

VISIÓN HISTÓRICA Y CONSTITUCIONAL
DEL JURADO

Fernando Martínez Pérez
Profesor de la Universidad
Autónoma de Madrid

VISIÓN HISTÓRICA Y CONSTITUCIONAL DEL JURADO (1)

SUMARIO: I. SENTIDO HISTÓRICO DEL JURADO Y SENTIDO DE LA HISTORIA DEL JURADO EN ESPAÑA. II. LEY, JUSTICIA Y JURADO EN ESPAÑA (1812-1889). 1. Código y justicia. 2. Justicia y jurado. A) “La Milicia Nacional del Derecho”. B) Del cargo y de la prueba por jurado. III. DISCONTINUIDAD Y APROVECHAMIENTO DE LA HISTORIA DEL JURADO.

I. SENTIDO HISTÓRICO DEL JURADO Y SENTIDO DE LA HISTORIA DEL JURADO EN ESPAÑA

Existe cierto esquema expositivo común a los estudios que versan sobre la institución del tribunal de jurado y que consiste en la más o menos extensa descripción de sus antecedentes, incluso de aquellos que se suponen más remotos, de su significado y alcance en modelos, experiencias y culturas constitucionales, y de su recepción en nuestro ordenamiento jurídico. Es este un esquema de exposición del tribunal de jurado que parece haberse elevado a una suerte de canon historiográfico al que se recurre

(1) Este trabajo es un resultado del proyecto de investigación “Cultura jurisdiccional y orden constitucional en España y América”, SEJ2004-06696-c02-02.

oportunamente cada vez que se suscita la discusión con motivo de la decisión del constituyente o del legislador sobre la introducción en el ordenamiento jurídico español de esta institución de justicia popular. Es por ello que, en cierto modo, huelga a estas alturas reproducir aquí los pasos de esa historia después de diez años de vigencia de la ley de jurado, lo que también quiere decir después de, como poco, diez años de introducciones históricas como la presente (2).

Aunque estas páginas terminen por contener un particular relato de los antecedentes históricos del jurado en España convendría, siquiera preliminarmente, cosa que es ya más rara en la historiografía, fijar la atención en el por qué de la aparente abundancia en la recreación de la historia nacional y comparada de la institución. Quiero decir con todo ello que me interesa, en primer lugar, no tanto este sentido histórico del jurado cuanto el sentido de hacer historia del jurado o, si se prefiere, el sentido de la historia que se viene haciendo sobre el jurado en España. Porque no sólo se ha forjado un modo de exponer la historia de la institución sino que también se ha acuñado un determinado paradigma historiográfico sustantivo acerca de la institución del jurado que goza de cierto predicamento pero que resulta todo menos neutra (3). Es decir, estamos acostumbrados a una historia del jurado en España que aunque ya no puede operar como argumento para la oportunidad de introducirlo en el ordenamiento jurídico español, pues esto es algo que ha quedado despejado con el pronunciamiento por parte del constituyente primero y del legislador después, sin embargo sirve todavía hoy para condicionar su composición, competencia y régimen de funcionamiento. Trataré de justificar esta afirmación y para ello resumiré cuales son los presupuestos del extendido paradigma historiográfico al que me refiero.

(2) Sólo como ejemplo y con título que resulta ya indicativo de cierta saturación de los estudios dedicados a este tema, S. VILATA MENADES, *Sobre el jurado: un análisis desde una perspectiva distinta*, Valencia 2001.

(3) J. A. ALEJANDRE, *La justicia popular en España. Análisis de una experiencia histórica: los Tribunales de Jurados*, Madrid, Universidad Complutense, 1981.

Muy someramente se vienen primero a perfilar los caracteres del jurado anglosajón, haciéndose incluso mención de los más remotos antecedentes a la formulación contenida en la Magna Carta, destacando de paso el contexto feudal en el que se enuncia el privilegio al juicio de iguales (4). Sólo en algunos casos se da cuenta a continuación de la fortuna que alcanza en la experiencia revolucionaria norteamericana donde el haberse significado como derecho de los nacidos ingleses frente a la metrópoli, y como argumento para la independencia, magnifica sus caracteres como institución política y fundamentalmente de derecho sustantivo ya contenidos en el acervo de la Constitución de Inglaterra (5).

El siguiente paso, como es bien sabido, normalmente da cuenta de su trasplante a la Francia revolucionaria, donde la institución agudizaría su carácter político, comprendida como corolario del principio de soberanía popular, y como una manifestación más de desconfianza hacia una magistratura profesional y corporativa. Es en este momento donde la historiografía comienza a poner de manifiesto la inviabilidad del jurado en el continente aludiendo, por ejemplo, a un argumento como el de la supuesta distinción en la valoración de hechos y derecho. Aunque no se suele advertir que en aquel contexto histórico esta distinción respondía, quizás ingenuamente, a la misma intención nomofiláctica de hacer de la función judicial una función nula a la que conspiraba la casación revolucionaria, el *référé législatif* o la obligatoriedad de la fundamentación de las sentencias (6). Pues mediante casación y jurado se desplazaba a la judicatura de la valoración de todas las premisas que constituyen el silogismo judicial.

(4) E. CARDONA MÍNGUEZ, *El Jurado. Su tratamiento en el Derecho procesal español*, Madrid, Dykinson, 2000, cap. I “El jurado como proceso judicial: origen y evolución en Inglaterra”, págs. 27-59.

(5) No lo hace así ALEJANDRE, *op. cit.*; sí otros como E. CARDONA, *op. cit.*, cap. II.

(6) Sobre el sentido de la casación revolucionaria, por todos, J. L. HALPERIN, *Le Tribunal de Casation sous la Revolution (1790-1799)*, París 1987. Sobre el *référé* sigue siendo obligada la cita del clásico trabajo de Y. L. HUFTEAU, *Le référé législatif et le pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, París 1965.

El paso siguiente en esta historia canónica del jurado consiste en poner de manifiesto su evolución y expansión en la Europa decimonónica a partir de la versión francesa pasada por el régimen napoleónico. La institución se desconstitucionaliza a lo largo del XIX europeo, se reduce su competencia objetiva al enjuiciamiento criminal, y dentro de este incluso se restringe su intervención en el enjuiciamiento de los delitos políticos y/o los cometidos por medio de la imprenta. Estas últimas competencias del jurado han podido servir para abundar por parte de esta misma historiografía el carácter más político que jurídico de la institución. Y este dictado entonces es todo un denuesto, pues la ubica entonces en el territorio de las pasiones y de los partidos, que curiosamente viene a ser también el espacio parlamentario. El terreno del derecho es entonces el del código, la administración y la ciencia jurídica. Y en estos territorios cada vez parece más extraña la presencia del jurado. Puede el jurado, como he dicho, comparecer para enjuiciar los delitos políticos y entre ellos los cometidos por medio de la imprenta, pero es sabido que, gracias a su composición censitaria, intervenida además por prefectos, jefes políticos o gobernadores civiles, opera entonces el jurado más como instrumento de conservación del orden público burgués que como instrumento de garantía política frente al Estado. Asistimos, así pues, entre finales del XIX y comienzos del XX a una especie de funcionarización del jurado pues como funcionario ha de comprenderse al lego que participa colaborando con la administración de justicia del Estado, cuya voluntad de alguna forma se manifiesta en la aplicación de la ley. Es el mismo concepto que merece el elector, un funcionario ocasional que colabora con el Estado en la selección de quienes han de integrar su poder legislativo. Así las cosas, parece inevitable la evolución hacia la presencia de jueces técnicos en el tribunal de jurado. Como también parece natural una asimilación en el funcionamiento del tribunal de jurado respecto del resto de los órganos que integran el aparato de justicia del Estado. Y, como no, también natural parece recortar la competencia objetiva del tribunal dejando fuera de su conocimiento aquellos supuestos que tocan más a la conservación de la seguridad interior o exterior del Estado. El caso español podría representar una excepción por lo que atiene a esa

evolución hacia el escabinato que para muchos representa el modelo más adaptado a los sistemas normativos continentales presididos por el principio de legalidad codificada.

Es ésta un tipo de reconstrucción histórica que, como se ha insinuado más arriba, alberga un recado de resistencia primero a la introducción del jurado y luego de mitigación de su alcance lo que se traduce tanto en las cuestiones de selección y composición del tribunal, competencia objetiva, función efectiva, régimen de recursos contra veredictos y responsabilidad. Existe, sin embargo, y es justo también traerla a colación otra forma de hacer historia sobre el jurado que resulta, para quien escribe, excepcional en todos los sentidos de este calificativo (7). Es una historia que viene a hacer del jurado, y aún de un determinado tipo de jurado, el puro de matriz anglosajona una “credencial” de constitucionalismo auténtico, entendido como cultura política pero también como técnica de limitación de los poderes en atención a derechos previos. Es una reconstrucción histórica tampoco neutra pues es la propia de una opción también política que reclama el ensanchamiento de jurado, entendido ahora no sólo como institución, sino antes bien, como derecho sustantivo ilegislable y de participación política preexistente incluso a la ley misma. Es historia que llega a contraponer, en sus tesis más extremas, un principio de “juracidad” al de legalidad en la determinación del derecho.

Esta opción referida a la historia constitucional española no puede terminar sino con el de negar a casi todas las formulaciones de los jurados españoles como a la de todos los continentales las credenciales de derechos sustantivos y aún más de genuinos instrumentos de participación política. El desarrollo español del jurado se acercaría al modelo francés porque el jurado español no fue, como no lo era el francés *bulwark of liberty*, sino mera institución procesal de garantía para el enjuiciamiento criminal. A pesar de las pretendidas identificaciones del legislador español con el jurado

(7) B. CLAVERO, “Happy Constitution: Créditos del jurado y credenciales del constitucionalismo”, en Id., *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, Madrid, Trotta, 1997, págs. 41-180.

británico, el producto de aquél no es comparable a éste. El valor constitucional que animaba el modelo de jurado anglo-americano no es apreciable en el modelo francés ni en sus epígonos continentales o ultramarinos. En el modelo más feliz de constitucionalismo, el jurado no sólo es derecho de los nacidos británicos sino institución representativa tan relevante y esencial para la fortuna del sistema político como la parlamentaria. En el contramodelo galo, el jurado queda relegado a mera institución procesal, negándosele carácter representativo, sólo predicable del legislador. Concibiéndose entonces el jurado continental a disposición del legislador, y no como su par, queda tan mutilado en su valor constitucional que el sucedáneo puede considerarse hasta inútil.

Sin embargo, este posicionamiento extremo no es precisamente el que se frecuenta cuando se escribe una historia pro-jurado. Esta historia excepcional no es la que aparece en algunos tiempos constituyentes y que tiene como efecto, bien preparar o justificar la introducción con un sentido más o menos amplio. Antes bien, cuando se recorre y se recurre desde esta perspectiva a la historia del jurado se emplea una argumentación según la cual a las experiencias constitucionales españolas que, partiendo del examen de otros elementos como el reconocimiento de la soberanía nacional o popular, de la garantía de los derechos o del principio de separación de poderes, han sido previamente conceptuadas como más liberales, progresistas y democráticas se les asocia la aparición de la figura del jurado. Y por tanto uno de los elementos para la recuperación en 1978 del tracto histórico con ese constitucionalismo más democrático pasaba por el reconocimiento de la participación de la ciudadanía en la administración de justicia a través del los tribunales del jurado (8). Como consecuencia pareciera que la deci-

(8) Quizás sea suficiente extractar aquí la exposición de motivos de la ley del jurado de 1995 donde se dice que “nuestro texto constitucional cumple con lo que puede considerarse una constante en la historia del derecho constitucional español; cada periodo de libertad ha significado la consagración del Jurado; así en la Constitución de Cádiz de 1812 y en las de 1837, 1869 y 1931; y, por el contrario, cada época de retroceso en las libertades públicas ha eliminado o restringido considerablemente ese instrumento de participación ciudadana, en paralelo

sión del constituyente primero y del legislador después ha venido condicionada más por esa imagen de nuestra más reciente historia que por la disposición a aceptar las últimas consecuencias de la franca introducción del jurado.

Así pues, del resumen, seguramente injusto, de las dos primeras reconstrucciones, canónica y excepcional, sobre la experiencia del jurado en España parece deducirse la consecuencia del declive de esta institución. Y como razones de esta crisis, ambas perspectivas historiográficas podrían encontrar un denominador común consistente en la incompatibilidad de la institución con los caracteres de un ordenamiento jurídico continental presidido por un principio de legalidad forjado por la historia –o la historiografía– y plasmado en Constitución o en constitucionalismo. Pero, al fin y al cabo, estas razones son externas a la propia institución del jurado. Esta última afirmación me da pie para concluir esta suerte de planteamiento inicial con un símil que, en este tema, es tan antiguo como recurrente. El jurado no se recibe, ni se exporta: se trasplanta. Desde que se discute sobre la adopción del jurado en el continente y particularmente en España, la utilización de esta expresión de jardinería tiene el sentido de valorar la institución no en sí misma sino por referencia al terreno, al clima del sistema normativo o a la cultura jurídica donde aquella institución trata de introducirse. Y, en definitiva, también los argumentos sobre la que una u otra historiografía hace pivotar la fortuna o el declive del jurado parecen tener que ver, de nuevo, más con la tierra y el clima, que con la planta.

II. LEY, JUSTICIA Y JURADO EN ESPAÑA (1812-1889)

Ahora bien, ¿tan incompatible fue siempre la tierra y el clima hispano a la institución del jurado? Pues si la razón de la fortuna, crisis o declive de la institución tiene que ver con la naturaleza de un sistema normativo cimentado sobre el principio de legalidad

y complemento a las restricciones del conjunto de sus derechos y de los instrumentos de participación en los asuntos públicos”.

¿Acaso, y volviendo aquí a la metáfora, no será preciso repensar la historia del clima y de la tierra, antes que hacer la historia de la planta? De la tierra de la ley y de la planta del jurado me ocupare a continuación, y necesariamente por ese orden, en el derecho histórico español o, por circunscribir mejor el tema, en la historia de la justicia española contemporánea. Escojo para ello una cronología en principio sólo decimonónica que comienza en 1812 y termina en 1889. Este arco temporal me parece significativo, pues entre estas dos fechas corren parejas las historias de códigos y de jurados aunque, a lo peor, la coincidencia no deje de ser fruto de la casualidad. En el año 1812 códigos y jurados aparecían, ambos dos, declinados en tiempo de futuro, los primeros como aspiración segura contenida en el texto constitucional, los segundos como mera posibilidad. A las alturas de 1889 se había concluido la labor codificadora con el primero de ellos en importancia, el civil, que estructuraba jerarquía y con ello sistema normativo y a partir de ahí cimentaba principio de legalidad. Un año antes se instituía jurado para todo tipo de delitos graves dando inicio al periodo de más larga vigencia de la misma en España. De nuevo afirmo que en el peor de los casos el parecido de sus historias decimonónicas, trufadas de proyectos inacabados, de ensayos, de resistencias sea fruto de la casualidad, pero son dos historias que necesariamente se entrecruzan en el punto de la administración de justicia. Vayamos con ello comenzando por la ley o mejor por el código.

1. Código y justicia

Hasta hace un poco más de una década, era algo para todos pacífico que el primer constitucionalismo español respondía al llamado modelo francés estatalista, individualista, antihistoricista y sobre todo legicéntrico (9). Como digo hasta hace poco más de una déca-

(9) Utilizo para la calificación los rasgos a los que para la definición de modelos de constitucionalismo recurriera en una afortunada síntesis M. FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales, apuntes de historia de las Constituciones*, Madrid, Trotta, 1996.

da no se cuestionaba este enunciado que operaba como presupuesto de cualquier historia jurídica del XIX español. Tan pacífico como esto era la convicción sobre que la apelación a las leyes fundamentales de la Monarquía Católica con la que principiaba el discurso preliminar al proyecto de la constitución de 1812, que funge hoy como exposición de motivos, no era sino una cortina de humo para ocultar las grandes innovaciones que portaba la obra gaditana donde se cifraban los orígenes de la España contemporánea. Era este un presupuesto por todos compartido, originado en una historiografía liberal, que había elevado la constitución de Cádiz a la categoría de un mito y del que todavía hoy se aprovecha cualquier suerte de historia y dogmática constitucional (10).

Aquí pasaré por alto las pretendidas identidades relativas al carácter estatalista, individualista y antihistoricista del modelo francés de 1791 y su supuesto derivado de 1812 para centrar mi atención en la identidad en cuanto al carácter legicéntrico de uno y otro constitucionalismo, y aún más ceñiré mi interés al punto en el que la legalidad del primer constitucionalismo hispano se encontraba con su justicia (11). Porque como en Francia, y es esto algo que aquí nos interesa destacar, para la experiencia hispana se han localizado hasta hace bien poco no sólo los mismos principios sino hasta los mismos mecanismos de protección de ley, como emanación de una voluntad general manifestada por unas Cortes que se han llegado, entre nosotros, a equiparar a la Convención revolucio-

(10) Son las que apunto en el texto afirmaciones que operan todavía como presupuestos de trabajos como por ejemplo el de I. FERNÁNDEZ SARASOLA, "La Constitución española de 1812 y su proyección española e iberoamericana" en *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional*, 2 (2000) (=Modelos constitucionales en la historia comparada), Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 2000, págs. 359-466.

(11) Frente a trabajos como el que se ha citado en la nota anterior, véase en el sentido en que aquí se apuesta por la divergencia de la experiencia constitucional gaditana respecto del modelo francés revolucionario, el de C. GARRIGA/M. LORENTE, El modelo constitucional gaditano, en VV.AA., *Il modello costituzionale inglese e la sua recesione nell'area mediterranea tra la fine del 700 e la prima metà del 800*, Milan, Giuffrè, 1999, págs. 587-614.

naria (12), y protección que se disponía frente a una judicatura permanente respecto de la cual, como en Francia, no se ocultaba una profunda desconfianza.

En efecto más arriba hemos visto como casación, el *référé legislatif* y el jurado aparecían en la Francia revolucionaria como instrumentos quizás ingenuos, pero instrumentos al fin para anular, mecanizándola, la función judicial. Los mismos mecanismos han querido localizarse en el primer constitucional, en el recurso de nulidad o la consulta (13). E identidades textuales no faltan. Aunque ya por manido, podemos recurrir, por lo que toca a los jueces de hecho a esa misma virtual exposición motivos del texto gaditano

(...) “Dos grandes escollos son los que hacen peligrar la administración de justicia, según el orden establecido en nuestra jurisprudencia. Escollos que no es posible evitar del todo mientras las luces no se difundan y en tanto que la libre discusión de las materias políticas no ponga a la nación en estado de comparar el sistema judicial de otras naciones con el que se observa en España. Los tribunales colegiados, y perpetuidad de sus jueces, y la facultad que tienen éstos de calificar por sí mismos el hecho sobre que han de fallar, sujetan sin duda a los que reclaman las leyes al duro trance de hallarse muchas veces a discreción del juez y tribunal.” (14)

(12) J. L. MARCUELLO BENEDICTO, “Las Cortes Generales y Extraordinarias: organización y poderes para un gobierno de Asamblea” en AA.VV., *Las Cortes de Cádiz*, M. Artola (ed.), (=Ayer, 1, 1991), Madrid 1991.

(13) Por lo que toca a la identificación casación-nulidad, V. FAIRÉN, “La recepción en España del recurso de casación frances (1812-1813)”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1957 (=Id., *Temas del ordenamiento procesal. I. Historia. Teoría General*, Madrid 1969, págs. 171-194) o L. MORENO PASTOR, *Los orígenes del Tribunal Supremo, 1812-1838*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989; por lo que toca a la identidad *référé*-consulta, M. LORENTE, “División de poderes e interpretación de ley”, en VV.AA., *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, Madrid 1989, págs. 401-420.

(14) *Discurso preliminar leído en las Cortes al presentar la comisión de Constitución el proyecto de ella*, Cádiz, Tormentaria, 1812, pág. 60.

Como digo, estas eran cosas que hasta hace diez años se daban por seguras. O casi. Pues no dejaban de advertirse también algunos cabos sueltos en la identificación entre el modelo francés y su derivado hispano, que al cabo de diez años, más que excepciones que confirman la regla, se han convertido en hilos por los que se desentraña toda una madeja o en grietas que pueden echar al traste con todo el edificio (15). Vayamos pues con las quiebras que resultan aquí más pertinentes a la hora de enjuiciar esa presumida legalidad hispana en relación con su justicia.

En primer lugar, ¿Qué fue del instrumento nomofiláctico de la obligatoriedad de exponer los fundamentos de las sentencias? ¿Cuáles son las razones de que no se encuentre en el primer constitucionalismo, antes bien, que se mantenga por largo tiempo la prohibición de expresar los motivos de los fallos? (16). En segundo lugar, ¿Por qué durante el primer constitucionalismo español el recurso de nulidad, esa casación española, cuya estimación desencadenaba la responsabilidad del juez se admite sólo por errores *in procedendo*? (17). ¿Por qué también durante ese primer constitucionalismo las consultas, esa suerte de *référé*, que los tribunales elevaban al supremo y este a las Cortes versaron casi exclusivamente sobre cuestiones procedimentales? (18). ¿Por qué, cosa impensable en Francia,

(15) No por transitados, los orígenes del Estado liberal dejaban de contener, no ya lagunas, al conocimiento histórico sino, quizás interpretaciones demasiado lineales o deficientemente fundamentadas. De las carencias ya daba cuenta F. TOMÁS Y VALIENTE, “Lo que no sabemos acerca del Estado liberal (1808-1868)”, en AA.VV. *Antiguo Regimen y liberalismo, Homenaje a Miguel Artola, I. Visiones Generales*, Madrid, Alianza, 137-145.

(16) C. GARRIGA/M. LORENTE, “El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla 1489-España 1855)”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1 (1997) (=La vinculación del juez a la ley), págs. 97-142, ahora en, Id. *1812, La constitución jurisdiccional*, Madrid 2006 (en prensa).

(17) F. MARTÍNEZ, *Entre confianza y responsabilidad, La justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823)*, Madrid 1999.

(18) M. LORENTE, “División de poderes e interpretación de ley”, en VV.AA., *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, Madrid 1989, págs. 401-420.

las Audiencias se reservaron la interpretación sustantiva, doctrinal, sin que nadie padeciera por el peligro de diversidad de jurisprudencia? (19). ¿Por qué a lo largo del siglo las partes en los procesos se ven forzadas a probar no solo hechos sino también el derecho a través de boletines provinciales de los que no se dispone en el juzgado porque el derecho al que se supone que tiene acceso el juez decimonónico es el que cabe en un maleta? (20).

Estas son sólo algunas de las muchas preguntas que una parte de la historiografía jurídica española dedicada al examen de la justicia contemporánea viene no sólo haciéndose sino tratando de responder desde hace un poco más de una década. Y las respuestas no tienen que ver con la justicia sino con la insuficiencia de ley, o mejor de código (21). La insuficiencia de un canon normativo propio de un orden jurídico no codificado provocaba en principio la imposibilidad de imaginar la función judicial como expresión de un silogismo. Así, durante gran parte del siglo XIX español los criterios que acreditaron la rectitud de la sentencia, que aseguraban que los fallos se ajustaban a derecho tuvieron que ver con la llamada cuestión de las calidades del juez y de las calidades del procedimiento (22). La medida de una justicia recta venía dada por la del juez que

(19) F. MARTÍNEZ, *op. cit.*, cap. V.

(20) M. LORENTE, *La voz del Estado. La publicación de las normas (1810-1889)*, Madrid 2000.

(21) La idea ya anticipada de forma pionera para una cronología diferente en los trabajos de B. CLAVERO, como, p.e., “la idea de código en la ilustración jurídica” en *Historia, Instituciones y Documentos*, 6 (1979), págs. 49-88, ha encontrado, muy interesantes desarrollos para tiempos decimonónicos como por ejemplo el que viene representado por la obra citada en la nota anterior donde se pone de manifiesto la compatibilidad de un orden constitucional con la inercia de una cultura y orden jurídicos en los que está ausente la idea contemporánea de código. Véase, también en este último sentido C. GARRIGA, “Constitución política y orden jurídico en España: el efecto derogatorio de la Constitución de Cádiz” en, VV.AA., *Doceañismos, constituciones e independencias, La Constitución de 1812 y América*, Madrid, Mapfre, 2006, págs. 33-77.

(22) Ésta es una de las tesis en torno a la que giran los trabajos contenidos en VV.AA., *De justicia de jueces a justicia de leyes, hacia 1870*, M. LORENTE (coord.) Madrid, 2006 (en prensa).

la pronunciaba y por la del procedimiento seguido para adoptarla, y menos por la adecuación a derecho sustantivo que consecuentemente no era oportuno explicitar (23). Así por ejemplo en las Cortes del Estatuto cuando se suscitó la discusión sobre el establecimiento de la obligación de fundamentar las resoluciones judiciales, se respondía, sin que ello produjera escándalo alguno: mientras no haya códigos y se arregle la legislación, no puede introducirse la motivación, sin motivación, no hay posibilidad de exigir responsabilidad al juez, sin responsabilidad, no es posible la inamovilidad y sin esta no se puede hablar de poder judicial (24). Queda así también claro que de la inexistencia de una legislación arreglada a código se deduce que pase a un primer plano la figura del juez, que podamos considerar la adhesión política evidenciada a través de pruebas positivas en el comportamiento del juez más como parte

(23) Este entendimiento es apreciable en la reseña que en *El Universal*, n.º, 47 (16.2.1821), apareció de la obra de S. JONAMA; *De la prueba por jurados o sea consejo de hombres buenos*, Madrid 1820: “Para asegurar la buena administración de justicia han creído algunos que bastaba tener un código, y obligar a los jueces á que, en cada sentencia, citasen la ley en que la fundaban. Otros, teniendo por imposible que el legislador prevea todos los casos creyeron que las leyes, en su aplicación á casos determinados, es decir, que la calificación y prueba de un hecho siempre dejarían alguna latitud, y por consiguiente alguna arbitrariedad, á los que hubiesen de fallar sobre aquel hecho. De esa latitud indispensable infirieron que los jueces permanentes, expuestos á las insinuaciones del poder, á las asechanzas de los litigantes, y al espíritu de cuerpo que se contrae en las más de las profesiones, no eran los más á propósito, para la calificación de los hechos. En vano se pensó en poner límites á esa terrible facultad pro medio de la prueba legal, por el de la confesión del reo, y antes por el de las pruebas del fuego, del agua, del duelo, y otras igualmente falsas y ridículas. De ahí ha provenido que los políticos hayan vuelto los ojos á la antigua institución de los Jurados”.

(24) *Diario de sesiones de las Cortes, Estamento de procuradores*, s. de 2.1.1835. Muchos otros ejemplos en J. SOLLA, en VV.AA., *De Justicia de jueces...*, op. cit.. Adviértase que el iter lógico de este razonamiento decimonónico viene a ser el contrario al que se elabora por la historiografía jurídica y constitucional, Cfr. por ejemplo J. SAINZ GUERRA, *La administración de justicia en España (1810-1870)*, Madrid, Eudema. 1992; M. A. APARICIO, *El Status del poder judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)*, Barcelona, Universidad, 1995.

de la fisiología del sistema que como su patología (25). Porque a través de la adhesión política del juez, el ejecutivo se asegura la vinculación de esta autoridad no tanto a la ley, cuanto al proyecto político que la ley contiene. En definitiva, a mediados del siglo XIX en la administración de justicia siguen siendo más pertinentes las personas que los saberes (26).

Pero en fin de cuentas, un juez que no motiva sus resoluciones, que juzga en conciencia y que no está sometido a efectiva responsabilidad salvo por cohecho ¿qué es sino un jurado? En otras palabras, “en aquel estado de los códigos el poder judicial era una especie de jurado que decide de la vida, del interés y del honor de los ciudadanos”. Es enero de 1835 y quien así asimila justicia y jurado en defecto de código no es otro que Nicolás María Garely hablando además como Ministro de justicia en una discusión que versa, entre otras cosas, sobre la petición de una ley de responsabilidad para Jueces y Magistrados (27). Esta afirmación de que los jueces prácticamente resuelven en conciencia no provocaba entonces tampoco, hasta donde me consta, escándalo alguno. Si, según una opinión tan autorizada, la justicia profesional entonces actuaba a la manera de un jurado, puro para más señas, si quedaba habilitado para la determinación del derecho, entonces acaso no resulte tan descabellado concluir que la opción por una justicia de jueces o jurados acaso no tuviera que ver tanto con la pericia letrada de los primeros, frente al carácter lego de los segundos, cuanto con otras motivaciones como es la disciplina que en forma de “destitución” o “cese”, “jubilación anticipada” o “postergación en la carrera” que,

(25) Aunque para la mayoría de la historiografía procesal y constitucional puede seguir resultando patología, J. PAREDES, *La organización de la justicia en la España liberal. Los orígenes de la carrera judicial: 1834-1870*, Madrid 1991.

(26) Me sirvo de la comparación proporcionada por A. SERRANO, “Chocolate a la española: formación y afección de jueces en el siglo XIX”, en *Università e profesión giuridiche in Europa nell'età liberale*, A. Mazzacane y C. Vano (eds.), Nápoles, págs. 443-462.

(27) *Diario de sesiones de las Cortes, Estamento de procuradores*, sesión de 2 de enero de 1835.

por su conciencia, y no por sus saberes, podía entonces exigirse al juez y no podía predicarse del jurado (28).

2. *Justicia y jurado*

Según aquella tan recurrente metáfora, hemos dejado de hablar de la tierra y hemos empezado a tratar de las plantas. Sobre jueces profesionales y jurados en la España contemporánea tocaría tratar ahora. Ahora bien, como advertía más arriba huelga aquí el resumen de una historia pormenorizada de cada una de las experiencias, ensayos, proyectos y resultados del jurado desde 1812 a 1888. La historia canónica o excepcional de estos ensayos es cosa sabida. Es por ello que se procederá aquí a calificar la historia de jurados en España muy a grandes rasgos señalando lo que no pueden ser consideradas como etapas en su evolución sino como jurados esencialmente distintos. Podemos aventurar la distinción entre dos tipos de jurado que aparecen e incluso se simultanean en el tiempo que nos ocupa. Responde la distinción, como he anticipado, no tanto a cronología como a su alcance y sentido constitucional, político si se prefiere.

A) *“La Milicia Nacional del Derecho”* (29)

El primer tipo de jurado es aquel que puede merecer una calificación similar al jurado de otras experiencias constitucionales esto

(28) “Sin un buen Código criminal, ¿de qué puede servir la institución de los jurados? En el día nuestros jueces son unos verdaderos árbitros en la aplicación de las penas, y aun puede decirse que esta arbitrariedad es a veces muy conveniente para moderar el rigor de unas leyes adaptadas a las ideas y costumbres de los siglos en que se hicieron...Una vez establecidos los jurados, no les queda más arbitrio a los jueces de derecho que aplicar la ley ¿Y por ventura aplicarán las que actualmente existen? Mientras no este formado un buen Código criminal, vale más que conociendo tambien ellos del hecho, puedan con el pretexto del hecho modificar la severidad de la ley en ciertos casos”. Intervención del diputado VICTORICA, *Diario de sesiones de las Cortes (=DSC)*, 15.8.1820, pág. 524.

(29) La expresión, referida al jurado, es de MANUEL SILVELA, *Diario de sesiones del Senado*, 1888.

es, el que sirvió para determinar la licitud de una opinión pública que no sólo se expresaba a través de la institución parlamentaria, sino también mediante el ejercicio de la libertad de imprenta (30). La actuación del jurado venía a suplir respecto de la tribuna pública la inviolabilidad que por sus opiniones gozaban los que hablaban desde la tribuna parlamentaria. Pero adviértase que este jurado no se instituye sólo como instrumento de control del poder legislativo que el Parlamento encarna sino todavía para la anulación de una magistratura en cuyas manos no se quiere dejar la calificación en concreto de algunos de los comportamientos más lesivos del orden social y político. En un modelo constitucional en el que un difuso tribunal de la opinión pública aparecía como el único control de quienes podían imponerse a todos los poderes resultaba inadmisibles que fueran jueces profesionales los que tuvieran en su mano la custodia de este último y virtual mecanismo de control. A este modelo de jurado respondía el ensayo gaditano instituido para la acusación y el conocimiento de los delitos cometidos en abuso del ejercicio de la libertad de imprenta en virtud de la ley de 1820. Fue este un ensayo único en la historia constitucional española. No por quedar limitado a los casos de abusos en el ejercicio de la libertad de imprenta, tuvo este jurado menor valor en el primer constitucionalismo español. Pero su valor constitucional no residía en tampoco en el modo de selección confiado a los ayuntamientos constitucionales entre sujetos que no deberían tener más calidades que las requeridas para ser diputados, sin intervención ni influencia alguna del ejecutivo ni de la magistratura; ni en la nula responsabilidad más que por cohecho y ante Dios y su conciencia. En un modelo de constitucionalismo que se ha calificado como jurisdiccional y no legal, en el que toda la gestión del poder se realizaba

(30) La extensión en el continente del binomio constitucional de libertad de imprenta y jurado tiene que ver, como es sabido, con la anglomanía que recorre la Europa liberal y supone la adopción de la solución alcanzada por la Fox Libel Act de 1792. Un examen comparativo sobre la presencia del jurado en la Europa decimonónica en VV.AA., *The Trial Jury in England, France, Germany 1700-1900*, Berlin, 1987; y como ya se ha anticipado, en B. CLAVERO, *Happy Constitution, op. cit. passim*.

más jurisdiccionalmente que legalmente (31), este jurado era requisito del propio orden político y social porque

“es necesario para la libertad de imprenta establecer los jurados, y establecerlos en todo el Código criminal; si no, ni las Cortes ni el Rey serán soberanos, sino el poder judicial, porque a él va todo. En nuestra Constitución hay un artículo que para mí no es el mejor, á saber: ‘que las Cortes no pueden juzgar á nadie’ lo cual destruye la soberanía, y quita al Cuerpo legislativo, representante de la Nación, la suprema inspección que debe tener/.../el pueblo está tan preparado y dispuesto para recibir los jurados como podemos estarlo nosotros, y suponer lo contrario es una calumnia. Si el pueblo no estuviese dispuesto a recibir esta institución, menos lo estaría á tener Representación Nacional” (32).

Pero durante la vigencia en el Trienio de este tribunal ciudadano, la imprenta libre pudo llegar al vehicular una opinión pública tan distanciada de la expresada en sede parlamentaria que el jurado fue objeto de una reforma que recortaba su potencialidad para garantizar la expresión de la conciencia de los pueblos. La modificación, en sentido restrictivo, de los derechos de reunión, petición, imprenta, fue en 1822 la opción de quienes, quizás ingenuamente,

(31) La perspectiva que constituye presupuesto del grupo de investigación al que pertenece el autor de estas páginas, puede acaso vislumbrarse en el trabajo citado *supra*, nota 11, y en B. CLAVERO, “Cadiz como Constitución”, Estudio preliminar a la reimpresión de la *Constitución Política de la Monarquía Española*, (Cadiz 1812), Sevilla 2000, se verbaliza en F. MARTÍNEZ, “Ley expresa, clara y terminante”. Orden normativo y paradigma jurisdiccional en el primer constitucionalismo español”, en *Historia Constitucional*, 3 (2002); Id. “Juzgar sin ser Juzgado. El constitucionalismo gaditano como constitucionalismo jurisdiccional”, en VV.AA.; conclusivamente, en el mismo sentido, C. GARRIGA, “Orden jurídico y poder político en el Antiguo régimen”, en *Istor, Revista de Historia Internacional*, 16 (2004), págs. 20-21. La perspectiva puede sustantivarse hoy, C. GARRIGA/M. LORENTE, *1812. La Constitución jurisdiccional*, Madrid, CEPC, 2006.

(32) Intervención de MORENO GUERRA, en *DSC*, s. 3.10.1820, pág. 1384.

pensaron que terminando la revolución española salvarían el sistema constitucional. La abolición del régimen constitucional en 1823 supuso la del jurado. Y a partir de entonces la recuperación del constitucionalismo progresista implicó la del jurado para el enjuiciamiento de los delitos cometidos en abuso de la libertad de imprenta. Y aún más, bien por anglomanía, bien como excusa para evitar el reconocimiento del derecho, se argüía que libertad de imprenta no la habría franca si su establecimiento no se acompañaba de un jurado para el enjuiciamiento de los abusos cometidos en el ejercicio de dicha libertad. El restablecimiento en 1836 de la Constitución del 1812 trajo consigo la restauración de la ley de imprenta de 1820 que regulaba la institución. La Constitución de 1837 contempló parecida previsión a la de 1812 con la importante diferencia de la fijación, a partir de entonces, de requisitos censitarios para la condición de jurado. El advenimiento del constitucionalismo moderado de 1845 supuso la desaparición del jurado de imprenta. Y siguiendo la misma dinámica, en la constitución *non nata* de 1856 volvió a contemplarse la figura del jurado, limitado, también a los asuntos de imprenta.

Podría pensarse que a este mismo modelo cargado de una dimensión política es al que responde el jurado que viene asociado al constitucionalismo progresista abierto con la revolución de septiembre de 1868 en cuanto que se preveía su establecimiento para el enjuiciamiento, en lo que aquí interesa, de los todos los delitos políticos, comprendiéndose entre ellos todos los cometidos por medio de la imprenta. Expresaba el jurado la “conciencia de los pueblos” y por tanto no dejaba de ser coherente su apoderamiento para la calificación de los hechos más lesivos contra el orden social y político. Pero en el tránsito entre la labor constituyente y el desarrollo legislativo el jurado del sexenio perdió valor constitucional (33). En el momento constituyente la institución llegó a pensarse

(33) Esta tesis referida al jurado es solo una manifestación de la que respecto de todo el constitucionalismo del sexenio democrático trata de sostener C. SERVÁN, *Laboratorio constitucional en España: el individuo y el ordenamiento, 1868-1873*, Madrid, CEPC, 2005, cap. VII, págs. 119-136., cuya información aprovecho para todo lo que sigue.

bien como una suerte de legislador negativo para corregir en el momento del enjuiciamiento las definiciones contenidas en los supuestos de hecho criminosos, bien como una institución protectora del justiciable que tendía a evitar, atendida la naturaleza de los supuestos, la posible parcialidad a favor de los poderes constituidos (34). Tras el examen de la ley de enjuiciamiento de 1872 que disciplina la institución no se pueden ya sostener estas calificaciones. A pesar de ampliar su competencia objetiva a todos los delitos políticos y a los comunes graves, o quizás por esto mismo, el jurado del sexenio pierde entidad constitucional frustrando expectativas constituyentes y alejándose incluso de los precedentes decimonónicos.

El desarrollo legal devaluaba el jurado en su entidad constitucional. No era más baluarte de libertad sino mera institución procesal que entonces se entendía necesaria por congruente con el establecimiento del juicio oral y público y con la libre valoración de la prueba. Quedaba el jurado de la ley de enjuiciamiento de 1872 no tanto subordinado a la ley, como al resto de una justicia profesional. Por ello su examen deja de ser aquí pertinente. Volverá a serlo en el siguiente epígrafe cuando tratemos del otro tipo de jurado presente en la cronología que aquí nos interesa. Oportuno, sin embargo, es aquí dar cuenta aquí de otro tribunal de jurado que contemporáneamente al legislado en 1872 se proyectaba entonces. Me refiero, como habrá podido deducirse, de la referencia que al jurado se contenía en el proyecto de Constitución federal de la primera República. No por conocido deja de ser interesante reproducir aquí la mención de su título preliminar:

“Toda persona encuentra asegurados en la República, sin que ningún poder tenga facultades para cohibirlos, ni la ley ninguna autoridad para mermarlos todos los derechos naturales (...) 8.º El derecho a ser jurado y a ser juzgado por los jurados (...) Estos derechos son anteriores a toda legislación positiva”.

(34) Finalidades expresadas por la comisión constitucional *apud*. C. SERVÁN, *op. cit.*, págs. 124 y 131.

No había sólo reconocimiento del jurado como derecho sustantivo indisponible por el legislador. La mención significaba también la reivindicación de una justicia ciudadana que ya no se pensaba como instrumento para contrapesar una magistratura profesional, ni para generar artificialmente en los justiciables confianza en la imparcialidad de los fallos. Cimentaba esta mención el apoderamiento jurisdiccional de la sociedad política como expresión de autonomía, de autogobierno. Y así podía reconocerse no sólo en proyectos legales sino también en doctrina que circulaba por entonces (35). El jurado constitucional republicano expresaba una radicalidad en la representación de la sociedad política que había desaparecido en el jurado legislado en 1872. Suponía el jurado del proyecto republicano una apuesta por la devolución de la jurisdicción a la sociedad política, tras un siglo que había cancelado el resto de las posibilidades de una justicia no profesional. Todas las expectativas que en Cádiz se habían anunciado en este sentido: jurados, alcaldes como jueces natos, conciliación obligatoria y el derecho a componer los conflictos mediante jueces árbitros habían desaparecido a estas alturas. No esta de más recordar estos extremos cuando entonces, y mucho me temo ahora, la experiencia doceañista se eleva más que a modelo a mito. A la postre lo que en algún momento se había calificado como Milicia Nacional del Derecho, podía resultar superflua por su asimilación al ejército de una judicatura profesional. Así las cosas, la reacción de la Restauración pudo suspender el jurado llevándose de paso el juicio oral y público y la obligación por parte de los jueces profesionales de motivar las sentencias. Interesa, especialmente, esto último a pesar del silencio de la historia que hemos calificado de excepcional, y contra la interpretación de la historia más canónica del jurado que ha querido ver en esta dispensa una reminiscencia del “sistema de juzgar en conciencia, propio de aquel tribunal” (36). Aquí, por

(35) Como así se recuerda respecto de un Gumersindo DE AZCARATE, *El Self-Government y la Monarquía doctrinaria*, Madrid 1877, págs. 195-228 y 233-236 *apud* B. CLAVERO, *Happy...*, *op. cit.*, pág. 147

(36) J. A. ALEJANDRE, *op. cit.*, pág. 146.

todo lo avanzado más arriba se colige que no podemos conformarnos ni con el silencio de la historia excepcional, ni con la explicación aportada por la canónica a la exoneración de la justificación de los fallos que acompaña la suspensión del jurado en 1875. La dispensa a la obligación de fundamentar las sentencias suponía un postrer reconocimiento de la fortaleza de una judicatura profesional que podía actuar, como Garelly la había caracterizado cuatro décadas antes como un “jurado”. Si podemos seguir considerando la motivación de los fallos como un mecanismo de defensa de la ley, el hecho de que la suspensión por decreto del mecanismo coincidiera con el de la justicia no profesional bien puede significar que no era el “absolutismo jurídico” de una ley tan débil el que había cancelado las posibilidades constitucionales del jurado, sino que una y otro, ley y jurado, sucumbían a la resistencia de una magistratura profesional y a la indiferencia de la sociedad política (37).

B) Del cargo y de la prueba por jurado

El otro tipo de jurado que aquí nos interesa destacar y que comparece desde principios del siglo XIX es el concebido como mero medio de prueba sin alcance representativo. Es un instrumento en el que se acentúan los perfiles del cargo o función pública ocasional. Se puede afirmar que es un tribunal de jurado que precisará de código para su misma existencia, y que en el código encontrará el límite de su actuación. Reducido a medio de prueba en el proceso penal, la extensión de su competencia material al conocimiento de los delitos comunes resulta proporcional a la pérdida de su valor

(37) Y es en este punto donde no se oculta la divergencia respecto de la tesis de C. SERVÁN, *op. cit.*, para la que toda mediación del legislador parece depresiva de unos derechos concebidos como naturales. Esta posición tan transida de iusnaturalismo lleva a extremos, que aquí no se pueden compartir, la afortunada, pero no por ello menos polémica, calificación de Paolo Grossi sobre el absolutismo de la ley, como el más feroz de los absolutismos. Sobre esto último, véase, p. e., P. GROSSI, *Absolutismo giuridico e diritto privato*, Milán, 1998, y sintética y recientemente, ID, *Mitología jurídica de la modernidad*, Madrid, Trotta, 2003.

político. Pues, a lo largo del siglo, se va decantando este primer tipo de jurado que viene a desapoderarse como institución representativa y de determinación del derecho para asimilarse a órgano judicial del que, por tanto, puede predicarse un estatuto y régimen parecido. Pero la funcionarización del jurado, su asimilación a órgano judicial sujeto a ley es sólo una manifestación más, quizás la última, de un proceso de estatalización de la justicia al que se asiste a lo largo de todo el siglo y del que también formaron parte la expropiación de facultades jurisdiccionales originarias de los alcaldes, la desaparición de la conciliación obligatoria o la desconstitucionalización del arbitraje.

A este tipo de jurado responde en primer lugar el intento consignado en el proyecto de Código de Procedimientos criminal de 1821 elaborado bajo la vigencia de la constitución de Cádiz (38). El jurado codificado pretendió ser un medio general para el enjuiciamiento de las causas penales graves, quedando sin embargo fuera de su conocimiento las dirigidas a exigir responsabilidad a los empleados públicos porque

“el estado, al mismo tiempo que se interesa en que sus funcionarios llenen sus deberes, y que no queden impunes sus abusos, se interesa también en protegerlos contra los embates de las pasiones” (39).

Al jurado se le declaró, en suma, incapaz de juzgar al funcionario. Si éste debió identificarse con algo fue con las órdenes comunicadas por su superior jerárquico, no con los justiciables. El jurado quedó descalificado por la falta de ilustración técnica para enjuiciar al funcionario pero, sobre todo, porque no se quiso hacer depender a este último de la animosidad o, por contra, de la tolerancia de aquéllos a los que administraba justicia. Difícilmente

(38) Sobre el mismo véase C. MUÑOZ DE BUSTILLO, “La justicia no letrada en el primer constitucionalismo español”, en VV.AA., *Il modello costituzionale inglese...*, *op. cit.*, págs. 285-324, aunque aquí reproduzco el análisis que ya presenté en F. MARTÍNEZ, *Entre confianza...*, *op. cit.*

(39) *Proyecto de Código de Procedimiento criminal*, Madrid 1821, pág. X.

podía configurarse como baluarte de la libertad cuando precisamente los casos de responsabilidad de los empleados públicos quedaban fuera del ámbito de sus competencias. En sede de selección del jurado se confirmaba la depreciación constitucional o ciudadana de la institución, su asimilación a una justicia regular, mediante la influencia del Gobierno en la formación de los jurados de acusación y de calificación mediante la intervención del jefe político como autoridad “responsable de la tranquilidad de su provincia”. El principal delegado del ejecutivo decidía los recursos contra los albos, elegía al presidente y a 17 jueces de hecho del jurado de acusación, publicaba las listas de los nombrados y, además, formando parte –como el intendente– de la Diputación provincial elegía al resto de los jurados a pluralidad de votos. Aunque en el proyecto de ley se mantuviera la prohibición de que los empleados públicos fueran jueces de hecho, se cercenó el universo de los elegibles para desempeñar el cargo de jurado al exigir juez de hecho el requisito que mejor podía implicar en el recto funcionamiento de la administración de justicia a los más interesados en la conservación del sistema constitucional: la posesión de una renta. En ningún momento se perdía el control por el Gobierno de la actividad de los jurados. Si el presidente del jurado de acusación era nombrado directamente por el jefe político, el de calificación era presidido por un juez profesional. Y si por la composición y modo de elección del jurado se controlaba el inicio de los procesos, para controlar las calificaciones de culpabilidad “notoriamente infundadas”, se arbitró una revisión del veredicto, cuya admisión pertenecía a la exclusiva decisión del juez profesional. El reconocimiento del jurado en el Código penal acentuó la merma del valor constitucional de esta institución por su asimilación a una justicia regular y profesional.

La inclusión de los jueces de hecho como especie de funcionario de la administración de justicia, ya supuso una devaluación del jurado pues irremisiblemente tal calificación llevaba aparejada la responsabilidad (40).

En esta misma línea terminó por caminar el jurado instituido por la ley de enjuiciamiento de 1872. Y aquí de nuevo era compatible con dicha devaluación la ampliación de la competencia del jurado para el conocimiento de los delitos comunes graves. Respecto del proyectado en el Trienio, el jurado legislado en 1872 acentuaba su dependencia de ley ordinaria y de magistratura profesional. Por conocidos, basta aquí sólo con enunciar aquí los argumentos deducidos del régimen jurídico con que se dotó la institución. Frente al precedente de 1821, la ley de enjuiciamiento criminal de 1872 sólo preveía un jurado de calificación, y no de acusación. Quedaban fuera de la competencia de este jurado de 1872 el conocimiento de las causas en que estuvieran incurso altas autoridades civiles y eclesiásticas. Como en el Trienio, la selección del jurado quedaba en manos ahora de magistratura profesional a los que se confiaba la “depuración” de las listas de los candidatos seleccionados entre cabezas de familia pero también entre sujetos calificados como “capaces” por estar en posesión de un título profesional o por haber desempeñado empleos en la Administración en calidad de “Jefe”.

(40) En la discusión sobre el proyecto de Código Penal llegó a proponerse la responsabilidad del jurado por “separarse en su fallo del tenor y letra de la ley”. Esta propuesta implicaba una mutación radical de la institución, no tanto porque la falta de pericia letrada hiciera inexigible la responsabilidad, cuanto porque se variaba la naturaleza constitucional, esto es representativa, del jurado. En aquel modelo constitucional la inmunidad confería autoridad: a las Cortes, al Rey...al jurado. Se pudo decir que la inmunidad llegaba a “hacer odiosa” una institución, que sólo podría mantenerse haciéndola responsable, aunque con ello se la privase de todo contenido representativo y fuese expulsada de un género constitucional en el que figuraban otras instituciones que, siendo irresponsables, nadie imaginó que fueran “odiosas”. Sin embargo, a pesar de estos argumentos, finalmente se salvó el sentido constitucional del jurado gracias a la determinante intervención del CONDE DE TORENO. Su dictamen convencía a la Comisión de que se había equivocado al plantear la responsabilidad del jurado., *ibid.*, págs. 1945-1946.

La magistratura profesional a la que por los motivos que se expresaron en el epígrafe anterior no se daba apenas intervención en el primer tipo de jurado tenía en el jurado legislado en 1872 una preponderancia traducida en número de tres miembros letrados del tribunal, en los poderes de inspección de su presidente sobre los legos; y en las amplias posibilidades de revisar los veredictos del jurado. Este jurado conocía sólo de la culpabilidad de unas conductas ya consideradas delictivas por el tribunal letrado, sobre cuya antijuridicidad el magistrado aleccionaba a los legos, al exponerles la doctrina jurídica existente.

En la Constitución de 1876 ya no se hacía mención del jurado. El dato es interesante porque la revitalización que del mismo se hiciera durante la restauración carecía de marco constitucional, y porque esta desconstitucionalización y su destino común desde 1868 con juicio oral y público, son muestras de que la institución pertenecía más al género de las procesales que a la de los baluartes de libertad o las garantías políticas. El Jurado restablecido por el Ministerio liberal de Alonso Martínez sin embargo era aún menos representativo que los ensayados previamente. Por mucho que en la ley de 1882 pudiera primar el principio acusatorio, se seguía manteniendo un jurado meramente de calificación. Y la calificación se limitaba a la culpabilidad del reo, y como mucho a las circunstancias que modificaban la responsabilidad criminal. La calificación jurídica seguía perteneciendo a los tres jueces letrados. Era un jurado que venía, en principio, seleccionado por y entre contribuyentes, manteniéndose la intervención de autoridades judiciales y municipales en la formación de las listas, y con la peculiaridad añadida de la intervención, para la formación de los albos de los distritos, de una Junta integrada por un cura párroco, un maestro y seis contribuyentes mayores: se trataba de evitar la extracción como jurados de personas “moralmente incapaces”. En 1888 se ampliaron las facultades de la sección letrada del tribunal para revisar e incluso declarar inexistente el veredicto, por infracción del procedimiento por los jurados, pero también por error grave en la declaración de culpabilidad, y viceversa. El Gobierno retenía, en último caso la facultad de suspender el jurado, suspensión fácil de admitir pues recordemos que el juicio por jurados no era garantía

consignada en constitución alguna. La competencia de este jurado seguía siendo la de los delitos políticos y los comunes graves, con la excepción naturalmente de los cometidos por empleados públicos, y con exclusión ahora de los de lesa majestad y de los electorales. Para el restablecimiento del jurado en 1888 fue presupuesto el funcionamiento de un procedimiento oral y público desde la ley de enjuiciamiento criminal de 1882 pero fundamentalmente la inminencia de aquel requisito que tanto se había echado de menos a lo largo de todo el siglo: la fijación de un sistema normativo que puede denominarse contemporáneo por codificado.

III. DISCONTINUIDAD Y APROVECHAMIENTO DE LA HISTORIA DEL JURADO

Hasta aquí hemos dado cuenta de una muy somera visión o lectura sobre la historia del jurado en hasta finales del siglo XIX. Puede resultar paradójico que el periodo de más larga vigencia del jurado en España sea, precisamente, el que queda fuera de nuestra atención sólo proyectada sobre una historia cerrada en sí misma entre 1812 y 1889 por propia de un orden jurídico al que es ajena la idea contemporánea de código. Pero antes de una desventaja, establecer una solución de continuidad en la fecha de promulgación de Código Civil puede resultar hasta útil.

En primer lugar, serviría, si se comparten los presupuestos de los que parte la lectura que se ha proporcionado aquí, para mostrar a los que sostienen tesis juradistas la inconsistencia del argumento basado en la apresurada o no fundada identificación de experiencias histórico-constitucionales. Pero, si se conviene en esos mismos presupuestos de una historia del jurado cerrada en sí misma, cae en cierta medida también el argumento del fracaso de una experiencia histórica, que se maneja por los partidarios de las tesis contrarias al jurado. En otros términos, tan distinto al que podemos considerar como contemporáneo era aquel constitucionalismo, aquel orden jurídico, aquel jurado pero también aquella magistratura, que hoy no puede servir ni de precedente, ni de término de comparación. Resulta paradójico que, como argumento para la dificult-

tad o facilidad para la adopción de un determinado modelo de jurado se haga ver la diversidad de los sistemas normativos desde el punto de vista del Derecho comparado y al mismo tiempo se trate de señalar la identidad y continuidad de una experiencia histórica nacional. Si se deshace esta paradoja y se conviene, en resumen, en que hacer historia del Derecho supone comparar realidades jurídicas diversas separadas entre sí ya no en el espacio, sino en el tiempo, entonces una historia del jurado en su contexto decimonónico puede tener la utilidad de emancipar al legislador y por qué no decirlo, también al operador jurídico actual respecto de pretendidos precedentes contrarrestando la invención de tradiciones que devienen realidades y que no son sino resultado de otras interpretaciones históricas. La lectura que puede extraerse de esta historia de jurados en plural para una cultura jurídica aparentemente idéntica, pero tan distinta, quizás sea el evitar el carácter indisponible con el que para el legislador se muestran algunos elementos que conforman el régimen jurídico de la institución y sobre los que puede centrarse actualmente la discusión. Pues indisponible no hay casi nada: hoy hasta el clima cambia.

