

## Jurado como constitución

Bartolomé CLAVERO

*Mientras no tengamos jurado, consideraré a mi patria sin verdadera libertad.*  
Alvaro Flórez Estrada, 1820.

Pretendo hacer una introducción sumarisima al jurado, para lo cual creo que interesan, más que hechos, cuestiones, más que noticias, problemas: cuestionario y problemática constitucionales. Quiero poner de relieve hasta qué punto el jurado viene siendo o no viene siendo, y por qué sí o por qué no, un elemento genuino del sistema constitucional: hasta qué punto representa una institución constitucionalmente tan señalada como pueda serlo, sin ir más lejos, el parlamento. Y cuando hablo de constitucionalismo quiero decir lo que creo que, sin meternos en profundidades, entendemos todos y todas, comenzando, ya que del jurado hablamos, por los no expertos ni expertas: un sistema de constancia, garantía y promoción de libertades individuales y sociales. ¿Qué tiene que ver el jurado con esto?

Nadie parece poner hoy en duda que dicha otra institución, el parlamento y un parlamento que pueda decirse representativo, sea un componente inexcusable de un sistema constitucional, de este sistema de libertades. En cambio, no es raro que se piense y que se diga que tal no es el caso del jurado, cuya institución sólo sería propia de algunas modalidades del constitucionalismo, por causas que tendrían que ver más con arraigo pretérito particularizado que con imperativo actual generalizable. Allí donde no viene practicándose tradicionalmente la institución del jurado, la misma vendría a suponer para un sistema de libertades un lujo perfeccionista o un engorro prescindible, según gustos y sensibilidades. Esta impresión hoy bastante difundida es lo que quiero someter a contraste. Comienzo a hacerlo en el laboratorio intelectual de unos clásicos constitucionales.

Y para clásico, para un primer clásico, no creo que quepan dudas. Clásico entre los clásicos judiciales es un pequeño libro publicado anónimo en 1764 bajo el título de *Dei Delitti e delle Pene, De los Delitos y de las Penas*, presentando una proposición sobre la justicia penal que se ha convertido ella misma en clásica. Con un éxito espectacular inmediato de ediciones y traducciones, su idea inicial de la justicia se hizo pronto un ideal. Es un clásico además muy presente todavía particularmente entre nosotros por la traducción y los estudios de Tomás y Valiente.

El ideal que se identifica con aquel clásico es en sí muy sencillo o lo resulta hoy por ser a nuestras

alturas, de tan predicado, tan encomiado y tan practicado, fácilmente reconocible. Cabe resumirlo en pocas palabras, en tan pocas como en una consigna: principio de legalidad. Los delitos y las penas han de estar tipificados anticipadamente por la ley reduciéndose la labor de la justicia a su aplicación estricta. Este de legalidad y tipificación no es el lenguaje de aquel clásico, pero son los términos que han venido luego a expresar lo que se entiende propugnado por el mismo. Bajo este entendimiento, una doctrina penalista decimonónica que aún persiste mira al clásico, a *De los Delitos y de las Penas*, con más complacencia de lo que lo hiciera su propio autor en vida.

El autor era y es sabido, un joven lombardo, de veinticinco años cuando escribió el clásico, el famoso Beccaria, Cesare Beccaria. Ocultó inicialmente su nombre por abrigar no sólo temores a censuras ajenas, sino también sentimientos de insatisfacción propia. Desde que se publica su escrito y durante un par de años, se dedica a corregirlo, anotar y ampliarlo. No lo hacía por esmero estilístico, sino por preocupación sustantiva. La primera redacción dejaba en el aire el par de problemas realmente mayores: ¿Cómo se hacía la ley previa de carácter general? ¿Cómo se determinaba la justicia al caso concreto? En su época y en su medio, la ley formalmente la producía el monarca o soberano equivalente y la justicia tendía a responder al mismo principio monárquico o similar, aunque sin depender en sustancia del monarca por atenerse corporativamente más a una jurisprudencia tradicional que a la ley misma. Bajo tales condiciones, ¿cómo iba a realizarse el ideal?

A nosotros, pues vamos a la cuestión del jurado, nos interesa más la segunda dimensión, la justicia, que la primera, la ley. A Beccaria lo mismo, como también acabó él yendo a dicha cuestión, la del jurado, aunque sin nombrarlo. Respecto a la ley, se limitaba prácticamente a confiar en que el soberano, bien asesorado por ilustrados como él mismo, respondiera a razón, a una concepción razonable de la ley penal. *De los Delitos y de las Penas* no se plantea respecto a la legislación cuestión alguna de carácter representativo o parlamentario. Como su problema era sustantivo, de razonabilidad del contenido de las leyes, tampoco es que hubiera podido encontrar resolución por cuestión de procedimiento

más o menos autocrático o más o menos democrático. Y el caso es que no se la planteó.

No lo hizo así en lo que respecta al procedimiento legislativo, pero sí en lo que importa al judicial. Le preocupaba sobre todo una justicia que, ateniéndose a su propia tradición jurisprudencial, se otorgaba a sí misma unos márgenes notables de discreción y se mostraba reticente e incluso impermeable ante reformas de impulso exterior, incluso de ley. Era la justicia que Beccaria quería sujeta estrictamente a legislación y que se tomaba en cambio todo tipo de libertades con la ley misma. Era una judicatura investida profesionalmente de un poder propio de determinación del derecho. Por esto la teme el clásico. Hasta tal punto se le opone que no quiere dejarle el más mínimo resquicio de discreción no sólo en cuestión de derecho, sino tampoco de hecho, tampoco respecto a la apreciación de los supuestos concretos que han de dar lugar a la calificación de delito y la aplicación de pena conforme, en su ideal, a previsión de la ley. Tras todas las correcciones y modificaciones hechas durante un par de años, éste se encuentra entre los puntos postreros de los que se ocupó el clásico.

Entre un capítulo *De los testigos* y otro sobre las *Acusaciones secretas*, introduce uno nuevo acerca de los *Indicios y formas de juicio*, en el cual aparece nuestro asunto, el jurado, un jurado innominado. La aparición también se produce entonces en España, pues aquí se publica en 1774 tal *Tratado de los Delitos y de las Penas*, la traducción de su versión final, por la cual cito. Una vez establecido del modo más taxativo que la justicia no tiene voz alguna en cuestiones de derecho, pues esto queda a la ley, el problema planteado es el de la cuestión de los hechos, el de la apreciación de los supuestos concretos que, por vía de calificación, puede incidir en la determinación del mismo derecho aplicable al caso. Así se plantea la formación de la certeza judicial por medio de las pruebas, una certeza moral, certeza de un carácter que nunca cabe someter a reglas estrictas: "Rigorosamente la certeza moral no es mas, que una probabilidad". Escuchemos, sigamos escuchando, a Beccaria por medio del lenguaje, la grafía y la puntuación de su primer traductor español:

Esta certeza moral de pruebas es más fácil conocerla, que exactamente definirla. De aquí es, que tengo por mejor aquella Ley, que establece Asesores al Juez principal sacados por suerte, no por escogimiento; porque en este caso es más segura la ignorancia, que juzga por dictamen, que la ciencia, que juzga por opinión. Donde las Leyes son claras y precisas, el oficio del Juez no consiste mas, que en asegurar un hecho. Si en buscar las pruebas de un delito se requiere habilidad y destreza: si en presentar lo que de él resulta es necesario claridad y precisión; para juzgar de lo mismo que resulta no se requiere mas, que un simple y ordinario buen sentido, menos falaz que el saber de un Juez, acostumbrado a querer encontrar reos.

Para la formación mediante pruebas de la certeza moral propia del juicio, para el margen de discreción inevitable de la justicia, resulta finalmente preferible la ignorancia ingenua del asesor lego que la sabiduría viciada del magistrado profesional. "¡Dichosa aquella Nación, donde las Leyes no se tratasen como Ciencia!", puede exclamar a continuación el clásico. Y respecto a esta propuesta de una justicia digamos que iletrada, *De los Delitos y de las Penas*, su capítulo sobre *Indicios y formas de juicio*, aún nos añade algún detalle respecto al jurado, aunque nunca lo nombre:

Utilísima es la (Ley) que ordena, que cada hombre sea juzgado por sus iguales; porque donde se trata de la libertad y de la fortuna de un Ciudadano, deben callar aquellas máximas que inspira la desigualdad; sin que tenga lugar en el Juicio la superioridad, con que el hombre afortunado mira al inferior, y el desagrado con que el infeliz mira al superior. Pero cuando el delito sea ofensa de un tercero, entonces los Jueces deberían ser mitad iguales del reo, y mitad del ofendido, así balanceándose todo privado interés, que modifica aun involuntariamente las apariencias de los objetos, hablan solo las Leyes y la verdad. Es también conforme a la justicia, que el reo pueda excluir hasta un cierto número aquellos que le son sospechosos, y que esto le sea concedido sin contradicción: parecerá entonces que el reo se condena a sí mismo.

Obsérvese cómo van produciéndose unas novedades que pueden acabar realmente complicando o incluso poniendo en tela de juicio el mismo planteamiento inicial del clásico. Imperceptiblemente los asesores se han convertido en jueces, en los jueces realmente competentes respecto a lo que la justicia debe añadir a la ley: respecto a lo que se dice *la verdad* del caso, la verdad relativa de *la certeza moral*. Y para tales jueces, los jurados innominados, se plantean unas cuestiones no sólo pragmáticas, sino también de principios: las cuestiones de igualdad, legitimidad y garantía de la justicia, de la justicia misma, de cara a los imputados, a los imputados mismos. Una justicia de iguales y de unas iguales virtualmente elegidos, mediante la posibilidad amplia de recusación, por el justiciable, es la justicia legítima y es la justicia que puede ofrecer garantías. Dicho de otro modo, la ley, el principio de legalidad que se dirá luego, no basta para fundar, legitimar y activar la justicia. No lo hace definitivamente para el clásico por mucho que luego se le endose lo contrario.

Su última versión ha introducido todo esto, toda esta problemática que no entraba en su planteamiento inicial. Beccaria vivirá todavía cerca de treinta años, pero no volverá a retocar este escrito. No es que quedara satisfecho. Ha dejado sin abordar el gran asunto de la producción de la ley. Y deja el problema no menor de la justicia así de complicado, con dicha novedad última de la justicia de iguales. Es el factor incómodo, el elemento imperti-

nente, el agente distorsionador, además todo ello de innominado. Otros tenderán a postergarlo o incluso a cancelarlo. Quienes han convertido a Beccaria en un clásico a todo lo largo de los últimos dos siglos han preferido olvidar dicho capítulo intermedio, pero realmente final, de *Indicios y formas de juicio*, sobre todo esto último, la práctica efectiva de la justicia. La misma imagen del clásico se ha construido sobre esta especie nada inocente de olvido, como si Beccaria ya se hubiese reducido a predicar unos principios de legalidad y tipificación que hubieran por sí solos resuelto la gran cuestión de la justicia, como si lo que estuviera legitimando fuera esto. Para este tipo feo de cosas sirven a menudo los clásicos.

Pues la entrada ha sido provechosa, sigamos confiando en los clásicos. Los próximos creo que están cantados. La dirección para seleccionarlos nos la indica el mismo Beccaria, aunque tampoco nos especifique nada. *De los Delitos y de las Penas* es un escrito bastante elusivo en cuanto a sus fuentes, lleno de guiños para el lector ilustrado de la época. Ninguno dudaba de que cuando Beccaria se refiere a unos asesores que resultan jueces está mirando a Inglaterra y a su institución del jurado, a la que así se denominada, al *jury* que se escribía y se escribe en inglés como en francés. Lectores los suyos, como él mismo, de Montesquieu, no habría dudas al respecto: *De l'Esprit des Lois, Del Espíritu de las Leyes*, contenía desde 1748 unas mismas consideraciones sobre el jurado y lo hacía en su capítulo ya entonces famoso, el sexto del libro undécimo, *De la constitution d'Angleterre*.

De ahí, de ese capítulo *De la constitución de Inglaterra*, provienen unos motivos. Ahí figuran el tratamiento sustantivo de los jurados como jueces, la estimación de una justicia de iguales, la presentación de un poder judicial tan potencialmente terrible como actualmente neutralizable por medio de esa clase de jueces, la valoración de la recusación de los mismos como suerte de elección de la propia justicia por parte del justiciable e incluso el anonimato del propio jurado, pues este capítulo, aun con todo ello, tampoco lo nombraba. Ahí también se encuentra la famosísima calificación de los jueces como *la boca que pronuncia las palabras de la ley* que, sacado de contexto, se ha simplificado y magnificado luego en la mismísima línea de la lectura canónica de Beccaria olvidadiza del jurado por apreciativa de ley. Mas Montesquieu, pese a que suele también endosársele la posición contraria, ya presentaba la justicia constitucional inglesa como justicia de jurados, no de jueces.

Si miramos entonces a Inglaterra, hay un par de clásicos coetáneos al de Beccaria que para el suyo llegaron tarde, por los pelos, y que a nosotros pueden servirnos, por las raíces. Me refiero a la obra del ginebrino Jean Louis De Lolme sobre la *Constitution de l'Angleterre ou état de gouvernement anglois, Constitución de Inglaterra o estado del gobierno inglés*, cuya primera edición data de 1771, y que fue para la Europa continental durante bastantes décadas el cauce principal de información acerca de una constitución

en su mayor y principal parte no escrita como la inglesa. Y me refiero también a los *Commentaries on the Laws of England, Comentarios sobre las Leyes de Inglaterra*, del londinense William Blackstone, clásico entre los clásicos para el derecho británico. Aparecieron entre 1765 y 1769; sus capítulos sobre el jurado, en los dos últimos años. Vayamos viendo; sigamos atendiendo.

He aquí cosas que De Lolme comunica a la Europa continental sobre la *Constitución de Inglaterra*. Este clásico se interesa muy particularmente por la institución del jurado en la justicia penal, por su doble intervención como jurado de acusación, para el procesamiento, y como jurado de veredicto, para la sentencia, procediendo acto seguido a una valoración. Lo cito también conforme a la primera traducción española, la publicada en 1812, el año de la Constitución de Cádiz, tras presentación y con dedicatoria a las Cortes constituyentes:

En suma, siendo la constitución de Inglaterra una constitución libre, por esta sola circunstancia (como hubiera repetido ya muchísimas veces, si se pudiera insistir muy a menudo en una verdad tan fundamental) exigía precauciones extraordinarias para prevenir los peligros que inevitablemente acompañan a la facultad de imponer penas; y la institución del juicio de jurados es digna de particular admiración considerada en este punto de vista. Por medio de ella la autoridad judicial no sólo no está en manos del que tiene el poder ejecutivo, sino también fuera de las del juez mismo. No solamente no puede ejercerla el que tiene confiada la autoridad y la fuerza pública hasta que, por decirlo así, haya obtenido permiso para ello de los que están separadamente puestos para administrar justicia, sino que también contiene a éstos otro freno del todo igual, y no pueden hacer que hable la ley, sino cuando por su turno hayan obtenido también licencia.

Sino cuando tengan el veredicto de los propios ciudadanos seleccionados para el caso, de quienes así "no forman un cuerpo permanente que pueda tener tiempo para meditar cómo podrán valerse de su autoridad para promover sus miras privadas". Así también puede De Lolme concluir para este capítulo en la ortografía de su primer traductor español:

En fin, es de tal naturaleza esta feliz institución, que el poder judicial, poder tan formidable por sí, el qual ha de disponer sin encontrar la menor resistencia de los bienes, del honor y de la vida de los individuos, y el qual por más precauciones que se tomen para contenerle, tiene que ser siempre arbitrario en cierto modo: se puede decir que en Inglaterra existe para lograr todos los fines a que se dirige, y que no está en manos de nadie.

En un tiempo en que se abusaba en Inglaterra como por doquier de la pena de muerte, el clásico

puede elocuentemente añadir en este preciso punto: “La consecuencia de esta institución es que en Inglaterra nadie encuentra jamás a otro de quien pueda decir *este hombre tiene autoridad para resolver que yo muera o viva*”. Y De Lolme abunda en el asunto del jurado. Tomando expresiones de Blackstone que ahora veremos, aprecia su virtualidad más general como baluarte de unas libertades públicas frente a los poderes políticos, inclusive desde luego el judicial. Conoce el alcance mayor de sus competencias en el campo de la justicia, comprendida por supuesto la civil. Indica su extensión a cuestión de derecho, su no limitación estricta a la de hecho, más inevitablemente en materia penal por vía de calificación. Apunta así su potencial transcendencia a derecho sin más, al derecho con carácter general en base y respecto al hecho particular: “El veredicto de éstos (los jurados) debe comprender toda la materia del proceso, y decidir tanto sobre el hecho, como sobre el derecho”. Todo ello lo contrasta con la práctica usual de la justicia por la Europa continental en manos de jueces más estables y con ello, sólo ya con ello, más apoderados. Podían disponer de la vida ajena.

La lectura del clásico que nos puede resultar más ilustrativa es naturalmente la de fuente más cercana, la que por entonces, por aquella primera época constitucional, tenía la experiencia del jurado. Me refiero obviamente al clásico inglés, a los *Comentarios* de Blackstone, los cuales fueron también bastante conocidos en la Europa continental desde un primer momento, particularmente por una traducción francesa casi inmediata, de los años setenta. No hubo traducción española. La de las citas será mía. Blackstone dedica un capítulo al *jury*, a la institución de jurado, ocupándose de su competencia en el campo civil. Lo presenta como un capítulo constitucional. Aunque advierte que no va “a desperdiciar el tiempo del lector con elogios gratuitos” de la institución y aunque también acusa algunas características suyas que entiende defectuosas, la presenta con dicho acento e incluso con énfasis constitucional:

El privilegio más transcendental que ningún sujeto puede disfrutar o desear es el de no poder ser afectado ni en su propiedad ni en su libertad ni en su persona sino mediante el consentimiento unánime de doce de sus vecinos e iguales. Me aventuro a afirmar que es una constitución que ha asegurado providencialmente las libertades justas de esta nación.

Es una “admirable constitución”, el “mejor preservativo de la libertad inglesa”, subraya. Le confiere esta importancia a pesar de que le reconoce en principio competencia tan sólo respecto a cuestiones de hecho, a la *question of fact*, correspondiendo la de derecho, la *question of law*, en general al parlamento, que allí existía, y en particular a los jueces del caso guiados también por la jurisprudencia, la que allí se daba. Pero es la del hecho y el derecho una distinción relativa. Lo es por la razón fundamental de que, no pudiendo afectarse ni vida ni

libertad ni propiedad sin veredicto de iguales, la competencia esencial del jurado es la de “determinar los derechos”, *to determine the rights*, los derechos en sentido subjetivo, cuestión jurídica donde las haya. Menos interés tiene, aunque sea también ilustrativo, que Blackstone reconozca que, en tal contexto constitucional, los jurados encuentran medios para incidir en la cuestión de derecho en su sentido también objetivo, en el campo del *law* que en principio compete a parlamento y jueces. En la misma concurrencia y combinación de jueces y jurados ve Blackstone una virtud constitucional:

La administración imparcial de justicia que asegura tanto nuestras personas como nuestras propiedades, constituye el objetivo mayor de la sociedad civil. Si el mismo se confía a la magistratura, a un cuerpo selecto de hombres, cuales los que designa generalmente el monarca o tales que se benefician de los oficios superiores en el estado, los mismos, a pesar de su propia integridad natural, sufrirán frecuentemente desviaciones a favor de los de su rango y dignidad. No cabe esperar de la naturaleza humana que *la minoría* esté permanentemente atenta hacia los intereses de *la mayoría*. Por otro lado, si el poder de juzgar estuviera aleatoriamente situado en manos de la multitud, sus decisiones serían bárbaras y caprichosas.

Blackstone expone que los jueces no son figuras decorativas, sino que ejercen funciones efectivas de dirección del proceso e ilustración del jurado suponiendo esto también garantías para los justiciables. Mas la garantía principal sigue siempre siendo la que ofrecen unos jurados independientes de los jueces en su doble función tanto previa de admisión del juicio como ulterior de apreciación de unos hechos y de unos derechos. Ante este conjunto de consideraciones, parece de un valor secundario que Blackstone admita un poder legislativo del parlamento tanto sobre el derecho como sobre la justicia, pero a continuación veremos la importancia primaria que esto tiene de cara a América. Un poder de la legislación por encima del jurado miraba a las colonias. Y Blackstone, cuando llega en otra parte de sus *Comentarios*, en el último volumen, a la justicia penal, no deja de abundar en el principio y en la práctica del jurado como “baluarte de la libertad”. Esta parte tuvo mayor difusión en traducciones que la independizaron como *Código penal de Inglaterra*.

Hablando de independencia, digamos algo precisamente de América, de los Estados Unidos que por entonces se separaron de la monarquía británica. No hay un clásico semejante que nos introduzca expeditamente en nuestro asunto del jurado por aquellos lares. O lo hay y ya lo tenemos. Para esta materia constitucional, pues no para todas ni mucho menos, el clásico sigue siendo Blackstone, su capítulo sobre el jurado. El *reprint* que estoy manejando de la primera edición de sus *Comentarios*, la de 1765-1769, es americano, de la Universidad de

Chicago, de 1979, lo que puede ser un síntoma. En nuestro asunto lo es: la imagen constitucional del jurado que ofrece Blackstone ha llegado a cobrar más vida en los Estados Unidos que en la misma Gran Bretaña. El jurado fue una clave constitucional de la misma independencia. Lo fue precisamente como *right*, como derecho subjetivo constitucional, derecho de libertad. Se trata así, antes que del derecho del jurado, del derecho al jurado, del *right to jury*, de tal derecho no como una práctica, como una institución o como una garantía judiciales, no sólo como estas cosas, sino como algo más y primordial: como derecho subjetivo de transcendencia constitucional, como derecho ciudadano, como *right* a una forma determinada de juicio, al juicio por iguales y vecinos.

Recordemos un poco, lo poco que aquí cabe, la historia. Cuando los colonos americanos se resisten en nuestros años setenta, los del siglo XVIII, al pago de impuestos establecidos por el parlamento británico, por un parlamento en el que no tienen representación, se ha de recurrir a la justicia y con ello al jurado pues sin ella, y así sin él, sin el jurado, no se puede disponer de propiedad: no se pueden percibir coactivamente impuestos. Mas esto resulta inoperante: la justicia, por la presencia de unos jurados de los mismos colonos que puede incidir en cuestión de derecho, se muestra favorable a la resistencia, fallando de ordinario contra las pretensiones de la metrópolis por muy respaldadas que estuvieran legal y parlamentariamente. La reacción del parlamento británico es la de producir una reforma judicial en las colonias: la de atribuir la competencia en materias como la fiscal a una justicia sin jurado. Las colonias a su vez reaccionan rechazando la nueva legislación como literalmente anticonstitucional por atentatoria contra el derecho constitucional al juicio por jurado.

Constitucionalmente no se trata sólo de que el parlamento británico no cuente con representación de las colonias. Hay algo anterior y superior: ni a ese parlamento ni a ningún otro, tampoco a las asambleas propias, se reconoce poder dispositivo de derechos subjetivos que se consideran constitucionales, entre los cuales, avanzándose en la línea de Blackstone, se incluye el jurado. El constitucionalismo estadounidense comienza en nuestro capítulo con esta consideración del jurado como *derecho* así indisponible por parte de poder alguno. No depende de la ley, del poder legislativo, o ni siquiera de la Constitución, del poder constituyente, pues es derecho preconstituido o *privilegio*, que diría Blackstone, en este sentido ya categóricamente constitucional. El primer Congreso americano de colonias británicas, de 1774, afirma el jurado como institución indeclinablemente tal para cuestión de derecho en estos precisos términos que intento traducir lo más fielmente:

Ni la vida ni la libertad ni la propiedad pueden ser sustraídas del titular hasta que doce irreprochables conciudadanos y pares suyos de la misma vecindad, de quienes se puede por esto razonablemente presumir que están en conoci-

miento del carácter suyo y del de los testigos, mediante juicio justo y contradicción plena en sesión pública, ante todo el pueblo que quiera asistir, emitan bajo juramento la sentencia, una sentencia que no puede injustamente dañar al justiciable sin dañar a un tiempo la reputación y probablemente los intereses de sus juzgadores, porque puede la cuestión concernir en alguna medida al bienestar general o también porque puede el veredicto constituir un precedente que, en caso similar, se vuelva contra quienes lo sentaron.

El jurado trae así unas consecuencias y conoce un desarrollo en línea bien diversa a la supuesta inicialmente por otro clásico constitucional, por Becaria. Aquí ni siquiera cabe una identificación completa del derecho objetivo, del *law*, con una *ley* preestablecida. La institución parlamentaria no puede aquí asumir tal grado de autoridad de fijación del derecho. El congreso federal y los congresos estatales de los Estados Unidos no tienen dicho poder. Aunque lo pretendan, como no deja ocasionalmente de ocurrir, se encuentran ante todo con la institución del jurado que puede neutralizarles. Constitucionalmente estamos ante este contrapeso, ante dos modos paralelos y concurrentes de determinación del derecho, ambos con autoridad propia pues ambos suponen intervención ciudadana: el parlamento y el jurado. Aquí, con este modelo constitucional, no cabe la codificación que en otros casos podrá constituir la expresión por excelencia del principio de legalidad. No se entiende que un solo poder lo tenga para determinar el derecho.

La misma jurisprudencia que concurría en la metrópolis británica a la producción y el desenvolvimiento de derecho ahora puede potenciarse por el reforzamiento constitucional del jurado, por esta presencia ciudadana en el campo judicial de alcance general, no sólo limitada a materia penal ni tampoco necesariamente reclusa a cuestión de hecho. Es el jurado entonces legislador negativo que puede informar jurisprudencia positiva. Lo es de la forma dispersa propia de la justicia que, si no evita, al menos dificulta su conversión en contrapoder, como nos han indicado nuestros mismos clásicos. Se da también por entonces la circunstancia tanto en Gran Bretaña como en los Estados Unidos, de que los jurados, aunque en caso alguno democráticos, conocen una participación social perceptiblemente más amplia que la de los parlamentos o congresos. Sobre todo el parlamento británico era de una representación política mucho más restringida que la correspondiente presencia social en el jurado.

Parece que, con parlamento y jurado, queda, si no enteramente definido un sistema, al menos bien identificadas un par de patas del banco, los dos pilares de la constitución. Pero esto no parece confirmarse por la historia posterior de propagación y desenvolvimiento del mismo sistema constitucional, el cual, no sabemos todavía si quedando cojo el banco, hace por apoyarse en el parlamento como verdadera columna mientras que tiende a prescindir del jurado como innecesaria muleta. Se apoya en

un derecho legislativo tanto como no se sostiene sobre un derecho judicial que también pudiera ser de autoridad ciudadana, de esta legitimidad constitucional. ¿Cómo ocurre esto? ¿Cómo aparece, si tal resulta, otro modelo constitucional en lo que interesa así a la justicia? Otro menú por lo menos vamos a tener pues está evidentemente a la vista entre nosotros en España y buena parte de Europa.

En principio no aparece una alternativa constitucional de la justicia que interese de ese modo, degradatoriamente, al jurado. No hace la novedad su aparición ni como modelo ni como menú. Cuando en 1789 se inicia otra historia constitucional, la historia de la revolución francesa que de un modo u otro repercutirá por lo menos a lo ancho del continente europeo, no se tiene otra idea de la justicia que la que ofrece el modelo que está entonces ante la vista, el único existente con sus respectivas modalidades europea y americana, lo que acabamos de mirar. Si de la misma revolución francesa resulta finalmente, no otra modalidad, sino otro modelo o al menos otro menú, no es porque en principio se concibiera y produjera con tales pretensiones o de tal modo.

Recordemos otro poco, algo más, la historia. La revolución francesa comienza en materia de justicia dando por desahuciada la judicatura existente, aquella magistratura de especie profesional que temía Beccaria por su práctica de atenerse más a su propia jurisprudencia tradicional que a la legislación nueva. Entendiéndola incapacitada para la inteligencia y aplicación de unas leyes revolucionarias y por entender también que se precisaba un nuevo modelo judicial, uno constitucional, se hace en Francia, en la Francia revolucionaria, tabla rasa de la justicia. En 1790, anticipándose a la primera Constitución de esta revolución, una legislación orgánica se ocupa de fundar toda una nueva justicia. La institución estricta del jurado no alcanza en ella el lugar constitucional que le hemos visto y podía esperarse. Lo tiene limitado a la justicia penal y para la cuestión de hecho, sobre el supuesto expreso además de que la cuestión de derecho va a estar predeterminada por la ley, por una legislación codificada. Es el jurado así garantía constitucional objetiva y no derecho constitucional subjetivo. Esto, bajo dichos límites, no puede serlo. Pero tampoco ocurre que se conciba y produzca otro modelo constitucional en el capítulo de la justicia desde este primer momento revolucionario. Más bien lo que resulta es lo contrario.

Con dicha legislación de 1790, toda la justicia, la totalidad de ella, la civil como la penal, viene a concebirse como una especie extensiva y dilatada, casi total, de jurado. No la hay profesional. Es ciudadana. Todos los jueces son elegibles y por un corto espacio de tiempo, lo mismo precisamente que los parlamentarios. Hay justicias especializadas, como la mercantil o como también en materia de familia, que se constituyen bajo unos mismos criterios ciudadanos. El jurado civil, que tuvo sus defensores, ha quedado expresamente descartado, pero el descarte se produce en ese contexto de justicia generalmente electiva y temporal. Hay además una pri-

mera instancia de conciliación ante autoridades representativas locales. Y el arbitraje se afirma como una opción constitucional, como un derecho tal. Es en suma un contexto ante el que cabe entenderse que en la derrota se encierra una victoria. El jurado alcanza a poco porque era mucho, prácticamente todo. Otra cosa no parecía constitucionalmente concebible.

Tenemos así que modelo constitucional sólo hay de entrada uno y que éste se apoya también sobre la base ciudadana del jurado, segunda pata del banco. La otra siempre es el parlamento. También sabemos, pues lo tenemos hoy ante la vista, que va a surgir una alternativa, la que sustenta su peso ciudadano sobre la institución parlamentaria debilitando o incluso cancelando como sostén constitucional el jurado. Lo que tenemos entonces es un problema: el de la misma formación histórica de dicho concreto sistema, el de una formación que, por lo que estamos viendo, ha de ser de tiempo constitucional, de nuestro tiempo contemporáneo, y no anterior. He aquí la cuestión: ¿Cómo se ha formado la idea de un sistema constitucional sobre la realidad de unos sistemas tenidos así por constitucionales sin la base del jurado, de su institución integral, de una institución con competencia general en el campo judicial y con la posibilidad de incidir en el terreno del derecho? Es problema para el que hay respuesta, para el que ya incluso la tenemos. La verdad es que, hablando de la revolución francesa, hemos tenido ante nosotros, si no todavía la respuesta terminante sobre una realidad, al menos la condición inicial para una posibilidad.

A primera vista ha podido parecernos que el sistema resultante de tal revolución es más juradista que los constitucionales precedentes, el británico y el estadounidense, pero éste no es en rigor el caso. Se ha producido ya una novedad, una novedad transcendental, que sitúa el sistema revolucionario francés en una línea más bien contraria. No es juradista, pese a las apariencias, porque no es judicialista. Sin esto, no puede ser aquello. El jurado es al fin y al cabo una institución de la justicia. Adviértase que la justicia revolucionaria ha sido una creación de la ley. Ha sido establecida realmente por ella como determinación suya. Es su criatura y su dependencia. Se le piensa y establece expresamente para que haga aplicación de la ley sin competencia propia, sin posibilidad alguna de jurisprudencia. Aquella justicia ciudadana de 1790, la más institucionalizada, con jurado inclusive, sólo excluye si acaso conciliación y arbitraje, fue creada para una expedita e incondicional aplicación de las leyes producidas por la asamblea revolucionaria y parlamentos ulteriores. No es suposición mía. Es intención paladina de aquellos constituyentes. Al propósito se anunciaba por la misma legislación orgánica de 1790 la reducción de la ley a código. La justicia se creaba para esta aplicación. La justicia misma, la justicia entera sin excepción en esto, era criatura de la legislación. El jurado quedaba como institución a disposición del legislador.

En aquella justicia no es desde luego concebible que el jurado pueda ser objeto de derecho constitucional ni que su institución pudiera representar un

contrapeso del poder legislativo o alguna forma paralela y concurrente de determinación normativa. A unos efectos que se nos ha dicho de baluarte de la libertad frente a poderes, las posibilidades del jurado realmente resultan de perfil bajo. Esta justicia que quiere reducirse a función de la ley, a estricta aplicación de las leyes, y que no puede tener así posibilidad alguna de enjuiciar la ley misma, es también declarada de modo expreso incompetente respecto al gobierno y a la administración sin que además la incapacitación parezca exorbitante. El jurado concretamente no puede activarse frente a poderes salvo en el campo circunscrito de la justicia penal bajo ley. El código penal fue el primero.

Una diferencia de fondo puede marcarse sobre todo respecto al caso estadounidense. Allí hemos visto que el jurado quedaba entronizado como un derecho constitucional, como un derecho indisponible y obligado no sólo para el legislador ordinario, sino también para el poder constituyente. Es un elemento necesario e indispensable del sistema. Suponía un contrapeso constitucional, con la misma autoridad ciudadana, para la propia legislación. El resultado revolucionario francés es en este punto exactamente el contrario. En Francia y en 1790, una justicia de dicho carácter ciudadano se concibe y establece por determinación legislativa y para la aplicación de determinaciones legislativas. Queda sin capacidad propia. Al año siguiente, en 1791, la primera Constitución de la revolución francesa lo expresará claramente con la fórmula de declararla, aun electiva, no representativa. Representativos son el parlamento que acuerda la ley y el monarca que la sanciona y hace ejecutar. Para este constitucionalismo, una cosa es elección y otra representación. Lo segundo no puede arrojárselo la justicia. Ésta no tiene competencia de cara ni al legislativo ni al ejecutivo. Aun siendo de elección ciudadana, carece de autoridad propia.

El jurado queda a disposición de la ley. Queda todo él: su existencia tanto como su competencia. En realidad queda la justicia entera, pero aquí nos importa nuestra pieza. Que la ley pueda ser constitución no cambia nada cuando no se parte de una categoría de derechos constitucionales y con ello constitutivos por encima del poder constituyente mismo. No sólo el jurado, sino la justicia toda, puede quedar así a disposición de poderes constituidos. Y no habrá que esperar para el mismo caso de Francia. La justicia de 1790, una justicia políticamente tan disponible, no dura mucho. Entrando el siglo XIX, con la etapa napoleónica, comienza deliberadamente a recuperarse la magistratura, una judicatura de profesión. Se limita a los campos civil y penal quedando sujeta a ley previamente codificada. La codificación misma ahora se ultima.

Podrá pensarse que estamos ante la realización del ideal de Beccaria si, por parte de la justicia, no se hubiera restringido la competencia incapacitándola frente a poderes y si, por la del clásico, no hubiera introducido aquel último capítulo de unos asesores que resultaban jueces, aquel estrambote de una justicia de iguales. La judicatura ahora recupera

una posición de superioridad. El jurado persiste, aunque a Napoleón personalmente no le entusiasmará, pero significando definitivamente poco. Constitucionalmente su perfil está bajo mínimos. Queda como una garantía en el proceso penal, una forma de garantía que, a fuer de limitarse a la cuestión de hecho, no es que anime mucho a la participación ciudadana responsable. El *jury*, el jurado francés, ya no podrá ser el *jury*, el jurado genuino.

El modelo definitivo, o el menú de la casa, que resulta del arranque constitucional de la revolución francesa no es el de la justicia ciudadana, sino el de la judicatura profesional. Aunque en campo ajeno, la institución del jurado no se pierde. Resulta así en efecto otro menú o, si se quiere, otro modelo. En el campo de la justicia es donde se dan las mayores diferencias entre un primer constitucionalismo y el que resulta de la revolución francesa y su incidencia europea. Pues ya se sabe que otros casos van a seguir los pasos, como modelo, de Francia, pudiendo saltarse incluso el trámite revolucionario de la justicia ciudadana. Pero la institución del jurado también está presente en la idea misma del modelo, de este otro.

En los casos del menú francés tomado como modelo, en el de Francia y en los de su órbita de influencia, el jurado conocerá revitalizaciones no poco sintomáticas. Recuerdo sumariamente un par de ellas: en materias de derecho de propiedad y de derecho del trabajo. La primera toca a la expropiación forzosa, a las actuaciones expropiatorias de la administraciones públicas, las cuales aquí suscitan un serio problema jurídico. Siendo actividades administrativas no están en principio sujetas a control judicial. Incidiendo en la propiedad, es competente sin embargo la justicia. Se intenta evitar esta competencia, provocándose un problema de legitimidad de la actuación pública frente al derecho privado. Pero resulta que un siguiente paso de participación judicial en los procedimientos expropiatorios no resuelve ese problema primero de legitimidad. A estos efectos, la judicatura no añade mucho a la administración. En la misma Francia del XIX se encuentra la fórmula de establecer jurados, unos jurados especiales, para esa legitimación de las intervenciones expropiatorias de los poderes públicos.

El caso del derecho laboral no es muy distinto al propósito. La misma falta de legitimidad de la que puede adolecer una judicatura profesional de cara al derecho de propiedad, la misma o superior puede aquejarle en el mundo del trabajo. Cuando desde las últimas décadas del XIX unos parlamentos y unas administraciones quieran tratarse con ese mundo en unos términos que ya no sean de inhibición y penalización, uno de los problemas más serios que se encontrarán será el de una incapacidad judicial producida ante todo por una falta de legitimidad social, una carencia que era total en el mundo del trabajo. En los casos de la órbita francesa, no es raro tampoco que se recurra al efecto, a unos efectos sustancialmente judiciales en el ámbito laboral, a fórmulas de jurados, de otros jurados especiales, mas jurados siempre al cabo.

No es cierto, aunque suele repetirse, que para el modelo o menú francés esta institución del jurado sólo opera en el campo penal. Está más presente y su presencia constituye buen síntoma de una insuficiencia de base de la justicia en este otro menú o modelo que se tiene también por constitucional. Algo en común tienen la propiedad y el trabajo. A la hora de la verdad del derecho propio, ninguno acepta fácilmente la legitimidad de una justicia ni de la ley que la respalda. Que pueda entonces tenderse al jurado no es poco sintomático de una carencia de base que, entre codificación legislativa y profesión judicial, no suele reconocerse en este constitucionalismo.

En estos medios, en los medios que podemos latamente decir de modelo francés, el jurado nunca recupera su posición constitucional, pudiendo contrastar así realmente su caso con el del parlamento. Estamos ante una disociación que puede finalmente resultar fenómeno más cultural que otra cosa. El jurado entero y la justicia toda ha quedado a disposición de unos poderes, comenzando por el constituyente y siguiendo por el legislativo. Pero es el derecho todo y entero el que cae en esta posición, lo cual no implica que, todas y enteras, queden así de disponibles las instituciones. La dependencia se produce en diverso grado respecto a los distintos componentes del sistema constitucional. Lo que ocurre con el jurado no pasa con el parlamento a pesar de que un episodio como el napoleónico no deja de degradarle en medida análoga. Se recuperará constitucionalmente el segundo y no el primero. Lo hará culturalmente. Mientras que no se entenderá finalmente constitucional un régimen de parlamento degradado, lo propio no ocurrirá si la degradación sigue tocando al jurado.

Aun con un punto de partida radicalmente revolucionario que deje el entero derecho y todos los derechos a disposición de poderes, nada quita que una justicia ciudadana pueda arraigar social y culturalmente de modo que, aun siguiéndolo teóricamente, no permanezca realmente a disposición normativa de determinación política. Pero esto se tendría que haber dado, no por poder constituyente, sino por predicamento cultural. Una cultura constitucional puede redimir constituciones como las revolucionarias que generan de entrada más poderes que derechos. Es la vía para el propio constitucionalismo. El poder lo que alimenta es dependencia. El poder constituyente crea norma constitucional, pero el propio constitucionalismo es cultura social. Lo es a los mismos efectos normativos, fallando así a la postre para el jurado y no en cambio para el parlamento. Me atrevo a sugerir una explicación de tan notable diferencia cultural en la consideración constitucional de un par de instituciones originalmente paritarias: el parlamento ofrece tanta posibilidad de poder como el jurado de contrapeso y un modelo constitucional, el de menú francés, lo que resulta en definitiva es de poderes, antes de poderes que de derechos.

Y ahí tenemos a la vista la consecuencia actual de planteamientos que velan más que cancelan el

alcance constituyente del poder legislativo y la actuación discrecional de la magistratura profesional. Sin la legitimidad constitucional de la justicia de iguales, en unos mismos medios judiciales de signo constitucionalista ha podido venirse fluctuando entre la discrecionalidad paladina del uso alternativo del derecho y la seguridad imposible del garantismo conforme a ley: entre la franqueza y la coartada. Pues persiste desde luego siempre en el ámbito de la justicia aquella *certeza* necesariamente *moral* que decía Beccaria dándole por ello entrada precisamente al jurado.

Por todo lo dicho, me consta que no sintonizo enteramente con una revista de *juces*, pero la misma felizmente se profesa no sólo de justicia, sino también *para la democracia*.

## REFERENCIAS

*Tratado de los Delitos y de las Penas traducido del italiano por D. Juan Antonio de las Casas*, Madrid 1774, tiene reprint, Ministerios de Justicia y de Cultura, 1993, con estudio de Francisco Tomás y Valiente. El citado de la Universidad de Chicago de los *Commentaries on the Laws of England* de William Blackstone, Oxford 1765-1769, es reprint también vivo de 1979. Para la *Constitución de Inglaterra* de Jean Louis De Loime, mi estudio y edición de las versiones españolas, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

Se historiografía el jurado penal: Thomas Andrew Green, *Verdict According to Conscience: Perspectives of the English Jury, 1200-1800*, Universidad de Chicago, 1985, con revisión propia en *Twelve Good Men and True: The Criminal Trial Jury in England, 1200-1800*, Universidad de Princeton, 1988, estudios dirigidos por J.S. Coburn y el mismo Green, cap. 11, "A Retrospective on the Criminal Trial Jury, 1200-1800", interesando todo el volumen también para cuestiones dichas como las libertades del jurado con el derecho o como su composición social. No conozco estudios equivalentes para el jurado civil, para la misma institución en este campo más abierto.

Para la concepción estadounidense, John Phillip Reid, *Constitutional History of the American Revolution*, Universidad de Wisconsin, 1986-1993, vol. I, *The Authority of Rights*, cap. 6, "The Jury Right". Para la significación efectiva del jurado en este arranque constitucional americano, Shannon C. Stimson, *The American Revolution in the Law: Anglo-American Jurisprudence before John Marshall*, Universidad de Princeton, 1990. Para la puesta en evidencia de la retroproyección de una imagen más judicial, Robert Lowry CLINTON, "*Marbury v. Madison*" and *Judicial Review*, Universidad de Kansas, 1989.

Un volumen sólo en teoría comparativo, como de hecho interesaría, es el dirigido por Antonio Padoa Schioppa para los *Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History*, su vol. IV, *The Trial Jury in England, France, Germany 1700-1900*, Duncker und Humblot, 1987, donde, entre

otros estudios, se ocupan nuestro conocido Green de la competencia en cuestión de derecho del jurado inglés, el director Padoa Schioppa del jurado en la revolución francesa y Bernard Schnapper de Francia en tiempo posterior. Para el respectivo arranque abortado, Robert BADINTER y otros, *Une autre Justice, 1789-1799. Contribution à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, Fayard, 1989. Por su parte, Padoa Schioppa ha reunido esas y otras páginas propias, arrancando de Montesquieu y Beccaria: *La giuria penale in Francia. Dai 'philosophes' alla Costituente*, Led, 1995.

Para el jurado en el campo de la propiedad allí donde no lo hay civil, Luigi LACCHÈ, *L'espropriazione per pubblica utilità. Amministratori e proprietari nella Francia dell'Ottocento*, Giuffrè, 1995, parte II, cap. 6, "Una innovazione singolare: il *jury special d'expropriation*". Para lo propio en terreno del trabajo, valga otro caso: Juan Montero Aroca, *Los Tribunales de Trabajo (1908-1938). Jurisdicciones*

*especiales y movimiento obrero*, Universidad de Valencia, 1976, cap. 3, "Los jurados mixtos". No hubo ensayo español en el otro campo: Santiago Muñoz Machado, *Expropiación y Jurisdicción*, Instituto de Estudios Administrativos, 1976, parte III, "Expropiación y jurisdicción en la legislación decimonónica. La exclusión del control jurisdiccional del acuerdo de necesidad de ocupación".

La historia del jurado en España, como en general de la justicia, aguarda estudio, el estudio que pueda decirse constitucional. Mas la deficiencia, si tal resulta, no es privativa en lo que toca concretamente a nuestra institución. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción castellana de Perfecto Andrés y otros, Trotta, 1995, tiene prácticamente por irrelevante el jurado no ya sólo como derecho constitucional, sino incluso como garantía procesal, como una *garantía* que enervaría buena parte de su teoría.