

Recusación sin causa: garantía de imparcialidad en el juicio por jurados y ¿en la justicia profesional?

Analía V. Reyes (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La garantía de imparcialidad en el derecho norteamericano. La importancia del *voir dire*.— III. Recusaciones con causa y sin causa.— IV. Origen y evolución de las recusaciones sin causa en el sistema del *common law*.— V. Límites en el ejercicio de las recusaciones sin causa (jurisprudencia norteamericana).— VI. Crítica a las recusaciones sin causa. Opiniones a favor y en contra. Derogación.— VII. La garantía de imparcialidad en nuestro margen. Alcances establecidos por la Corte IDH en relación a la influencia de los sesgos y prejuicios. Perspectiva de género y niñez.— VIII. Recusaciones con y sin causa en el sistema de jurados de Argentina. Estudios empíricos sobre el uso.— IX. Recusación con causa con motivo de prejuicios de género. Fallo A. D. y proyecto de ley para la justicia nacional/federal.— X. Análisis del proyecto. Propuesta adicional y conclusiones.

I. Introducción

En la actualidad existe una gran preocupación acerca de la influencia de los prejuicios y estereotipos basados en factores de géneros en la toma de decisiones en la justicia, es decir, se ha tomado consciencia acerca de cómo operan nuestros procesos de pensamiento y en ellos, la aplicación de sesgos basados en preconcepcio-

nes y/o ideas generalizadas, por lo que, quienes toman decisiones en la justicia (sean jurados o jueces/as profesionales) inevitablemente, por su condición de seres humanos racionales, estarán influenciados al tiempo de tomar una decisión por múltiples factores, entre estos, los prejuicios y estereotipos que posean.

Ya me he referido en otros trabajos y muchos han hablado del tema vinculado a que los prejuicios y estereotipos pueden ser negativos en la medida que causan un perjuicio a la persona/grupo al que se dirigen, implican un acto de discriminación y por supuesto, una violación del derecho humano a la igualdad.

También es conocido que esos prejuicios y estereotipos pueden ser conscientes o inconscientes, es decir, la persona puede darse cuenta o no de que los posee.

Finalmente —y lo más importante— es que cuando tomamos decisiones sobre la base de prejuicios y estereotipos nos estamos basan-

(*) Abogada de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP), Maestrando en Derecho Procesal de la UNLP, docente de la materia Teoría General del Derecho Procesal, Derecho Procesal Penal y Litigación Penal. Coordinadora del área de alfabetización jurídico-democrática del Observatorio de Enseñanza del Derecho de la FCJS-UNLP, Directora del Programa de Extensión sobre Juicio por jurados y litigación de la Universidad del Este, Visitante profesional en la Corte IDH 1° período 2020, Docente del Taller: Participación ciudadana en la Justicia: el Juicio por Jurados del Programa "La Justicia va a la Escuela" del Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de la Provincia de Bs. As., Secretaria del Tribunal en lo Criminal n° 4 de La Plata, Bs. As. Autora de publicaciones sobre estudios de juicio por jurados y género.

do en información de baja calidad, muchas veces errónea, sin base científica, no corroborada. Claramente, esos prejuicios y estereotipos en materia de géneros tienen una función que es mantener/perpetuar la jerarquía del género hegemónico en una sociedad patriarcal y androcentrista.

Cuando esos prejuicios y estereotipos se cueñan en las decisiones judiciales pueden generar injusticias ya que la determinación fáctica y jurídica puede ser errónea por no haberse basado en las pruebas sino en los preconceitos o ideas generalizadas que posee quien ejerce el rol de juzgador/a. Aquí se produce lo que se llama estereotipación o práctica de estereotipación en las decisiones judiciales.

Para ejemplificar con un caso que tomó notable estado público, menciono el de Lucía Pérez, donde los jueces integrantes del Tribunal de Juicio de Mar del Plata motivaron su decisión relativa a no dar por acreditado el cargo de violencia sexual y de femicidio sobre la base de afirmaciones que sustentaban prejuicios y estereotipos de género. La sentencia fue analizada por la academia y la sociedad en general, todos notaron sin esfuerzos las claras ideas erróneas acerca de lo que una víctima de violación o una violación debía ser (mitos) (1). Por supuesto, el fallo fue anulado por el Tribunal de Casación de la Prov. de Buenos Aires asimismo, destacando la existencia de esos prejuicios y estereotipos y estableciendo la relación con la garantía de imparcialidad (2).

También la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) ha realizado un avance en el desarrollo de su jurisprudencia acerca de la violación de la garantía de imparcialidad causada por la práctica de estereotipación que inicialmente, solo ligaba a la

violación del derecho a la igualdad y a la no discriminación. Sobre este tema han realizado un exhaustivo análisis María Luisa Piqué y Mariano Fernández del Valle (3). Precisamente, la Corte IDH aunque identificaba en distintos casos la existencia de prejuicios y estereotipos de género, la violación de derechos declarados violados no abarcaba el derecho a un juez imparcial en el marco de las garantías procesales (art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

La extensión del alcance de manera expresa tuvo lugar a partir del caso Manuela y otros vs. El Salvador (4), donde bajo el título "B.2 La utilización de estereotipos de género y las garantías judiciales" y con cita de la Recomendación General No. 33 de la CEDAW sobre el acceso de las mujeres a la justicia y el documento de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, relativo a antecedentes sobre el papel del Poder Judicial en el abordaje de los estereotipos nocivos de género en casos relativos a la salud y los derechos sexuales y reproductivos; estableció: "La Corte resalta además que la utilización de estereotipos por parte de las autoridades judiciales en sus providencias puede constituir un elemento indicativo de la existencia de falta de imparcialidad (...) Este Tribunal advierte que la utilización de estereotipos de género en procesos penales puede evidenciar una violación del derecho a la presunción de inocencia, del deber de motivar las decisiones y el derecho a ser juzgada por un tribunal imparcial". Finalmente, en el considerando 160 estableció en el caso la responsabilidad del Estado por la violación del art. 8.1. en cuanto al derecho a ser juzgada la víctima del caso (Manuela) por un tribunal imparcial.

Ahora bien, en el proceso judicial, una de las herramientas que tienen las partes para garanti-

(1) POSTIGLIONE, María Laura, "Análisis de la sentencia del caso de Lucía Pérez (Tribunal en lo Criminal N° 1 de Mar del Plata, Causa N° 4974, 26/11/2018) desde una perspectiva de género", 2019. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/maria-laura-postiglione-analisis-sentencia-caso-lucia-perez-tribunal-criminal-1-mar-plata-causa-4974-26-11-18-desde-una-perspectiva-genero> (último acceso 12 de marzo de 2023).

(2) SCBA, Causa P. 134.373-Q, 12/05/2021; TCas. Penal, Sala IV, Causa N° 95.425, 12/08/2020; Tribunal en lo Criminal N° 1, Causa N° 4974, 26/11/2018.

(3) PIQUÉ, María Luisa; FERNÁNDEZ DEL VALLE, Mariano, "La garantía de imparcialidad judicial desde la perspectiva de género", en HOOP, Cecilia Marcela, et. al., *Tratados de géneros, derecho y justicia. Derecho penal y sistema judicial*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2020, t. 1, pp. 123-147.

(4) Corte IDH, "Caso Manuela y otros Vs. El Salvador", sentencia de 2 de noviembre de 2021 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 133, Cita TR LALEY AR/JUR/188486/2021.

zar la imparcialidad de quien ocupa la tarea de juzgar es la recusación, con y sin causa, es decir, la petición de apartamiento de la persona sobre la cual existe un motivo para tener por cierto o temer sobre su parcialidad.

Sin lugar a dudas, la existencia de prejuicios y estereotipos de género negativos, tal como se señaló previamente, afectan la imparcialidad y por ende, es un motivo que puede ser esgrimido para fundar una recusación.

Si bien los códigos procesales no se refieren expresamente a este motivo, ya que es un tanto reciente la difusión y/o discusión en nuestro margen de la influencia de los prejuicios y estereotipos en el juzgamiento, muchos cuerpos normativos contienen alguna cláusula genérica que alude a la afectación de la imparcialidad, es el caso, del art. 47 inc. 13 del Cód. Proc. Penal de la provincia de Buenos Aires, en cuanto establece como motivo de excusación: "Si mediaren circunstancias que, por su gravedad, afecten su independencia e imparcialidad", el cual permite invocar en ese carácter alguna circunstancia no enunciada en los motivos precedentes.

Por el contrario, algunos códigos procesales no contienen esa previsión y establecen una serie de motivos específicos para plantear una recusación. La doctrina (5) y la jurisprudencia (6) no obstante, se han pronunciado a favor de una interpretación no restrictiva y por ende, admiten cualquier otro motivo que afecte la imparcialidad aun cuando no se encuentre expresamente enunciado por la ley procesal. Esto,

(5) MAIER, Julio B. J., "Derecho Procesal Penal. Fundamentos", Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004. El maestro Maier nos enseñaba: "[N]inguna relación abstracta puede abarcar todos los motivos posibles que, en los casos futuros, pueden fundar, concretamente, la sospecha de parcialidad de un juez. Es por ello que resulta razonable permitir, a quienes pueden recusar, invocar y demostrar otro motivo que funde seriamente el temor de parcialidad en el caso concreto. De allí que las reglas sobre el apartamiento de los jueces no deban funcionar como clausura de las facultades de los intervinientes en el procedimiento (reglamento taxativo) sino en el sentido de facilitar, para esos casos, el ejercicio efectivo de la facultad de apartar a un juez (...)" p. 754.

(6) CFCP, Sala II, causa 11208, "Rojas", 07/08/2009; CNCrim. y Correc., Sala de turno, CCC 41112/2018/TO1/3/CNC3, "D., L. A.", 10/03/2020, Cita TR LALEY AR/JUR/11642/2020.

por supuesto, ninguna seguridad otorga a quienes litigan pues, dependerá del criterio de quien aplique la norma en el caso.

Esto último, es lo que sucede con el Cód. Proc. Penal que en su art. 55 establece un catálogo de motivos a los cuales, el art. 58 limita la facultad de recusar.

Otra restricción la encontramos en la ausencia de previsión del ejercicio de recusaciones sin causa en el proceso penal cuando se trata de quienes ejercen la judicatura de manera profesional. La aclaración es importante, ya que en el sistema de juicio por jurados, los apartamientos de los y las ciudadanos/as convocados/as pueden requerirlo las partes con o sin motivo, estas últimas en un número más restringido mientras que las primeras, obviamente, sin limitación y siempre con relación a las mismas causas establecidas para la justicia profesional.

Esto no es así en la justicia civil. En ese sentido, el art. 14 del Cód. Proc. Civ. y Com. como así, el de la Provincia de Buenos Aires prevén la facultad del actor y demandado para recusar sin causa al juez/a, limitando su ejercicio a una sola oportunidad y a su requerimiento en los actos postulatorios.

En las recusaciones sin expresión de causa, nada se debe esgrimir ni acreditar, sino que, ejercida la facultad en tiempo y forma, el juez o jueza recusado/a debe inhibirse y pasar la causa para sorteo de otro/as magistrado/a.

La tradicional distinción entre los principios dispositivo e inquisitivo ha sido lo que ha generado en nuestro margen esta diferencia entre los procesos civil y penal en este tema en particular. El fuero civil de corte dispositivo, donde se encuentran en juego intereses de partes, individuales por lo general, relativo a la determinación de derechos y obligaciones emergentes de un contrato, y por ende, disponibles mientras que, el fuero penal, de tipo inquisitivo, no disponible por encontrarse involucrado un interés público, estatal (oficiosidad y oficialidad) en la averiguación de la verdad y aplicación de la ley penal sujeta a las partes al principio de legalidad.

Como veremos más adelante, esta distinción no ha tenido lugar en el sistema del *common law*, donde el juicio por jurados ya sea, en el fuero civil o en el penal, habilita el ejercicio de recusaciones sin causa en salvaguarda de la garantía de imparcialidad, principal exponente del juicio justo (*fair trial*).

Recientemente, a fines del año pasado, se presentó un proyecto de ley (7) que propone incorporar como inc. 13 del art. 55 del Cód. Proc. Penal un nuevo motivo de excusación/recusación de jueces consistente en: "Si manifiesta judicial o extrajudicialmente una posición contraria a la perspectiva de géneros, hostilidad hacia las mujeres y población LGBTIQ+, utiliza discursos de odio, o no respeta y hace respetar la ley de identidad de género". La misma incorporación se propone en el Cód. Proc. Penal.

La iniciativa sin lugar a dudas implica un avance en el reconocimiento de los derechos y en la garantía del derecho a la igualdad, no discriminación e imparcialidad del juez/a. Es decir, para quienes están en tema podría parecer algo obvio, no necesario pero la práctica nos demuestra que estas reglas que hemos mencionado no se encuentran tan claras, que cada juez/a profesional interpreta y aplica la ley muchas veces de manera diversa y que, los mismos operadores judiciales no suelen requerir el apartamiento del juzgador con invocación de esta causal. En definitiva, la reforma es necesaria porque se dirige a clarificar una situación que en algunas personas aún genera dudas y esas dudas repercuten de manera desfavorable en los y las justiciables, además del retardo de justicia que implican esos vaivenes.

Sin embargo, el análisis que se propone en este trabajo no solo pretende acompañar esta valiosa iniciativa sino también, seguir avanzando en ese camino para facilitar aún más las cosas en el cometido de garantizar de manera efectiva y plena la imparcialidad de quien decide el caso. ¿Qué nos impide incorporar recusaciones

sin causa en el fuero penal respecto de jueces/as profesionales? ¿Es necesario tener recusaciones sin causa para garantizar la imparcialidad frente al temor de la influencia de prejuicios y/o estereotipos?

La respuesta a los interrogantes planteados serán dadas a partir del análisis del instituto de la recusación sin causa en el juicio por jurados, sus antecedentes y funcionamiento en el sistema de *common law* para luego, generar conclusiones y propuestas para nuestro ordenamiento, siempre en vista de generar mayor confianza de la ciudadanía en las decisiones que se toman en el ámbito de la justicia, demanda cada vez más insistente y preocupante porque pone en el centro de cuestionamientos a una de las principales instituciones de un Estado de derecho democrático, el sistema judicial.

II. La garantía de imparcialidad en el derecho norteamericano. La importancia del *voir dire*

En los Estados Unidos, la Sexta Enmienda garantiza el derecho de toda persona acusada a un juicio imparcial, también la Decimocuarta Enmienda alude a la garantía de imparcialidad a través de la cláusula del debido proceso e igualdad de protección.

La imparcialidad implica dos aspectos, por un lado, que el jurado pueda seleccionarse de un grupo que constituya una muestra representativa justa de la sociedad y, por otro, que los jurados sean imparciales. El primero de los aspectos está referido al panel de jurados del cual se elige al definitivo, es decir, el grupo convocado para la audiencia de *voir dire*. La violación de este aspecto de la imparcialidad se demuestra mediante la prueba de que: 1) el grupo supuestamente excluido es un grupo 'distintivo' en la comunidad; 2) que la representación de este grupo en el panel de los cuales se seleccionan los jurados no es justa y razonable en relación con el número de tales personas en la comunidad; y 3) que esta subrepresentación se debe a la exclusión sistemática del grupo en el proceso de selección del jurado.

En relación con la imparcialidad del jurado, se sostiene que los jurados elegidos no deben encontrarse sesgados, esto es, que deben tener

(7) Iniciativa de la senadora mendocina Anabel Fernández Sagasti que tuvo dictamen favorable en el Senado de la Nación el 29/11/2022. Disponible en: [https://www.senado.gob.ar/parlamentario/parlamentaria/35439/downloadOrdenDia&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=ar\(08/02/2023\)](https://www.senado.gob.ar/parlamentario/parlamentaria/35439/downloadOrdenDia&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=ar(08/02/2023)).

la capacidad (libertad) de decidir el caso sobre la base de la evidencia presentada en el juicio. La violación de esta regla ocurre cuando se expone al jurado o alguno de sus miembros a presiones o influencias que podrían menoscabar esa libertad para decidir o, cuando se lo expone a material posiblemente perjudicial o a actividades desordenadas en la sala del tribunal. Tampoco pueden tolerarse comunicaciones privadas, contactos o manipulación del jurado. Además se pone en riesgo la imparcialidad cuando el lugar donde debe celebrarse el juicio se ha saturado de publicidad contra la persona acusada, situación en la que tiene derecho a pedir un cambio de jurisdicción.

La Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *Taylor v. Louisiana* (8), destacó la importancia de la participación comunitaria en el proceso del jurado. En ese sentido, afirmó que un jurado representativo de la comunidad asegura mejor la imparcialidad al aplicar el sentido común entre la defensa y una acusación demasiado entusiasta y la respuesta profesional o tal vez demasiado condicionada o sesgada de un juez. Asimismo, sostuvo que aumenta la confianza del público en la equidad del sistema.

El derecho constitucional al juicio por jurados implica un derecho de la comunidad. El jurado trae la conciencia comunitaria, los valores comunitarios y la cultura en el sistema de prueba. Si los candidatos a jurados son extraídos aleatoriamente de la comunidad (cumpliendo con el requisito de representatividad) serán presumiblemente representativos de las actitudes, los prejuicios y las creencias de la comunidad en general con respecto a los problemas del caso, y la consideración de la culpabilidad o inocencia de la persona acusada reflejará igualmente los valores colectivos de la comunidad.

La realidad demuestra que todos los jurados están parcializados, en el sentido de que aportan su propio estilo de vida, experiencias y valores a su servicio de jurado. Además, se instruye a

(8) 419 U.S. 522, 1975. La Corte sostiene en este fallo que un acusado disfruta de los derechos de la Sexta y Decimocuarta Enmienda a un jurado seleccionado de una muestra representativa de la comunidad. El derecho es a un jurado representativo, no a un pequeño jurado representativo.

los jurados por quien dirige el juicio para basarse en sus experiencias de vida y sentido común al decidir el caso. Por eso hay quienes sostienen que el sesgo colectivo del jurado es lo que asegura la representación de la comunidad y participación en el veredicto (9).

Acerca de la imparcialidad del jurado, cuando ha sido puesta en duda, el veredicto del jurado puede ser cuestionado mediante la investigación de sus deliberaciones. Sobre este punto, es importante entender que la regla es la prohibición de cualquier investigación sobre la deliberación del jurado obviamente para preservar la regla del secreto, pero la Corte Norteamericana ha establecido excepciones para los casos más graves e importantes. La regla que prohíbe cualquier investigación sobre la deliberación se sustenta en las salvaguardas de la garantía de imparcialidad que han sido identificadas por la Corte (10): 1) el proceso de selección del jurado, 2) la capacidad del juez y de los abogados para monitorear al jurado durante el desarrollo del juicio y 3) la posibilidad que tienen los jurados de informar al tribunal sobre comportamientos inapropiados antes de emitir el veredicto.

En materia de sesgos raciales, la Suprema Corte de los Estados Unidos hizo lugar a la excepción de *no impeachment* en un caso (11) en el que dos jurados expresaron que otro miembro del jurado había realizado manifestaciones anti-hispanas contra la persona acusada y un testigo de la defensa. Se destacó este precedente ya que pone de resalto la influencia de los prejuicios raciales en el sistema judicial como una práctica recurrente y dañina, además del deber que tienen los operadores judiciales para prevenirlo a través de diferentes prácticas, entre estas, un cuidadoso *voir dire* e impartir instrucciones.

(9) HOWARD, Maureen A., "Taking the High Road: Why Prosecutors Should, Voluntarily Waive Peremptory Challenges", 23 *Geo. J. Legal Ethics*, 369, 2010, p. 409. Recuperado de: <https://digitalcommons.law.uw.edu/faculty-articles/367> (último acceso 25 de febrero de 2023).

(10) "Tanner v. United States", 483 U.S. 107, 127, 1987.

(11) "Peña-Rodríguez v. Colorado", No. 15-606, slip op. (U.S. May 6, 2017).

Acerca del *voir dire*, otra importante decisión (12) de la Suprema Corte en un caso en el que fue juzgado un afroamericano activista y cuya defensa se encontraba basada en que la policía le había armado una causa, reconoció que una negativa del juez de primera instancia a interrogar a los posibles miembros del jurado específicamente sobre prejuicios raciales durante el *voir dire* presentaba una amenaza inadmisibles para el juicio justo garantizado por el debido proceso. En este caso, la condena del acusado fue revocada sobre la base de que la cláusula de debido proceso de la Decimocuarta Enmienda requería, de acuerdo con los hechos que habían sido demostrados que, se permita al acusado interrogar a los miembros del jurado (durante el *voir dire*) sobre el tema del sesgo racial.

Con respecto a las instrucciones la Suprema Corte destacó que estas explican a los jurados sobre el deber de revisar la evidencia y llegar a un veredicto de manera justa e imparcial, libre de prejuicios de cualquier tipo. En ese sentido, algunas instrucciones ordenan al jurado que “[n]o permita que ningún sesgo, simpatía o prejuicio que pueda sentir hacia un lado u otro influya en su decisión de ninguna manera”. También, las instrucciones pueden enfatizar en la dinámica grupal de las deliberaciones instando a los miembros del jurado a compartir sus preguntas y conclusiones con otros miembros, por ejemplo, “[e]s su deber como miembros del jurado consultar entre sí y deliberar entre sí con miras a llegar a un acuerdo si puede hacerlo sin violentar el juicio individual” (13).

III. Recusaciones con causa y sin causa

Con relación al derecho a un jurado imparcial la función del *voir dire* es, precisamente, la de brindar a la defensa y a la acusación la oportunidad de investigar, de obtener información relevante sobre posibles motivos de parcialidad o prejuicios que puedan tener los miembros del jurado.

El hecho de que el jurado tenga una opinión no significa que automáticamente deba ser excluido del panel definitivo sino que será el juez

(12) "Ham v. South Carolina", 409 US 524, 93S.Ct. 848, 35 L.Ed.2d 46 (1973).

(13) "Peña-Rodríguez v. Colorado", 2017, cit.

el que determinará según la naturaleza y la fuerza de esa opinión si provoca una presunción de parcialidad. Usualmente, quien dirige el juicio realiza preguntas a los posibles jurados para determinar si es capaz de dejar a un lado lo que ha visto y oído sobre el caso, escuchar las pruebas con mente abierta y emitir un veredicto imparcial.

Al seleccionar un jurado, ambas partes pueden eliminar a los posibles jurados utilizando un número ilimitado de recusaciones con causa y una cantidad limitada de recusaciones sin indicar la razón.

La recusación de un jurado por causa es una solicitud que puede hacer la defensa o acusación para descalificar a un potencial jurado por razones específicas, entre estas se incluyen: el conocimiento de cualquiera de las partes, el conocimiento previo que impediría la evaluación imparcial de las pruebas presentadas, la parcialidad, el prejuicio evidente o la incapacidad para servir como jurado, como una enfermedad mental grave. Frente al ejercicio de una impugnación con causa, quien dirige el juicio determina si la persona debe ser o no apartado del panel.

Luego están las recusaciones sin causa, llamadas en el derecho norteamericano *peremptory challenges*, si bien no son expresamente garantizadas por la Constitución, tanto la defensa como la acusación han tenido disponible, históricamente, un sistema de recusaciones sin indicación de motivo a través de las cuales pudieron excluir a un número determinado de jurados.

IV. Origen y evolución de las recusaciones sin causa en el sistema del *common law*

Las recusaciones sin causa han existido desde la época de los romanos, cuando cada lado elegía cien miembros del jurado y luego eliminaba a cincuenta de las filas del lado contrario, dejando un panel de cien miembros del jurado (14).

(14) GABRIEL, Richard, "Understanding Bias: Preserving Peremptory Challenges, Preventing their Discriminatory Use, and Providing Fairer and More Impartial Juries". Recuperado de: <https://civiljuryproject.law.nyu.edu/understanding-bias-preserving-peremptory-challenges-preventing-their-discriminatory-use-and-providing-fairer-and-more-impartial-juries/> (último acceso en 25 de febrero de 2023).

En Inglaterra, las recusaciones sin causa tienen antecedentes en la Edad Media. Al principio, la Corona tenía un número ilimitado de recusaciones sin causa las cuales eran vistas como símbolo del poder absoluto o “infalibilidad” de la monarquía. Posteriormente, en 1305, el Parlamento eliminó las recusaciones sin causa de la Corona bajo el argumento de que eran inconvenientes para la justicia, no obstante, mantuvo su poder de mantener al margen a jurados (*stand aside*) lo que le permitió continuar el ejercicio de la práctica.

El poder de mantener al margen implica que la acusación solicita el apartamiento del posible jurado sin expresión de causa. Este poder existe en la actualidad en otros países que integran el sistema *common law*, no en los Estados Unidos y en muchos de ellos convive con el ejercicio de recusaciones sin causa. Luego de la petición de la acusación, quien dirige el juicio instruye a ese jurado de que será mantenido al margen hasta que el resto de los convocados hayan sido examinados por la defensa y la acusación. Finalmente, solo en el caso de que el jurado sea llamado nuevamente, la Corona debe probar la recusación con causa.

Los legisladores que crearon este instituto en Inglaterra, debido a la idea que tenía acerca de que los jurados, estarían “demasiado orientados a la defensa”.

Después de 1305, solo se permitió a la defensa el ejercicio de recusaciones sin causa. En 1530, el parlamento fijó un número fijo de recusaciones perentorias de la defensa: a los imputados se les adjudicaron treinta y cinco recusaciones sin causa para casos de alta traición y veinte, en todos los demás casos. Finalmente, en 1988 el Parlamento eliminó las recusaciones sin causa para la defensa también.

En los Estados Unidos el uso de las recusaciones sin causa reflejó el derecho consuetudinario inglés. En el momento de la fundación fueron reconocidas a la defensa treinta y cinco recusaciones sin causa en casos de traición y veinte, en casos de asesinato u otros delitos graves, mientras que la acusación pudo hacer a un lado a los miembros del jurado, pero no pudo ejercer ninguna recusación sin causa.

Como se señaló inicialmente, las recusaciones sin causa no tienen expresa mención en el texto constitucional pero se ha considerado estaban implícitas en derecho del acusado a un jurado imparcial. De ahí que estas fueron establecidas por el Congreso.

En 1790, el Congreso aprobó una ley implementando la primera ley que concedió a la defensa treinta y cinco recusaciones sin causa y veinte, en todos los demás casos capitales mientras que, a la acusación no asignó ninguna.

Luego, en 1865, el Congreso aprobó un segundo estatuto federal asignando “una pequeña cantidad de recusaciones sin causa a la acusación” y en mayor número a la defensa. El Congreso continuó modificando el número asignados a la defensa y la acusación a lo largo del tiempo.

Los estados comenzaron a codificar las recusaciones sin causa y por lo general, asignaban menos a la acusación y algunos las negaban. Con el tiempo (entre 1854 y 1939) los estados aumentaron el número de recusaciones sin causa asignadas a la fiscalía hacia una igualación del número con las asignadas a la defensa.

En 1946, la primera versión de las Reglas Federales de Procedimiento Penal otorgó a la fiscalía y a la defensa igual número de recusaciones sin causa en casos capitales y a la defensa un mayor número en casos no capitales de delitos graves.

A lo largo de los años, los Estados que realizaron reformas en las reglas de procedimiento establecieron la igualdad entre la acusación y la defensa en la adjudicación de recusaciones sin causa sobre la base de los derechos de las víctimas, argumentando que no hay justificación para otorgar el defensa una ventaja en la selección de un jurado imparcial, y también en la lógica de ahorrar tiempo y recursos a los tribunales.

Analizaremos luego, que tras un importante precedente de la Corte estadounidense (*Batson v. Kentucky*) los tribunales han buscado proteger a los miembros del jurado del uso discriminatorio de impugnaciones perentorias y en ese cometido, recientemente, el 23 de agosto de 2021, la Corte Suprema de Arizona enmendó las

Reglas 18.4 y 18.5 de las Reglas de procedimiento penal de Arizona y la Regla 47(e) de las Reglas de procedimiento civil de Arizona para eliminar las recusaciones sin causa en los juicios penales y civiles a partir del 1 de enero de 2022.

V. Límites en el ejercicio de las recusaciones sin causa (jurisprudencia norteamericana)

La práctica sobre el uso de este tipo de recusaciones ha sido muchas veces influenciada por prejuicios raciales y de género, lo que llevó a la Suprema Corte norteamericana a establecer en un reconocido precedente “Batson v. Kentucky” la prohibición del uso discriminatorio bajo el argumento de que se violaría la cláusula de igualdad de protección contenida en la 14ª Enmienda.

En el citado caso, James Kirkland Batson, afroamericano, se encontraba acusado por robo y recepción de bienes robados. Durante el *voir dire* la fiscalía usó sus recusaciones sin causa para excluir del panel del jurado a cuatro personas afroamericanas. El acusado Batson cuestionó la remoción de estos jurados sobre la base de la violación de su derecho a un jurado imparcial consagrado en la Sexta Enmienda como así, de la Cláusula de Igual Protección de la Decimocuarta Enmienda. Finalmente, el jurado emitió un veredicto de culpabilidad respecto de los cargos que le habían sido formulados.

La Corte sostuvo en su decisión que, si bien un acusado no tiene derecho a tener un jurado integrado total o parcialmente por personas de su propia raza, el Estado no puede utilizar sus recusaciones sin causa para excluir automáticamente a los posibles miembros del jurado debido a su raza. Asimismo, estableció que la Cláusula de Igualdad de Protección garantiza al acusado que el Estado no excluirá a los miembros de su raza del jurado por motivos de raza o por la falsa suposición de que los miembros de su raza como grupo no están calificados para servir como jurados.

Al respecto el Tribunal afirmó que “[e]l daño de la selección discriminatoria del jurado se extiende más allá del infligido al acusado y al jurado excluido para afectar a toda la comunidad. Los procedimientos de selección que excluyen deliberadamente a las personas negras de los

jurados socavan la confianza pública en la imparcialidad de nuestro sistema de justicia” (15).

Y en cuanto al procedimiento para solicitar un reclamo basado en el uso discriminatorio de recusaciones sin causa, este precedente estableció que una vez que la persona acusada demuestra que la raza fue la razón por la que se excluyó a los posibles miembros del jurado, la carga pasa al Estado para presentar una explicación neutral sobre la raza para la exclusión.

El Tribunal explica en tres pasos, el procedimiento para determinar si un fiscal ha ejercido una recusación perentoria de una manera racialmente inadmisibles:

- El acusado primero debe presentar un caso *prima facie* que demuestre que pertenece a un grupo racial reconocible y que el fiscal ejerció impugnaciones perentorias sobre la base de la raza.

- En respuesta, el fiscal debe articular una razón neutra desde el punto de vista racial para golpear al miembro del jurado en cuestión.

- Luego se requiere que el tribunal determine si la acusada asumió la carga de probar la discriminación intencionada.

Posteriormente, la Corte aclaró sobre el alcance de la prohibición afirmada en el caso Batson, que esta no afecta la garantía de imparcialidad emergente de la Sexta Enmienda y sostuvo que esta “[t]ampoco le prohíbe al fiscal tachar a los jurados por motivos de raza como tampoco le prohíbe tacharlos por otras innumerables características generalizadas” y añadió que decidir lo contrario, “paralizaría el dispositivo de la *peremptory challenge*” y, por lo tanto, socavaría el objetivo de la Enmienda de “imparcialidad con respecto a ambos contendientes” (16).

La doctrina norteamericana (17) destaca en el precedente Batson el voto concurrente del

(15) Del voto del Juez Powell, J. en “Batson v. Kentucky”, 476 US 79, 1986.

(16) “Holland v. Illinois”, 493 US 474, 1990.

(17) HOWARD, Maureen A., “Taking the High Road: Why Prosecutors Should Voluntarily Waive Peremptory Challenges”, ob. cit. p. 371.

Juez Marshall donde sostuvo que la Corte debería eliminar el uso de impugnaciones perentorias en todos los procesos penales para que no puedan usarse como fachada para consideraciones raciales inadmisibles. El magistrado afirmó que bajo el sistema actual, los fiscales todavía tienen la libertad de discriminar siempre que no sea flagrante, y los tribunales de primera instancia enfrentan la difícil carga de evaluar los motivos de un fiscal.

Más tarde, en *JEB v. Alabama* (18) la Corte amplió el alcance de *Batson* a las recusaciones sin causa por motivos de género. Al respecto sostuvo que “el género, como la raza, es un indicador inconstitucional de la competencia e imparcialidad del jurado”. La Corte basó su razonamiento en la exclusión histórica de las mujeres de los jurados y los numerosos estereotipos sostenidos por tribunales y legislaturas para justificar la exclusión. El Tribunal señaló que debido a un historial de discriminación sexual, las clasificaciones basadas en el género están sujetas a un mayor escrutinio y requieren “una justificación sumamente persuasiva” para poder sobrevivir.

El caso se trataba de una demanda de paternidad en el cual, durante el *voir dire* el Estado usó recusaciones sin causa para dejar de lado a los jurados varones por lo que el panel definitivo estuvo integrado con una mayoría de mujeres que finalmente, determinaron la paternidad del demandado. La Corte rechazó el argumento de que la probable simpatía por el padre en una acción de paternidad justificaba la exclusión de los jurados masculinos, por el contrario, hizo hincapié en que la discriminación en la selección del jurado, ya sea por motivos de raza o de género, causa daño a los litigantes, la comunidad y a los jurados individuales que son injustamente excluidos de la participación en el proceso judicial.

Además dijo que cuando las recusaciones sin causa son ejercidas por actores estatales sobre la base de estereotipos de género “refuerzan las opiniones perjudiciales sobre las capacidades relativas de hombres y mujeres” y, por lo tanto, socavan la legitimidad judicial y el respeto por el estado de derecho. También destacó las consecuencias discriminatorias de tal uso, en cuanto

(18) 511 US 127, 1994.

perjudican a las personas excluidas al marcarlas como no aptas para participar en decisiones importantes de la justicia.

Con relación al estándar de prueba que debe ser alcanzado para acreditar un uso discriminatorio de las recusaciones sin causa, es importante la decisión de la Corte tomada en el caso *Johnson v. California* (19). Allí la Corte abordó el estándar de prueba necesario para cumplir con el paso uno en *Batson* (establecer un caso *prima facie* de discriminación) y estableció que la parte que alega discriminación no lleva una carga de la prueba, sino simplemente una carga de producción por lo que para establecer un caso *prima facie* de discriminación solo se necesita producir evidencia suficiente para permitir que el juez de primera instancia haga una inferencia de discriminación. En el caso, el acusado no tenía que demostrar una “gran probabilidad” de discriminación o incluso que lo más probable es que el fiscal esté actuando de manera racialmente discriminatoria sino que la carga de la prueba la tiene en el paso tres (20).

VI. Crítica a las recusaciones sin causa. Opiniones a favor y en contra. Derogación

Hemos dejado en claro que en los Estados Unidos la Sexta Enmienda garantiza al acusado el derecho a ser juzgado por un jurado imparcial y aun cuando la recusación sin causa no está expresamente garantizada por la Constitución se fundamenta en ese derecho.

En 1965 en el caso *Swain c. Alabama* (21), la Corte Suprema destacó la importancia histórica de la recusación sin causa al describirla como uno de los derechos más importantes asegurados a la persona acusada. Sostuvo que es necesario que un prisionero tenga una buena opinión de su jurado y que la ley no quiere que ningún hombre sea juzgado por una persona contra la que se ha concebido un prejuicio.

(19) 545 U.S. 162, 2005.

(20) Jury Selection. Peremptory Challenges. Recuperado de: https://defendermanuals.sog.unc.edu/sites/default/files/pdf/25.5%20Peremptory%20Challenges_0.pdf (último acceso: 26 de febrero de 2023).

(21) 380 U.S. 202, 1965.

En relación al interés de la acusación, la Corte Suprema también se ha expedido en el caso *Hayes v. Missouri* (22), donde explicó que la acusación puede tener las razones más poderosas para desconfiar del carácter de un jurado y, sin embargo, le resulta difícil formular y sostener una objeción legal sobre la persona por lo que, en esos casos, la recusación sin causa es una protección.

La práctica de su uso discriminatorio en los tribunales ha llevado a postular la necesidad de su derogación, lo que, como ya he señalado anteriormente, ha ocurrido en Arizona.

Por el contrario, quienes están a favor de mantener las recusaciones sin causa destacan sus propósitos, a saber: que la recusación sin causa permite a los litigantes asegurar un jurado justo e imparcial, que otorga a las partes cierto control sobre el proceso de selección del jurado, que le permite a un abogado buscar sesgos durante el proceso de selección sin temor de aislar a un jurado potencial, de esta manera, si por ejemplo, un miembro del jurado parece ofendido por la naturaleza del interrogatorio, puede ser excluido incluso si las respuestas que da no demuestran parcialidad. Finalmente, se sostiene que la recusación sin causa sirve como un resguardo cuando el juez niega una recusación por causa y la parte recusante todavía cree que el jurado es parcial.

La Comisión de Reforma Legal de Victoria en Australia, agencia que es soporte en el desarrollo y mejoramiento del sistema de justicia australiano, llevó recientemente un estudio acerca del uso de las recusaciones sin causa en esa jurisdicción y entre otra información valiosa que fue obtenida a partir de la investigación, se destaca que al ser consultados los abogados defensores acerca del uso de las recusaciones sin causa, estos enfatizaron sobre el mayor grado de control que les otorga a los acusados sobre el proceso, creen que permitir que los acusados tengan cierto grado de elección sobre quién decide su caso mejora la aceptación y la confianza del acusado en el proceso, el resultado del juicio e incluso en el sistema de justicia penal en general, ello incluso si, en realidad, las impugnacio-

nes pueden tener poco o ningún impacto en el resultado del juicio (23).

El mismo hallazgo realizó la Comisión de Reforma Legal de Nueva Zelanda y por eso sostuvo la recomendación de mantener las recusaciones sin causa ya que permiten a la defensa eliminar a las personas que se perciben, con razón o sin ella, como potencialmente perjudiciales. Por lo tanto, le da al acusado cierta medida de control sobre la composición del tribunal que lo juzga y si llegara a perderlo, es probable que sienta un grado considerable de injusticia al ser condenado (24).

A su vez, la Comisión de Reforma Legal de Western también recomendó no abolir las recusaciones sin causa para asegurar a las personas acusadas la creencia de haber tenido un juicio justo además, de resguardar a aquellas, al Estado y a la comunidad en general la confianza en el sistema judicial.

Por otro lado, el Proyecto de jurado civil de la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York, ha publicado un trabajo cuyo autor, Richard Gabriel, sugiere que los problemas que enfrenta el sistema legal deben solucionarse mediante un proceso de reforma del *voir dire* con el objetivo de garantizar que las recusaciones sin causa se utilicen correctamente. La finalidad de esa reforma es implementar procedimientos que permitan a los jueces y litigantes tener una comprensión más completa de los posibles prejuicios de un jurado para que puedan tomar decisiones más informadas sobre la causa y las recusaciones sin causa (25).

En el citado estudio se formulan cinco recomendaciones que resulta de interés destacar en este trabajo pues reflejan las tendencias de las investigaciones y posiciones doctrinarias sobre el tema que buscan mantener las recusaciones sin causa pero con uso más eficiente (26). Acer-

(23) Victorian Law Reform Commission, "Jury Empanelment: Consultation Paper", 2022.

(24) *Ibidem*.

(25) GABRIEL, Richard, "Understanding Bias...", *ob. cit.*

(26) ANDERSON, Kelso L., "Will Striking Peremptory Challenges Remove Bias in Juries?", *Litigation News*, vol. 47, nro. 2, American Bar Association Litigation Sec-

(22) 120 U.S. 68, 70, 1887.

ca de la eficiencia del *voir dire* se mencionan: el ahorro de tiempo, que el juez y los litigantes puedan comprender si las experiencias, actitudes y temperamento de un posible miembro del jurado pueden afectar la forma en que escuchan y deciden el caso.

Las recomendaciones son:

“1. Antes de que comience el juicio, cada parte identifica y articula todos los problemas de su caso que creen que pueden dar lugar a un sesgo o una impresión negativa de su caso o cliente. En una audiencia previa al juicio, el juez y los abogados discuten la mejor manera de explorar estos temas, ya sea a través de un cuestionario complementario del jurado y/o *voir dire*. Luego establecen un procedimiento en torno al objetivo acordado de identificar posibles sesgos que puedan afectar la equidad o imparcialidad de un jurado.

“2. Los abogados formulan preguntas abiertas sobre estos sesgos o impresiones identificados. Estos incluyen preguntas como, ‘¿Cómo te sientes acerca de...?’ o ‘¿Cómo piensas sobre...?’ o ‘¿Cuál es tu opinión sobre...?’ Por ejemplo, ¿qué pregunta proporcionaría mejor información acerca de si un jurado podría ser justo e imparcial en un caso penal? ‘¿Estaría de acuerdo en tratar el testimonio de un oficial de policía de la misma manera que cualquier otro testigo?’ o ‘¿Cómo te sientes acerca de la aplicación de la ley?’ Hay grandes diferencias en la calidad de las respuestas a estas preguntas, y solo una de estas preguntas puede revelar verdaderamente un sesgo potencial. Esto es contrario a la intuición de la formación de abogados, ya que a veces las preguntas vagas o ambiguas son el mejor *voir dire*. Invitan a los jurados a imponer su interpretación de la pregunta, dando a los abogados y al juez más de los 10 sentimientos y creencias genuinos de un jurado. Tenga en cuenta que preguntar si tienen una opinión proporciona una excusa para que los miembros del jurado que son reacios en un entorno social no hablen, incluso si tienen opiniones sobre el tema.

“3. Luego, los jueces deben permitir que los abogados hagan preguntas de seguimiento. Dado el ambiente extraño e íntimo de una sala de audiencias, los miembros del jurado son naturalmente reacios a hablar con franqueza sobre sus opiniones sobre temas difíciles. Sus primeras respuestas no siempre expresan sus verdaderos sentimientos. Al hacer preguntas de seguimiento como ‘¿Qué más?’ o ‘Cuéntame más sobre eso’, se le pide a un miembro del jurado que revele actitudes más profundas o más significativas que él o ella pueda tener sobre asuntos específicos del caso.

“4. Los abogados deben estar dispuestos a hacer preguntas difíciles. Los casos involucran temas difíciles y los jurados tienen que tomar decisiones difíciles. Los miembros del jurado no siempre tienen respuestas rápidas y listas a las preguntas sobre la pena de muerte o las leyes antimonopolio. Si bien algunos miembros del jurado no creen en la pena de muerte ni en la conducta comercial anticompetitiva, muchos miembros del jurado no saben cómo se sienten acerca de estos temas complejos y difíciles. Entonces, en un caso de empleo, una pregunta como ‘¿Cómo te sientes acerca de las relaciones raciales en este país?’ puede traer una pausa considerada mientras el miembro del jurado mira hacia adentro para ver cómo se siente realmente y descubrir la mejor respuesta (y la más deseable socialmente). Deja espacio para su silencio. La lucha, por sí sola, puede decirles mucho a los abogados y al juez sobre el jurado.

“5. Los jueces y abogados deben tener la mente abierta y ser curiosos. En la profesión legal, los abogados y jueces están acostumbrados a controlar y juzgar la información. Tan pronto como un miembro del jurado emite una opinión que puede ser perjudicial para cualquiera de las partes, los abogados o el juez generalmente reaccionan negativamente a la respuesta del miembro del jurado. Esto puede telegrafiar al jurado que acaba de dar una respuesta indeseable, incitándolos a dar marcha atrás o cerrar. Es mucho más útil en la selección del jurado renunciar a juzgar la respuesta del jurado y simplemente seguir su línea de pensamiento. De hecho, si un miembro del jurado revela una impresión, experiencia, opinión, creencia o parcialidad, es importante alentarlos a revelar más sobre sus sentimientos sobre el tema. Esto le dirá el alcan-

tion, Winter, 2022, at 10-13. Recuperado de: https://www.americanbar.org/groups/gpsolo/publications/gpsolo_ereport/2022/may-2022/will-striking-peremptory-challenges-remove-bias-juries/ (último acceso 26 de febrero de 2023).

ce total de sus actitudes y si su respuesta es una impresión fugaz o un sesgo en toda regla. Si el abogado (y el juez) tienen la mente abierta, son curiosos y no juzgan, los miembros del jurado serán más sinceros en sus respuestas. Esta actitud sin prejuicios también ayudará a crear un entorno propicio para la divulgación. Con un buen interrogatorio, los miembros del jurado deben gastar el 80 % de su *voir dire* hablando, mientras que los abogados o el juez solo deben gastar el 20 %".

Ahora bien, quienes se encuentran en contra de las recusaciones sin causa sostienen también otros variados argumentos. El punto de partida es que aun luego de las reglas emergentes del precedente "Batson", las recusaciones sin causa siguen siendo utilizadas con motivos discriminatorios. En ese sentido se ha detectado en la práctica que los litigantes sortean fácilmente la regla ya que no es frecuente que los juzgados de primera instancia concedan la moción (27).

Cabe destacar que desde el caso Batson, los tribunales han buscado proteger a los miembros del jurado del uso discriminatorio de impugnaciones perentorias. Por ejemplo, en el caso *City of Seattle v. Erickson*, 386 P.3d 1098 (Wash, 2017), la Corte Suprema del Estado de Washington estableció un proceso aún más estricto para juzgar si los abogados están utilizando prejuicios raciales para seleccionar un jurado a la vez que se expidieron sobre la eliminación total de las recusaciones sin causa afirmando que las razones raciales son a menudo explicaciones pretextuales para el uso discriminatorio de las impugnaciones. En esa dirección convocaron a un grupo de trabajo con el propósito de erradicar los prejuicios raciales del sistema de jurados y en consecuencia, ese grupo de trabajo presentó una propuesta de regla donde describe un procedimiento para evaluar las "razones raciales neutrales" para una recusación sin causa, que haría que el juez evaluara los tipos de preguntas formuladas a los jurados y examine de cerca las razones no verbales (falta de contacto visual, actitud, etc.) dadas para una recusación.

(27) "Should The Peremptory Challenge Be Abolished?". Recuperado de: <https://law.jrank.org/pages/7925/Jury-SHOULD-PEREMPTORY-CHALLENGE-BE-ABOLISHED.html> (último acceso el 25 de febrero de 2023).

La Clínica de la Pena de Muerte de la Facultad de Derecho de la Universidad de California en Berkeley ha reunido toda la información sobre este tema y detalla respecto de cada Estado las reformas que se produjeron al respecto (28).

En el caso de Arizona, el uso de recusaciones sin causa fue eliminado en juicios civiles y penales desde el 1 de enero de 2022. El Juez de la Corte de Apelaciones de Arizona, Peter Swann sostuvo que las recusaciones de posibles jurados sin causa a menudo se basan en estereotipos y prejuicios inconscientes y que, a pesar de las restricciones impuestas por la Corte Suprema de los Estados Unidos en su fallo en *Batson v. Kentucky*, que requería que hubiera una razón de neutralidad racial para una recusación sin causa, estas se han utilizado para eliminar de manera desproporcionada a jurados afroamericanos (29).

El Grupo de trabajo de Arizona sobre recopilación de datos, políticas y procedimientos del jurado citó que, el Tribunal Superior del centro de Phoenix en 2019, por ejemplo, los jurados potenciales que eran negros fueron recusados en un 40 % más y los nativos americanos fueron sancionados en un 50 % más (30).

Principalmente, el objetivo de la Corte Suprema de Arizona para eliminar el uso de las recusaciones sin causa fue asegurar jurados diversos e inclusivos.

Entre las críticas que se realizan a las recusaciones sin causa se encuentra la habilidad que debe poseer el abogado litigante para la obtención de información valiosa del *voir dire*. En este sentido, al contrario de lo expuesto antes, tie-

(28) "Death penalty Clinic. Batson: State by State". Recuperado de: <https://www.law.berkeley.edu/experiential/clinics/death-penalty-clinic/projects-and-cases/whitewashing-the-jury-box-how-california-perpetuates-the-discriminatory-exclusion-of-black-and-latinx-jurors/batson-reform-state-by-state/> (último acceso: 26 de febrero de 2023).

(29) KUPILAS, María Regina, "A Step Towards Reducing Bias in Jury Selection - Arizona Eliminates Peremptory Strikes". Recuperado de: https://www.tysonmendes.com/a-step-towards-reducing-bias-in-jury-selection-arizona-eliminates-peremptory-strikes/#_edn5 (último acceso 26 de febrero de 2023).

(30) Ibidem.

nen una mirada negativa acerca de lo que esta audiencia puede colaborar. Por ejemplo, hacen referencia a la falta de franqueza que eventualmente pueda tener el jurado al tiempo de responder las preguntas o la limitación de sus respuestas debido a la presencia de sentimientos de vergüenza, timidez, afán de complacer, memoria imprecisa, falta de atención, malentendido del concepto.

Asimismo, se alude a la incapacidad de la audiencia *voir dire* debido al poco tiempo con que cuentan los litigantes para obtener la información, o la modalidad de llevarla a cabo, la cual difiere según el juez que dirija el juicio (no hay una práctica uniforme) y nuevamente, la falta de preparación de los litigantes para realizar preguntas eficientes. Al respecto, estudios llevados a cabo sobre el tema cuando compararon las respuestas de 190 jurados potenciales durante el *voir dire* con sus respuestas en entrevistas posteriores al juicio. Aunque cada uno de los miembros del jurado se había sentado en un juicio (de los 31 estudiados), los abogados no lograron obtener información que sería potencialmente importante en el ejercicio de las recusaciones sin causa, por ejemplo, más del 50% o los miembros del jurado no revelaron que habían sido víctimas de un delito ellos mismos; el 29,6% no reveló que tenía amigos cercanos o parientes que trabajaban en la aplicación de la ley; y el 47% no compartía la creencia de que si el acusado testifica en el juicio debe probar su inocencia (31).

Otro punto es la práctica de los litigantes de emplear el tiempo asignado para hacer preguntas durante el *voir dire* con el objetivo de educar a los jurados, lo que resulta en la ineficiencia de la audiencia para obtener información sobre sesgos y prejuicios que posean los jurados, ello así debido al tipo de preguntas que incluyen afirmaciones de adoctrinamiento. Por ejemplo la siguiente pregunta, muy frecuente en la práctica: ¿Ud. entiende que el acusado se presume inocente a menos y hasta que la acusación de-

muestre más allá de una duda razonable de que cometió el crimen? (32).

También fueron realizados estudios empíricos sobre el tema, donde resultó que el 43% de las preguntas de los abogados eran en realidad declaraciones instructivas. Al respecto la investigación sugirió que era improbable que este *voir dire* "educativo" separara jurados sesgados e imparciales porque los jurados tendían a proporcionar la respuestas. En efecto, las respuestas a más de 2000 preguntas de carácter "principal" (lo que sugiere la respuesta deseada), solo dos respuestas (1%) no lograron coincidir con la respuesta "correcta" sugerida por el abogado (33).

A su vez, otra técnica usualmente empleada en el *voir dire* es el uso de información demográfica por parte de los litigantes con el objetivo de detectar sesgos y prejuicios, por ejemplo: la educación, antecedentes, raza, edad, género y ocupación del jurado. También en este aspecto fueron llevados a cabo estudios empíricos que demuestran que tales factores son poco útiles para predecir actitudes, creencias, ideas preconcebidas, y sesgos que sustentan la percepción de las pruebas por parte de los jurados e inclusive, en algunos casos, llevan a tomar decisiones apresuradas a los litigantes, sobre la base de sus propios prejuicios (34).

Por último, una importante crítica al uso de recusaciones sin causa se encuentra en el cercenamiento de la participación ciudadana en la administración de justicia, la restricción del derecho que tiene la ciudadanía para participar y decidir un caso. A lo que se suma, la falta de comprensión por parte de los posibles jurados sobre el hecho de ser recusados sin causa y su entendimiento como una exclusión injusta sobre todo, teniendo en cuenta, la impresión negativa sobre los litigantes relativa a que son vistos como manipuladores de la verdad (35). La Suprema Corte de los Estados Unidos ha destacado la importancia de que la ciudadanía aproveche los beneficios de participar en calidad de jurados en relación a su educación ciu-

(32) Ibidem, p. 396.

(33) Ibidem, p. 397.

(34) Ibidem, p. 399.

(35) Ibidem, pp. 403-404.

(31) HOWARD, Maureen A., "Taking the High Road: Why Prosecutors Should Voluntarily Waive Peremptory Challenges", ob. cit. p. 391.

dadana, tal como antes lo había sostenido Alexis de Tocqueville (36).

En este punto, se afirma que el ejercicio de recusaciones sin causa afecta la composición del jurado en cuanto puesto que impide constituir una muestra representativa justa de la comunidad.

VII. La garantía de imparcialidad en nuestro margen. Alcances establecidos por la Corte IDH en relación a la influencia de los sesgos y prejuicios. Perspectiva de género y niñez

Ya nos hemos referido anteriormente acerca de la ampliación del alcance de la garantía de imparcialidad que ha sostenido la Corte IDH, esto es, que la aplicación de prejuicios y estereotipos negativos por el juzgador no solo causan una violación del derecho a la igualdad y no discriminación sino, también, del derecho a un tribunal imparcial, como parte de la garantía del debido proceso.

En relación a la conceptualización que realiza el Tribunal Interamericano es importante considerar la descripción acerca de lo que constituyen los prejuicios y estereotipos. De modo que estas definiciones sean de utilidad para identificar en la práctica cotidiana la presencia de estos y extirparlos del proceso.

La Corte sostuvo acerca de los estereotipos de género que "...se refiere a una pre-concepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. La Corte ha señalado que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes. En este sentido, su creación y uso se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer, condiciones que se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales. En efecto, si bien la utilización de cualquier clase de estereotipos es común, estos se vuelven nocivos cuando suponen un obstáculo para que las personas puedan desarrollar

sus competencias personales, o cuando se traducen en una violación o violaciones de los derechos humanos. La Corte resalta además que la utilización de estereotipos por parte de las autoridades judiciales en sus providencias puede constituir un elemento indicativo de la existencia de falta de imparcialidad" (37).

Luego, el Tribunal resolvió acerca de la estereotipación en el desarrollo de la investigación y en acto de juzgamiento que *pueden evidenciar una violación del derecho a la presunción de inocencia, del deber de motivar las decisiones y el derecho a ser juzgada por un tribunal imparcial.*

Sobre la influencia de los estereotipos en el curso de las investigaciones y sobre todo, en lo relativo a la determinación fáctica también, se destaca la decisión de la Corte IDH en el caso "Digna Ochoa y Familiares vs. México":

"[L]a Corte ha reconocido que los prejuicios personales y los estereotipos de género afectan la objetividad de los funcionarios estatales encargados de investigar dichas denuncias, influyendo en su percepción para determinar si ocurrió o no un hecho de violencia, en su evaluación de la credibilidad de los testigos y de la propia víctima. Los estereotipos 'distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos', lo que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización de las denunciadas. Además, cuando se utilizan estereotipos en las investigaciones de violencia contra la mujer se afecta el derecho a una vida libre de violencia, más aún en los casos en que su empleo por parte de los operadores jurídicos impide el desarrollo de investigaciones apropiadas, denegándose, además, el derecho de acceso a la justicia de las mujeres. A su vez, cuando el Estado no desarrolla acciones concretas para erradicarlos, lo refuerza e institucionaliza, lo cual genera y reproduce la violencia contra la mujer. Por tanto, los Estados tienen la obligación de adoptar un enfoque diferenciado que incluya la discriminación y estereotipos de género que han acentuado históricamente la

(36) "Powers v. Ohio", 499 U.S. 400, 1991.

(37) Corte IDH, "Caso Manuela y otros vs. El Salvador", cit., párr. 133. Cita TR LALEY AR/JUR/188486/2021.

violencia contra las mujeres y personas defensoras" (38).

Finalmente, este año la Corte IDH notificó un importante pronunciamiento y estableció valiosos estándares relativos a la perspectiva de género y niñez en el juzgamiento como así, en lo relativo al tratamiento de casos de violencia sexual, protocolos para evitar la revictimización y reformas legales en torno a la conceptualización de la violación y la incidencia central que debe tener la noción del consentimiento. El caso es "Angulo Losada vs. Bolivia" (39) y es valioso para terminar de establecer el alcance de la garantía de imparcialidad puesto que esta no implica, únicamente dejar de lado prejuicios y estereotipos sino adoptar un análisis de la prueba y de los hechos contextualizado, es lo que llamamos, enfoque o perspectiva de géneros.

En esa línea, acerca de la perspectiva de género y niñez; el caso se trataba de una mujer niña, de 16 años de edad, quien declaró que, en diversas ocasiones, entre octubre de 2001 y mayo de 2002, sufrió actos de violencia sexual, incluidos abusos sexuales y violación, por parte de su primo, la Corte dijo:

"En el curso de la investigación y el proceso judicial, las niñas, niños y adolescentes víctimas no solo deben ser tratados de manera adaptada a ellas/os, sino también con sensibilidad, 'teniendo en cuenta su situación personal, sus necesidades, su edad, su sexo, su discapacidad y su grado de madurez y respetando plenamente su integridad física, mental y moral' 186. En ese sentido, la Corte coincide con lo manifestado por el perito Cillero en audiencia en cuanto a que 'las mujeres víctimas de delito sexual, y las niñas o adolescentes víctimas de delitos sexuales, se encuentran en posición de desventaja muy fuerte en el proceso penal, producto de los traumas que han sufrido,' de modo que es necesario que exista una 'neutralidad empática'

(38) Corte IDH, "Caso Digna Ochoa y Familiares vs. México", sentencia de 25 de noviembre de 2021. (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 124.

(39) Corte IDH, "Caso Angulo Losada vs. Bolivia", sentencia de 18 de noviembre de 2022. (Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones). Cita TR LALEY AR/JUR/188139/2022.

por parte de las y los funcionarios del sistema de justicia para con las víctimas de violencia sexual" (40).

Más adelante en el desarrollo de los considerandos, la Corte constata "una flagrante falta de capacitación y sensibilidad en cuanto a las circunstancias particulares de casos de violencia sexual cometidas contra una niña, especialmente en el hogar y por una persona que ostentaba poder sobre ella y, por consiguiente, la ausencia de perspectiva de género y niñez al examinar el caso" (41).

El Tribunal interamericano también destacó sobre la consideración de factores de vulnerabilidad y en ese sentido sostuvo que "las investigaciones y el proceso penal deben ser dirigidos por el Estado con una perspectiva de género y niñez, con base en la condición de niña de la víctima y tomando en cuenta la naturaleza agravada de la violación sexual, así como los efectos que podría causar" (42).

VIII. Recusaciones con y sin causa en el sistema de jurados de Argentina. Estudios empíricos sobre el uso

Las provincias que han implementado el juicio por jurados en cumplimiento del histórico y triple mandato constitucional (arts. 24, 75 inc. 12 y 118 de la CN) y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires han regulado las recusaciones con y sin causa (43).

(40) Corte IDH, "Caso Angulo Losada vs. Bolivia", cit., párr. 104.

(41) Ibidem, párr. 121.

(42) Ibidem, párr. 162.

(43) En Buenos Aires el art. 338 *quater* del Cód. Proc. Penal establece sobre las recusaciones con causa que "no podrán estar basadas en motivos discriminatorios de ninguna clase". Y sobre las recusaciones sin causa regula que "podrán cada una recusar sin causa hasta a cuatro [4] de los ciudadanos sorteados como jurados. Las recusaciones se harán alternadamente, comenzando por la acusación. Cuando un jurado fuera recusado sin causa, este deberá ser excluido y no podrá actuar en el juicio. Cuando en el juicio hubiera pluralidad de acusados y de acusadores, la parte acusada y la parte acusadora podrán formular colectivamente cuatro [4] recusaciones sin causa y, además, cada acusado y acusador podrán formular separadamente dos [2] recusaciones sin causa adicionales. En el supuesto en que haya un solo acusado frente a pluralidad de acusadores, aquel tendrá derecho a un

Buenos Aires, Chaco, Mendoza, Entre Ríos, Chubut, Catamarca, San Juan y CABA, donde el jurado se ha implementado con la cantidad de 12 personas e integración con paridad de mujeres y

varones, han otorgado a cada parte (acusadora y defensa) la cantidad de cuatro recusaciones sin causa, las que se incrementan en un máximo de dos adicionales o, asegurando dos recusaciones

número de recusaciones sin causa adicionales igual al total de recusaciones sin causa adicionales que esta regla fija para la parte plural. Por el contrario, cuando haya un solo acusador y una pluralidad de acusados, aquel tendrá derecho a un número de recusaciones sin causa adicionales igual al total de recusaciones sin causa adicionales que esta regla fija para la parte plural. CABA (ley 6451), establece: art. 25 Las recusaciones con causa no podrán estar basadas en motivos discriminatorios de ninguna clase. Art. 26.- Recusación sin causa. En la misma audiencia, la parte acusadora y la defensa podrán cada una recusar sin causa a cuatro [4] potenciales Jurados. Cuando en el juicio hubiera pluralidad de acusados/as y de acusadores/as, la parte acusada y la parte acusadora podrán formular colectivamente cuatro [4] recusaciones sin causa y, además, cada acusado/a y acusador/a podrán formular separadamente dos [2] recusaciones sin causa adicionales. Mendoza (ley 9106). Art. 14.- Recusación sin causa. La parte acusadora y la defensa pueden cada una, en oportunidad de la convocatoria prevista en el art. 10, recusar sin causa hasta a cuatro [4] de los ciudadanos sorteados como Jurados. Las recusaciones se harán alternadamente comenzando por la acusación. En caso de existir varias partes acusadoras o acusados, deben actuar de mutuo acuerdo para indicar los candidatos que recusan sin alegación de causa. De no mediar acuerdo, se decide por sorteo el orden en que las partes acusadoras o acusados, pueden formular la recusación, hasta que se agote el cupo de recusables. Chaco (ley 7661). Art. 38.- Recusaciones. Número. Discriminación. Cada una de las partes tendrá derecho a recusar sin causa a cuatro [4] jurados. Las partes pueden recusar con causa de manera ilimitada. Las recusaciones no podrán estar basadas en motivos discriminatorios de ninguna clase. Art. 39.- Pluralidad de partes. En caso de existir multiplicidad de partes, acusadores y acusados procurarán actuar de mutuo acuerdo para indicar los candidatos que recusan sin causa. De no mediar acuerdo, se decidirá por sorteo el orden en que las partes acusadoras o acusadas pueden formular la recusación. El juez garantizará que cada una de las partes pueda recusar sin causa al menos a dos [2] potenciales jurados, manteniendo siempre la misma cantidad de recusaciones sin causa entre acusación y defensa. Chubut (ley XV 30). Art. 303 c) Una vez en la audiencia, las partes podrán formular preguntas a los potenciales jurados sobre posibles circunstancias que pudieran afectar su imparcialidad. La audiencia será dirigida por el juez, que moderará las preguntas. El juez también podrá examinar y formular a los potenciales jurados preguntas pertinentes a su capacidad para actuar. Cada una de las partes tendrá derecho a recusar sin causa a cuatro jurados o a un vocal lego. En caso de existir multiplicidad de partes, acusadores y acusados procurarán actuar de mutuo acuerdo para indicar los candidatos que recusan. De no mediar acuerdo, se decidirá por sorteo el orden en que las partes acusadoras

o acusadas pueden formular la recusación. El juez garantizará que cada una de las partes pueda recusar sin causa al menos dos potenciales jurados, manteniendo siempre la misma cantidad de recusaciones entre acusación y defensa. Neuquén (ley 2784). 4) Recusación sin causa. Finalmente, en la misma audiencia la defensa y el acusador podrán —cada uno— recusar a uno [1] de los jurados titulares sin expresión de causa. Si hay varios acusadores y varios defensores, deberán ponerse de acuerdo y unificar criterios. Cualquier incidencia será resuelta en el acto por el juez del mismo modo que en el inciso anterior. Entre Ríos (ley 10.746). Art. 37: Recusaciones. Número. Discriminación.- Cada una de las partes tendrá derecho a recusar sin causa a cuatro [4] jurados. Las partes pueden recusar con causa de manera ilimitada. Las recusaciones no podrán estar basadas en motivos discriminatorios de ninguna clase. Art. 38: Pluralidad de partes.- En caso de existir multiplicidad de partes, acusadores y acusados procurarán actuar de mutuo acuerdo para indicar los candidatos que recusan sin causa. De no mediar acuerdo, se decidirá por sorteo el orden en que las partes acusadoras o acusadas pueden formular la recusación. El juez garantizará que cada una de las partes pueda recusar sin causa al menos a dos [2] potenciales jurados, manteniendo siempre la misma cantidad de recusaciones sin causa entre acusación y defensa. Río Negro (ley 5020). Respecto de la integración del Tribunal de Jurados prevé: "Si la pena requerida por el fiscal es mayor a doce [12] años y menor a veinticinco [25] años de prisión o reclusión, el tribunal estará integrado por siete [7] jurados titulares y, como mínimo, un [1] suplente. Si la pena requerida por el fiscal es mayor a veinticinco [25] años de prisión o reclusión, el tribunal se integrará con doce [12] jurados titulares y, como mínimo, dos [2] suplentes". Y sobre las recusaciones sin causa: Recusación sin causa. Finalmente, en la misma audiencia la defensa y el acusador podrán —cada uno— recusar a uno de los jurados titulares sin expresión de causa si el jurado es de siete [7] miembros y a cuatro [4] si el jurado es de doce [12] miembros. Si hay varios acusadores y varios defensores, deberán ponerse de acuerdo y unificar criterios. Cualquier incidencia será resuelta en el acto por el juez del mismo modo que en el inciso anterior. Catamarca (ley 5719). Art. 38.- Recusaciones. Número. Discriminación. Cada una de las partes tendrá derecho a recusar sin causa hasta cuatro [4] personas del jurado, en tanto no concurren las causales establecidas en el art. 39. Las partes pueden recusar con causa de manera ilimitada. Las recusaciones con causa no podrán estar basadas en motivos discriminatorios de ninguna clase. Art. 39.- Pluralidad de Partes. En caso de existir multiplicidad de partes, las acusadoras o las acusadas procurarán actuar de mutuo acuerdo para indicar las personas candidatas que recusan sin causa. De no mediar acuerdo, se decidirá por sorteo el orden en que las partes

sin causa a cada parte, cuando la acusación o la defensa es múltiple. En este caso, se exige acuerdo respecto de las cuatro recusaciones sin causa y además cada parte cuenta con las adicionales.

En el caso de Río Negro, la previsión varía porque se ha establecido un jurado con integración de 7 o 12 personas según la gravedad del crimen, en consideración de la pena. Por lo que, en el caso de un jurado de 7 miembros, la defensa y la acusación podrán recusar cada una a un miembro, mientras que si el jurado es de 12 personas, tienen hasta 4 recusaciones sin causa.

En Córdoba el jurado está integrado por 8 personas y cada parte puede recusar sin causa a una y en Neuquén, la integración es de 12 miembros pero también, cada una de las partes, defensa y acusación, tienen asignada una recusación sin causa.

Las recusaciones con causa son ilimitadas y los motivos para esgrimir las son los mismos que los previstos para los jueces técnicos. El juez decide en audiencia sobre este tipo de recusaciones

acusadoras o acusadas pueden formular la recusación. El juez o la jueza garantizará que cada una de las partes pueda recusar sin causa al menos a dos [2] potenciales jurados, manteniendo siempre la misma cantidad de recusaciones sin causa entre acusación y defensa. San Juan (ley 1851). Art. 476.- Recusación sin causa: En la misma audiencia de selección de jurados, la parte acusadora y la defensa, pueden cada una recusar sin causa hasta dos [2] de los ciudadanos sorteados como jurados populares. Las recusaciones se deben hacer alternadamente, comenzando por la parte acusadora. Cuando un jurado popular es recusado sin causa, este debe ser excluido y no puede actuar en el juicio. Cuando en el juicio existen pluralidad de acusados y de acusadores, la parte acusada y la parte acusadora pueden formular colectivamente dos [2] recusaciones sin causa y, además, cada acusado y acusador pueden formular separadamente dos [2] recusaciones sin causa adicionales. En el supuesto en que haya un solo acusado frente a pluralidad de acusadores, aquel tiene derecho a un número de recusaciones sin causa adicionales igual al total de recusaciones sin causa adicionales que esta regla fija para la parte plural. Por el contrario, cuando existe un solo acusador y una pluralidad de acusados, aquel tiene derecho a un número de recusaciones sin causa adicionales igual al total de recusaciones sin causa adicionales que esta regla fija para la parte plural. Córdoba. Art. 24.- Recusación sin causa. La defensa y el Ministerio Público, en el plazo de tres [3] días de confeccionada la lista de jurados que intervendrán en la causa, podrán —cada uno— recusar a uno [1] de los jurados titulares sin expresión de causa.

y las partes, tienen un recurso de reposición en caso de denegatoria. De su lado, las recusaciones sin causa implican la exclusión inmediata del posible jurado. Las legislaciones también prevén la prohibición de invocación de motivos discriminatorios o el ejercicio de recusaciones con tales fines.

El Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) viene llevando a cabo estudios empíricos sobre el funcionamiento del juicio por jurados en nuestro país. En Buenos Aires se realizó una primera aproximación a la experiencia de los operadores judiciales en el nuevo sistema y se sistematizó la información oficial disponible y los resultados de los primeros tres años de implementación durante el cual se llevaron a cabo 173 juicios por jurados. Este trabajo fue publicado en el año 2018 bajo el nombre “El Poder del Jurado. Descubriendo el juicio por jurados en la Provincia de Buenos Aires”.

Uno de los capítulos (VIII) titulado “La novedad de la audiencia de *voir dire*” aporta datos sobre el uso de las recusaciones y remarca en relación al objetivo de la audiencia de *voir dire* que “cada una de las partes debe ocuparse de generar un temor de parcialidad acerca de cada potencial jurado sobre el cual pedirá su recusación, si es que quiere que el juez le dé lugar a su solicitud” (44).

Con respecto a las recusaciones sin causa, se menciona la observación de nueve audiencias de *voir dire* donde se reveló que en siete la fiscalía realizó recusaciones sin causa y en tres de aquellas utilizó las cuatro recusaciones que prevé la ley mientras que en los restantes, solo tres recusaciones (45).

Por su parte, la defensa, hizo uso de recusaciones sin causa en seis audiencias y en cuatro de esas hizo uso de las cuatro recusaciones mientras que en una audiencia hizo uso de tres y en la restante, solamente empleó dos (46).

(44) PORTERIE, Sidonie; ROMANO, Aldana, "El poder del jurado: descubriendo el juicio por jurados en la Provincia de Buenos Aires", INECIP, Buenos Aires, 2018, p. 163.

(45) Ibidem, p. 165.

(46) Ibidem.

IX. Recusación con causa con motivo de prejuicios de género. Fallo A. D. y proyecto de ley para la justicia nacional/federal

En la introducción de este trabajo nos hemos referido al proyecto de ley para la justicia nacional/federal para incorporar entre las causas de recusación de jueces/as técnicos a la falta o posición contraria a la perspectiva de género. Un antecedente relevante en la materia y que permite comprender la necesidad de esta reforma, es el caso A. (47) donde la reconocida abogada especialista en la defensa de personas trans, Luciana Sánchez, planteó en el proceso penal en trámite en la justicia nacional, la recusación de dos jueces integrantes del tribunal que tenían asignado el caso de L. A. D. sobre la base de la ausencia de imparcialidad debido a los prejuicios y estereotipos que esos jueces tenían para lo cual, presentó prueba que sustentaba tal afirmación, como sentencias previas en las que basaron sus argumentos en prejuicios y mitos, declaraciones previas extrajudiciales donde manifestaron una posición contraria a la aplicación de la perspectiva de género y el propio tratamiento dado a su defendida claramente contrario a lo prescripto por nuestra ley de identidad de género y por ende, discriminatorio.

Puntualmente, la defensora sostuvo la existencia de una causal objetiva de parcialidad de los jueces y en ese sentido adujo que “el temor de parcialidad aplicable al caso no se relaciona con actos procesales anteriores de los jueces de este procedimiento, sino con la existencia de actitudes, posiciones ideológicas, sociales y políticas de los jueces, que guardan directa relación con el asunto que resolver, y estimados que puedan tener incidencia en el resultado del pleito”.

El art. 61 del Cód. Proc. Penal establece que el juez recusado, en caso de no hacer lugar al pedido debe confeccionar un informe y elevar la incidencia a la Cámara para su decisión. Es notable en este caso, cómo los jueces al ser expuestos sobre la existencia de prejuicios, los negaron en ese informe sobre la base de argumentos que claramente demostraban que los tenían, incluso, creo que tampoco advirtieron que la defensa

de su afirmada imparcialidad era hasta contraria a la ley.

Por ejemplo, en el mencionado informe, en defensa de la influencia contraria a la imparcialidad que tenían sus creencias religiosas, uno de los jueces recusados hizo referencia a la acusada como “un imputado con tendencias homosexuales” y citó un pasaje de un texto religioso para sostener que “hombres y mujeres con tendencias homosexuales” padecerían una “inclinación objetivamente desordenada”, a quienes correspondería acoger “con respecto, compasión y delicadeza” y “evitar todo signo de discriminación injusta”.

Además negó la posibilidad de la incidencia de la “orientación sexual del acusado” (manera en que se refería a A.) en el cargo que se le formulara y se manifestó en forma contraria a aplicar lo que según él era una “ideología de género”, lo que es revelador de un discurso de odio de género.

Otro dato relevante es la relación que la defensora estableció entre distintas manifestaciones previas de los jueces y la existencia de prejuicios y estereotipos. Por ejemplo, cuando invoca la incidencia de su posicionamiento ideológico/religioso y como logró, a partir de traer esta información al proceso, que el propio juez, sin ser consciente en absoluto, revelara su prejuicio hacia la identidad de género de la acusada en atención sus creencias religiosas. O sea, la incidencia sirvió para hacer aún más patente la existencia de un posicionamiento que menoscababa la imparcialidad del juzgador y a la vez, demuestra que la problemática de la estereotipación puede pasar inadvertida para el propio autor.

En materia de sesgos, cuando están fuertemente afirmados en un conocimiento prejuicioso de la realidad aun cuando, la persona acceda a información confiable, científica y cierta, es muy difícil que comprenda y adopte una solución contraria a lo que le indica el sesgo y en ocasiones, para ciertas personas es una tarea totalmente imposible de llevar a cabo. De ahí que, frente al temor de que existan sesgos (conscientes o inconscientes) el debido resguardo de la imparcialidad debe llevarnos a adoptar solucio-

(47) CFCP, Sala II, causa 11208, "Rojas", 07/08/2009; CNCrim. y Correc., Sala de turno, CCC 41112/2018/TO1/3/CNC3, "D., L. A.", 10/03/2020.

nes que en el supuesto de duda, permita excluir a la persona que los posee.

En el caso de A., la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional hizo lugar al requerimiento de la defensa tras corroborar a través de la prueba aportada “el temor de parcialidad” de los jueces integrantes del Tribunal. Para ello, realizó una interpretación amplia del ya mencionado art. 55 del Cód. Procesal: “[A]demás de los motivos de excusación numerados en el art. 55, CPPN deben admitirse otros en la medida en que las circunstancias objetivas del caso concreto pudieran dar lugar razonablemente, a que los intervinientes se vean enfrentados a una duda razonable sobre la imparcialidad de sus jueces”.

Lo valioso de traer este fallo al análisis es que, si bien por un lado, adopta un criterio amplio para hacer lugar a la recusación de los magistrados sesgados y garantizar así, la imparcialidad, por otro lado, nos permite conocer las dificultades que enfrentan los litigantes para lograr la constitución de un tribunales de jueces técnicos imparciales.

Como señalamos antes, la cuestión queda sujeta a la interpretación judicial del alcance del art. 55 y, por otro lado, el dispendio de tiempo que eso genera si resulta necesario generar un trámite recursivo.

Además, está la cuestión de las dificultades probatorias que tiene la temática. En efecto, como señalamos, muchos prejuicios son conscientes y otros inconscientes, a veces los ponemos de manifiesto y otras veces no. Y si los ponemos de manifiesto tal vez no es de una manera directa, y así, para detectarlos y ponerlos en evidencia, tenemos que establecer un vínculo entre el sesgo y un determinado prejuicio. A su vez, quien decida sobre la suficiencia de la prueba del temor de parcialidad debe tener un criterio amplio sobre la base de un acabado conocimiento de la temática de género y entonces, volvemos a las dificultades que nos trae la existencia de distintas posiciones jurisprudenciales.

En definitiva, la solución de este caso ha sido positiva pero demuestra el difícil camino que el litigante debe andar para alcanzar una decisión respetuosa del debido proceso. A ello se

aduna la exposición del litigante frente al juez/a recusado/a, situación que genera rispideces que podrían evitarse de adoptarse otros mecanismos como los que se propondrán en el siguiente y última parte de este trabajo.

X. Análisis del proyecto. Propuesta adicional y conclusiones

Adelanté al inicio de este desarrollo que el proyecto de ley presentado que incorpora una nueva causa de recusación en la regulación procesal federal y nacional es muy valioso en el contexto de la práctica judicial pues, en definitiva, trae luz sobre un tema en el que hay diversas interpretaciones de la ley que, según el sentido que se adopte, pueden generar un perjuicio en las personas más vulnerables a sufrir discriminación.

Sin embargo, el instituto de la recusación con causa sobre la base de este nuevo motivo, resultaría aún más efectivo si se encontrara acompañado de la asignación a cada parte de recusaciones sin causa que, es la propuesta que se realiza tras el estudio de la garantía de imparcialidad y las herramientas que sirven para asegurarla en el proceso judicial.

El análisis que hemos traídos sobre el alcance de la imparcialidad en el sistema de jurados del *common law*, en particular, del norteamericano y el uso de recusaciones sin causa, como así, de la implementación del juicio por jurados en nuestro país adoptando idéntica solución en el proceso, es decir, asignando recusaciones sin causa a la acusación y la defensa, revela que las limitaciones actuales de nuestra legislación federal/nacional como así, provincial para la justicia técnica, en cuanto no otorga el ejercicio de recusación sin expresión de motivo, coloca a los justiciables en una situación de menor garantía para obtener la tan preciada imparcialidad y por ende, propicia en ellos la generación de un sentimiento de mayor desconfianza en el resultado del proceso, lo cual afecta la legitimidad del sistema de justicia en general.

Aun cuando el juicio por jurados, tiene muchísimas salvaguardas que lo posicionan como un sistema de administración de justicia que garantiza de manera elevada la imparcialidad y racionalidad de la decisión y en mayor medida

que el proceso ante jueces técnicos (me remito a lo sostenido ya en trabajos previos publicados), lo que además, justifica su elección por el constituyente para el juzgamiento de los crímenes (casos penales más graves), los procesos mediante jueces/as técnicos pueden y deben ser mejorados para el resguardo del debido proceso pero sobre todo, para generar condiciones de igualdad en el juzgamiento.

El avance en la teoría del conocimiento y de la psicología sobre la comprensión de cómo nacen, se construyen e influyen los prejuicios y estereotipos en los procesos de tomas de decisiones nos pone en alerta acerca de cómo estos pueden minar, a veces, casi sin advertencia la garantía de imparcialidad. El punto de partida en esta temática es que todas las personas tienen prejuicios y estereotipos, no es una presunción sino una afirmación, todos tenemos posicionamientos, es una ficción basada en un preconcepto erróneo presumir lo contrario. Quienes se desempeñan en la judicatura no son la excepción a esta regla.

Entonces, ¿por qué están exentos de ser apartados de la decisión de un caso de igual manera en que pueden serlo los jurados cuando, alguna de las partes sospecha la existencia de parcialidad? El ejercicio de recusaciones sin causa en los casos penales juzgados por jueces/as profesionales traería al sistema judicial aquello que, las recusaciones sin causa en el sistema de jurados trajeron y mantienen para la persona acusada y la comunidad, legitimidad y confianza.

Claramente, no es posible llevar a cabo una audiencia de *voir dire* en un juicio ante técnicos, con lo que aquellos argumentos de quienes restringen el uso de las recusaciones sin causa para llevar adelante un adecuado procedimiento de obtención de información para su ejercicio, no es aplicable a la problemática planteada.

Tampoco resultan aplicables en nuestro margen los argumentos contrarios a las recusaciones sin causa debido a su uso discriminatorio. En efecto, en el uso que se viene realizando en los juicios por jurados llevados a cabo, no ha surgido un solo caso, al menos que se conozca, de su empleo con sustento en un motivo discriminatorio. Por lo tanto, en Argentina, no hay razones por las cuales restringir su uso en el juicio

por jurados y por ende, no es argumento que pudiera hacerse valer en contra para implementarlas ante jueces técnicos.

Al contrario, en nuestro país, la incorporación de recusaciones sin causa en el fuero penal coadyuvaría, como se dijo, al logro de una mayor imparcialidad en el juzgador de los hechos. Se trata de una herramienta que debe analizarse desde el deber de debida diligencia que impone el sistema interamericano de derechos humanos cuando estamos frente a casos donde las cuestiones de género se encuentran implicadas.

El temor de parcialidad solo puede abordarse de manera efectiva o, por lo menos, de la manera más efectiva posible, asignando a las partes la posibilidad de recusar sin expresión de motivos a jueces y juezas profesionales.

La herramienta permite abordar cualquier tipo de sesgo basado en prejuicios y estereotipos que no están limitados al género sino que, comprende otros factores que en la práctica pueden ser motivo de discriminación: raza, religión, procedencia social, la pobreza, ideología política, etc.

El hecho de que precisamente, en los juicios ante la justicia profesional no puede llevarse a cabo una audiencia de *voir dire* es lo que impide obtener suficiente información para que una recusación con causa resulte exitosa. A su vez, como dijimos antes, la forma en que operan los sesgos, muchas veces cautelosa, es una dificultad para ponerlos en descubierto. A lo que sumo, la incómoda posición de la asunción de un prejuicio o de su denuncia.

En suma, el debido proceso que implica la garantía a ser juzgado por un tribunal imparcial debe ser satisfecha, sea que nos encontremos ante la justicia profesional o, ante jurados. En este análisis, el sistema de jurados nos permite vislumbrar herramientas que la influencia inquisitiva llevó al legislador a dejar de lado pero que, en este proceso de reforma judicial que nos dirige hacia la consolidación del proceso acusatorio adversarial, renacen como símbolo de legitimidad de los sistemas judiciales.

Culmino estas conclusiones con una referencia a un reciente caso ya mencionado en el

trabajo, el de Lucía Pérez. Para esta época se encuentra en curso el segundo juicio atento que el primero, la resolución tomada por el tribunal se constató, estuvo plagada de prejuicios y estereotipos en perjuicio de la alegada víctima. Ahora, los cuestionamientos de imparcialidad asimismo, se encuentra del lado de los acusados, de hecho, antes del pronunciamiento del veredicto, hay una denuncia de violación del debido proceso y pedido de nulidad del juicio con sustento (con o sin razón, sobre lo que no se emite juicio aquí) en la “interferencia que el poder ejecutivo” habría tenido sobre el proceso, además de la influencia de los medios de comunicación y organizaciones para que la decisión final sea condenatoria.

El caso en juzgamiento es sumamente grave, los términos de la acusación lo son (violación y femicidio), es decir, estamos frente a crímenes. Lamentablemente, la ley de la provincia de Buenos Aires habilita la renuncia de la persona acusada al enjuiciamiento por jurados, ya que posibilita sustraer de la ciudadanía la decisión de este tipo de casos graves lo que es contrario a su derecho cívico. Las consecuencias de esa renuncia en el caso de Lucía llevó a que jueces técnicos fallaran con prácticas de estereotipación, ahora, una nueva integración ha sido puesta en sospecha de parcialidad debido a su exposición a situaciones que podrían afectar su libre criterio (influencias de otros poderes, medios de comunicación).

Cualquiera sea la decisión del caso, lo que le otorga legitimidad es que provenga de un tribunal imparcial. Cuando la ley habilita mecanismos que llevan a transitar procedimientos que

vician esa legitimidad (sustracción del juzgamiento de un crimen de la competencia del juicio por jurados constitucional) o cuando nos los habilita (ausencia de asignación de recusaciones sin causa), el resultado siempre será objeto de cuestionamiento por una u otra parte. De esta manera, los procesos no tienen fin, y llevan muchas veces a reeditar actos (juicio) que revictimizan y perpetúan situaciones de incertidumbre lo que mantiene un estado de vulneración de derechos y generan impunidad y falta de acceso a la verdad para todas las partes involucradas en el conflicto penal.

En la justicia federal/nacional no se ha implementado aun el juicio por jurados que, es el mejor sistema para asegurar la imparcialidad, tal como hemos hecho notar a través del desarrollo en este trabajo de una de sus salvaguardas, la constitución del tribunal (sorteo aleatorio, audiencia de *voir dire* y uso de recusaciones sin causa) y existen otras, por eso el proceso de reforma judicial debe avanzar hacia su definitiva implementación y cumplimiento del mandato constitucional.

Sin perjuicio de ello, la herramienta de recusación sin causa en la justicia profesional es una propuesta que, junto a la proyectada incorporación de una recusación con causa basada en la falta o posición contraria a la perspectiva de género, asegura el derecho a un tribunal imparcial con el alcance que le ha dado actualmente el sistema interamericano de derechos humanos y que encuentra sustento en el ya referido avance de la teoría del conocimiento sobre la comprensión de la influencia de sesgos en los procesos de toma de decisión.