudiosos no han sido capaces de proporcionar muchas explicaciones. La mejor sugerencia que han sabido dar es la siguiente: el rey Juan se vio obligado a someterse a la autoridad del papa, quien tomó a Inglaterra como un estado vasallo. Tal vez, como los estudiosos han pensado, la rápida aceptación de Inglaterra al IV Concilio de Letrán se debió a que era un estado vasallo del papa, y los Reyes de Inglaterra se sintieron compelidos a cumplirlo.⁴⁵ Puede ser que esto tuviera cierta influencia, pero no es de por sí una explicación convincente. El relevante Canon del Concilio no fue enmarcado como una directiva para los señores y vasallos feudales. Era una regla para el mantenimiento de la pureza clerical. Y tampoco fueron afectados otros feudos papales.

Hay una explicación más satisfactoria, que se encuentra disponible una vez que comprendemos el drama de la decadencia de las ordalias. Estas eran infligidas, como hemos visto en el capítulo 3, en los casos en los que no había testigos que hubieran podido declarar. La verdadera alternativa a la ordalía, en cada parte de Europa, fue, por lo tanto, el obligar a declarar. ¿Por qué, entonces, la monarquía inglesa respondió tan rápidamente al IV Concilio de Letrán? La respuesta, sin dudas, es la siguiente: la monarquía inglesa ya había dado grandes pasos hacia la creación de un sistema de declaración obligatoria, a través de la utilización de los jurados de presentación. Dado que los testigos ya estaban siendo obligados a declarar en

⁴⁰ Cf. MacNair, *Law, Politics, and Jury*, p. 605.

⁴¹ Bracton f. 116, ed. Thorne 2:329: “[S]ic me deus adiuvet et haec sancta”.

* NdT: Un *amercement* era una sanción pecuniaria del derecho inglés medieval.

⁴² Hudson, *Formation of the English Common Law*, p. 125, citando Bracton, ff. 116, 143, en Thorne 2:329, 403-05.

⁴³ En efecto, aquí estoy en desacuerdo con Groot, quien argumenta que los miembros del jurado ya estaban, efectivamente, dando veredictos antes de 1215. Existe una diferencia en la teología moral entre hacer una acusación posterior a la ordalía y el participar en el “peligroso” negocio de pronunciar un veredicto de culpable.

⁴⁴ MacNair, “Law, Politics, and the Jury”, en: *Law and History Review* N° 17, 1999, p. 603.

⁴⁵ Hermann Nottarp, *Gottesurteilstudien*, Munich, Kosel, 1956, p. 68; PM, 2:599 n. 6.

Inglaterra, el inglés se encontraba en una posición mucho mejor que la de sus primos continentales al momento de eliminar la ordalía.

En cualquier caso, para 1220, el jurado de presentación del siglo XII, como lo han demostrado los estudiosos, se convirtió en el jurado criminal del siglo XIII que actualmente conocemos, encargado del deber de declarar si los acusados son o no culpables. Como resultado, las jurisdicciones del rey finalmente desplazaron a la jurisdicción divina, al menos en los asuntos de sangre. Pero ese no fue el único resultado. La creación de un jurado penal encargado de decidir la culpabilidad creó un nuevo tipo de responsabilidad moral aterradora para el conjunto de los miembros del jurado. Como ya veremos al final de este capítulo, los jurados reaccionaron y se resistieron al deber de emitir sus juicios.

Disputas con el derecho real de propiedad: del juicio de batalla al juicio por jurados

Los casos de sangre no eran los únicos donde los miembros del jurado cargaban con las difíciles responsabilidades morales de las reformas angevinas. Cuestiones similares pueden ser dichas con relación a las disputas sobre la propiedad de la tierra. De hecho, este es un punto distintivamente importante en la historia del *common law* inglés, donde se unían las graves responsabilidades morales de lo que actualmente denominamos “juicios civiles”, y que involucraban la propiedad de la tierra, con las de los juicios “criminales”, relacionados con la sangre. Fue en el contexto del juicio por jurados, en las disputas sobre la propiedad de la tierra, donde una parte del mecanismo disciplinario básico del *common law* se fue desarrollando. Fue también en este contexto que se estableció una de las más llamativas reglas del *common law*, la unanimidad del jurado.

No debe ser ninguna sorpresa que las disputas sobre la propiedad de la tierra tuvieran una significativa importancia en las acusaciones del temprano *common law*. En el control de la propiedad inmueble se encontraba el núcleo del sistema feudal. Los potentados feudales tenían poder únicamente porque tenían territorios; en términos más generales, la riqueza de la familia era, predominantemente, la de sus tierras. Había otra razón en la prominente disputa sobre la propiedad de la tierra en este temprano *common law*, una que tiene que ver con las circunstancias políticas de la ascensión de Enrique II. Enrique llegó al trono después de un periodo caótico, que en ocasiones llegó a ser una guerra civil durante el reinado de Esteban (1135-1154). Durante estos diecinueve años de desorden, se plantearon dudas sobre

los títulos de propiedad de la tierra en muchas partes del reino. En 1153, Esteban y Enrique firmaron el tratado de Westminster, poniendo fin a una larga guerra civil que había dividido a las partes. Este tratado garantizaba la sucesión de Enrique y también que se hiciera justicia con los que habían sufrido una “exhereditatio”, es decir, los que habían sido despojados de sus tierras heredadas.⁴⁶

Después de que Enrique llegó al trono al año siguiente, realizó poderosos movimientos destinados a afirmar la autoridad del Rey por sobre las disputas relacionadas con la “desposesión” durante el reinado anterior.⁴⁷ Sin embargo, esto trajo, una vez más, conflictos sobre la competencia. En la ley inglesa del siglo XII, las disputas sobre propiedad de la tierra generalmente no eran resueltas por el rey, al menos que en ellas participasen los propios vasallos inmediatos del rey o sus arrendatarios. Estos asuntos eran resueltos en las Cortes feudales a las que se les debía tributo por esa tierra. Estas disputas también debían ser resueltas, al menos en un principio, por Dios, a través del juicio de batalla. Enrique II no trató de eliminar los enfoques tradicionales; como siempre, no estaba en condiciones de reclamar una competencia exclusiva para esa jurisdicción. Pero sus reformas ofrecían un complejo conjunto de alternativas e intervenciones. En particular, y con el tiempo, pusieron a disposición dos nuevos tipos de protojurado, organizados para hacer frente a los conflictos sobre la propiedad de la tierra, como el gran assize y el pequeño assizes.

El gran assize, probablemente establecido en 1179, tenía por objeto resolver conflictos de propiedad entre caballeros. Habitualmente, tales diferencias, durante el establecimiento normando, se resolvían a través de un juicio de batalla, forma clásica de la sentencia de Dios en las personas de alto estatus.⁴⁸ Sin embargo, ya en 1133, existen constancias de disputas sobre la tierra que eran resueltas por “doce hombres honestos” en una Corte de la Iglesia.⁴⁹ El gran assize tomó el mismo rumbo, permitiendo que las partes en disputa expusieran su caso ante un protojurado de doce “caballeros de ley” del área de quienes se sometían al juicio de Dios. Esto fue descrito por *Glanvill*, el importante tratado del *common law* escrito alrededor del año

⁴⁶ Ver *English Historical Documents*, pp. 2:436-440.

⁴⁷ Discutido en Hudson, *Formation of the English Common Law*, pp. 126-129, con citas de literatura adicional.

⁴⁸ Hudson, *Formation of the English Common Law*, pp. 111, 201-204.

⁴⁹ R.C. van Caenegem, ed., *English Lawsuits from William I to Richard I*, Londres, Selden Society, 1991, no. 281, discutido en Hudson, *Formation of the English Common Law*, p. 113.

1188, como un “gran beneficio” otorgado por el rey a sus súbditos, ya que les permitía evitar el asunto “incierto” del juicio de batalla.⁵⁰ Tal vez esto es cierto, en cuyo caso podemos ver que el temprano juicio por jurados estaba teniendo éxito en su competencia con el juicio de Dios, en parte porque los litigantes se resistían a este último. En cualquier caso, hay que señalar que el assize depositó una nueva y potencialmente pesada carga sobre estos “doce caballeros de ley”, quienes ahora estaban obligados a asumir tanto el rol de Dios, como el riesgo de una enemistad con la parte perdedora en la contienda. Al igual que el jurado de presentación, el gran assize implicaba una difícil responsabilidad.

El gran assize no era la única institución nueva. Había otros tempranos protojurados encargados de decidir sobre las disputas sobre la propiedad de la tierra, los llamados pequeños assizes. De estos, el más importante para mis propósitos (y de hecho, para la mayoría de las discusiones sobre la historia del temprano derecho inglés) fue el assizes of novel disseisin. El assize del novel desposeído permitía que una persona recientemente “desposeída”, un desposeído⁵¹ de sus bienes feudales, pudiese impugnar su desposesión ante un protojurado de doce “reconocedores”. Si los reconocedores sostenían que el reclamante había sido desposeído “injustamente y sin juicio”, podía recuperar la posesión de su tierra y de los bienes muebles. Su desposesor estaría obligado a pagar una fuerte multa al rey, así como al comisario encargado de supervisar el asunto.⁵²

A primera vista, puede parecer que las obligaciones morales de estos reconocedores eran menos duras que las de los primeros miembros del gran assize. Y en cierto sentido, los deberes de los reconocedores del assize of novel disseisin eran limitados. Este jurado de los “desposeídos” no era uno que pretendiera resolver las cuestiones por el uso de la fuerza. Un reclamante exitoso era restaurado en la posesión de su propiedad. Sin embargo, su oponente podía impugnar el resultado ante una Corte feudal ordinaria;⁵³ aquí, como en tantas otras ocasiones, la Corona del siglo XII no tuvo éxito en la reivindicación del monopolio jurisdiccional. De este modo, se podría pensar que la carga moral de los reconocedores era ligera, ya que no podían hacer un juicio final de derecho por sí mismos. No estaban realmente tomando el

⁵⁰ *Glanvill*, p. 28, ii, 7.

⁵¹ En la utilización de este término, que es conveniente a los propósitos de la explicación, no quiero dar a entender que la ley feudal de seisin era idéntica a la ley romana de la posesión. Mi breve debate alude necesariamente a un problema complejo.

⁵² Hudson, *Formation of the English Common Law*, p. 197.

⁵³ *Id.* 198, en la continuación de la disponibilidad de recurso de derecho.

poder definitivo que tenía el juicio de Dios.

Sin embargo, el assize of novel disseisin ponía a los reconocedores en una difícil posición. Al igual que los otros miembros de los jurados que hemos visto, eran testigos que realizaban un juramento intimidante, y las pruebas que ellos brindaban, muy probablemente, les hicieran ganar enemigos mortales. Existen discusiones relativas al juramento utilizado en Inglaterra, y del análogo particularmente intimidante empleado en Normandía. En Inglaterra, los potenciales reconocedores que deseaban alegar ignorancia eran obligados a jurar ante un tribunal que no sabían nada.⁵⁴ Esto indica, con suficiente claridad, que muchos testigos deseaban evitar la obligación de declarar. ¿Por qué otro motivo podría obligarse a los testigos a que jurasen sobre algo que *no* sabían? Los reconocedores que finalmente testificaban también prestaban juramento. La versión normanda del juramento es una que he citado previamente, pero merece ser mencionada nuevamente: “Sabéis por la fe y por la creencia que usted tiene en el Señor Jesucristo, y que ha recibido en el bautismo, y sobre estas reliquias (...) que si ha mentido u ocultado la verdad en este asunto, su alma será condenada a perpetuidad, y su cuerpo será expuesto a abusos vergonzosos en la boca abierta del infierno”.⁵⁵ El hecho de que se administrara un juramento tan amenazador indica, una vez más, y con bastante claridad, que los reconocedores estaban muy tentados a mentir.

Por otra parte, se enfrentaban a una amenaza legal: la parte perdedora podía realizar una acción de tipo penal en su contra, los llamados “attaint”. El attaint era una alegación de que los reconocedores habían cometido perjurio. Si eran sometidos a un attaint, los doce reconocedores debían ser juzgados por un segundo jurado más grande, y en caso de condena por su “falso testimonio”, habrían de perder sus bienes muebles y sufrir prisión por lo menos durante un año.⁵⁶

El attaint tiene una importancia central en mi relato, pues era una institución medieval que involucraba a los miembros del jurado en amenazas legales y espirituales. El attaint atendía el perjurio, lo que equivale a decir

⁵⁴ *Glanvill*, 34, ii, 17: “Si nulli eorum rei veritatem inde scierint, et hoc in curia super sacramentum eorum testate fuerent”.

⁵⁵ “Recognoscite verum per fidem et credulitatem, quam in dominum Ihesum Christum habetis et quam in baptism recepistis et super sacramentum, quod corporaliter in presentia nostra modo prestistis ita quod, si in aliquot de re ista mendaces fueritis vel veritatem celaveritis, quod anime vestre in perpetuum dampnentur et corpora vestra opprobriose perdition apertissimae exponantur”. En Ernest-Joseph Tardif, *Summa de Legibus Normannie in curia laicali*, Rouen, Société de l’histoire de Normandie, 1896, pp. 2:232.

⁵⁶ Por las sanciones en el siglo XII, véase *Glanvill*, pp. 35-36, ii, 19.

que intervenía en un asunto completamente familiar para la literatura teológica, el tema sobre la idea del falso testimonio. Así que no es de extrañar que cuando la literatura estándar del *common law* describe el *attaint*, lo haga con un lenguaje teológico familiar. Así Bracton, en el principal tratado de principios del siglo XIII, cuando se refiere a los temas del *assize of novel disseisin*, lo hace de una forma familiar para la teología moral. Y es así como Bracton describe la evaluación del jurado en los casos de los nóveles desposeídos. Todo dependía de si lo que el jurado emitía era “certum” o “incertum”. En los casos en los que el juicio era cierto, explica el tratado, había dos posibilidades: o bien los miembros del jurado estaban en lo correcto, en cuyo caso se ponían de pie y daban su veredicto, o cometían perjurio, en cuyo caso eran vulnerables a un *attaint*. Sin embargo, en el segundo supuesto, donde el juicio era incierto, los asuntos eran diferentes. Entonces había “duda”, lo que era “peligroso”. En estos, explica Bracton, el juez tenía que examinar cuidadosamente a los miembros del jurado: “Sin embargo, si ellos han dicho algo que es incierto, el juez debe examinarlos, con el fin de dar certeza a la incertidumbre, claridad a la oscuridad y verdad a toda duda. De lo contrario su juramento será peligroso y riesgoso, y puede dar un juicio fatuo”.⁵⁷ Este procedimiento se nos hace familiar desde el capítulo 4: el juez, siguiendo los preceptos extraídos de la historia de Susana, debe examinar de cerca a los testigos con el propósito

⁵⁷ Bracton, f. 185b, en Thorne, 3-74: “Si autem incertum dixerunt iudex examinare debet, ut de incerto faciat certum, de obscure clarum, de dubio verum: alioquin anceps et periculosum erit sacramentum et inde sequi poterit fatuum iudicium”. La evidencia de Bracton sugiere que en el siglo XIII se estaban llevando a cabo investigaciones penales, más o menos, con la forma continental. Bracton describe a un juez que actúa muy parecido a un inquisidor romano canónico, la investigación de la fama, de los rumores locales y de la reputación: “Iustitarius igitur si discretus sit, cum propter famam et suspicionem per patriam debeat veritas inquiri an indicates de crimine ei imposito culpabilis sit vel non, imprimis debet inquirere, si forte dubitaverit et jurata suspecta fuerit, a quo vel a quibus illi duodecim didicerint ea quae veredicto suo proferunt de indictato, et audita super hoc eorum responsione de facili perpendere poterit si dolus subfuerit vel iniquitas. Dicit forte aliquis vel major pars iuratorum, quod ea quae proferunt in veredicto suo didicerunt ab alio tali, et sic descendere poterit interrogation et responsio de persona in personam usque ad aliquam vilem et abiectam personam, et talem cui non erit fides aliquatenus adhibenda”. Bracton en Thorne, 2:404. Si los jueces estaban tomando un activo papel en el examen de los miembros del jurado, como implica este pasaje, los jurados criminales no enfrentaban la emisión de veredictos generales en un pleno sentido. En tal caso, la responsabilidad de encontrar los hechos del caso recaería en el juez. De hecho, Bracton señala exactamente eso. Si el juez no examinaba cuidadosamente al jurado, advirtió, estaría adoptando la posición moralmente peligrosa de Poncio Pilatos: “Et ita inquirat ne dicatur Ihesus crucifigitur et Barrabas liberator”. Id. El juez de mediados del siglo XIII, como lo presenta Bracton, parece haber compartido la tarea de emitir el juicio y, por lo tanto, la siniestra responsabilidad moral.

de determinar si su testimonio justifica un “peligroso juramento”.⁵⁸ De este modo, los reconocedores eran amenazados con una sanción penal en este mundo (el *attaint*) y con una divina en el próximo (la condenación), todo lo que implicaba el término “peligro”. Como veremos al final de este capítulo, los reconocedores del *assize of novel disseisin* reaccionaron de la misma forma que lo hicieron los jurados de presentación: se negaban a participar del juicio.

Por lo tanto, el peligro de perjurio estaba presente tanto en las disputas sobre el derecho de propiedad, como en los asuntos de sangre. Vale la pena señalar que ello no solo se advierte en las doctrinas del *common law*, sino también en los escritos de los moralistas ingleses. Los moralistas mostraron una extraña, casi cómica, creencia de que las ofensas contra la propiedad eran moralmente objetables casi del mismo modo que eran censurables las del asesinato. Así, Tomás de Chobham, un activo teólogo de Inglaterra a partir de 1190 hasta la década de 1230, casualmente agrupaba a las personas que mataban con aquellas que incautaban las tierras de otras; ambos delitos eran lo suficientemente atroces como para merecer violentas venganzas.⁵⁹ También, siglos más tarde, los moralistas ingleses aún advertían a los miembros del jurado respecto de “sentenciar a un ladrón u homicida por su conocimiento privado no probado” y “adjudicar cualquier clase de dinero o tierras (...) sin una suficiente evidencia o pruebas”;⁶⁰ por lo que el derramamiento de sangre no era el único acto que parecía moralmente cargoso para los observadores ingleses.

El *attaint* ocupará gran parte de nuestra atención en los próximos dos capítulos. Por el momento, quiero hacer hincapié en una característica importante del *attaint*: es en relación con el *assize of novel disseisin* y la amenaza de *attaint* por perjurio donde descubrimos los inicios de una preocupante norma que aún está con nosotros, la regla de unanimidad de los

⁵⁸ Como observa Mike MacNair, el relato de Bracton deja en claro que el derecho probatorio canónico aún podría haberse establecido en Inglaterra a partir del momento en que el tratado estaba integrado. MacNair, *Vicinage and the Antecedents of the Jury*, p. 538.

⁵⁹ Thomas of Chobham, *Summa Confessorum*, ed. F. Broomfield, Louvain, Nauwelaerts, 1968, p. 258: “Si tu offendisti aliquem occidendo patrem eius vel exheredando eum”. Ver también la discusión en Paul Hyams, *Rancor and Reconciliation in Medieval England*, Ithaca, Cornell University Press, 2003, p. 57. Tomo el término “exheredando” para significar el despojo de los bienes inmuebles, como “exhereditatio” del Tratado de Westminster, anteriormente explicado.

⁶⁰ Richard Baxter, *A Christian Directory on a Summ of Practical Theologie and Cases of Conscience*, Londres, Printed by Robert White for Nevill Simmors at the Princes Armes in Sr. Pauls Churchyard, 1673, p. 149, discutido en el capítulo 6.

doce miembros del jurado.

Esta regla tenía muchos antecedentes previos a los años de formación del juicio por jurados. Ya hemos examinado los casos de los doce thegns de Etelredo el Indeciso y los doce caballeros del reinado de Enrique I. Este requisito de los doce reapareció en el reinado de Enrique II. En particular, *Glanvill*, el mencionado tratado del siglo XII, nos señala, al respecto, en un interesante pasaje, sobre la exigencia del testimonio unánime de los reconocedores.

Echemos un vistazo sobre la cuestión de la unanimidad del jurado, a través de una atenta lectura del pasaje de *Glanvill*. Este trata sobre la declaración de los testigos. Pero es importante observar que no se refiere al problema fundamental como un problema de prueba de los hechos; el tratado no expresa la cantidad de testimonios que se debe reunir para que los jueces puedan ser capaces de determinar la verdad. En su lugar, se preocupa por que el testimonio juramentado se tome de la cifra mágica de doce personas antes de que las consecuencias legales se atribuyan.

Glanvill analiza dos posibles casos diferenciados. En el primero, la verdad es conocida por muchos, aunque no por todos los habitantes de la zona, y es difícil reunir suficientes testimonios juramentados. En tal caso, el tratado explica que el testimonio debe ser buscado hasta que se hayan encontrado doce personas que vayan a declarar bajo juramento: “Si (...) algunos saben la verdad de las cosas y otros no, los que no, serán rechazados y otros serán convocados a la Corte, por lo menos hasta que se pueda encontrar y aceptar a doce”.⁶¹ Esta era una forma de lo que se llamaba “afforcing” de jurado, con el fin de obtener la unanimidad de los doce. Permítanme subrayar que el requisito del número mágico de doce, tal como lo vemos en este pasaje, manifiestamente no tiene nada que ver con la dificultad de descubrir la verdad. No hay ninguna razón por la cual las verdades desconocidas tuvieran que ser aclaradas a través del acuerdo unánime de cualquier número de testigos, y no hay razón para que, en particular, se deba exigir el número de doce. Por el contrario, como señala *Glanvill* en este caso, se supone que la verdad era claramente conocida, cuanto menos, por la comunidad. Se requería el testimonio de doce reconocedores por una razón diferente.

Glanvill también contempla un segundo caso posible. Este era uno en el que dos partes se enfrentaban sobre un reclamo legal. En esta situación, indica el tratado, también se invocaba la regla de doce. Sin embargo, la misma presentaba bastantes diferencias: se parecía al conflicto de apoyo a los “testigos” que hemos analizado anteriormente con la Ley de la Familia

de Worms del siglo XI. Permítanme citar una vez más esta ley de principios del siglo XI: “Si algún miembro de la familia ha de tener una disputa con otro miembro sobre cualquier asunto (...), dejaremos que de cada lado declaren sus testigos, y que ellos proclamen su aprobación con alegría. Entonces dos de ellos serán elegidos para ser citados en los combates, con el propósito de resolver la controversia mediante un juicio de batalla. Aquel cuyo campeón sucumba, será el perdedor, como si su testimonio bajo juramento fuese falso”.⁶² Bajo esta ley, como vimos en el capítulo 3, los testigos no estaban obligados a prestar juramento. En cambio, era el juicio de batalla el que determinaba qué lado había cometido un notorio perjurio. El relato de *Glanvill* imagina un esfuerzo similar para recolectar “testigos” a ambos lados, a través, de nuevo, del *afforcement*. Sin embargo, para *Glanvill* no había ninguna posibilidad de un juicio de batalla. Por el contrario, el propósito del jurado criminal era reemplazar el juicio de batalla. En su lugar, los testigos eran obligados a declarar bajo juramento: “Si algunos de ellos declaran a favor de una parte, y otros de la otra, luego los miembros del jurado serán agregados hasta que doce estén de acuerdo, en conjunto, a favor de una de las partes. Cada miembro del jurado convocado para este fin debe jurar que no ha de declarar falsamente, ni a sabiendas suprimirán la verdad”.⁶³ La Ley de la Familia de Worms había utilizado el juicio de batalla como sustituto de la toma del juramento, con el propósito de salvar a la mayoría de los miembros de la sociedad del peligro del perjurio. En la Inglaterra de *Glanvill*, esa opción estaba desapareciendo: los pequeños assizes estaban desplazando el juicio de batalla, lo que significaba que los testigos de una región determinada se verían obligados a jurar, con el peligro que ello implicaba para sus almas.

Por lo que *Glanvill* continuó explicando que estos reconocedores estaban sujetos a un *attaint* por perjurio: “Si los miembros del jurado eran debidamente declarados culpables en un tribunal de perjurio (...), entonces ellos serían privados de todos sus bienes muebles, los que pasarían a ser propiedad del Rey, por cuya gran misericordia quedarían exceptuadas sus viviendas de tal confiscación. Además deberán ser encarcelados, donde permanecerán durante por lo menos un año. Adicionalmente, pierden su derecho para siempre [es decir, la capacidad de testificar en el Tribunal o de luchar en un juicio de batalla] y por lo tanto, preservarán una marca duradera de esa infamia. Esta sanción es justamente ordenada, por cuanto el temor a ese

⁶¹ *Glanvill*, 34, ii, 17.

⁶² “Lex Familiae Wormatiensis Ecclesiae”, cap. 31, en *MGH Constitutiones*, pp. 1:644.

⁶³ *Glanvill*, 34, ii, 17.

castigo impedirá a todos los hombres realizar, en un caso, declaraciones juramentadas de un modo falso”.⁶⁴ Esto era un asunto serio. Sabemos que en 1202, en un caso de un novel desposeído, un miembro del jurado no estuvo de acuerdo en la votación de doce. Este miembro disidente del jurado fue procesado por perjurio.⁶⁵ Una vez más, se requieren algunos comentarios. ¿Por qué perseguir a un disidente por perjurio? Esto solo puede deberse a que la ley suponía que el voto de once miembros del jurado ya implicaba una mayoría representativa de la verdad conocida por todos. Si el duodécimo disientía, esto solo podía deberse a que él mismo cometía perjurio.

Estas normas que requerían el juicio unánime de los doce fueron mejoradas durante los siglos posteriores, con diversas reformas draconianas. En particular, hubo una segunda forma de “afforcing the assize” con el fin de extraer un veredicto unánime del jurado: estos eran encerrados y se les negaba el alimento y la comida hasta que se pusieran de acuerdo.⁶⁶ La unanimidad de los doce testigos se lograba, de este modo, a través de la coerción.

¿Por qué se hacía todo esto? Estas instituciones no tenían nada que ver con la noción de que el acuerdo unánime de doce personas fuera, particularmente, un buen dispositivo de determinación de los hechos. Como en este caso, y con tantas otras fuentes medievales que he citado, los pasajes transcritos muestran la poca preocupación por el problema de los hechos absolutamente desconocidos. Su supuesto básico es que los hechos son bien conocidos por la comunidad, pero que los “testigos”—es decir, los miembros del jurado— deben ser coaccionados, o por lo menos persuadidos, para que declaren sobre ellos bajo juramento.⁶⁷ El supuesto básico es que la materia del juicio *no* versa sobre la determinación de las verdades inciertas, sino sobre la obligación de obtener la declaración jurada de un cierto número mínimo de miembros respetables, dignos de juramento por la comunidad.

Todos estos asuntos involucran la propiedad de la tierra. La ley del *attaint* y la regla de la unanimidad de conflictos se vinculaban con las disputas sobre los derechos reales. Como veremos, los casos de sangre planteaban cuestiones más preocupantes. Los dilemas morales que enfrentaban los

⁶⁴ *Glanvill*, 36, ii, 19.

⁶⁵ *Select Civil Pleas*, ed. William Paley Baildon, Londres, Quaritch for Selden Society, 1890, p. 96, pl. 241.

⁶⁶ Ver J. H. Baker, *The Oxford History of the Laws of England*, vol. 6 (1483-1558), Oxford, 2003, pp. 365-369.

⁶⁷ Para un ejemplo dramático sobre la coerción de los miembros del jurado para que declararan en los casos de robo, véase el informe de París en Mateo del año 1249, en Mateo, *Paris' English History from the Year 1235 to 1273*, trad. J.A. Giles, Londres, Bohn, 1853, pp. 2:296-297. Mi agradecimiento a James Gordley por conducirme a esa fuente.

miembros del jurado en los casos de sangre eran más desalentadores, y no fueron sometidos a este régimen draconiano de coerción propio de la Edad Media. Solo en los siglos posteriores, estos dilemas morales de los miembros del jurado serían agudizados.

El nuevo juez del *common law*

Pero antes de dirigimos de lleno a los dilemas morales de los nuevos miembros del jurado del *common law* en los casos de sangre, debemos revisar la evolución del segundo actor en el juicio por jurados, el juez.

El rey siempre había tenido jueces, a veces ejercía el cargo personalmente, pero en otras actuaba con sus delegados. Por lo menos desde el siglo XII en adelante, el rey también enviaba a funcionarios reales en “eyre”*, “iter”, en viaje.⁶⁸ El eyre era un espectáculo itinerante imponente del poder, que pasaba de una zona a otra de Inglaterra juzgando los casos, así como ejercía diversas formas de autoridad. Durante el temprano siglo XII, la autoridad real era ejercida tanto por el rey, de forma personal, como por sus oficiales financieros del Ministerio de Hacienda y por sus delegados en eyre.⁶⁹ Sin embargo, es importante señalar que los primeros eyres tan solo hicieron un limitado trabajo judicial. A principios del siglo XII, como lo ha demostrado Paul Brand, los jueces en eyre no se involucraban en los juicios. En lugar de ello, presidían las sesiones de los tribunales locales, dejando el trabajo de juzgar a los “demandantes”, quienes estaban acostumbrados a hacerlo en la circunscripción del tribunal en cuestión.⁷⁰ Cuando el rey no estaba personalmente presente, sus jueces tenían una autoridad limitada, no podían juzgar los casos, sino que simplemente aparecían ante el tribunal como si fueran una sombra lejana del rey.

Sin embargo, desde fines del siglo XII en adelante, el papel del juez real experimentó una provocativa extensión. Probablemente a partir de un gran eyre de 1176, los jueces reales en eyre asumieron el activo papel de juzgar.

* NdT: El término eyre proviene del antiguo francés “eire”, como deformación del término latino “iter”, que significa viaje. El empleo de términos franceses fue muy común en esta etapa de la historia inglesa, en razón de la ascensión al trono de la casa de origen normando, Plantagenet, que introdujo su lengua y cultura en Inglaterra, y que tuvo una influencia decisiva, hasta cuanto menos el siglo XV, con el advenimiento de la dinastía Tudor.

⁶⁸ Para un análisis de las “escasas” pruebas para los primeros jueces reales, véase Hudson, *Formation of the English Common Law*, pp. 31-34.

⁶⁹ *Id.*, 33-34.

⁷⁰ Brand, *Making of the Common Law*, p. 80.

Esto implicaba que el eyre, en lugar de estar proyectando una presencia real fantasmal hacia los demás tribunales, pasó a ser una Corte real plenamente soberana.⁷¹ Por otra parte, después del siglo XII, el eyre se convirtió en una institución regular (odiada), hasta montar una serie de circuitos judiciales en toda Inglaterra.⁷² El juez real de finales del siglo XII fue por lo tanto un nuevo tipo de oficial –un juez de pleno derecho– que ya no se limitaba, únicamente, a representar la autoridad de un rey ausente.

Mientras tanto, junto a los eyres tradicionales, comenzó a surgir un nuevo tipo de institución judicial. Esto fue un asunto central en Westminster. Fue una de las exigencias de la Carta Magna que la Corte del rey se encontrara en un lugar fijo, para que los litigantes no tuvieran que buscar al rey en persona con el propósito de realizar un juicio. En las primeras décadas del siglo XIII, el Tribunal de causas comunes (Court of Common Pleas) se estableció de modo permanente en Westminster, siguiéndolo más tarde el Banco del Rey (King's Bench).⁷³ Los jueces de estos tribunales centrales, como los eyres, eran, otra vez, jueces de pleno derecho, obligados a resolver los casos. Incluso en ausencia del rey, los nuevos jueces estaban facultados para hacer los juicios. De este modo, en el periodo que va de 1160 a 1250, se experimentó el surgimiento de un banquillo más poderoso y rutinario, uno en el que los jueces aún “representaban a la persona del rey cuando juzgaban”,⁷⁴ pero que también ejercían un poder real de juicio, dando comienzo a una autoridad independiente.

La especial posición del juez del *common law*

A mediados del siglo XIII, los dos actores del juicio por jurados inglés, el juez y el jurado, habían emergido. ¿Cómo fueron vistos estos actores a través de los ojos de la teología moral? La respuesta es que ambos fueron acusados por asuntos teológicamente delicados: el juicio por jurados fue el escenario de un complejo drama de responsabilidad moral.

Comencemos con la responsabilidad moral del juez. Como hemos visto, la tradición teológica cristiana creó elaboradas medidas destinadas a proteger al juez contra los peligros espirituales de juzgar en los casos de penas de sangre. Todas estas medidas pueden ser pensadas como una manera de encarnar las ideas expuestas originariamente, en la Antigüedad, por San Jerónimo y San

⁷¹ Id., 77-102.

⁷² Hudson, *Formation of the English Common Law*, p. 123.

⁷³ Por ejemplo, id., p. 224.

⁷⁴ Bracton, f. 108, en Thorne, 2:307: “[R]egis, cuius personam in iudicando repreasantant”.

Agustín; el juez podría mantenerse a salvo de la mancha de sangre siempre y cuando actuara estrictamente como un ministro de la ley. Esto significaba que tenía que abstenerse, diligentemente, de emplear su propio conocimiento privado o de actuar con pasión. También implicaba que debía ceñirse al camino más seguro, cuidando seguir los procedimientos destinados a garantizar que su juicio no fuera contaminado por una duda irrestricta.

Estas teorías fueron conocidas en Inglaterra, tal como lo eran en el Continente. De hecho, el círculo de los canonistas anglonormandos de los siglos XII y principios del XIII fue una de las principales escuelas del pensamiento sobre la teología de juzgar.⁷⁵ Los pasajes clásicos sobre la potencial culpa de los jueces por la sangre continuaban siendo citados en la Inglaterra del siglo XIII. Así Bracton, como los tratadistas continentales contemporáneos, entre los que puede citarse a Raymond de Peñafort como la máxima autoridad canónica, indicaban que los jueces se contaminaban con la culpa de sangre a menos que fueran cuidadosos al matar a los delincuentes “iuris ordine servato”, “observando los procedimientos de la ley”.⁷⁶ Ralph Turner ha demostrado que en el siglo XII se observaba en Inglaterra, al igual que en el Continente, una preocupación especial respecto de los clérigos que servían como jueces, y que podían ser contaminados por la sangre.⁷⁷ Inglaterra no estaba de ninguna manera fuera del círculo de las culturas cristianas occidentales.

⁷⁵ Stephan Juttner y Eleanor Rahbone, “Anglo-Norman Canonists of the Twelfth Century”, en: *Traditio* N° 7, 1949-1951, pp. 279, 288-290, y más tarde desde Italia. Id., p. 327. Esto no se ve afectado por las sustanciales y posteriores “retractaciones” de Kuttner. Textos como la Cologne Summa “Elegantius in iure divino”, que incluye una importante discusión sobre los problemas judiciales de la conciencia, Knut Wolfgang Nörr, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß der Frühzeit: Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*, Munich, Beck, 1967, p. 52; Antonio Padoa-Schioppa, “Conscience dans le Jus Commune Européen”, en: Jean-Marie Carbasse y Laurence Depambour-Tarride, eds., *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, París, P.U.F., 1999, pp. 100-101, sobre el conocimiento inglés. Kuttner y Rathbone, *Anglo-Norman Canonists*, pp. 298-299. Las básicas fórmulas canónicas continuaron siendo citadas en el siglo XIX.

⁷⁶ Bracton f. 120b en Thorne, 2:340. Ver Fritz Schulz, “Bracton and Raymond de Peñafort”, en: *Law Quarterly Review* N° 61, 1945, pp. 286-292, que muestra la dependencia de Bracton en el tratamiento de Raymond sobre el homicidio. El pasaje en cuestión es el mismo que el indicado anteriormente, al final del capítulo 2, y transcripto por Vicent de Beauvais, discutido en el capítulo 4. Maitland atribuyó erróneamente este pasaje a Bernard de Pavia en Maitland, ed., *Select Passages from the Works of Bracton and Azo*, Londres, Selden society, 1895, App. II, pp. 225-235. Helmholz, curiosamente, sigue el error de Maitland en esto, y también se atribuye el pasaje de Bernardo de Pavia. Helmholz, *Early History of the Grand Jury*, p. 627.

⁷⁷ Ralph V. Turner, “Clerical Judges in English Secular Courts: The Ideal versus the Reality”, en: Turner, *Judges, Administrators and the Common Law in Angevin England*, Londres, Hambledon, 1994, pp. 159-179.

Por otra parte, y a más tardar durante el siglo XV, Inglaterra tuvo su propio conjunto de precedentes de la digestión de las enseñanzas fundamentales del derecho canónico sobre el conocimiento privado.⁷⁸ En particular, un caso muy citado de 1406 ofrecía una versión inglesa del aprendizaje del estándar canónico. El caso se presentaba en un diálogo realizado entre Tirwhitt J. y Gascoigne, C.J.:

Tirwhitt, J.: Señor, supongamos que un hombre mató a otro en su presencia y ante su vista, y otro sujeto que no es culpable es acusado ante usted y declarado culpable. Ud. lo relevaría del juicio, porque sabe lo contrario, e informaría al Rey para que lo perdonara (hiciera una gracia) (...)

Gascoigne, C.J.: Una vez el Rey mismo me cuestionó sobre este supuesto que pone ante mí, y me preguntó qué decía la ley, y yo le dije que la ley es tal cual Ud. indica. Y él sintió agrado de que la ley fuese de ese modo.⁷⁹

A pesar de su conocimiento privado, elaborado a partir de “su visión actual”, el juez inglés, como su contraparte continental, habría de seguir adelante con el juicio, dictando sentencia, pretendiendo burlar la injusticia resultante mediante la manipulación del perdón para el delincuente. No

⁷⁸ Thayer, *A preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Boston, Little, Brown, 1989, p. 291. De hecho, las fórmulas canónicas familiares eran conocidas y citadas hacia el interior del siglo XIX en Inglaterra. Para un ejemplo de mediados del siglo XIX, *Aldrige v. Great Western Railway* 3 Man & G. 516, 521 (1841) (ER 1249). Sin embargo, en los casos del siglo XIX, la fórmula fue utilizada, puramente, para crear una regla de evidencia, sin ninguna noción de la función anterior de ella. Para un ejemplo en Connecticut de este uso de “allegata secundum” como regla puramente probatoria, véase *Treat v. Barber*, 7 Conn. 274, 1828 Conn. Lexis 38 (1828). La regla también se transformó en una norma sobre daños. Ver *The Sarah Ann*, 21 F. Cas. 432, 1835 U.S. App. Lexis 288, 2 Summ. 206 (Cir. Court D. Mass. 1835); *Richard v. Clark*, 43 Misc. 6222, 88 N.Y.S., 242, 1904 N.Y. Misc. Lexis 216 (1904); *Wilson v. Kelso*, 115 Md. 162, 80 A. 895, 1911 Md. Lexis 13 (1911).

⁷⁹ 7 Hy IV, Pasch. Pl. 5 (p. 41):

Tir. Sir. mittom(us) que un home occist un autor en votre presence vous veiant, & un autor q-n'est culp-est endict devant vous, & trove culp- de m- la mort, vous duisses repiter le judgement devers luy, p-c-vous estes sachant del contrary, & faire ouster relation a Roy p-fair-grace, nient pluis debes vous don-judgement en c-case, avant c-q-ceux p-q-maines le Roy fuit pay (ut supra) soient faits venire, & p-c-q- vous estes apris de record q-le Roy fuit accept Sñr immediate p-eux, ut supra. Gas. Un foits le Roy mesme dda de moy m-ceo case, que vous aves mis, & moy dda q-fuit la ley, & jeo luy disoie sicome vous dites; & il fuit bien please q- la ley fuit triel.

He tomado la traducción dada por Thayer, *Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, p. 291.

existe ninguna razón para asumir que este caso describe un evento verdadero: Gascoigne estaba discutiendo un asunto familiar, la moral de poseer un conocimiento, una que la cristiandad occidental no ponderaba como una anécdota personal.⁸⁰ Pero en cualquier caso, el precedente estaba allí.

Sin embargo, si la enseñanza del derecho canónico de la conciencia estaba presente desde una fecha muy temprana en la historia del *common law*, no pudo haber tenido el mismo significado que tuvo en la Europa continental. Como hemos visto, la ley continental declaraba que los jueces estaban en riesgo cuando utilizaban su conocimiento privado. Este era un conocimiento que podía tenerse de dos maneras: como personas privadas, habiendo sido testigos directos de un delito, o como clérigos que habían tomado una confesión.

Ambos riesgos generaban menos presión en los jueces ingleses. Sin dudas, había momentos ocasionales en los que el juez inglés tenía conocimiento personal del caso, y poseemos alguna evidencia de este tipo de procesos.⁸¹ Sin embargo, los peligros que perseguían a los jueces continentales nunca podrían haber sido igual de graves para los ingleses. En parte, esto se debía a que los jueces ingleses frecuentemente no eran residentes en la localidad donde los eventos tenían lugar; a diferencia de los jueces continentales, que a menudo eran clérigos locales o funcionarios reales del lugar, los jueces del *common law* tenían su asiento en Westminster, viajando hacia “tierras” extranjeras, un tanto hostiles, como eyre o en circunscripciones.⁸² Cuando tenían la necesidad de conocer el lugar, dependían de los jurados locales. De allí que eran menos propensos a tener un conocimiento directo de los hechos en los casos que juzgaban. Sin dudas, durante el siglo XIII, los clérigos juzgaban casos, y Turner ha demostrado que, por ello, los ingleses estaban bastante preocupados por el

⁸⁰ Como observa Radyn, “The Conscience of the Court”, en: *Law Quarterly Review* N° 192, 1932, pp. 507-508.

⁸¹ Tengo en cuenta la evidencia en Jeremy Taylor, “Ductor Dubitantium”, en: *The Rule of Conscience in all her General Measures; Servins as great Instrument for the determination of Cases of Conscience*, Londres, Printed en R. Norton, por R. Royston, Bookseller to the King's Most Sacred Majesty, 1676, p. 65: “¿Cómo considera [el juez] el hecho cometido anteriormente en la Corte? ¿Un corte en el bolso o una piedra lanzada al hermano del Juez, como sucedió en Ludlow desde no mucho antes?”, evidencia no solo de que los jueces podían conocer, sino también de cómo era la atmósfera criminal del siglo XVII. Para una descripción –incluyendo el lanzamiento de un trozo de ladrillo a un juez–, véase J.S. Cockburn, *A History of English Assizes, 1558-1714*, Cambridge, U.K., Cambridge University Press, 1972, p. 110. Por el conocimiento privado entre los jurados, ver John H. Langbein, “The Criminal Trial before Lawyers”, 45 U. Chi. L. Rev. 263, 288 n. 74, 1978; id. p. 290.

⁸² Ver en general J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 3d ed., Londres, Butterworths, 1990, pp. 14-26. Por un amplio estudio sobre el “viaje a la Justicia de la Edad Media”, véase Alan Harding, *The Law Courts of Medieval England*, Londres, Allen and Unwin, 1973, pp. 32-123.

riesgo de estar familiarizados con aquellos y ser contaminados con la sangre. Sin embargo, hacia finales del siglo XIII, el acto de juzgar del *common law* se había convertido en una intervención secular.⁸³

Pero lo más importante de todo es que no era probable que los jueces del *common law* tuvieran que enfrentar los dilemas continentales de la conciencia, ya que, a diferencia de sus contrapartes continentales, no eran quienes debían pronunciar los veredictos. De hecho, desde el punto de vista del juez inglés, se podría describir esto como una especial gloria del *common law*, al dejar el trabajo del veredicto al jurado, evitando de tal modo exponer sus almas y su carrera judicial a cualquier peligro.

Así, de hecho, los jueces ingleses parecen haber considerado el asunto, como demuestran familiares pasajes de la literatura posterior del *common law*. Una llamativa declaración proviene de Sir Thomas More. More fue canciller entre los años 1529 y 1533. Como tal, estaba a cargo de la cancillería —ella misma, como los abogados ingleses entendían, un depositario de la “conciencia”⁸⁴— y como Lord Canciller, concedía un mandato, de vez en cuando, en contra de la ejecución de una sentencia del *common law*. El resultado, según reporta su biógrafo, fue un revelador conflicto con los jueces ingleses del *common law*. Cuando los jueces del *common law* se quejaban de las interferencias de la cancillería, More les ofrecía la oportunidad de asumir el trabajo de la “conciencia” por sí mismos. Aquí está el informe del biógrafo de More:

Sin embargo, aunque concedió pocos mandamientos cuando fue Lord Canciller, algunos jueces de la ley mostraron su desagrado (...) Invitó a todos los jueces a cenar con él en la Cámara del Consejo en Westminster. Luego de la cena, y después de haber quebrado todas las quejas que había escuchado sobre sus mandamientos, les mostró el número y las causas de cada una de esas órdenes de un modo tan claro que, en pleno debate de estas cuestiones, estos se vieron forzados a confesar que en casos como esos ellos mismos no podrían haber hecho las cosas de otra manera. Entonces les ofreció que, si los jueces de todos los tribunales —a quienes involucraba la reforma sobre la rigurosa ley, por razón de su cargo—, en consideraciones razonables, por su propio criterio —como era el verse obligado por la conciencia— podían mitigar y reformar el rigor de la ley por ellos

⁸³ Turner, *Clerical Judges in English Secular Courts*, pp. 159-179.

⁸⁴ Baker, *Introduction to English Legal History*, pp. 122-128. Por una conexión entre la conciencia y cómo ella era administrada en el confesionario, od. 127 y 127 n. 59.

mismos, él de allí en adelante no concedería más mandamientos. Lo cual no aceptaron.

Entonces él les dijo: “Por cuanto ustedes, mis Señores, me conducen a la necesidad de otorgar mandamientos para aliviar los castigos de las personas, ¡no pueden en lo sucesivo culparme injustamente!”. Después de esto, me dijo en secreto: “Hijo, percibe por qué no les gusta hacerlo. Porque ven que pueden, por el veredicto del jurado, desplazar todos los pleitos hacia ellos, lo que representa su principal defensa. Y por lo tanto estoy obligado a respetar las aventuras de esos informes”.⁸⁵

Los jueces del *common law* del siglo XVI estaban ansiosos de “arrojar las peleas al jurado”, ya que este, “por su veredicto”, asumía la responsabilidad del juicio —tanto es así que los jueces se negaban a asumir las oportunidades que les ofrecía la cancillería para escapar de estas interferencias—. Los historiadores han tratado este pasaje como la evidencia de que los jueces del *common law* estaban ansiosos por evitar la “agonía de la decisión”.⁸⁶

Aun más reveladora es la descripción de la actitud de los jueces ingleses a partir de las décadas posteriores a 1660 —un momento, tal cual veremos, en el que el conflicto sobre la responsabilidad moral del jurado del juicio fue creciendo en intensidad—. En primer lugar, cabe citar a Mateo Hale, quien escribió en 1660 mientras era Barón en Jefe del Ministerio de Hacienda. Los jurados, asumía Hale, usaban “su propio conocimiento” —algo que, como veremos, aún era posible—. Y debido a que utilizaban su propio conocimiento, aliviaban al juez de gran parte del “peligro” del juicio:

Los jurados son jueces de la veracidad de los testigos, de la verdad de los hechos, para lo que posiblemente pueden emplear un poco de su propio conocimiento (...), y es la conciencia del jurado la que deberá pronunciarse sobre si el prisionero es *culpable* o *no culpable*. Y a decir verdad, es el caso más infeliz en el que pueden juzgar, al tener que asumir, a su propio riesgo, la culpabilidad o inocencia del detenido, y si el dictamen del juez puede descartar la cuestión del hecho, el juicio por jurados ha de tornarse inútil.⁸⁷

⁸⁵ William Roper, *The Lyfe of Sir Thomas Moore, Knighte*, ed. James Mason Cline, Nueva York, Swallow Press and William Morrow, 1950, pp. 43-44.

⁸⁶ Baker, *Oxford History of the Law of England*, pp. 6:47-48.

⁸⁷ Hale, *Historia Placitorum Coronae*, pp. 2:313.

La ventaja del juicio por jurados fue, precisamente, que hacía innecesario que el juez participara del peligroso negocio de “gobernar la realidad” y pronunciar el peligroso veredicto de “culpable”. Unos años más tarde, John Hawles dijo lo mismo, en un pasaje mucho menos familiar, sobre el que volveré:

Los *jueces* [pueden poner] la *carga* (...) sobre los miembros del jurado, pero *nosotros*, podrían decir ellos, *no hacemos más que nuestro deber de acuerdo a la práctica habitual, el jurado de pares ha encontrado al compañero culpable sobre sus juramentos de un odioso crimen, y atendió a esas infamias, presunciones y peligrosas circunstancias. Ellos son los jueces, los tomamos en la medida que nos representan, y de acuerdo a nuestro deber pronunciamos la sentencia sobre lo que la ley inflige en estos casos, imponiendo una multa o un castigo corporal, que puede ser muy moderado, considerando el crimen contemplado en la información de la acusación por la que el jurado lo declaró culpable; si fuera inocente o no tan malo como fue representado, que la leña de su destrucción esté sobre el jurado y compañía.* A este paso, si alguna vez debemos tener un *juez inescrupuloso*, él podría argumentar; Y así la culpa de la sangre, o la *ruina* de un hombre inocente, cuando es muy tarde, *trasunta* de aquí para allá, y *arrastra los pies* fuera del jurado al juez, y del juez al jurado, pero en realidad *recae sobre ambos*, pero especialmente *en los Jurados*. (...) ⁸⁸

Al igual que muchos otros autores, Hawles vio el drama moral del juicio por jurados como una lucha por la “carga” de la responsabilidad de este, una lucha en la que los jueces tenían la sartén por el mango.

En efecto, la mayoría de estos pasajes son bien conocidos por los historiadores del *common law*. En efecto, a la luz de ellos, se ha transformado en parte de nuestra ortodoxa enseñanza del juicio por jurados que el mismo era algo ventajoso porque salvaba a los jueces de la responsabilidad del juicio. Así, Maitland, el pionero de la historia del *common law*, observó que los jueces trataban de evitar la responsabilidad “moral” y los peligros de la venganza. El auge del juicio por jurados tiene que ser visto en el contexto de la disminución de las ordalías y como una parte del esfuerzo por evitar la responsabilidad por el juicio. “La justicia que los jueces están llevando a cabo”, señaló:

⁸⁸ Hawles, *The English-mans Right: A Dialogue between a Barrister at Law, and Jury-Man*, Londres, Printed for Richard Janeway, en Queenshead Alley en Paternoster Row, 1680 (reimp. Nueva York, Garland, 1978), p. 23.

Pone el veredicto del país a la altura de los modelos más antiguos de la prueba. Si un hombre se limpia de las ordalías o tiene éxito en su ley, el mismo ha dado una debida acreditación, y nadie puede cuestionar la sentencia por su omnisciencia. El *veredictum patriae* es asimilado al *iudicium Dei*. Los jueces ingleses descubrieron que el requisito de unanimidad del conjunto [del jurado] ante la menor resistencia ahorra muchos problemas. Difícilmente podremos explicar la forma que el juicio por jurados asumió si no nos tomamos en serio las palabras de los jueces de nuestros días: “Se ahorra a los jueces la responsabilidad –que para muchos hombres parecía intolerablemente pesada y dolorosa– de decidir con su sola opinión sobre la culpabilidad o la inocencia del detenido”. Se salva a los jueces de la Edad Media no solo de la responsabilidad moral, sino también de las enemistades y peleas. Del mismo modo que quedaron a salvo de esa tarea, todavía no intentada, de una disección crítica de los testimonios. ⁸⁹

Recientemente, J. H. Baker hizo la misma observación: “Los jueces rechazaban la agonía de la decisión”, como ellos solían decir, y su objetivo era asegurarse de que la “responsabilidad final de una condena se basase en las conciencias de los jurados”. ⁹⁰

La especial posición de los jurados en el *common law*

Sin embargo, los historiadores, desde hace tiempo, han comprendido esta gran ventaja del juicio por jurados desde el punto de vista de los jueces, pero no han hecho lo propio desde el otro lado de la moneda: la subsecuente incomodidad del jurado. Sin duda, todos los historiadores saben que la “timidez del jurado” debe haber jugado algún papel en la dinámica de la justicia penal inglesa. ⁹¹ Pero ellos no han puesto esta situación en el contexto de la teología moral, cuya historia se ha rastreado en los capítulos anteriores. Los historiadores no han comprendido la gravedad del desafío moral que enfrentaban los miembros del jurado y, en consecuencia, no han podido advertir el sentido original de la regla de la duda razonable.

⁸⁹ Frederick Pollock y Frederic William Maitland, *The History of English Law before the Time of Edward I*, reimp. Union, N.J. Lawbook Exchange 1996, pp. 2:627.

⁹⁰ Baker, *Report of Sir John Spleman*, 2:43, p. 138; similar Baker, *Oxford History of the Laws of England*, pp. 6:47.

⁹¹ Thomas A. Green, *Verdict According to Conscience: Perspectives on the English Criminal Jury Trial, 1200-1800*, Chicago, University of Chicago Press, 1985, p. 65.

¿Por qué es esto? En gran parte se debe a que los historiadores han sido víctimas de un proceso de olvido histórico, y fueron perdiendo la memoria de las inquietudes morales de juzgar que acechaban a nuestros antepasados. James Fitzjames Stephen aún atendía estas preocupaciones durante el siglo XIX. Maitland también lo hacía –aunque añadía otros elementos en la mezcla: para explicar los peligros de juzgar, no solo consideraba la responsabilidad moral, sino también las “enemistades y peleas”–. Pero en las décadas posteriores, los historiadores estuvieron cada vez menos en sintonía con las viejas sensibilidades morales. Ciertamente siempre han existido estudiosos que atienden estas cuestiones, entre ellos Max Radin.⁹² Pero la mayoría han tendido a explicar los temores premodernos con cualquier otro argumento, excepto el del miedo a la condenación. Algunos estudiosos explicaron los temores de los miembros del jurado únicamente conectados con los miedos a la violencia de la venganza.⁹³ A diferencia de Stephen y Maitland, estos académicos tendieron a olvidar los desafíos morales medievales. Otros pensaron que los temores de los miembros del jurado estaban vinculados a las responsabilidades penales⁹⁴ o al deseo de evitar “los peligros de influencias indebidas”.⁹⁵ Más recientemente, George Fisher describió el miedo de juzgar como el temor a cometer “pasos en falso” que podían poner fin a su carrera.⁹⁶ Hay, sin dudas, algo de verdad en todas estas explicaciones sobre los peligros de juzgar. En particular, de entre estos, el miedo a la violencia por la venganza era el más fuerte en la Edad Media, a pesar de que se desvaneció hacia el siglo XVIII. Sin embargo, al final, todas estas explicaciones de la ansiedad de juzgar en la etapa premoderna se pierden dentro de una historia más amplia. Como veremos, no hay manera de explicar “la duda razonable” a menos que nos centremos decididamente en las angustias *espirituales* de juzgar, dado que la mayoría de los historiadores,

⁹² Max Radin, “The Conscience of the Court”, en: *Law Quarterly Review* N° 192, 1932, pp. 506-520.

⁹³ David Seipp, “Jurors, Evidence and the Tempest of 1499”, en: *The Dearest Birth Right of the People of England: The Jury in the History of the Common Law*, ed. John W. Cairns and Grant McLeod, Oxford, 2002, p. 91 (el temor a las “represarias” y los litigantes “vengativos”; Brown, “Society and the Supernatural: A Medieval Change”, en: *Brown, Society and the Holy in Late Antiquity*, Berkeley, University of California Press, 1982, p. 313.

⁹⁴ Morris Arnold, “Law and Fact in the Medieval Jury Trial: Out of Sight, Out of Mind”, en: 18 *Amer. J. Legal Hist.* N° 267, 268, 1974, y la discusión que se da a continuación.

⁹⁵ Baker, *Oxford History of the Laws of England*, pp. 6:47; id., 352.

⁹⁶ Fisher, “The Jury’s Rise as Lie Detector”, en: *Yale L. J.* 107, 1997, p. 706. J. H. Baker habla de “presiones [a los jueces] que hay que evitar”, presiones que vienen de los intereses de las partes. J. H. Baker, “Introduction”, en Baker, ed., 2, *The Reports of Sir John Spelman*, Londres, Selden Society, 1978, p. 106.

desde Stephen y Maitland, han fallado en hacerlo.

También hay otra razón por la que los historiadores no han apreciado los dilemas del jurado criminal. Las angustias morales no son el único aspecto del jurado criminal que han olvidado. También hay un hecho institucional fundamental que pasaron por alto o mal entendieron: hasta bien entrado el siglo XIX, todavía se esperaba que, para resolver el caso, los miembros del jurado hicieran uso de su conocimiento privado, al menos de modo ocasional.

Como hemos visto, la teología moral medieval se basaba en una prohibición básica: el papel del juez debía ser mantenido estrictamente separado de la función del testigo. Los jueces no debían utilizar su conocimiento privado. De hecho, al evitar escrupulosamente cualquier uso del conocimiento privado, el juez continental se mantenía a salvo de los peligros de la sentencia, pues hablaba con su “cuerpo” en tanto juez, pero nunca con su “cuerpo” en tanto testigo, manteniendo la distancia de un mero ministro de las leyes.

Sin embargo, en la época de los primeros jurados, estos no estaban en condiciones de afectar cualquier postura. Por el contrario, se esperaba que no solo sirvieran como jueces, sino también como testigos.⁹⁷ De hecho, como ha demostrado Mike MacNair, los primeros miembros del jurado fueron definidos como “testigos” a través del vocabulario técnico del derecho canónico.⁹⁸ Como cualquiera que esté familiarizado con la tradición canónica puede ver inmediatamente, esto creó una situación moralmente delicada: los miembros de los primeros jurados ingleses, una vez que se les impuso la obligación de emitir veredictos, mezclaron ambos cuerpos, sirviendo tanto de jueces, como de testigos. Esto merece ser enfatizado, ya que los historiadores dedicaron una buena parte de su energía para debatir (creo que erróneamente) si los primeros jurados eran *realmente* testigos o *realmente* jueces.⁹⁹ La respuesta, de importancia crítica desde el punto de vista de la teología moral, es que eran ambas cosas.

⁹⁷ Baker, *Introduction to English Legal History*, pp. 86-90; Green, *Verdict According to Conscience*, pp. 3-4; de Grot, *Jury of Presentment*; Mike MacNair, “Vicinage and the Antecedents of Jury”, en: *Law and History Review* N° 17, 1999, pp. 537-590. Para más literatura y del debate sobre el carácter del jurado medieval autoinformado, ver Klerman, *Was the Jury Ever Self-Informing?*

⁹⁸ MacNair, *Vicinage and the Antecedents of the Jury*. Green, *Verdict According to Conscience*, p. 11, también hace la importante observación de que las reformas angeovinas ponen a los miembros del jurado en una posición más difícil, en la medida en que sustituyen los castigos de sangre por el anterior sistema de compensación feudal.

⁹⁹ Ver el intercambio entre Wormald, “Neighbors, Courts and Kings: Reflection on MacNair’s Vicini”, en: *Law and History Review* N° 17, 1999, pp. 597-601; y MacNair, *Law, Politics, and the Jury*, p. 603.

Por otra parte, y lo que es más importante, los jurados continuarían viendo mezclados los papeles de juez y testigo durante muchos siglos. Esto merece ser subrayado, ya que los historiadores no realizaron un relato correcto.¹⁰⁰ Los historiadores generalmente supusieron que los jurados dejaron de hacer uso de su conocimiento privado antes del final de la Edad Media.¹⁰¹ Así, han observado que los jurados comenzaron a escuchar, en el tribunal, la declaración de testigos hacia el siglo XV y en especial en el siglo XVI.¹⁰² Sobre la base de este hecho indudable, y sobre un pasaje seriamente mal interpretado de Santo Tomás Moro,¹⁰³ han llegado a una

¹⁰⁰ Así MacNair, en su ejemplar estudio sobre la materia, concluye que el papel del testigo y del juez ya estaba separados al tiempo de Bracton. MacNair, *Vicinage and the Antecedents of the Jury*, p. 587. Creo que esto subestima, en gran medida, las dificultades teológicas en curso a las que se enfrentaban.

¹⁰¹ Notablemente Langbein, *The Criminal Trial before Lawyers*, pp. 263, 299, n. 105.

¹⁰² Green, *Verdict According to Conscience*, pp. 108-110.

¹⁰³ J. H. Baker, por ejemplo, escribió: "Sir Tomás Moro declaró explícitamente en 1533 que los jurados no debían ser considerados como testigos, sino como jueces de los hechos". Baker, "Introduction", en: *2 The Reports of Sir John Spelman*, p. 109; también Baker, *Oxford History of the Laws of England*, pp. 6:361-362. Esta es una mala interpretación. La sección de Moro, escrita como respuesta a Christopher St. German, volvía totalmente a la cuestión de qué tipo de testigos podían declarar correctamente ante los tribunales que investigaban la herejía a través de la utilización del procedimiento inquisitorial. Ver en general la introducción de los editores de Moro, "The Debellation of Salem and Bizance", en: John Guy, Ralph Keen, Clarence Miller y Ruth McGugan, eds., *The Complete Works of Sr. Thomas More*, New Haven, Yale University Press, 1987, p. 10: IXVIII-XCIV. La pregunta, en particular, era si los herejes acusados podían ser obligados a someterse a la purgación, en lugar de ser juzgados por jurados. Id., LIII-VVII. St. German defendía el juicio por jurados, sosteniendo que la "conciencia" de los jurados ofrecía garantías adecuadas: "Que todos esos honestos vecinos pensarán que él era uno [es decir, un hereje], y por lo tanto en sus conciencias no se atrevan a jurar que él es otra cosa". Id., Appendix, 356. Moro no estaba de acuerdo, y fue en este contexto que insistía en que los miembros del jurado no eran "testigos". No eran la clase de testigos que resultaba necesario examinar en un caso de herejía, para los que Moro veía como adecuado el procedimiento inquisitorial. El pasaje de Moro no dice absolutamente nada acerca de si los miembros del jurado podían tener un conocimiento privado. Simplemente dice que no pueden ser examinados en cuanto a su conocimiento de hechos particulares, como sería el caso de testigos sujetos al procedimiento inquisitorial. En cambio, su veredicto, qua general veredicto, debía ser aceptado: "Porque hablo de la apología que mina a los testigos ante un delito grave; este buen hombre [es decir, Sr. German] tiene aquí una duda / de qué manera se le extrae al testigo/ como se extrae la mente del testigo en el jurado, o de otro testigo llevado ante el atrio de la corte frente a ellos (...) Pero ciertamente para mí, voy a sacarlo de eso, y de la mente de ellos. Por ahora tomo a los hombres para testificar ante mi vista. Por qué debo llamarlos testigos, cuyo veredicto el juez toma para una condena segura concerniente a los hechos, sin examinar las circunstancias, por lo que ellos saben o creen, ¿su veredicto es verdad?". Id. 149. Dentro del contexto del argumento de Moro, esto tenía una importante implicación en que el juicio con jurado no era el adecuado para los casos de herejía, pues

conclusión general de que los miembros del jurado dejaron de cumplir una función de testigos en la época moderna.

Sin embargo, esto es claramente falso. Incluso una vez que los miembros del jurado comenzaron a escuchar a los testigos ante la Corte, aún se esperaba que hicieran uso de su propio conocimiento independiente del caso, al menos de modo ocasional. Para 1768, Blackstone aún podía declarar, en la materia, con total naturalidad, que "las pruebas del juicio por jurados son de dos tipos, las pruebas que son presentadas y las que el jurado puede tener por su propio conocimiento privado".¹⁰⁴ Si los miembros del jurado tenían un conocimiento privado del caso, explicaba Blackstone, simplemente debían dar testimonio de lo que sabían en la audiencia pública, para que todos los presentes pudieran evaluarlo.¹⁰⁵ La literatura moralista del siglo XVIII continuó asumiendo que los jurados podían tener conocimiento privado. Por ejemplo, Thomas Gisborne, en 1771, en la obra *Enquiry into the Duties of Men in the Higher and Middle Classes of Society in Great Britain*, explicaba que los miembros del jurado estaban para tratar las pruebas, incluyendo la evidencia que tenían por su propio conocimiento privado: "Los jurados especiales no estaban menos obligados por su conciencia que el gran jurado, en la diligencia de investigar todas las circunstancias del asunto en cuestión, y rápidamente divulgar los hechos adicionales que conocían por sí mismos, ya que la integridad incorruptible es pronunciarse sobre toda la evidencia".¹⁰⁶ Esto podría no haber sucedido con cierta frecuencia en lugares como la Londres del siglo XVIII. Pero, nuevamente, tenemos informes de otros casos acontecidos en los siglos XVII y XVIII.¹⁰⁷ También hay reportes del siglo XIX en casos en que los

para el pensamiento de Moro, era esencial un examen detallado de los testimonios. Sin embargo, tenía un mínimo apoyo en la habitual estructura del juicio por jurados de su tiempo, más allá de confirmar el punto de que un veredicto general era un veredicto en general, y que los miembros del jurado no podían ser examinados individualmente.

¹⁰⁴ Bl. Comm. 3:386

¹⁰⁵ Vale la pena señalar que se trataba de la misma famosa solución propuesta en el Continente por Cayetano. Véase más arriba, capítulo 4.

¹⁰⁶ Thomas Gisborne, *An Enquiry into the Duties of Men in the Higher and Middle Classes of Society in Great Britain*, 4a. ed., 2 vols, Londres, impreso por B. y J. White, y Cadell y Davies, 1771, pp. 2:460. En un interesante pasaje, Gisborne explora los problemas de las cuestiones comerciales, en particular: "Al decidir sobre procedimientos mercantiles, se les permitía ser guiados por la ley, y no por lo que podía haber sido la práctica, tal vez la práctica reprobable, de sí mismo, o de sus amigos en un caso similar". Id.

¹⁰⁷ Por el siglo XVII; Bennet and the Hundred of Hartford (1650), en Style, 233 (Mich. 1650); Fitz-James v. Moys (1675), en Siderfin, 133 (Pasch, 15 Car. II); por el siglo XVIII, Langbein, *Criminal Trial before Lawyers*, p. 263, 288 n. 74 (1978); id. 290.

miembros del jurado hicieron uso de sus propios conocimientos, e incluso fueron instruidos por el tribunal para así hacerlo.¹⁰⁸

Los miembros del jurado potencialmente juzgaban sobre la base de los conocimientos privados que tenían desde un principio, y así lo habrían de hacer, eventualmente, durante los próximos siglos. No hay duda de que esos casos en que lo hacían ya no eran frecuentes luego de la Edad Media. Sin embargo, la ley de la conciencia dejaba en claro que el camino más seguro para el alma residía en adjuvar con esmero de *cualquier* juicio basado en el conocimiento privado. De hecho, desde el punto de vista de la teología moral, como veremos en el siguiente capítulo, no importaba demasiado si los miembros del jurado tenían solo potencialmente ese conocimiento. Lo que la teología moral requería era una especie de ejercicio espiritual: un esfuerzo decidido para mantener separadas las funciones de juez y de testigo. La estructura misma del oficio de jurado hacía imposible este ejercicio espiritual.

Los miembros de la oficina del jurado no podían evitar esta ansiedad empleando la estrategia espiritual adoptada por los jueces continentales; ellos no podían afirmar que su decisión estaba guiada por una heurística estrictamente sujeta a reglas, ni podían sustentar, como Graciano, que eran meros ministros de la ley y que era esta la que mataba al imputado. Por lo contrario, se los acusaba personalmente por la participación en el peligroso veredicto de “culpable”, y se los acusaba de hacerlo “de acuerdo a la conciencia”, “Digan lo que es correcto de acuerdo a su conciencia”, se les decía a los miembros del jurado en 1185.¹⁰⁹ A los miembros del jurado se

¹⁰⁸ Wigmore era muy consciente de la “experiencia reciente comparativa” de la insistencia de que los miembros del jurado nunca hicieran uso de su conocimiento privado. Ver Wigmore, *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, repr. Holmes Beach, Gaunt, 2003, p. 2324, y generalmente 2325. Por ejemplos americanos de jurados que hacen uso de sus conocimientos no basados en la evidencia ofrecida en la Corte: Parks v. Boston, 32 Mass. 198, 1834 Mass. Lexis 4, 15 Pick. 198 (1834) (la Corte instruyó al jurado a hacer uso de su conocimiento privado); Sam v. State, 31 Tenn. 61, 1851 Tenn. Lexis 17, 1 Swan 61 (1851) (el jurado puede hacer uso de su conocimiento privado). Esto no es sorprendente: la mayoría de las comunidades eran todavía lo suficientemente pequeñas y no puede haber sido inusual para los miembros del jurado, a veces, poseer conocimientos extrínsecos del caso.

¹⁰⁹ El caso en cuestión implica a una figura interesante, el Abad Samson de Bury St. Edmunds, que, como señala Susan Reynolds, “había estudiado las artes liberales y las Escrituras antes de convertirse en abad en 1182, [y] luego fue capaz de aprender bastantes tipos diferentes de las leyes en el trabajo de servir como juez delegado, asombrando a un bajo sheriff por sus conocimientos, quien lo etiquetó como un prevaricador”. Reynolds, “The Emergence of Professional Law”, en: *Law and History Review* N° 21, 2003, p. 362. Aquí está el informe que llega a nosotros: “Pero cuando la Iglesia de Boxford estaba vacante y un reconocimiento [es decir, un jurado] había sido convocado para tratar el asunto,

les dieron instrucciones, durante los siglos XV y XVI, de que: “En esta materia, Dios les dará gracias de lo que hagan de acuerdo con las pruebas y su conciencia”;¹¹⁰ “Haz lo que Dios pone en tu mente para el desempeño de tu conciencia”,¹¹¹ o más simple: “Haz lo que Dios pone en vuestro corazón”.¹¹² Todo se basaba en que los miembros del jurado entendieran adecuadamente la voz de Dios dentro de ellos, y si no lo hacían, corrían el riesgo de cometer un pecado mortal. De hecho, los moralistas ingleses, como los continentales, invocaban los feroces peligros del testimonio y del perjurio.¹¹³

El resultado fue un peculiar dilema inglés. Los jueces del *common law* podían sentirse enteramente a salvo de los peligros espirituales de pronunciar un veredicto sobre la base del conocimiento y evaluación de los hechos. De hecho, estaban en una posición moral mucho más ventajosa que la de sus homólogos continentales. Después de todo, el *common law* no imponía la obligación de encontrar la verdad sobre los hechos en los jueces, sino que los veredictos estaban exclusivamente previstos para los miembros del jurado. Pero para los miembros del jurado, por el contrario, la posición era difícil: se entendía que podían, a veces, ser jueces por sus conocimientos

cinco caballeros llegaron, tentando al Abad, para pedirle un juramento que los afectase. Sin embargo, el Abad se negó a darles o prometerles algo, pero les dijo: ‘Cuando se trata de un juramento, deben decir lo que es correcto de conformidad a su conciencia’, pero se retiraron indignados, y por un juramento le privaron el patronato de esa Iglesia”. Van Caenegem, ed., *English Lawsuits from William I to Richard I*, pp. 2:615, no. 568. Discutido en Raoul C. Van Caenegem, “La Conscience du Juge dans l’Histoire du Droit Anglais”, en: *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, ed. Jean-Marie Carbasse y Laurence Depambour-Tarride, París, P.U.F., 1999, p. 274. Un uso temprano de la palabra “conciencia” en L. J. Downer, *Leges Henrici Primi*, Oxford, Clarendon Press, 1972, p. 264 (cap. 87, 3^{ra}), no es de relevancia. No está del todo claro si la “conciencia” en este pasaje significa “conocimiento” (como hubiera sido el caso anterior al siglo XII) o “el ejercicio del juicio moral”. Lo que está claro es que la preocupación por la conciencia estaba presente desde una fecha temprana, y que los jurados estaban autoinformados.

¹¹⁰ Citado en Baker, “Introduction”, en Baker, ed., *2 The Reports of Sir John Spelman*, p. 112 (1465).

¹¹¹ Sir Thomas Smith, *De Republica Anglorum*, ed. Mary Dewar, Cambridge, U.K. Cambridge University Press, 1982, p. 114.

¹¹² Citado en John Langbein, *Prosecuting Crime in the Renaissance: England, Germany, France*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1974, p. 50. El “corazón” y la conciencia se asociaron en el lenguaje de la época: “Conscientia es scientia cordis”, escrito por William Fulbeck. Fulbeck, *Direction of Preparative to the Study of the Law*, ed. Peter Birks, Brookfield, VT, Gower, 1987, p. 87 (1599). Para el rol posterior de la “conciencia” medieval en el derecho inglés, ver Norman Doe, *Fundamental Authority in Late Medieval English Law*, Cambridge, U.K., Cambridge University Press, 1990, pp. 132-154.

¹¹³ John of Wales, *Communiloquium* (1495), Harvard Houghton INC 1644, cap. IV: De informatione accusantium, discutido antes en el capítulo 3.

privados, en calidad de testigos, y que al final del juicio, debían asumir el papel del juez, teniendo que pronunciar la peligrosa palabra de “culpable”.