

ESTUDIOS

Sobre el significado y vigencia del Jurado

Ernesto PEDRAZ PENALVA

SUMARIO

I. Introducción. Problemas suscitados en torno a la reimplantación del Jurado. II. Origen y significado del Jurado continental europeo. III. Conclusiones.

I. La apasionada controversia surgida a favor y en contra de la participación popular en la Administración de Justicia trae origen inmediato de la normativa fundamental plasmada en el artículo 125 de nuestra Carga Magna y en su consiguiente interpretación¹. Al utilizar el término constitucional de «participación»² pretendo excluir supuestos que en verdad son de colaboración, cooperación o auxilio con los Juzgados y Tribunales como, entre otros, pueden ser los de los asesores técnicos, el del denominado «jurado de acusación» (o «Grand jury»³ —vigente en el Reino Unido hasta 1933 y que aún subsiste en Estados Unidos de Norteamérica⁴—, e incluso, desde la perspectiva de «un control democrático de la organización judicial», el de la intervención de los ciudadanos en sus órganos de gobierno —primordialmente en el Consejo del Poder Judicial—, etc.⁵.

Objeto de este trabajo va a ser, por consiguiente, el Jurado, esto es, el Tribunal compuesto por jueces técnicos y legos, previsto para el enjuiciamiento de las causas penales⁶. Obsérvese que aludo de modo exclusivo al ámbito procesal penal en clara congruencia con lo sancionado en el citado artículo 125 CE («... y con respecto a aquellos procesos penales...»), precepto en el que se restringe a esa sede de la actuación del Jurado⁷.

El desacuerdo vigente entre los tratadistas en torno a la interpretación y modo de llevar a cabo el mandato contenido en nuestra Primera Norma respecto a la participación ciudadana en la Justicia, en-

tre otros puntos, parece centrado en los siguientes:

En primer lugar, acerca de si la Ley del Jurado de 1888 fue objeto de derogación o por el contrario de mera suspensión. De este modo, por algunos autores, se ha dicho que «está simplemente en desuso, por cuanto jamás fue derogada, sino suspendida en 1936 por un decreto-ley de la Junta de Defensa nacional», que en ningún momento posterior fue sancionado por las Cortes⁸, contrariamente, por otro sector de la literatura, se ha afirmado que puede y debe considerarse derogada⁹.

En verdad las circunstancias por las que atravesó la Ley del Jurado de 1888 fueron muy complejas¹⁰. En 1907 se excluyeron del conocimiento de este Tribunal popular —con eficacia tal restricción únicamente en las provincias de Barcelona y Gerona— una serie de figuras delictivas; en 1920, y sólo para Barcelona, se suprimió el jurado para los delitos de terrorismo; en 1923 se suspendió el juicio por jurados en todo el territorio español; en 1931, mediante un Real Decreto —promulgado tres días antes de la proclamación de la II República— fue restablecido pretendiéndose su entrada¹¹ en vigor en enero de 1932; en varios decretos de 1931 (de 27 de abril, 18 de junio, 22 de septiembre, etc.), se introdujeron modificaciones en la Ley de 1888 relativas a las atribuciones de estos Tribunales, elaboración de listas de jurados, etc.; la Constitución de 1931 —de 9 de diciembre— recogió asimismo este instituto, genéricamente en su artículo 103 y, con particular referencia a los procesos para la exacción de la responsabilidad civil y criminal de jueces, magistrados y fiscales, en el artículo 99 (esta norma fue legalmente desarrollada en 13 de junio de 1936); por Ley de 27 de julio de 1933 se redujo sensiblemente su competencia objetiva al sustraerse de su ámbito de conocimiento los delitos de terrorismo, tendencia limitativa confirmada con la Ley de 5 de agosto del mismo año que excluyó de su esfera la declaración del es-

tado de peligrosidad e imposición de las pertinentes medidas asegurativas; la Ley de 17 de julio de 1935 implantó para el enjuiciamiento de determinadas causas atribuidas a la Sala de Justicia Militar del Tribunal Supremo un órgano formado por magistrados y por dos generales de división del Ejército, designados estos últimos por el Ministerio de la Guerra¹². Con la guerra civil la Administración de Justicia pasó, en una zona, a manos principalmente de los Tribunales populares y, en la otra, a los Tribunales militares¹³, suspendiéndose en esta última —la denominada nacional— el funcionamiento de los jurados mediante Decreto de 8 de septiembre de 1936¹⁴.

Si las circunstancias relatadas se conectan con la promulgación del vigente texto constitucional podría concluirse que la discusión en torno a la derogación o suspensión de la Ley del Jurado de 1888 es estéril. Lo decisivo es el hecho de que la Constitución de 1978 supone, y tiene que suponer, el punto de partida de cualquier desarrollo legislativo del mandato contenido en el artículo 125, sin olvidar, además, que en virtud de la Disposición derogatoria tercera, gran parte de esa decimonónica Ley está en evidente contradicción con nuestra Carta Magna¹⁵.

En segundo lugar, el tema de si el tan mencionado artículo 125 CE acoge únicamente al viejo y ya superado modelo clásico francés (Jurado puro) o si por el contrario la expresión «... los ciudadanos podrán ... participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma ... que la Ley determine mediante...», permite interpretarlo genéricamente y, por ende, tiene cabida el denominado Jurado mixto o escabinado (en el que junto a jueces peritos en Derecho o profesionales intervienen también elementos laicos, contribuyendo simultánea y de modo equivalente a formar la voluntad del órgano colegiado sentenciador). A mi juicio coexisten varias posibilidades de entender el dictado constitucional del artículo 125 y, en último extremo, de desarrollarlo en relación con lo previsto en los artículos 9.2 y 23 también de la CE, con lo que en principio discrepo de la posición de aquellos que, partidarios de una única lectura, mantienen que sólo viene acogido en nuestra Primera Norma el Jurado puro¹⁶. Con ello me identifico con autores como Fairén Guillen, Gimeno Sendra, Martín Ostos, Vega Ruiz, Soriano, Lizaso Puertas, etc., para quienes el escabinado (o escabinato) o jurado mixto es plenamente constitucional¹⁷, por cuanto el uso por la Ley Fundamental del término «jurado» no significó que el constituyente optara por el puro o clásico, sino, de un lado, desterrar los «tribunales populares» (con todas las connotaciones que históricamente tuvieron) y, de otro, adecuarse al término castellano «jurado» habida cuenta de que, aún, y pese a su general utilización ya en el siglo XIX, el de escabinado o escabinato —de origen francés— no ha sido recibido en el Diccionario de la Real Academia Española

la de la Lengua. Es importante a este tenor recordar asimismo que en el Código procesal penal francés vigente se sigue hablando de «jury» para denominar al miembro no profesional de la «Cour d'Assises».

Por los que se han decantado a favor de la restauración a ultranza del absoluto jurado puro se tilda de «fraude a la Constitución»¹⁸ y, en último término, a la participación popular en ella consagrada, cualquier intento de introducir el escabinado sin prestar mientes —como entre otros ha sido señalado por Martín Ostos¹⁹— al hecho de que el grado de participación ciudadana en la Administración de Justicia a través del jurado mixto es superior al que posibilita el puro (ocupando los miembros honorarios una posición en pie de igualdad a la de los profesionales, según afirma De Miguel y Alonso²⁰ en cuanto que el ciudadano interviene en la discusión y pronunciamiento no solamente de una parte de la sentencia, como acaece en el clásico^{20bis}, sino que decide tanto sobre el hecho como sobre el derecho, sobre la culpabilidad como sobre la pena.

En tercer lugar, no existe acuerdo entre los estudiosos en torno a si la participación popular en la Administración de Justicia a través del jurado —ya puro, ya mixto— constituye no sólo un derecho sino también un deber. En este sentido Gimeno Sendra sostiene que «se trata de un derecho, perteneciente a la esfera del «status activae civitatis»... Pero al propio tiempo, ... no es sólo un derecho sino que entraña también el ejercicio de un deber... el jurado pertenece a la categoría, acuñada por Carnelutti, de los «derechos-deberes»: Y es que también constituye una obligación del ciudadano prestar la colaboración requerida por los Tribunales en el curso del proceso (118 CE)²¹.

Con relación a este extremo podría destacarse:

a) Que la figura del «derecho-deber» es de difícil aplicación en el ámbito de los derechos públicos subjetivos. Debe tenerse en cuenta, además, la no muy feliz redacción de los artículos 125 CE y 19.2 y 83.2 LOPJ. En el 125 CE, cuyo tenor coincide con el del artículo 19.2 LOPJ, se habla de que «... podrán participar...». En el artículo 83.2 a) LOPJ se dice que «... la función del jurado será obligatoria...». Es decir, el legislador constituyente consagra un derecho del ciudadano que debe ser instrumentalizado por el legislador ordinario. En el mencionado artículo 83.2 a) LOPJ el legislador ordinario regula como obligación la participación ciudadana en la Administración de Justicia a través del jurado. El rango de ambas normas es distinto, con clara primacía del de la Carta Magna, pudiéndose acaso entender que la LOPJ ha ido más allá del mandato constitucional contenido en el artículo 125 CE al transformar el deber lo que en ese precepto se configuraba como derecho. Parece difícil situar al mismo nivel el derecho constitucional y la obligación legal. Soy consciente, no obstante, de que, a semejanza de otros ordena-

mientos y teniendo en cuenta la experiencia habida en ellos como asimismo la histórica española, ha pretendido el legislador ordinario protegerse contra el endémico, absentismo de los ciudadanos en esta tarea de participar en la Justicia, primordialmente evidenciado en determinado tipo de causas, bien por el objeto de las mismas, bien por los sujetos enjuiciados.

En el Derecho comparado se ha llegado a decir, así por Amodio²², que el principio de participación popular presente en las raíces ideológicas del jurado, tuvo una acepción profundamente distinta de la elaborada modernamente sobre la base de las normas constitucionales. Al «pueblo» ante todo, no correspondía la jurisdicción, sino sólo limitar sus abusos, de manera que ser jurado no constituía un derecho sino un deber del ciudadano, (con todo lo que liberalmente implica ser ciudadano, añadiríamos nosotros) asimilable al de pagar impuestos. De este modo, según puso de manifiesto Lanza²³ hay una analogía entre la prestación del servicio militar y la asunción de la función de jurado, pudiendo ambas ser consideradas como «formas de contribución personal»²⁴. En nuestro derecho histórico, contrariamente, por autores como Pacheco se llegó a decir que «... no es un derecho individual, ni un derecho del ciudadano. La organización del jurado es una función social, un derecho de la sociedad, un derecho del Estado, un derecho de la Nación»²⁵, postura también sustentada por Martos, quien, tras afirmar que su apreciación como derecho era opinable, dijo que «basta a mi objeto considerarlo como una función social... cuyo desempeño toca a los ciudadanos...»²⁶.

De lo dicho podríamos concluir que no acogiendo la Ley Fundamental española tal derecho de participación en la Justicia como deber resulta difícilmente armonizable con la rotunda afirmación, si recogida, por el contrario, en la LOPJ. Tal dificultad se incrementa en cuanto la expresión «... podrán...» del artículo 125 CE y 19.2 LOPJ es común al jurado y a la acción popular y nadie puede pensar que el ejercicio de ésta pueda resultar obligatorio. A esto puede agregarse la dudosa conveniencia de que se articule como obligación el desempeño de una tarea que exige la concurrencia de toda la buena voluntad, disposición y aptitudes del ciudadano (que sustituirán o complementarán la rutina e indiferencia que por algunos se atribuye al Juez profesional), cuya prestación no espontánea —su omisión es penalmente sancionable— podría conspirar contra la rectitud y prudencia del veredicto.

b) En relación con lo anterior, es decir la configuración del derecho a ser jurado también como deber, cabe plantear la posibilidad de reconocer, en su caso, la objeción de conciencia como causa para poder abstenerse de ser jurado. A este respecto hay que tener en cuenta que en Francia, por la Ley de 1980, se adicionó al artículo 258 del Código de Pro-

cedimiento Criminal un párrafo según el cual la objeción moral de tipo laico o religioso no constituía motivo grave susceptible de justificar la exclusión de la lista de jurados.

c) Aun en el supuesto de que, efectivamente, se acatara la configuración también como deber del derecho constitucional popular en la Administración de Justicia, lo que resultaría evidentemente exigible al legislador, sería la subsunción de las conductas contrarias a tal deber en los actuales tipos penales sin recurrir a esa práctica, desgraciadamente no muy infrecuente entre nosotros, de crear figuras nuevas delictivas al margen del Código Penal. Dentro de éstas, dispuso que podría constituir el incumplimiento de esa obligación un delito de denegación de auxilio (sancionado en el artículo 372 CP), más que uno de desobediencia, como se ha sostenido por algún autor, por cuanto el fundamento de aquella conducta punible descansa en el deber de cooperar, incurriendo en la misma el que se negara a ello y no se trata de una simple negativa a acatar una orden que suponga menoscabo del principio de autoridad. De esta manera se evita la exaltación del mero principio de autoridad en favor del de la tutela de un interés general (artículo 118 en relación con el 117, ambos de la CE).

En cuarto lugar, constituye asimismo, objeto de polémica si la celebración del juicio mediante jurados ha de quedar o no a la elección del acusado. Ya en la Orden de 14 de julio de 1931 (Gaceta del 16) se recordó su carácter potestativo, pudiendo por tanto los procesados optar por el Tribunal profesional o por el popular. Recientemente, López Muñoz subrayando —innecesariamente, a mi juicio— que el Tribunal profesional no desaparece con el del jurado, ha dicho que «... viene a constituir una opción adicional que tiene el inculcado para decidir si quiere ser juzgado por un Tribunal de conciencia o un Tribunal de derecho estricto...»²⁷; el profesor Almagro Nosete se muestra partidario de implantar el jurado con carácter electivo, con lo que, coherente y lógicamente, sostiene que ha de permitirse al justiciable que «... pueda elegir entre que lo juzgue un Tribunal de jurado, que lo juzguen sus pares o que lo juzgue un Tribunal solamente de técnicos...»²⁸. En contra de estas opiniones, Prieto-Castro²⁹ condena radicalmente tal alternativa por estimarla inconstitucional al infringir el artículo 24 CE (que proclama la admisibilidad del juez ordinario predeterminado por la ley); asimismo, Gimeno arguye que esa configuración del derecho al jurado como un derecho potestativo del acusado es inaceptable, «en primer lugar, porque podría vulnerarse el principio de «igualdad de armas», implícitamente recogido en el artículo 14 CE, al no conferirse también dicha posibilidad a las partes acusadoras —y, si se otorgara también a ellas, podría suceder que no llegara a constituirse el jurado ante la actitud del Ministerio Fiscal, tal y como acontece en Portugal—; en se-

gundo lugar, porque, con independencia de que en la práctica este derecho potestativo podría traducirse en desprestigio de la propia institución del jurado, la puesta en relación del artículo 24.2 con el 125 CE podría llevar a la conclusión de una posible vulneración del juez legal en materia penal, que, dentro de su competencia objetiva, ha de ser el Tribunal del jurado; finalmente porque si el carácter imperativo de las normas procesales penales impide su disposición, mucho menos puede reconocerse una esfera de la autonomía de la voluntad en la constitución de un órgano jurisdiccional»³⁰.

En quinto lugar, y no menos importante por ocupar este orden en la enumeración, está el problema relativo a la articulación de un sistema eficaz y efectivo de selección de los jueces honorarios que no resulte excesivamente costoso y que no sea restrictivo ni clasista³¹.

Finalmente, en sexto lugar, al tratar el tema de la determinación de la competencia objetiva del Tribunal popular, no hay acuerdo acerca de la exclusión de su conocimiento de determinados delitos como, por ejemplo, el de terrorismo, los económicos, los de escasa entidad («Bagatellsdelikte»), etc.³²

II. Del simple enunciado de los principales problemas en torno al jurado, objeto de discusión en la doctrina, dimana la práctica imposibilidad de tratar de estudiarlos en este trabajo con un mínimo rigor, tarea únicamente factible si se emprende con carácter monográfico. Me centraré por consiguiente en el relativo a la vigencia y consecuente adecuación de este instituto a nuestra Norma Fundamental, lo que va a exigir tener en cuenta el significado originario del recibido jurado francés como el de su evolución.

El sentido de esas líneas radica en la oposición, que lamentablemente parece resuelta en España, a favor del jurado puro o clásico (en contra del parecer técnico de la mayoría del sector más progresista del Derecho procesal). Entre los argumentos que parecen subyacer en el fundamento de tal alternativa destaca el decimonónico, hoy ya ideológico y susceptible al menos de ser considerado demagógico —a espaldas de avances científicos y sociales—, de etiquetar al jurado clásico como instituto netamente democrático³³ —e incluso creador de democracia—, oportuno además si se tiene en cuenta el también esgrimido argumento del deterioro de nuestra Administración de Justicia, necesitada así de «legitimidad democrática». En cuanto estudioso del Derecho procesal, partidario del acercamiento de la Administración al ciudadano y particularmente de la Justicia a través de la fórmula ya experimentada del escabinato (como indiqué más arriba), me parece obligado objetar y acaso denunciar posiciones tendentes en suma a restaurar el trasnochado instituto del jurado puro, que prescinden de las razones que desaconsejan tal propósito y desdibujan en verdad el carácter democrático del precepto constitucional que se intenta cumplir.

El jurado recibido en España en el siglo XIX, al igual que en los demás países europeos continentales, fue el revolucionario francés, muy lejano al modelo inglés de tan distinto origen y legitimación. Liberalmente su incorporación a la Administración de Justicia respondía, desde su específica misión de contribuir a la «liberalización» de la sociedad, a unos presupuestos ideológicos y políticos determinados: a un concepto de Estado y sociedad que ya no está en vigor y, consecuentemente, a un sistema de división de poderes y a un concepto de ley que han perdido su significado en nuestro momento³⁴. El Estado liberal, organizado teóricamente a través de las tres funciones estatales: legislativa, ejecutiva y judicial, ya desde el principio, destacando la legitimidad social de las dos primeras descalifica y configura como «invisible y nula» a la ya jurisdiccional (Montesquieu, *L'Esprit des Lois*, XI, VI). Ejecutivo y legislativo integran públicamente los poderes socialmente existentes, apareciendo el judicial como carente de papel político alguno por cuanto, de un lado, su carácter se circunscribe a la mera subsunción de los hechos en la ley a través de la correspondiente sentencia, y de otro, porque la potestad de juzgar no debe ser atribuida a un senado permanente sino ejercida por persona extraídas del seno del pueblo... para formar un Tribunal que no dure más que lo que la necesidad lo exija...» (Montesquieu, XI, VI). Dos elementos interesa destacar: ley y jurado, que de consuno articulan la concepción de la Jurisdicción y su consiguiente descalificación como poder, así como su organización.

El jurado es liberalmente acogido en la Administración de Justicia con una doble finalidad:

A) Negativa, como instrumento frente al poder arbitrario del Rey y otros poderes residuales. La reconstrucción burguesa del judicial supuso históricamente una antagónica e inmediata respuesta a la posición y papel desenvuelto por los «Parlements»³⁵. El nuevo Estado, liberal, con un equilibrio originario destinado a resolverse, con el predominio inicial del legislativo y, una vez liberalizada la sociedad, con el del ejecutivo (ya burgués), no podía permitirse el arbitrio de las antiguas corporaciones de magistrados (integradas casi exclusivamente por representantes de la nobleza y clero del Antiguo Régimen) —o si se prefiere el absolutismo judicial—, lesivo de la libertad individual³⁶ ni tampoco, en un primer momento, residenciar en el ejecutivo la Administración de Justicia al que estarían sometidos los magistrados profesionales por aquél designados³⁷.

B) Positiva, como instrumento de la clase burguesa para su consolidación social.

Del mismo modo que el ciudadano tenía el derecho a participar políticamente, debía intervenir en la aplicación de la ley al caso concreto³⁸, evitando de ese modo cualquier desviación de su objeto por el carácter judicial subsistente del viejo poder. Se completaba así el ciclo de control burgués de creación

de la ley general —expresión de los intereses de esa clase representada por sus iguales en el Parlamento—³⁹ con el de su aplicación al caso concreto (momento en el que no podía permitirse el peligro de su interpretación, sino de modo exclusivo la interesada subsunción en ella de los hechos constitutivos del litigio) en conformidad con el rechazo del viejo juez profesional⁴⁰. Este particularismo burgués en la instrumentalización del jurado (consecuente, pues, con la homogeneidad y particularidad de los intereses hechos valer en el Parlamento), ya fue rotundamente denunciado por Marat en el siguiente texto: «... Para echar polvo en los ojos y hacer creer que la Constitución está realmente fundada en los principios enunciados en la declaración de Derechos, los titiriteros de los comités de redacción la han acompañado del decreto que abole los títulos... y cualquier privilegio que atente contra el Derecho común de todos los franceses. Pero es falso que los padres conscriptos hayan, como pretenden, abolido toda institución que hiera la libertad e igualdad de los derechos; puesto que han comenzado por establecer como base de su trabajo las más humillantes distinciones, las más injuriosas e injustas, al excluir del derecho de ciudadanía, de elegibilidad en los cargos públicos y del honor de servir a la patria, a la innumerable clase de los desposeídos, declarados inactivos, no hábiles como electores, administradores, jueces y representantes del pueblo con sus decretos sobre la contribución directa de las tres jornadas de trabajo, de las diez jornadas de trabajo y del marco de plata, no han hecho sino sustituir las distinciones del nacimiento por las que la fortuna, la influencia de las dignidades por la del oro, la más vil y funesta de las prerrogativas...»⁴¹. Adquiere, por tanto, pleno significado la normativa consagrada en el «Code d'instruction criminelle» de 16-29 de septiembre de 1791 que, en su Título XI, se preocupa mucho de prescribir que la cualidad de jurado corresponde a todos los ciudadanos en los que concurren las condiciones exigidas para ser electores; esta expresión, que «prima facie» podría resultar un tanto equívoca, es explicada por Boitard, acudiendo a la legislación de la época, del modo siguiente: «... no se dice que los jurados serán seleccionados entre los electores, esto sería decir demasiado poco, sino entre los ciudadanos capaces para ser electores. Para comprender la diferencia es preciso recordar que la Constitución del 3-14 de septiembre de 1791 institúa dos grados de elección: había Asambleas primarias compuestas por ciudadanos activos llamados a designar no directamente a los miembros de las Asambleas legislativas, sino a los electores eligiéndoles de entre una determinada categoría. Los electores podían ser designados por las Asambleas primarias en nombre de los ciudadanos teniendo más de 25 años y disfrutando de una determinada renta... Así, aunque las Asambleas primarias no podían elegir entre las personas que goza-

ban de una renta especificada más que un número de electores proporcional a la población del lugar, es claro que los jurados eran seleccionados no sólo entre los electores elegidos por las Asambleas primarias, sino entre todas las personas que los asambleístas hubieran podido elegir, entre todas las personas con más de 25 años y que tuvieron 200 libras de renta en las ciudades de más de 6.000 almas, o de 150 libras en las ciudades con menor población»⁴². Es desde estas premisas desde las que Garraud⁴³ afirmó que se confundían el derecho electoral y el poder judicial por el modo de reclutar a sus miembros para organizar el jurado.

Dichas condiciones para ser jurado, con algunos matices, pero siempre orientadas a excluir a la mayoría de la población (analfabetos, mujeres, obreros y, en general, los que no tuvieran unos ingresos económicos mínimos determinados, siendo la propiedad garantía de honestidad y de aptitud y capacidad para el mantenimiento del orden jurídico⁴⁴ se mantuvieron indistintamente en el siglo XIX, no ya sólo en Francia, sino asimismo en Alemania, Italia, Suiza, en la misma España (de este modo en la Ley de 1888), etc., en clara armonía con el coetáneo sufragio restringido.

En esta línea en la que Donnedieu de Vabres, tras poner de relieve la artificialidad de la separación entre la cuestión relativa a la culpabilidad, que es sometida al jurado, y la determinación de la pena, que depende de la «Corte», sostuvo que «... se ha querido que los jurados, cuando han de pronunciarse sobre el fondo, para declarar al acusado culpable o no culpable, se desinteresen del resultado de su respuesta. Esta es una exigencia absurda e inhumana. El jurado se preocupa, pues, de la imposición de la pena, que no depende enteramente de él. Temiendo a menudo... el espíritu represivo de los jueces, ha llegado, para prevenir la aplicación de un castigo excesivamente severo, a resolver en el sentido de una indulgencia excesiva las cuestiones que se le plantean. Es para prevenir los enojosos resultados de esta falta de confianza entre el «jury» y la «Cour» por lo que la Ley de 5 de marzo de 1932 llegó a asociar el jurado al Tribunal en la deliberación sobre la pena»⁵³.

No obstante ha de destacarse que tal benevolencia del jurado, que se ha convertido en la bandera de todos los adversarios del instituto, debe caracterizarse por su unilateralidad, en el sentido de que era interesada: los jurados han sido inflexibles en los delitos contra el patrimonio y clementes en las infracciones contra la Administración pública y el orden público⁵⁴, confirmando así «la observación de Maquiavelo, de que los hombres se dejan despojar más fácilmente de la sangre que del dinero...»⁵⁵. En idéntico sentido también Dorado Montero resaltó que era «un hecho notorio la propensión de los jurados (salvo en ciertos delitos, como los que van contra la propiedad) a absolver a los procesados y

reconocer la concurrencia de circunstancias atenuantes...»⁵⁶.

El creciente peso que en el siglo XIX adquiere el magistrado en la decisión del juicio por jurados responde, además de a la necesidad de equilibrar la mencionada parcialidad y unilateralidad de los jurados, a exigencias técnico-jurídicas constitutivas de algunos de sus más graves inconvenientes, por ejemplo, la dificultad prácticamente insalvable de mantener la errónea idea de la separación del hecho y del derecho⁵⁷. Esas y otras causas, cuya consideración excede de los límites de estas reflexiones, provocaron en la mayoría de los Estados europeos continentales (Francia, Grecia, Austria, Portugal, Suiza, Italia, Alemania, etc.), una evolución desde el jurado puro al mixto o escabinado, de modo que jueces honorarios y peritos de derecho, unidos en un solo órgano, se pronuncian conjuntamente sobre la culpabilidad y la pena⁵⁸, conciliándose de esta manera el interés en la conservación del jurado «con las exigencias de una Justicia criminal más sabia, querida por la evolución del Derecho penal»⁵⁹, o, desde otras perspectivas, tal vez como medio de mantener una publicidad activa general e inmediata en el proceso siempre necesaria⁶⁰.

El origen y significado revolucionario francés del jurado puro, junto con el sistema de selección de sus miembros, atribuciones asignadas, y modo y resultado de su funcionamiento decimonónicos, me parece que permiten considerar que el jurado clásico no es inmediatamente equivalente a institución democrática, sino más correcta y fielmente, instrumento derivado del incipiente Estado burgués mantenido después por la democracia formal burguesa que en sí mismo no supone garantía de libertad e igualdad, propia de un contexto constitucional posterior⁶¹.

Lógicamente me refiero al jurado continental y no al anglosajón, cuyo origen y significado, como es sabido son, por cierto, notablemente distintos. No debe olvidarse que no pertenecemos al sistema del «Common law» en el que en general el derecho se origina como derecho judicial, crecientemente derivado de la necesidad jurídica del público, sino, contrariamente, al continental o del «Rechtsstaat», en el que preexiste una legalidad: expresión de unas normas permanentes y ahistóricas, sistema éste en el que en modo alguno el proceso político deriva del judicial.

¿Frente a qué o a quién se pretende ahora restaurar el viejo jurado? La soberanía reside en el pueblo español —como proclama el artículo 1.2 CE—, jurídicamente, pues, no puede hablarse de poderes residuales; el único poder que permanece es el constitucional a través del cual discurre la soberanía de todos⁶². ¿Es quizás contra la judicatura? En nuestro sistema de la legalidad, los jueces son independientes, precisamente en cuanto sometidos a la ley cuya aplicación constituye la esencia de la fun-

ción jurisdiccional, únicamente desarrollable a través del proceso (en cuanto instrumento necesario que garantiza la igualdad jurídica de las partes). La sola «legitimación» exigible al Juez radica en este sometimiento a la Ley (y no se olvide que la independencia judicial tiene exclusivamente sentido en cuanto sometido a la Ley). La Justicia no es, ni debe ser, un mecanismo indiscriminado de creación jurídica, sino de aplicación de la ley al supuesto específico y conforme a su concreta finalidad constitutiva social⁶³. Huelga por consiguiente en ella todo problema de «opinión». Si «per se» el juez es independiente e imparcial, no es muy perceptible el sentido de sustituirle total o parcialmente⁶⁴; sí, desde luego, verificar la efectividad de tal independencia e imparcialidad a través de los mecanismos orgánicos y procesales predeterminados mediante el control del contenido y lógica del juicio que ha de emitir (aparece así el carácter de instrumento de publicidad del escabinado con la presencia activa de los escabinos —legos— en la misma elaboración interna de la decisión).

La corriente participativa que parece aflorar en los defensores del jurado puro puede acogerse dentro de la respuesta a la crisis de la representatividad política ordinaria que se suscitó en los países europeos occidentales del continente ya desde los años cincuenta. El jurado clásico (o puro), en su modalidad francesa, pretendería ser un medio más para remediar la escasa participación política consentida al ciudadano, olvidando, o pretendiéndose ocultar, que al ciudadano hay que asociarlo de modo general a la política —el mandato constitucional al legislador de la remoción de obstáculos del artículo 9 CE, comprensiblemente ha de orientarse con prioridad al ámbito político—, como vía de apreciación de sus necesidades, y desde luego también la Administración, pero ya en esta vertiente importa de modo fundamental el inherente principio de una división racional del trabajo.

Pretender remediar una crisis jurisdiccional, aún tan profunda como la existente, con la participación ciudadana en tal función puede comportar, en algún modo, disolver la responsabilidad del fracaso del Estado en este ámbito. Si se estima que los jueces no están adecuadamente preparados, ha de buscarse el pertinente remedio para su capacitación y, consecuentemente, para su selección. Si se piensa que no actúan independientemente, hay que acudir a los instrumentos jurídicos normativamente previstos para erradicar tal desviación.

III. El jurado puro, pues, tuvo sentido y significado en un momento histórico concreto: en el del tránsito del Estado liberal al Régimen liberal. La consecuente evolución del mismo en la mayoría de los países europeos continentales ha llevado al establecimiento del jurado mixto o escabinado⁶⁵. Dicha evolución no obedece tan sólo a razones político-constitucionales, sino asimismo a motivos técnicos, ju-

ridico-procesales y materiales, económicos⁶⁶, etc. Pretender en 1988 acoger en nuestro Estado un instituto obsoleto supone desaprovechar la enseñanza que puede extraerse de la práctica de ese órgano en otros países y además ignorar las lecciones de la propia. Ciertamente nuestra Primera Norma, en su artículo 125, proclama la posibilidad de que los ciudadanos participen en la Administración de Justicia a través del jurado, mandato constitucional que debe ser acatado, pero en sus propios términos. No puede deducirse de la mencionada norma nada que vaya en contradicción con el artículo 117, también de la Ley Fundamental y que se reitera en el artículo 1 LOPJ, a cuyo tenor la Justicia se administra «exclusivamente» por jueces y magistrados. No caigamos por consecuencia en el gravísimo error del Decreto de 22 de septiembre de 1931, en cuyo preámbulo se decía: «La eminente función jurisdiccional de la soberanía popular que ejerce el Tribunal del jurado...»⁶⁷. Además, en el meritado artículo 125, como ya destacamos más arriba, se prevé que dicha participación popular podrá llevarse a cabo «... en la forma... que la ley determine»⁶⁸.

El escabinado es una de las formas, evolucionada, del jurado⁶⁹ mediante la cual se facilita la salvaguarda de los principios y exigencias propios del Estado de derecho vigente, desde luego con mayor corrección y eficacia que el jurado. Mediante la deliberación conjunta de escabinos y magistrados se suprime la utópica exigencia de separar hecho y derecho, culpabilidad y pena⁷⁰; se cumple el precepto fundamental del artículo 120.3. CE de motivar, fáctica y jurídicamente, las sentencias⁷¹; se posibilita —como medio de garantía de publicidad— la adecuación de la Justicia a la realidad social políticamente reconocida a la que ha de responder⁷²; la intervención de los escabinos facilitará la lucha contra el esoterismo procesal y, en general, contra el críptico lenguaje jurídico, haciendo más comprensible al justiciable el sentido y significado de las sentencias y el camino para llegar a su pronunciamiento; se disminuyen los elevados costes que el jurado clásico connota, tanto en tiempo (y precisamente la celeridad de la Justicia es una de las exigencias sociales unánimemente reconocidas) como en dinero⁷³, etcétera.

La implantación del jurado puro se presenta, aparentemente al menos, como un intento no muy consecuente con la realidad vigente constitucional y sin excesivos argumentos que permitan mantener que con él pueda contribuirse a mejorar la Administración de Justicia, sino más bien a dificultarla⁷⁴.

(1) Precepto constitucional de no muy afortunada redacción, que ha sido tildado de «deficiente» (así por Belmonte, J., la Constitución. Texto y contexto. Madrid 1979, p. 285); «excesivamente genérico» (por Serrano Alberca, J. M., «Artículo 125» en Comentarios a la Constitución, dirg. por Garrido Falla, F., Madrid 1980, p. 1326; «vago e insuficiente» (de este modo opina Fairén Gui-

llen, V., «Los Tribunales de jurados en la nueva CE (1978)», RibDP, 4, 1978, p. 762.

(2) Se emplea el vocablo «participación» en los artículos 9.2, 23 y 125 CE, también en el 19.2 y 83.2 LQJ. Rechazo el uso del término «colaboración», entre otras razones, porque es al que se acude, por ejemplo, en la LOPJ, artículos 454 y ss., para referirse bajo la inapropiada rúbrica «del Personal al servicio de la Administración de Justicia» a Secretarios judiciales, Médicos forenses, Oficiales y Agentes judiciales, como asimismo a los miembros de los Cuerpos que puedan crearse por ley para el auxilio y colaboración con los Juzgados y Tribunales. Decimos «inapropiada» por cuanto, y como destacó Fairén Guillén, V., «Colón a un comentario de la LOPJ de 1.º de julio de 1985», RDP, 1985, 3, p. 628, parece que se olvida que «los primeros que están al servicio de la «administración de justicia» son los jueces y tribunales».

(3) Graven, J., «Le sens et l'évolution du jury», Rev. Int. de Crim. et de Pol. Tech., 1970, XIV, 2, p. 100, tras afirmar que «... el jurado debía ser un instrumento de prueba, de convicción, y no de decisión («judgement»)», sostiene que nació en Inglaterra en el siglo XIII bajo la forma del «jury d'accusation». Sobre el jurado de acusación francés, abolido en 1808, vid. Cudot, C., Théorie du jury ou observations sur le jury et sur les institutions judiciaires criminelles anciennes et modernes, Paris, 1843, pp. 267 y ss.; Helie, F., Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle, 2.ª ed., T.V., Paris, 1867, pp. 10 y ss., etcétera.

(4) Acerca del «Grand jury», vid. Orfield, L.B., Criminal procedure from arrest to appeal, Connecticut, 1974, esp. pp. 178 y ss. y bibliografía «ivi» cit. La existencia de este instituto fue considerada por Comte, traductor al francés de la obra de Phillips, R., De las facultades y obligaciones de los jurados, trad. esp. de Ortiz de Zárate, Madrid, 1821, pp. CXII y ss., como una condición de la independencia del poder judicial, por cuanto corresponde a este órgano la admisión o no de la acusación sin requerir autorización ni del poder ejecutivo ni de sus delegados. Cfr. Alcalá-Zamora, N., Derecho procesal mexicano, I, Mexico 1976, p. 319, para quien «el régimen el conocido como Gran Jurado» es poco o nada satisfactorio, «de un lado, por ser expresión de justicia política... y, de otro, por el mecanismo premioso a que responde, con su doble jurado, de acusación y de sentencia... (con el riesgo) de que el primero incurra en prejuzgamiento o de que se contradigan las resoluciones de ambos...».

(5) Esta forma de «participación» ciudadana, con la que se ha llegado a decir que se lograría una mayor sensibilidad del colectivo judicial a las exigencias renovadoras de la sociedad fue objeto de estudio en el Congreso celebrado en Taormina en la Riv. Giustizia e Costituzione. De modo expreso se examinó la institucionalización de un vínculo entre los «Consigli giudiziari» y los Entes regionales. Sobre ello, vid. a Co, F., «Sovranità popolare e partecipazione dei laici ai giudizi penali nella Costituzione italiana», en I giudizi senza tonga, a cura di E. Amodio, Milano, 1979, pp. 80 y ss. Otras formas de articular la intervención de elementos no profesionales en los Tribunales de Justicia son expuestas por Cappellelli, M., «Laienrichter heute? Eine aktuelle Gründe eine verstärkte Beteiligung von Laienrichtern an den Zivilrechtlichen Rechtsprechung», en Festschrift für F. Beur, Tübingen, 1981, pp. 313 y ss., una exposición esquemática ha sido críticamente recogida por Fairén, V., «El Jurado. Algunos problemas sobre el mismo», en Estudios de Derecho procesal, civil, penal y constitucional, II, Madrid, 1984, pp. 226 y ss., sobre la sustitución del jurado por un Tribunal de pentos ya se pronuncio Saldaña, Q., Ley del jurado comentada, Madrid, 1935, pp. 140 y ss.

(6) Vid. la crítica formulada por Henkel, H., Strafverfahrensrecht, 2.ª ed., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1968, pp. 126-7, a la expresión «jueces legos», mostrándose partidario de utilizar la de «jueces honorarios».

(7) En los países en que también esté prevista su intervención en el orden civil puede detectarse una tendencia hacia la desaparición del jurado en estos procesos «incluso en aquellos en los que las partes tienen la facultad de insistir para su intervención». Sic Lord Justice Diplock, «La procedure civile en angle-

terre», Rev. Droit int. et de droit. comp., 1964, 4, p. 197.

(8) De este modo por López-Muñoz, Cid Cebrian y Usua García, «En defensa del jurado español», en «El País», 5-V-1983. En realidad esta matización «la ley española del jurado, de 20 de abril de 1888, fue meramente suspendida (sic.) —no derogada— por el decreto franquista de 8 de septiembre de 1936», es de Alcalá-Zamora, N., *Derecho procesal mexicano*, I. op. cit., p. 312, nota h, autor que reitera este argumento en su trabajo. «A propósito del Jurado», en B.I.C. de Abogados de Madrid, 1980, 3, p. 15, nota 23, y pp. 16 y 17. También en idéntico sentido. Gómez Orbaneja, *Derecho procesal penal*, con Herce-Quemada, 10ª ed., Madrid, 1986, para quien «... quedó suspendido su funcionamiento (de la L. de 1888) en todo el territorio nacional... pero no derogada formalmente la Ley»; asimismo. Alvarez-Linera y Uria, C., «El jurado en la CE de 1978», Rev. Jca. «La ley», núm., 437, 11-6-1982, p. 2.

(9) Así sostiene que debe considerarse actualmente derogada, Fairén, V., *El Jurado*, con De Cocq, Serra, Almagro, Gimeno y otros, Alicante, 1983, p. 48.

(10) Sobre las incidencias por las que atravesó la Ley del Jurado de 1888, consúltense, más ampliamente, Saldaña, Q. La Ley del Jurado comentada, cit., pp. 36 y ss.; Alcalá-Zamora, N., «A propósito del Jurado», cit., pp. 10 y ss.; Lizaso Puertas, I., Contribución al estudio del juez popular, Tesis doctoral inédita, San Sebastián, 1985, esp. T. I, pp. 132 y ss., etcétera.

(11) Según ha resaltado Fairén, V., «Los tribunales de jurados en la Nueva Constitución...», cit., p. 301, recogiendo con ello argumentos de Maura y de Fernández Almagro, en su desesperado y fallido intento de salvar la monarquía.

(12) Menéndez Pidal, F., *Derecho judicial español (Organización de los Tribunales)*, Madrid, 1935, p. 301, cree encontrar en esta ley el origen español del escabinato, lo que es discutible, atendiendo entre otros extremos, al modo de designación de sus miembros.

(13) Sobre la Justicia en esta época, vid. Alcalá-Zamora, N., «Justicia penal de guerra civil», en *Ensayos de Derecho procesal*, B. Aires, 1944.

(14) Acerca de los Tribunales populares en la zona republicana, vid. Lizaso Puertas, I., Contribución al estudio del..., cit. I, pp. 144 y ss. y bibliografía «ivi» cit.

(15) Según defiende Fairén, V., *Los Tribunales de jurados en la Constitución española de 1978*, Madrid, 1978, p. 77, nota 131, «... por la L.O. de la Justicia de 28 de noviembre de 1974, en su Base 24ª, núm. 88 (fue derogada la L. de 1888 E.P.); pero ésta... fue a su vez derogada... por la Ley de 20 de febrero de 1976 («B.O.E.» del 23)».

(16) De este modo, Almagro Nosete, J., El Jurado, con De Cocq, etc., op. cit., pp. 53 y 69, también Gisbert Gisbert, A., «Sobre el desarrollo del artículo 125 de la Constitución. ¿Tribunal de Jurados o Escabinato?», RGGD, 1984, noviembre, pp. 2.310 y ss., desde perspectivas susceptibles de ser consideradas inadmisibles, López Muñoz, G., «En defensa del Jurado», Rev. Tapia, 1982, mayo-junio, pp. 18 y ss.

(17) Fairén, V., «Los Tribunales de jurados y escabinos» en Estudios de Derecho procesal, cit., I, pp. 191-2; Serra Domínguez, M. *El Jurado*, con De Cocq, etc., pp. 55 y 58; Gimeno Sendra, V., «El Jurado y la Constitución», en Rev. Jca., «La Ley», VI, núm. 1.187, p. 3; Martín Ostos, J. de los S., «Algunas consideraciones sobre el Jurado», Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura, Cáceres, núm. 3, 1984-1985, pp. 405 y ss.; Vega Ruiz, J.-A., «El Jurado hoy» Servicio de publicaciones de Presidencia del Gobierno Autónomo de Canarias, 1983, pp. 25-6; Soriano, R., «El derecho a la justicia popular. el nuevo Jurado español», Rev. Jca., «La Ley», VI, 1.118, p. 2, y del mismo, *El nuevo Jurado español*, Barcelona, 1935, pp. 123 y ss.; Lizaso Puertas, I., Contribución al..., cit., passim., autores como Alvarez-Linera y Uria, C., «El Jurado en...», cit., p. 5, nota 5, opta por el escabinato pero «... como mal menor» esgrimiendo razones de todo punto distintas.

(18) Advertiendo del peligro de una improvisada introducción del Jurado, mantiene esta opinión, Almagro Nosete, J., *El Jurado*, con De Cocq y otros, cit., p. 53.

(19) Martín Ostos, J., «Algunas consideraciones sobre...», cit., pp. 400-1.

(20) Miguel y Alonso, C. de. *Derecho Procesal práctico*, I, Barcelona, 1967, p. 55.

(20 bis) En contra. Gisbert, A., «En defensa del Jurado», RGD, 1986, enero-febrero, p. 26, y, del mismo, «Sobre el desarrollo del artículo 125...», cit., n. 2.311, para quien cabe afirmar «el carácter del Jurado (puro) como institución que permite una superior intervención ciudadana».

(21) Gimeno Sendra, V., «El Jurado y la Constitución», en Doc. Jca., XII, enero-julio, 1985, pp. 276-7.

(22) Amodio, E., «Giustizia popolare, garantismo e partecipazione», en *I giudici senza toga*, op. cit., p. 16.

(23) Lanza, *La giuria ed il giudizio penale, penale*, 1886, pp. 290-3, cit. por Amodio, op. ant. cit., p. 16, nota 38.

(24) Gabelli, *I giurati nel nuovo regno italiano*, 1861, p. 40, nota 1, cit. por Amodio, op. ant. cit., p. 16, nota 38. Para nuestro sistema vid. Gisbert Gisbert, A., «La obligatoriedad de la función del Jurado», Rev. «Poder Judicial», 1985, 15, pp. 35 y ss.

(25) Pacheco, F. de A., *La Ley del Jurado comentada*, Prólogo de Alonso Martínez, Madrid 1888, p. 302. Este autor, en las páginas 272 y ss. de esa obra, mantiene que el carácter obligatorio de la función de jurado va dirigido a «suplir por medios legales la falta de sentido social, que es una de las características del genio de nuestro pueblo».

(26) Martos, C., *Discurso en la sesión inaugural del curso 1878 a 1879*, celebrada el 30 de noviembre de 1878, Madrid, imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1978, p. 6.

(27) López-Muñoz, G., El Jurado, con De Cocq y otros, cit., p. 43, y en «Bases para una nueva Ley del Jurado», separata de la RGLJ, 1982, mayo p. 452.

(28) Almagro Nosete, J., El Jurado, con De Cocq y otros, cit., p. 54.

(29) Prieto-Castro, L. «El Jurado en la Ley de 1888», Rev. de Procuradores, Madrid, 1982, núm. 86.

(30) Gimeno Sendra, V. «El Jurado y la Constitución», en «La Ley», cit., p. 3.

(31) Acerca de este punto, vid. Gimeno Sendra, V., «El Jurado y la Constitución», en Doc. Jca., cit., pp. 278-9, sobre el reclutamiento de los Jurados en los países del «Common law», Avanzini, A., «Il reclutamento dei giurati nei paesi di Common law, en *I giudici senza toga*, cit., pp. 231 y ss., respecto a alguno de los problemas suscitables, Bocchi, A., «La partecipazione popolare in Assise nelle relazioni dei Presidenti delle Corti (1958-1974)», en *I giudici senza toga*, cit., pp. 133 y ss., históricamente para nuestro país, vid. Pacheco, F. de A., *Ley del Jurado...*, cit., pp. 21 y ss.; Pozo Mazzetti, M. *Ley estableciendo el juicio por Jurados*, 2.ª ed., Valencia, 1888, pp. 25 y ss.; Vipegon, *Guía de los Jurados*, Madrid, 1901, pp. 117 y ss.; Saldaña, Q., *Ley del Jurado comentada*, cit., pp. 167 y ss.; Gil Sanz, «De la institución del Jurado», RGLJ, 1873, T. XLII, pp. 235 y ss.

(32) Vid. sobre ello, entre otros, a Gimeno Sendra, V., «El Jurado y la Constitución», op. ant. cit., pp. 279 y ss.

(33) Así, López-Muñoz, G., El Jurado, con De Cocq, y otros, cit., pp. 44, «... la participación de los ciudadanos en la Justicia es fundamental para la propia democracia...» aunque no se pronuncia ni en pro ni en contra del jurado, califica a éste de más progresista; Medina Morales, D., «Sobre la polémica en torno al Tribunal de Jurados», Rev. Jca. «La ley», 1984, V, num. 1.050, p. 2; Tohária, J. «Los españoles ante el juicio con Jurado», Doc. Jca., XII, enero-junio 1985, 45/46, en la p. 290 dice que «... en la población española en general, la actitud ante el Jurado sigue presentando fuertes connotaciones ideológicas: las personas con una orientación más de izquierda, a favor...»; Montero Ríos, E., «Algunas ideas generales acerca de la inamovilidad judicial y la institución del Jurado», RGLJ, 1872, T. XLI, p. 11, mantuvo que «... ya se le tenga como una forma concreta del gran principio de la soberanía popular que anima y fecunda a la sociedad de nuestro siglo...», y en la p. 119, «... es una condición de vida en un pueblo libre...»; Alonso Martínez, M., Prólogo en la Ley del Jurado comentada, de F. de A. Pacheco, op. cit., p. LI, «... el Jurado será una institución política..., una garantía contra los desmanes

del Poder ejecutivo y una garantía eficaz de la libertad individual y de los derechos de los ciudadanos...», en el Informe que la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas eleva al Gobierno para el juicio oral y público ante Jurados, en «Memorias de la R.A.C.M. y P.», T. 4.º, Madrid, 1883, p. 226, es calificado este instituto de «mecanismo político destinado a servir de estudio a las libertades individuales contra los desmanes del Poder público, el Jurado es, en ciertas circunstancias, y sobre todo en determinados pueblos, la institución que mejor responde a su fin».

(34) Sobre la vigencia de la división de poderes liberal, consúltese la obra *Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung*. Herausg. H. Rausch, Darmstadt, 1969, con trabajos de Schneider, Kuster, Drath, Peters, etc., y demás bibliografía citada en mis trabajos, «La jurisdicción en la teoría de la división de poderes de Montesquieu», RIBDP, 1976, pp. 922 y ss., y «Reflexiones sobre el Poder judicial y el PLOPJ», en Rev. Jca. «La Ley», 1985, 2, pp. 1124 y ss. (también este último publicado en Doc. Jca., XI, vol. 1, abril-diciembre 1984, 42/44, pp. 51 y ss.)

(35) Sobre los «Parlements», vid. Desmaze, *Le parlement de Paris, son organisation, ses premiers presidents et procureurs généraux, avec une notice sur les autres parlements de France*, Paris, 1860, también Hardy, J., *Judicial politics in the Old regime. The parlement of Paris during the regency*, Baton Rouge, 1967, Tocqueville, A., *El antiguo régimen y la revolución*, Madrid, 1969, pp. 87 y ss., y, del mismo, *Inéditos sobre la revolución*, Madrid, 1973, p. 82

(36) De este modo Co, F., «Sovranità popolare e partecipazione dei laici ai giudizi penali nella costituzione italiana», en *I giudici senza toga*, cit. p. 92.

(37) De este modo Pisanelli, *Dell'istituzione de giurati*, 2.ª ed., Napoli, 1868, pp. 195 y ss. y 201 y ss.

(38) Tengase en cuenta el carácter formalmente totalizante y totalizador de la ley liberal, ley que, en cuanto tal y en su identificación con el derecho —en los primeros momentos liberales— suponía la concreción de la experiencia más general. La plasmación de la razón «natural» (así, Habermas, J., *Teoría y praxis*, B. Aires, 1966, pp. 57 y ss.), realizada desde la conciencia misma del Jurado, desde el conocimiento de un público representado por sus iguales en el Parlamento, siendo, pues, el resultado del proceso de reconocimiento legitimado previamente, desde estas premisas, por tanto, cualquier labor hermenéutica judicial no solo connotaría una usurpación de funciones legislativas sino además, y lo que sería más grave, falsear la verdad de la ley. Si la ley es verdadera, y en cuanto tal conocida por todos, el técnico jurídico es innecesario y además peligroso, puesto que la ley es la ley y no lo que los jueces consideren como tal, por lo que éstos no pueden ni deben interpretarla sino únicamente aplicarla (sobre el concepto liberal de ley vid. Neuman, F., *El Estado democrático y el Estado autoritario. Ensayos sobre teoría y política legal*, B. Aires, 1968, pp. 30 y ss.)

(39) Vid. Pedraz Penalva, E., «La Jurisdicción en la teoría de la división de poderes de...», cit., pp. 925 y ss.

(40) Ya Escribano, J., «Jurado», voz en *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, T. III, Madrid, 1875, pp. 702 y ss., dijo que «... como consecuencia de las críticas y del odio contra los Parlements, a los que se miraba como el obstáculo más terrible para las innovaciones que se pretendía; así como por la consideración de que el Gobierno representativo debía el pueblo tener parte en la aplicación de las leyes como la tenía en su formación...», se llegó al establecimiento de los Jurados

(41) Marat, J.-P., *Textos escogidos*, Prologo, selección y notas de M. Vovelle, Barcelona, 1973, p. 156.

(42) Boitard, *Leçons de Droit criminelles*, recueillies par G. de Linage, revue, complétée et mise en harmonie avec tous les lois modificatives des deux codes par Faustin Hélie, 12 ed., Paris, 1880, pp. 679-680

(43) Garraud, R., *Traite théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, I, Paris, 1907, p. 79

(44) Así, Oudot, C.-F., *Theory du jury ou observations sur le jury et sur les institutions judiciaires criminelles anciennes et modernes*, op. cit., pp. 29 y ss.

(45) Vid. sobre ello, más ampliamente, Pedraz Penalva E.,

«De la Jurisdicción como competencia a la Jurisdicción como órgano», RAP, 1976, núm. 79, pp. 145 y ss.

(46) Garraud, R., *Traite théorique et...*, cit., I, pp. 78 y ss., en igual sentido Boitard, *Leçons de Droit criminel*, cit., pp. 488 y ss. y 670 y ss.

(47) Se ha dicho que con la acción popular se perseguía evitar los peligros dimanantes del monopolio del MF (vid. Gómez Orbaneja, E., *Comentarios a la LECrim.*, II, Barcelona, 1951, pp. 227 t ss.). Por autores como Silveira, F., «La acción popular», RGLJ, 1888, 75, pp. 457 y ss. y esp. 483, llega a ser interpretada la acción popular como medio para lograr la supresión del MF, correspondiendo a los propios ciudadanos la protección de los intereses generales lesionados por el delito.

(48) Ya denunciada, entre otros, por Pisanelli, G., *Dell'istituzione de Giurati*, cit., pp. 150 y ss. También Garofalo, citado por Ferrí, E., *Los nuevos horizontes del derecho y del procedimiento penal*, Madrid, 1887, p. 339 mantuvo que «... en los juicios penales es imposible separar el hecho del derecho, separación que el (Garofalo) llama caprichosa, violenta y arbitraria»; en Pacheco, F. de A., *La Ley del Jurado...*, cit., pp. CLVI, «son perfectamente separables y pueden distinguirse con entera claridad».

(49) Sic. de Cocq, A., «Evolución y últimas reformas legislativas del Jurado francés», en *El Jurado*, op. cit., p. 19. A este tenor vid. los artículos 2 y 76 de la Ley del Jurado de 1888

(50) Con tales calificativos alude Graven, J., «Le sens et l'évolution du jury», *Rev. Int. de Crim. et Pol. tech.*, 1970, XXIV, 2, p. 105, a la evolución habida en Suiza. Para Francia consúltese, entre otros, a Stefani, Levasseur y Bouloc, *Procédure pénale*, I, Paris, 1980, p. 346.

(51) Esta es una argumentación que ya aparece en los trabajos especializados del XIX. Vid. en esta línea, Pisanelli, G., *Dell'istituzione...*, cit., pp. XIII-XIV, en las que recoge el discurso de apertura de A. Nardis, según el cual en Francia antes de 1832 el número de absoluciones era muy considerable por la excesiva severidad de la ley penal. En igual sentido se arguye en el Informe que la R.A. de C.M. y P. eleva al Gobierno sobre el juicio oral y público ante Jurados (por Benavides, Alonso Martínez, Colmeiro, Cárdenas, con voto reservado de L. Figuerola), cit., p. 238. Recientemente aluden a la incompetencia y fragilidad emotiva del juez popular, Cordero, F., *Procedura penale*, Milano, 1977, p. 145; Graven, J., «Le jury et les tribunaux d'échevins en Suisse», *REV. pén. Suisse*, 1938, p. 154 (este autor califica al juicio por Jurados de triunfo de la incompetencia); Vouin, R., y Léauté, J., *Droit pénal et criminologie*, Paris, 1956, p. 450, ven en el escabinado la fórmula para que los magistrados ejerzan sobre los Jurados una influencia moderadora (p. 452).

(52) La emotividad y credibilidad del Jurado ha sido uno de los argumentos esgrimidos en toda Europa en contra de este instituto, así, vid. por todos a Williams, Glanville, *The proof of guilt. A study of the english criminal trial*, London, 1963, pp. 271 y ss.

(53) Donnedieu de Vabres, H., *Traite de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3.ª ed., Paris, 1947, pp. 705-6

(54) De este modo, Amodio, E., «Giustizia popolare...», cit., pp. 17-18.

(55) Ferrí, E., *Los nuevos horizontes del...* cit., p. 333, en contra Pacheco, F. de A., *La ley del Jurado...*, cit., pp. CL y CLI

(56) Dorado Montero, P., *El derecho protector de los criminales*, I, Madrid, 1915, p. 297, de este modo también Saldaña, Q., *Ley del Jurado comentada*, cit., p. 106.

(57) Amén de la bibliografía ya citada sobre ello, vid. las críticas a esta «ficción» en el Informe que la R.A.C.M. y P., cit., pp. 217 y ss.

(58) Considero que en todo caso el número de jueces ha de exceder del de peritos en derecho.

(59) Sic. Vouin, R. y Léauté, J., *Droit pénal et...*, cit., p. 452. También Soriano, R., «El derecho a la justicia popular. El nuevo Jurado español», cit., destaca que el escabinado no supone la creación de una nueva figura procesal, sino la remodelación y enriquecimiento del Jurado clásico.

(60) Galantini, N., «L'educazione dei giudici popolari. Esperienze delle manualistica per i laici», en *I giudici senza toga*, cit., pp. 164 y ss., explica el proceso hacia el escabinado como re-

sultado de la pérdida de los ideales revolucionarios liberales con el consecuente cambio en su consideración, ya no como intérprete de la opinión pública, como instituto que expresaba el sentido de un cuerpo social, sino atomizándolo, como un conjunto de jueces individuales destinados a expresar un parecer individual, en alguna medida, pues, desde una institución de naturaleza esencialmente política se llegó a su casi exclusiva consideración desde aspectos técnico-jurídicos, siéndole extraño cualquier intento de entender al Jurado como expresión de la soberanía popular.

(61) Por López-Muñoz, G., *El Jurado*, con De Cocq, etc., op. cit., p. 44, se ha llegado a decir que «... la participación de los ciudadanos en la Justicia es fundamental para la propia democracia...»

(62) Cfr. Silva Melero, V., «El Jurado en las direcciones jurídicas contemporáneas». Separata de la RGLJ, noviembre 1964, p. 5, destaca cómo el Jurado «cristaliza en su vertiente político-social durante la revolución francesa, con la proclamación de la soberanía del pueblo».

(63) Consúltese el trabajo de Cappelletti, M., *Giudici legislatori?* Milano, 1984, en el que analiza la «creatividad judicial jurídica» en los países del «Common law» y en los del «Civil law».

(64) Cfr. desde perspectivas ideológicas y políticas muy concretas. Blagojevic, B., «Gli aspetti politici della partecipazione dei laici all'esercizio della giurisdizione», en *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, II, Padova, 1958, p. 156, para quien el ca-

rácter estático del Tribunal y personal judicial hace casi imposible que el cuerpo legal y judicial pueda por completo responder a las nuevas tareas a afrontar. lo que significa que al menos en gran parte el personal judicial no puede ser el exponente de las nuevas concepciones jurídicas, el custodio de la nueva legalidad, un activo colaborador para la realización del nuevo orden jurídico

(65) En Italia se instauró el escabinado por R.D. de 23 de marzo de 1931, núm. 249, cuyo texto definitivo fue aprobado por R.D. de 4 de octubre de 1935, núm. 1899, en Alemania en 1924, con la reforma Emminger de 4 de enero; en Francia mediante Ley de 25 de noviembre de 1941, etcétera

(66) Precisamente, y según resalta Hartung, F., «Um das Schwurgericht», *SSiW*, 1970, 82, p. 603, uno de los motivos por los que se acometió en Alemania la denominada reforma Emminger, fue el de disminuir los elevados costes que las indemnizaciones a los jurados implicaban.

(67) Este error ya fue denunciado por Fairén, V., *Los Tribunales de Jurados en la..* cit., pp. 103 y 104, en igual sentido Alejandro, J.-A., *La Justicia popular en España*, Madrid, 1981, pp. 247 y 254.

(68) Cfr. Gisbert, A., «Sobre el desarrollo del art. 125...», cit., pp. 2.313-4.

(69) Así puede deducirse también de las palabras de Pacheco, F. de A., *La Ley del Jurado comentada*, cit., pp. CCXXXVI y CCXXXVII