

# EL JURADO Y LA LEGITIMACIÓN DEL ENJUICIAMIENTO CRIMINAL\*

## THE JURY AND THE LEGITIMIZATION OF CRIMINAL PROCEDURE

Luciano Varela

Magistrado

### RESUMEN

El aún cercano 25.º aniversario de la reinstauración entre nosotros de una modalidad de enjuiciamiento por Tribunal de Jurado invita a reflexionar sobre su finalidad de legitimación democrática del enjuiciamiento penal, de garantía del ciudadano frente al ejercicio del *ius puniendi* del Estado, de reconocimiento de la incerteza de la imputación como presupuesto de la presunción de inocencia y del alcance del sistema acusatorio como método de elaboración de la decisión sobre la culpabilidad. Esa función de garantía se correlacionará con la autonomía de los jurados al deliberar con imparcialidad el veredicto, concurriendo con el juez técnico a la decisión sobre la acusación desde la heterogeneidad de competencias y la diferencia de responsabilidades en la motivación de la sentencia. Pero sin suplencias ni complementaciones entre los unos y los otros, sino desde el equilibrio de poderes. Los embates contra el modelo de la LOTJ en algún pequeño sector doctrinal, pero sobre todo en cierta *praxis* jurisprudencial, favorecieron la merma del protagonismo de los elementos más garantes de imparcialidad o de los avances en la intensificación del principio acusatorio. El resultado ha sido una desnaturalización de su función de garantía confiada mediante una ya tímida atribución de control solo negativo, de aceptación o rechazo, nunca de sustitución, de las decisiones adoptadas por los elementos técnicos del tribunal. Subyace, a veces indisimulada, la consideración de una incapacidad nata en los jurados para su función y en los técnicos la de una capacidad incuestionable, sin que ni lo uno ni lo otro sea comprobado en la práctica.

### PALABRAS CLAVE

Jurado, legitimación, enjuiciamiento criminal.

### ABSTRACT

The approaching 25th anniversary of the reinstatement of the jury invites us to reflect on its purpose of democratic legitimization of criminal prosecution, of protecting the citizen against the exercise of the *ius puniendi* of the State, of recognizing the uncertainty of the accusation as a presupposition of the presumption of innocence and of the scope of the accusatory system as a method of elaboration of the decision on guilt. This function of guarantee will be correlated with the autonomy of the jurors when deliberating, with impartiality, the verdict. Concurring with the technical judge to the decision on the accusation from the heterogeneity of competences and the difference of responsibilities in the motivation of the sentence. But without substitution or complementation between the one and the other, but from the balance of powers. The attacks against the model of the LOTJ in some small doctrinal sector, but above all, in certain jurisprudential practice, favored the reduction of the protagonism of the elements most guaranteeing impartiality or of the advances in the intensification of the accusatory principle. The result has been a denaturalization of their function of guarantee entrusted by an already timid attribution of only negative control, of acceptance or rejection, never of substitution, of the decisions adopted by the technical elements of the court. Underlying this, sometimes undisguised, is the consideration that jurors have a natural incapacity for their function and that the technicians have an unquestionable capacity, without either of these being proven in practice.

### KEY WORDS

Jury, legitimization, criminal proceedings.

DOI: [doi.org/10.36151/td.2021.010](https://doi.org/10.36151/td.2021.010)

\* Al amigo Juan Alberto Belloch Julbe por la valentía y la coherencia con los principios democráticos, de los que, siendo ministro, supo no claudicar, atreviéndose con una iniciativa legislativa a recuperar una institución como la del Jurado, cuya erradicación ha sido siempre un objetivo acariciado por los indisimulados deseos de los más autoritarios.

# EL JURADO Y LA LEGITIMACIÓN DEL ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

Luciano Varela  
Magistrado

**Sumario:** 1. La cuestión de la legitimación del enjuiciamiento en el sistema penal. 2. La incerteza es la precondition de la garantía de presunción de inocencia. 3. El sistema acusatorio instrumento funcional de la presunción de inocencia. 4. La jurisdiccionalidad como exigencia de la presunción de inocencia. 5. El Tribunal del Jurado: de la vigencia fáctica a la legitimación democrática. 5.1. Experiencias históricas. 5.2. La búsqueda doctrinal de referencias para la legitimación. 5.3. La capacidad técnica del Jurado para la función atribuida. 6. El Tribunal del Jurado español de 1995. 6.1. Funciones y competencias de técnicos y legos. 6.2. El Jurado como garantía. 6.3. La autonomía del Jurado. 6.4. Crisis decisorias. 7. La motivación de sentencias. La *explicación* del veredicto. 7.1. La motivación de los enunciados fácticos. 7.2. El alcance de la respectiva decisión que diferenciadamente asumen. 7.3. Criterios respectivos para adoptar sendas decisiones. 7.4. Diverso contenido de sendas justificaciones. 7.5. El veredicto de culpabilidad. 7.6. El Tribunal de Jurado y el «juicio justo» en la jurisprudencia del TEDH. Notas. Bibliografía

## 1. LA CUESTIÓN DE LA LEGITIMACIÓN DEL ENJUICIAMIENTO EN EL SISTEMA PENAL

Es una premisa democrática, ya incorporada a la cultura jurídica general desde la Ilustración, y más aún a partir de las constituciones promulgadas tras la Segunda Guerra Mundial, que la legitimación del sistema penal<sup>1</sup> en un sistema democrático requiere la justificación axiológica de su opción al *definir* las conductas sancionables, *comprobar* su comisión y subsiguiente reprochabilidad y, en fin, *imponer la pena* prevista, todo ello en lo atinente a la razón de la selección —penal— de conductas a sancionar y en cuanto al momento e intensidad de su actuación. En las reflexiones que siguen interesa la legitimación específica de la actividad —*procesal*— de *comprobación de* que concurren los presupuestos de la declaración de responsabilidad que debe preceder en cada caso a la imposición de la pena.

En cuanto a la *validez* de tal actividad, por su acomodo a los parámetros internos del sistema —a los formales, pero también a los sustanciales—, que constituyen la condición y la medida de la legitimidad interna. La crítica jurídica podrá constatar esta validez *en* el sistema atendiendo a la concordancia o la discordancia entre las prescripciones por las

que se rige su actuación —especialmente, las de mayor rango, el constitucional— y la efectividad de su recepción en las inferiores. Y en cuanto a la justificación externa, por su acomodo a proposiciones prescriptivas derivadas de opciones políticas no incorporadas al sistema. La crítica jurídica puede concluir, así, la valoración de la legitimación atendiendo a la *justicia del sistema*.

Desde la CE de 1978, la ausencia de una mínima regulación del Jurado suponía un defecto de la legitimación interna de la actuación jurisdiccional del enjuiciamiento penal. La legislación ordinaria no desarrollaba el mandato constitucional de arbitrar el cauce para que *pudiera* efectivamente juzgarse la responsabilidad penal de los ciudadanos bajo tal configuración orgánica del órgano juzgador. A tal déficit de validez, o de legitimación interna, se unía la falta de legitimación externa del sistema de enjuiciamiento, en la medida en que aquella omisión suponía preterir la recepción de algunos valores políticos propios de un Estado democrático.

La legitimación se manifiesta de diversa manera en el primigenio Estado liberal y en el actual Estado constitucional. El Estado de Derecho exige el condicionamiento de la actuación de *todo poder* a la ley —validez formal— y el Estado Democrático impone a su vez el condicionamiento de la ley a la efectiva garantía de los derechos y libertades fundamentales de *todo ciudadano*. Es decir, la reconducción del control social instrumentado por la ley penal a los valores y principios democráticos que aseguren la libertad, que es un derecho, conscientes de que, por el contrario, no existe un derecho constitucional a la seguridad. Así habrá de conjurarse el riesgo de decisiones del poder, ya sean prohibiciones o castigos, de carácter arbitrario

Desde una perspectiva fenomenológica, cabe constatar que la evolución de la ley penal a partir del primer constitucionalismo supuso una expansión del sistema represivo que se tradujo en una modificación de funciones con quiebra de principios y valores. El Derecho penal se orienta hacia una fundamentación sociotecnológica (advierte Hassemer) utilizándolo como un mero instrumento político. La consecuencia ha sido un debilitamiento de los límites normativos y la aparición de manifestaciones de autoritarismo conservador y, con ellos, una quiebra de la imparcialidad del sistema penal, más orientado a preservar la seguridad que a garantizar el derecho a la libertad, lo que acarrea una cierta deslegitimación, especialmente externa, del sistema.

Desde estas perspectivas, trataremos de reflexionar sobre si la novedad que supuso hace ya más de veinticinco años la LOTJ y su efectiva —o inefectiva— aplicación práctica ha contribuido a recuperar tales valores y, por consiguiente, a reforzar la validez y la justicia del sistema.

Somos conscientes, eso sí, de que una *contribución a reforzar* la validez del sistema no puede equipararse a una *conditio sine qua non* de la legitimación constitucional de la totalidad del mismo. La propia Constitución apodera al legislador para configurar el modelo jurisdiccional de la intervención del Jurado.

Hassemer identifica en la emergencia de una sociedad del riesgo —y de las subsiguientes necesidades de control a partir de los años ochenta del pasado siglo— el origen

de una nueva configuración del derecho de intervención que ha privilegiado la seguridad en detrimento de la libertad (Hassemer, 2009). También ha ocurrido en el ámbito procesal penal, receptor de cambios mediante el recurso a nuevos instrumentos suministrados por los avances en la tecnología cuyo uso acaba traducándose en mermas del derecho de defensa. Estas tendencias llevan a *questionar la equiparación de la optimización de la búsqueda de la verdad con la optimización de los derechos en el procedimiento penal*.

Un sector de la doctrina atribuye a la actividad jurisdiccional una naturaleza no solo práctica o prescriptiva, sino también teórica, en el sentido de que se legitima o justifica mediante la motivación fáctica y jurídica total o parcialmente cognoscitiva (Ferrajoli, 2005: 542). Desde el punto de vista epistemológico, esta perspectiva enfatiza su configuración como un *saber-poder*. El valor de las aserciones de esa motivación derivaría de su *verdad*, que es el fundamento de su validez. Siquiera se conciba como una «correspondencia aproximativa» con la realidad, se erige en *fuerza de legitimación externa o sustancial* del poder judicial y en garantía de libertad del ciudadano, al que salvaguarda de toda arbitrariedad.

En relación con la legitimidad de la jurisdicción, con la actuación ese poder punitivo del Estado, Prieto Sanchís (2011: 149 ss.) apunta su configuración como un «poder cognoscitivo y antimayoritario».

Debido a la inevitabilidad de los espacios de discrecionalidad potestativa en la decisión jurisdiccional, estas tesis asumen la existencia de una irreductible ilegitimidad que no podría suplirse acudiendo a otras fuentes de legitimación. Se admitiría, a lo sumo, «algunos correctivos»: la referencia a valores constitucionales, determinados principios como el de *favor rei*, el control a partir de la publicidad y la crítica de las actividades y decisiones jurisdiccionales.

La aceptabilidad de esta construcción teórica viene condicionada, cuando menos, por la frecuencia y la intensidad con las que se entre en esos *espacios de ineludible discrecionalidad*. La premisa epistemológica que concibe la verdad de las motivaciones como correspondencia entre el presupuesto fáctico (y también normativo) de la sentencia y lo real implica la exigencia de un presupuesto que «[...] solo puede ser satisfecho de forma tendencial y siempre imperfecta» (Ferrajoli, 1995: 69). El propio Ferrajoli subraya que «[...] a diferencia del conocimiento científico, las decisiones sobre la verdad que intervienen en el juicio penal expresan un poder», por más que sea «[...] distinto de cualquier otro poder público y típicamente propio de la función judicial»

Aún más: la justicia no se vincula al «suceso» sino a través de los elementos del tipo penal. La relevancia de los detalles que examina el juez penal, advierte Hassemer (2009: 28), viene dada por «[...] buscadores que le ofrece el Derecho penal material: enajenación, violencia, daño al patrimonio», de ahí que la sentencia recoja un trozo selectivo e incompleto de la realidad; por ello, concluye: «La búsqueda de la verdad no es el único objetivo del procedimiento penal atribuyendo a los derechos del inculpaado una trascendencia inhibidora en la búsqueda de aquella» (*Ibidem*: 30)

El presupuesto de aplicación de la norma penal lo constituyen hechos (*actus reus* en el sistema del *Common Law*), unos observables exteriores y perceptibles y otros interiores (*mens rea* en aquel), inferibles desde la lógica, como el hecho psicológico. Lo son —también— situaciones fácticas que remiten, no obstante, a conceptos irreducibles a los cánones de taxatividad e inequívocidad, ya como elementos del tipo específico, ya como categorías generales de la teoría del delito (*defenses* en el sistema del *Common Law*) Esa situación, verificable y refutable, debe ser objeto de una valoración normativa o axiológica, de cuyas conclusiones no podrá predicarse verdad o falsedad, en función de que se ajusten o no a una «realidad» que se tenga por existente, sino solamente su *corrección*, ya que la imposibilidad del aval de verificabilidad no exime de la exigencia de razonabilidad.

Ahí es inevitable una discrecionalidad que, dada la prohibición del *non licet*, empuja a decidir, aunque ya más desde el *poder* que desde el saber. Advierte Marina Gascón Abellán<sup>2</sup> de la dificultad de admitir el «objetivismo» de los juicios de valor (Gascón Abellán, 2010: 36), pero observa que tampoco es admisible un subjetivismo axiológico extremo. Postula, por ello, un objetivismo relativo, que remite a un cierto «consenso» en la comunidad.

Desde otra posición doctrinal, la legitimidad de la resolución jurisdiccional, entendida como razón de su *aceptación generalizada*, se vincula a la confianza popular en la resolución sobre la pretensión punitiva en el contexto de la relación entre los ciudadanos y el poder jurisdiccional. Para alcanzar esa aceptación, la sentencia ha de justificarse como una decisión racional, no arbitraria, basada en aserciones susceptibles de verificación y refutación, y racionalmente aceptables. En todo caso, frente a una concepción de la verdad descriptiva considero preferible aquella que la concibe como creencia justificada racionalmente y que, por ello, es capaz de generar consenso racional en un auditorio determinado, más allá del juez y las partes.

En línea con las teorías consensualistas o de aceptación justificada, cabe destacar precisamente la relevancia del protagonismo de las partes y de la aceptación de la sentencia, de la que será presupuesto una determinada certeza acomodada a un *canon de objetividad*, no solamente porque aquella se obtenga tras un juicio justo, sino también porque se mantenga indemne más allá de cualquier duda razonable. Se trata, en fin, de una versión «secularizada» de la verdad compatible con el reconocimiento de la no demostrabilidad científica de la plena adecuación a la realidad empírica.

## 2. LA INCERTEZA ES LA PRECONDICIÓN DE LA GARANTÍA DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La garantía constitucional exige la ineludible existencia de la incerteza hasta la resolución. Además, determina los criterios conforme a los cuales se configura el proceso para desvelar lo incierto y los parámetros necesarios para optar por el sentido de la decisión.

Por una parte, la incerteza sobre la imputación es *presupuesto* de la *presunción de inocencia*. Si el resultado de la decisión final ya estuviera prejuzgado, y no abierto, el proceso sería

un mero ritual, como señala Stuckenberg (cit. en Sánchez Vera, 2012: 36). La garantía de presunción de inocencia exige que el juzgador asuma la posibilidad de la no culpabilidad del acusado. Y desempeñará una función *gnoseológica*, de alcance objetivo, más allá de la tutela del imputado.

Pero su fundamento no es meramente epistémico (evitar cualquier error), sino también *axiológico*, y consiste en asegurar la libertad antes que la seguridad. Como señaló Illuminati: «El derecho a la defensa y el contradictorio, la inviolabilidad de la libertad personal, la reserva de jurisdicción y la imparcialidad del juez» encuentran en la presunción de inocencia la «motivación de fondo y el elemento unificador» (Illuminati, 1979: 5).

Los criterios de resolución de esa incerteza encuentran el fundamento de su *legitimación externa* en valores y principios democráticos que garantizan el derecho de libertad del ciudadano. Parten de una opción esencialmente axiológica, *prejurídica*: se estima de mayor gravedad el riesgo de condenar a un inocente que el de absolver al culpable. Entre esos dos posibles errores (ambas decisiones lo son), la exigencia de optar por la evitación del primero no puede comportar su radical exclusión mediante la sistemática absolución de todo acusado. La aceptación popular de la condena debe partir de la *confianza colectiva* en que la misma se fundamenta en una *razonable certeza* sobre la responsabilidad que se reclama para el imputado.

El giro del sistema sobre el pernio de la presunción de inocencia es el fundamento esencial de la legitimidad entendida como *razón de aceptación* de las decisiones jurisdiccionales en el proceso penal. Vives señala que «[...] el respeto a la presunción de inocencia resulta ser, también, una garantía de la verdad: solo una verdad garantizada por ese respeto legitima en un sistema democrático, el castigo» (Vives Antón, 2011: 703). El autor añade: «La idea rectora del proceso justo es, precisamente, esa regla de juicio». *Y concluye*: «Así, la presunción de inocencia se proyecta hacia delante, hacia la legitimidad de la imposición del castigo» (*Ibidem*: 931 ss.).

### 3. EL SISTEMA ACUSATORIO INSTRUMENTO FUNCIONAL DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El proceso, escenario de la contraposición entre el interés del *ius puniendi* y la protección del inocente, se acomodará a las exigencias de legitimación externa que imponen aquellos valores democráticos, determinando una configuración acorde con el modelo teórico acusatorio de relación triangular entre las partes y un tercero-juez que busca asegurar, haciendo posible la contradicción, las garantías de verdad controladas en la causa por las partes, que son las que asumen la carga de la verificación del presupuesto de la imputación y el derecho de refutación de la imputación como falsa (Ferrajoli, 1995: 603 ss.).

Intensificar estos valores legitimadores fue una de las razones más determinantes de la opción asumida por la LOTJ de 1995.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, con su aún lamentablemente persistente sistema acusatorio mixto, se ha revelado insuficiente para acoger las exigencias que, en materia de libertad del ciudadano —también del ciudadano sometido a proceso—, impone nuestra Constitución y para incorporar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado al suscribir los instrumentos internacionales declarativos de derechos. Entre los rasgos discordantes con los valores democráticos cabe subrayar la simultánea atribución —que la LOTJ intenta minimizar— al juez de instrucción de funciones de investigador y de garante de los derechos del investigado, con penosos efectos en el ámbito de las medidas de privación cautelar de libertad. No menos relevante ha sido, en relación con las inercias del modelo inquisitivo, la trascendencia del material inquisitivamente acumulado en la investigación a la hora de formar criterios para decidir el órgano del juicio, lo que ha motivado que el juicio oral haya llegado a calificarse de «sombra chinesca» del sumario (Varela Castro, 2006).

La LOTJ introdujo en el sistema procesal penal español dos innovaciones muy profundas relativas a ese parámetro de legitimación externa (la opción axiológica por la prioridad de la libertad frente a la seguridad).

Por un lado, *adecué la decisión sobre la prisión cautelar al modelo acusatorio*, que exige para su imposición que tal pretensión sea formulada por una parte ajena al juez que decidirá al respecto. La ineludibilidad de tal requisito estuvo ausente de nuestro Derecho procesal incluso después de 17 años de vigencia de la CE, una carencia que ensombrecía la validez y la justicia del sistema a la luz de valores superiores como el de la libertad.

Por otro lado, con tanto entusiasmo como ingenuidad, la LOTJ de 1995 *introdujo en su articulado el art 46.5 a contracorriente de una praxis forense sorprendentemente tolerada/avalada incluso por el TC*. La jurisprudencia, mediante hallazgos léxicos reflejados en sintagmas con vocación de veto de ese precepto —tachado de contrario a la sagrada «unidad íntima del sistema» o de incoherente «islote robinsoniano»<sup>3</sup>— puso en cuarentena la viral innovación como si lo democrático fuera algo epidémico.

Ya indicaba Illuminati que el sistema acusatorio se materializa solo aparentemente cuando el debate resulta condicionado por el contenido de los actos de investigación preliminar, cuyas actas se transfieren al juicio constituyéndose en un fundamento válido para la decisión que tiene un peso equiparable (si no superior) al de la prueba adquirida oralmente (Illuminati, <sup>4</sup>1996: 554).

No parece desatinado entender que, si bien no cabe aquí una solución drástica, tal punto constituye una referencia definidora de la opción presente en el modelo procesal entre las exigencias defensoras y las garantías de libertad

Así, Asencio Mellado observó que, cuando se produce el evento de la contradicción entre lo manifestado en el sumario y lo dicho en juicio oral, atribuir valor preferente a aquella declaración anterior —reputada más real— implicaba hacer «[...] tabla rasa de los arts. 24.2 de la CE y 6.3 d) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales» (Asencio Mellado, 1989: 191).

Más que una cuestión que pudiera dirimirse en un debate técnico, el problema que presentaban aquellas decisiones jurisdiccionales era su déficit de legitimidad democrática. El art. 46.5 LOTJ vino así a alinearse con la mejor doctrina, la clásica, como la que defendió Gimeno Sendra cuando presentó su ponencia en las jornadas sobre la LOPJ de 1985 bajo el título «El art. 125 de la CE» (Gimeno Sendra, 1988: 34), intervención en la que sostuvo que el acusado tiene derecho a que el Tribunal «[...] pronuncie su sentencia exclusivamente con arreglo a las pruebas practicadas en el juicio [...] Y que, por tanto, tan solo el material de hecho aportado al juicio oral constituya el sustrato fáctico de la sentencia». Al respecto, hay aportaciones más recientes como las de Vegas Torres<sup>4</sup>, Verger Grau<sup>5</sup> o Miranda Estampres<sup>6</sup>.

#### 4. JURISDICCIONALIDAD COMO EXIGENCIA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

En la medida en que tiene como objetivo resolver con certeza razonable sobre la exigibilidad de responsabilidad al imputado, el proceso es *lógicamente* necesario. Beccaria refuerza la presunción de inocencia mediante el principio de jurisdiccionalidad: *Nulla poena sine iudicio*. De tal condicionamiento deriva que, hasta la conclusión de la actividad jurisdiccional, no cabe afirmar la culpabilidad. Es este un objetivo al que se supedita todo lo demás: *El ius puniendi* se somete a un proceso para garantizar la *imparcialidad* de su ejercicio. *El soberano representa a la sociedad, únicamente dicta normas generales. Pero no debe juzgar. Si no, la sociedad se dividirá en dos partes: la que afirma la vulneración de la norma (el soberano) y la que la niega (el acusado)*.

Se necesita un *tercero* que juzgue la verdad del hecho. Por eso, la legitimación requiere también un elenco de *garantías orgánicas* sobre la configuración del estatuto del que juzga, particularmente en relación con los demás poderes públicos y con las partes. La finalidad es la *desvinculación* del juzgador respecto a la posición de la acusación. Como decía Wach (cit. en Montero Aroca, 1999: 187), la imparcialidad supone que el juzgador no sirva a los fines de alguna de las partes. Pero, además, aquellas garantías trasladan exigencias legitimadoras como *garantías procesales*: la estructuración del proceso de acuerdo con el modelo acusatorio, con inderogables posibilidades para las partes de contradicción y probanza, que, a su vez, son referencia para la imposición de otras garantías instrumentales.

El fundamento de estas garantías no radica únicamente en que favorecen la obtención de la verdad afirmada jurisdiccionalmente. Se justifican también porque solamente ellas son capaces de generar la *aceptación* generalizada como razonable de los asertos proclamados en la decisión del juicio. Y ese es el fundamento de legitimación.

No es excesiva la fórmula retórica de Sánchez Vera: «La presunción de inocencia no es un principio más del proceso, es el proceso mismo» (2012: 37).

La garantía de la presunción de inocencia incide, por ello, de manera ineludible en el ámbito de las *facultades atribuibles al juzgador*, que no puede asumir, ni siquiera como

hipótesis, la corrección de la acusación para no relevar a esta en la iniciativa probatoria al respecto, vetándose así una actividad funcional al interés de esa parte. No obstante, Taruffo refuta la tesis de que ello privaría al juez de instrumentos para valorar objetivamente y de manera neutral la prueba nacida de tal iniciativa y estima que esta incluso mejoraría la calidad de la resolución, maximizando correlativamente las posibilidades probatorias de las partes (Taruffo, 2010: 201). En todo caso, Julio B. Maier recuerda que siempre es necesario evitar toda sospecha de «[...] compromiso con la hipótesis acusatoria que forma el objeto del proceso» (Maier, 1989: 319). Como señala Andrew Summer, en el Derecho inglés existen excepciones al principio de que la acusación tiene la carga de probar, ahora revisadas tras la excepción del CEDH, en particular de su art. 6.2, pero sin exclusión total de aquellas que siguen siendo admitidas bajo el criterio de proporcionalidad en relación con un objetivo legítimo (Summer, 2018: 47 ss.).

## 5. TRIBUNAL DEL JURADO: DE LA VIGENCIA FÁCTICA A LA LEGITIMACIÓN DEMOCRÁTICA

La decisión del juicio puede atribuirse bien a jueces técnicos integrados en la organización del Estado, bien a jueces legos, ajenos a la misma y de ejercicio esporádico. El debate trata de resolver qué configuración es más funcional a las arriba mencionadas referencias legitimadoras de desvinculación.

La independencia del juzgador deberá caracterizar la organización de la jurisdicción como ineludible garantía de que actúe sometida exclusivamente a la ley. La «virtud pasiva» reclamada por Cappelletti para el juez, así como su imparcialidad, confieren a la independencia su verdadera significación. Es precisamente la imparcialidad objetiva y subjetiva lo que legitima al juez para dirimir los conflictos entre individuo y comunidad.

### 5.1. EXPERIENCIAS HISTÓRICAS

Se ha señalado con acierto que en la historia de las instituciones judiciales la opción por el modelo del juez lego (sabio) o por el técnico (experto) ha sido correlativa, por más que teóricamente quizás ello no sea necesario, de las tradiciones acusatoria e inquisitiva respectivamente (Ferrajoli, <sup>7</sup>2005, 574 ss.). Ello ha sido así desde Roma, que bajo el modelo acusatorio de la República optó por los jurados legos y bajo la posterior opción inquisitiva de la época imperial se decantó a favor de la opción funcionarial.

En la formación del Derecho europeo se remarca la diferencia entre los ámbitos inglés y continental (Herzog, 2019). En el inglés es conocida la preeminencia de los jueces legos (Carta Magna de 1215), que desde el siglo XIII marca diferencias respecto al Derecho romano y canónico del continente cuando en este se adopta el sistema inquisitivo. En Inglaterra, el juez se limita a supervisar el procedimiento, pero los jurados, una vez superada la etapa inicial del jurado meramente testimonial, deciden además sobre el inicio de la causa

penal, sobre la cuestión de hecho y sobre la procedencia de la condena. Ya en los siglos XVI y XVII, tras las aportaciones del juez Edward Coke y la evolución del *Common Law*, concretada en su vinculación más estrecha a la costumbre y su liberación de la dependencia del rey, los juristas modificaron el carácter feudal de la Carta Magna, fruto del compromiso del rey con los barones, y vieron en ella una constitución antigua y consuetudinaria que obligaba al rey. A partir de su capítulo 39, el juicio por jurados y conforme a las leyes del país se concibe ya como un derecho reconocido a todos los ingleses y no solamente a los barones. En la *Bill of Rights* de 1689 los derechos ya no se definen como una concesión real, y es la acción del monarca contraria a esos derechos la que se considera injusta e ilegal.

En este contexto, el jurado asume frente al poder del rey una evidente *función de garantía* de ese *Common Law* originado en la sociedad y sede de los derechos de los ciudadanos.

Tras la declaración de independencia en 1776 por las colonias británicas en Norteamérica y la proclamación de su Constitución federal (1787), en 1791 se ratificaron las diez enmiendas a la misma que conformaron la *Bill of Rights* originaria y que, sea cual fuere la posición de historiadores frente a la «teoría de las transferencias», enumeraba los *derechos protegidos de los ciudadanos que el Gobierno no podría ignorar*. Entre ellos figuraba el juicio por jurados. Esta institución asume también la función de garantía del ciudadano, especialmente frente a la metrópoli.

En la Francia revolucionaria, el juicio por jurados fue quizás una *superficial imitación* ajena a las motivaciones políticas del modelo. La neutralidad para el juzgador postulada por Montesquieu —que le privaba de profesionalidad y permanencia—, junto al concepto de soberanía y el legicentrismo del sistema, se unieron a la concepción de la prueba de Beccaria: *si para buscar las pruebas de un delito se requiere habilidad y destreza, si para presentar lo que de él resulta es necesario claridad y precisión, para juzgar el resultado mismo no se requiere más que un simple y ordinario buen sentido...*

Esa *racionalidad* fundadora del instituto en Francia hace innecesario consolidarlo como derivación de un no reconocido derecho natural a ser juzgado por jurado. El legicentrismo del sistema jurídico francés coloca al *ciudadano francés jurado en una posición respecto del ciudadano jurado inglés igual de disímil que la del juez francés respecto a la del juez inglés*.

La influencia francesa en el sistema continental ocurre ya bajo la mutación determinada por el legado napoleónico, que opta claramente por el magistrado de carrera. Privado el Jurado de la idea de garantía del ciudadano frente al ejercicio del *ius puniendi* por el Estado, será fácil el alejamiento del referente anglosajón y quedará abonado el terreno para una suerte de «transacción» solo aparente concretada en la «tolerada coexistencia» en el foro de magistrados y legos en lo que se denominó tribunal de escabinado. Este se diseña en el contexto político de Italia, Alemania y la Francia ocupada del primer tercio del siglo pasado, momento histórico de clara hegemonía política del autoritarismo y las tendencias antidemocráticas<sup>7</sup>.

En la actualidad, el TEDH recuerda que en los países europeos signatarios del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

(CEDH) y sus Protocolos solamente se excluye la intervención de ciudadanos jurados en Albania, Andorra, Armenia, Azerbaiyán, Bosnia-Herzegovina, Chipre, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Moldavia, Holanda, Rumanía, San Marino y Turquía<sup>8</sup>, una nómina que se antoja ilustrativa del vínculo entre instituto y la tradición democrática de algunos Estados.

El censo de países que, además de acoger la intervención de los jurados, respeta su autonomía en el momento de la deliberación es más nutrido en el ámbito de influencia anglosajona e incluye, según el mismo TEDH, Austria, Bélgica, España, Federación de Rusia, Georgia, Irlanda, Malta, Noruega (solamente para casos importantes en apelación), Reino Unido (Inglaterra, País de Gales, Escocia e Irlanda del Norte) y, hasta el 1 de enero de 2011, Suiza (cantón de Ginebra).

La apuesta por esta modalidad de enjuiciamiento está también presente en Latinoamérica. El pasado mes de noviembre de 2020, la prensa especializada argentina<sup>9</sup> daba cuenta de que el Consejo Consultivo de juristas convocado por el presidente de la nación respaldó el juicio por jurados clásico que rige en todo el país, pero con los grandes avances que aportaron las leyes de Mendoza, Chaco, Entre Ríos, Chubut, Río Negro y Buenos Aires, que recogiera el fallo *RVP vs. Nicaragua* (CIDH, 2018) y el fallo *Canales* (CSJN, 2019). Quizás el mayor aval a esa posición sea el legado intelectual del sin par penalista y procesalista Julio B. Maier, fallecido el pasado verano.

Aunque el Jurado ha sido tradicionalmente considerado una institución extraña a la cultura jurídica y los sistemas de justicia latinoamericanos, desde hace ya algunas décadas una parte importante de los países de la región ha introducido experiencias de participación lega en busca de la adopción de decisiones más sólidamente legitimadas ante la ciudadanía y de la consolidación de sistemas de justicia más democráticos, tal como señalan la investigación comparada y el activismo projurado (Abel Amietta, 2017).

Por lo que respecta a Chile y a otros países de su entorno, Blanco Suárez, González Postigo y Guzmán Fuenzalida (2020) enfatizan la relación entre la instauración del Jurado y los bajos niveles de aprobación y confianza de la ciudadanía en el sistema de justicia penal. Los autores subrayan que en aquellos países donde funcionan los Jurados se ha existido una mejor percepción de la justicia penal por parte de la ciudadanía, destacan los efectos que el Jurado tiene en el fortalecimiento de garantías clásicas del proceso penal y concluyen que el instituto contribuye a consolidar y fortalecer el sistema acusatorio y adversarial.

En relación con nuestra experiencia histórica, se ha señalado que la desconfianza del constituyente español de 1812 hacia el modelo de justicia letrada motivó la preferencia por la justicia profesional (Martínez Pérez, 2007: 171 ss.), si bien con tímidas recepciones de la idea del juicio por jurados como de las Constituciones de 1837 o de 1869, cuya secuela legislativa fue la Ley Provisional Orgánica del Poder Judicial de 1870.

Montero Aroca (1990) recuerda que el modelo de 1812 fue demolido por Fernando VII y que en el siglo XIX se produce la recepción del modelo burocrático napoleónico y el consiguiente apoderamiento del poder judicial por el ejecutivo. A ello contribuyó la posibilidad de exacción de responsabilidad al juez letrado, ausente respecto del Jurado. El modelo burocrático estuvo vigente al menos hasta 1978, con escasísimas y breves conce-

siones a intervenciones del juez lego, y tuvo penosos efectos para la independencia judicial. Las reacciones contra el enjuiciamiento por ciudadanos legos se hizo sentir con mayor o menor disimulo de su motivación ideológico-política.

En 3 de enero de 1875, tras el pronunciamiento del general Martínez Campos en 29 de diciembre de 1874, y la subsiguiente Restauración borbónica, el Sr. Cánovas del Castillo, quien fuera presidente del partido conservador por él fundado, y presidente del Ministerio-Regencia, firma con el ministro de Gracia y Justicia, el Decreto que suspende la «parte relativa al Jurado» —en ese momento apenas neonato— bajo pretextos tales como el notable *retraso* que ocasionaba en los negocios sometidos a la jurisdicción de esos tribunales, la *pesada carga* que generaría en los ciudadanos llamados como jurados y *el elevado coste económico* que supondría para el Tesoro. El Decreto manifestaba, eso sí, que renunciaba a entrar en el «examen científico» de la institución. Se arrinconaban, así, los efectos de la hegemonía de la libertad disfrutados desde el 1868 durante el sexenio democrático y la breve experiencia de la Primera República. Tanto más cuanto que el Decreto suspendía en el procedimiento criminal «[...] la parte relativa [...] al juicio oral y público»<sup>10</sup>.

Años después de la regulación del Jurado por la Ley de 1888, que aprovechó el silencio de la Constitución de 1876, también un general dictador Primo de Rivera y Orbaneja, a los ocho días del golpe de Estado del 13 de septiembre de 1923, arremete contra la institución para *asegurar la administración recta y desembarazada de la justicia (sic)* añadiendo al reproche del *coste económico* el de la *falta de independencia* que suponía para la Administración (*sic*) de justicia, razones que el dictador expuso a su majestad Alfonso XIII para imponer, a propuesta del jefe (*sic*) del Gobierno y presidente del Directorio militar, la suspensión del juicio por Jurados en todas las provincias del reino.

El contrapunto lo representó el art 103 de la Constitución de la II República que establece que será regulado un cauce por el que «el pueblo participará» en la Administración de Justicia<sup>11</sup>.

El 8 de septiembre de 1936, la denominada Junta de Defensa Nacional, radicada en Burgos y presidida por el general cabecilla del golpe de julio de ese mismo año, Miguel Cabanellas, suspende de nuevo el Jurado so pretexto de los efectos «inherentes» al mismo acrecentados por «la labor disolvente realizada por el mal llamado Frente Popular» para sustituir «la recta administración de justicia por una notoria parcialidad beneficiosa para sus bastardos intereses». La suspensión afectaría al territorio ya sometido a la Junta y al que en lo sucesivo quedara bajo su mando, ampliación que se produjo ya bajo la dirección del dictador Francisco Franco.

En nuestra tradición existe una ausencia de la experiencia de escabinado.

Tras la promulgación de la Constitución de 1978 y los desarrollos mediante las Leyes Orgánicas del Poder Judicial de 1980 y 1985, no son pocas las sombras detectadas al respecto al mismo. Montero llega a afirmar que, pese a los años transcurridos desde entonces, «[...] la autonomía del Poder judicial se ha reducido hasta el extremo que puede decirse que hemos vuelto a la Administración de Justicia» o que, a lo sumo, se ha reconocido cierta independencia judicial “vigilada”.

A esa dependencia externa de *la jurisdicción-organización*, se añade, como señaló Perfecto Andrés, la configuración burocrática del cuerpo judicial como «carrera», que sitúa al *magistrado —individualmente considerado—* en «[...] posición de dependencia real respecto de los centros de poder interno». De manera rotunda, el autor apuntaba el riesgo de que, desde el punto de vista interno, se produjera la «[...] mediatización inevitable del momento jurisdiccional por el momento jerárquico-burocrático» (Andrés Ibáñez, 1986: 29 ss.).

En tal contexto faltaba, pues, cumplimiento del mandato del constituyente de dotar al sistema de la total validez constitucional (interna) y de la legitimación democrática(externa).

## 5.2. LA BÚSQUEDA DOCTRINAL DE REFERENCIAS PARA LA LEGITIMACIÓN

La sentencia con la que culmina el proceso con Jurado reúne decisiones de naturaleza y alcance diferenciados. Al común fundamento de la legitimación de aquella han de contribuir, desde referencias específicas, la de estas decisiones. La responsabilidad plural en la compleja configuración del órgano juzgador requiere una diversidad de respuestas correlativas a ambas funciones en el conjunto del sistema de enjuiciamiento.

Para configurar el «modelo» de juez técnico se reclama su *independencia* orgánica, que será tan efectiva como real sea la división de poderes y en la que se confía para que garantice la imparcialidad del juez y su sumisión exclusivamente a la ley. Debe de reconocerse que la independencia casa mal con la funcionarización de los jueces e incluso que es una característica más cultural que institucional. Su instauración habría exigido un proceso lento tras la culminación de la Segunda Guerra Mundial. Naturalidad, inamovilidad y responsabilidad en diversos ámbitos son otras tantas notas reclamadas para el modelo, incluido el adorno de las virtudes de orden personal.

El acusado carácter retórico del diseño de ese modelo obliga buscar en la *calidad de la resolución* la verdadera piedra de toque de su legitimación (Varela Castro, 1990). Eso no puede resistir análisis tan demoledores como el de Dieter Simon, que concluye que «[...] no existen garantías jurídico-técnicas, metodológicas o institucionales para la vinculación del juez a la ley» (Simon, 1985: 92). Se resaltan como aspectos favorecedores la relevancia del modo de *selección* de los llamados a ejercer la jurisdicción, las *cualidades* personales y, entre ellas, la capacidad para el enjuiciamiento, su *ubicación* en el aparato institucional del Estado o, en fin, las previsiones sobre control de las decisiones.

Para los juzgadores no técnicos, se requieren específicas fuentes de legitimación.

La *selección* de los jurados por las partes y la temporalidad del cargo garantizan, cuando menos, algo indudable: la *independencia* respecto de cualquier centro de poder y de los intereses de las partes. No parece coherente dar testimonio de aquella dependencia externa del poder judicial-organización, unida a la dependencia interna, tributaria de las inmisiones en la actividad decisional provenientes de su propio campo (Andrés Ibáñez, 2015: 139 ss.) y, al mismo tiempo, afirmar que «[...] la legitimidad democrática que pudiera connotar al jurado por razón del método de su designación no aporta nada esencialmente valorable a la función de juzgar» (*Ibidem*: 435).

Tampoco basta para garantizar la legitimidad la confianza en la «[...] calidad del proceso decisional y de la decisión» (*Ibidem*), como si esta permaneciera indemne a los efectos de las reprobadas dependencias externa e interna. Ya los escolásticos diferenciaban la tiranía *ex defectu tituli* y la *ex exercitii*. Las secuelas del sistema organizativo que inviste de potestad jurisdiccional trascienden, y basta que sea en potencia, a la calidad del procedimiento y de la decisión. Benévolamente, cabe tildar de ingenua la pretensión de conjurar tales riesgos solamente mediante la apelación al «hábito intelectual y moral» de quien ejerce la jurisdicción (Ferrajoli, <sup>7</sup>2005: 580).

Ciertamente, remitir la independencia a una legitimación representativa electoral<sup>12</sup> responde a una tesis no menos naíf que ignora lo pernicioso de la ineludible vinculación al mismo mecanismo de selección de quienes van a detentar el poder político. Este conduciría inexorablemente a una inevitable concomitancia del poder judicial con el político y a la consiguiente pérdida de autonomía e independencia del primero.

El protagonismo de quienes son parte en el proceso judicial concreto en la designación (legitimidad de origen) de aquellos que han de intervenir en la resolución robustece la legitimidad (de ejercicio) y la eventual aceptación de lo que los electos contribuyan a decidir. Más aún si las partes —y, si se quiere, más aún el acusado— cuentan con el más amplio margen para recusar a los seleccionados incluso de modo perentorio o sin causa. Por ello, habría sido más plausible que el legislador hubiera optado por un *sistema más flexible de la recusación perentoria sin causa*, sin duda más gravosa, pero de mayor calidad democrática y más funcional para la calidad de la selección y la aceptación de la decisión del juicio.

Por ello tiene sentido recordar que, ya desde la Roma clásica, el sistema acusatorio se ha vinculado históricamente a la aceptación de los jueces por las partes en el proceso, como recuerda Javier Aparicio (1987). Con particular acierto, Ferrajoli señala que la «[...] aceptación de los jueces por parte de los reos ha sido, por lo demás, un rasgo característico del proceso acusatorio», aceptación que tiene antecedentes en el antiguo sistema inglés o la Revolución francesa y que fue reivindicada por la Escuela Clásica italiana (de Beccaria a Filangieri, Pagano, Carrara Lucchini y Pessina). Ferrajoli llega a postular la viabilidad de la recusación libre incluso respecto del juez técnico (Ferrajoli, <sup>7</sup>2005: 582).

### 5.3. LA CAPACIDAD TÉCNICA DEL JURADO PARA LA FUNCIÓN ATRIBUIDA

Es un lugar común entre quienes se sienten incómodos por la presencia del Jurado en nuestro ordenamiento jurídico denunciar la falta de capacidad de los Jurados de legos para decidir jurisdiccionalmente. A fin de articular su coartada ocultando el apriorístico fondo ideológico de su rechazo, se amparan en la exigencia de una exquisita técnica jurídica en el juzgador, que vinculan a la supuesta imposibilidad de *discriminar*, al resolver jurisdiccionalmente, los *aspectos históricos fácticos de los normativos jurídicos*, negando al lego esa capacidad técnica para decidir.

Sin embargo, en el relato de cualquier sentencia aceptablemente estructurada, cabe diferenciar sin esfuerzo los siguientes apartados: *i*) la existencia y contenido de la norma legal aplicable; *ii*) veracidad de enunciados sobre los hechos, tanto externos como psicológicos; y

*iii*) una valoración normativa de determinada situación fáctica. El enjuiciamiento implica una cierta circularidad, pues si bien el examen de *i*) precede a la selección de los componentes fácticos *ii*) y *iii*) como objeto de decisión, acaba retornando a la cuestión específicamente jurídica de la decisión sobre la interpretación del sentido de la norma y si lo descrito en *i*) y valorado en *ii*) autoriza su aplicación y cuales sean sus consecuencias jurídicas.

La doctrina más solvente, como la de Gascón Abellán, previene frente a posiciones que consideran «[...] inevitable la contaminación teórica y normativa en la formación de la premisa menor». Ello a pesar de que la premisa fáctica, más allá de lo descriptivo, tenga una naturaleza normativa que, adviértase, no le priva de su contenido fáctico. Se trata de una diferenciación que, ajena a una mera «coartada» para distribuir responsabilidades entre juez lego y técnico, como parece reprochar Andrés Ibáñez (2015: 435), justifica tanto la secuencia metodológica diversificada en la deliberación cuanto determinadas especificidades en la habilitación competencial de los diversos integrantes del tribunal que han de traducirse en diversas exigencias relativas a su respectiva capacidad.

Garapón (1996: 262) recuerda que ya en los debates revolucionarios franceses se insistía mucho en que la justicia no es un oficio —y menos aún un estado—, sino una función, y que esa función se encuentra presente en todos los ciudadanos. Al evocar que el fervor revolucionario añadió que, si todo juez es un representante, todo ciudadano es igualmente un juez, Garapón concluye: «voilà le grand héritage de 1789». A este respecto, cita el siguiente pasaje de Cicerón: «C'est une chose étonnante que lorsqu'il faut produire, il y ait tant différence entre l'homme instruit e l'ignorant, et qu'il y en ait si peu lors qu'il faut juger» (Garapón, 1953: 80).

El rechazo de la participación del lego en la decisión jurisdiccional es despachado por los *detractores* sin atender a las solventes aportaciones de los estudios empíricos realizados desde las ciencias sociales y la psicología. Calificar el modelo de 1995 como «de laboratorio y bajo tutela del magistrado profesional» es, en buena medida, laudatorio, pese a la nada disimulada carga despectiva de que está henchida la etiqueta. Más aún: si al discurso de rechazo se añade la consideración de que el legislador concluyó un «pacto con la realidad» tras actuar desde la conciencia de las cuestiones clásicas acerca del instituto. Desde luego, el laboratorio es ineludible sede de análisis de experiencias, propias y ajenas a nuestro ordenamiento, y la tutela que se atribuye al técnico es la autoridad conferida para evitar la reiteración de yerros observados en aquella realidad y explorar ulteriores desarrollos.

Entre nosotros se ha publicado recientemente un trabajo ilustrativo al respecto. El catedrático de Derecho penal y Criminología, que además desempeña funciones de magistrado suplente en una Audiencia provincial, D. Daniel Varona, ha examinado las respuestas dadas en un elenco de causas resueltas unas por juez técnico y otras por Tribunal de Jurado en relación con acusaciones contra mujeres por delitos cometidos por éstas contra personas, pareja o expareja de aquellas, que las habían sometido a maltrato. Tras una prolija y sistemática a exposición de los datos examinados en tales resoluciones concluye que «[...] nuestros ciudadanos no solo demuestran capacidad para juzgar asuntos penales complejos, sino que sorprendentemente desempeñan este papel de forma más atinada que nuestros magistrados y magistradas [...]» (Varona, 2021: 130).

## 6. EL TRIBUNAL DEL JURADO ESPAÑOL DE 1995

Aun cuando la Constitución de 1978 no se refiere al Tribunal del Jurado —ni como juzgador ni a la participación en él— como un derecho fundamental y remite al legislador la tarea de su configuración, esta se concreta en un órgano compuesto por *técnicos y legos con diversidad de competencias y responsabilidades*. Al Jurado compete —de manera similar, aunque muy limitadamente, al modelo anglosajón— una función de garantía determinante de su autonomía para el desempeño de aquellas. Pero, por otra parte, en el desarrollo del juicio y en la iniciativa sobre la decisión del mismo el protagonismo corresponde al juez técnico garante responsable del acomodo de esas funciones a las previsiones de la ley por la pertenencia de nuestro sistema jurídico a la familia continental europea, con el paradigma de la centralidad de la ley

Pese a ser condición para la validez del enjuiciamiento, como deriva del mandato constitucional, y a pesar del encaje de su configuración en las características del sistema continental, que predica tanto el protagonismo y la tutela atribuida al juez técnico como la inequívoca hegemonía de la sumisión a la ley de las decisiones del tribunal, es innegable la actitud refractaria de quienes hasta entonces monopolizaban en solitario la potestad jurisdiccional. Es bien conocida la *praxis* de retardo en la acomodación del procedimiento a los trámites de la nueva ley, ya en la fase de investigación, pero más aún la actitud de minimización del ámbito competencial.

El Tribunal Supremo, por Acuerdo plenario no jurisdiccional de su Sala II de 29 de enero de 2008, rechazó examinar de oficio la cuestión de competencia del Tribunal del Jurado cuando ha sido preterida su intervención en la instancia, doctrina que reflejó en la STS 166/2007, de 16 de abril de 2008, resolución no exenta, como las que le siguieron, de votos particulares. El 20 de enero de 2010 adoptó otro Acuerdo (matizado el 23 de febrero del mismo año) que apenas tendría consecuencias expansivas para la intervención del Jurado. Quizás porque su vocación transaccional de las diversas posiciones internas en la Sala produjo cierta perplejidad en los aplicadores ante disposiciones del Acuerdo a las que podía atribuirse una relación de antinomia. Muestra de esta actitud ante la innovación puede ser el Acuerdo del mismo Pleno de 20 de julio de ese mismo año: «Los acuerdos adoptados en los Plenos no jurisdiccionales de la Sala que tengan como objeto cuestiones de índole procesal no se aplicarán a los actos procesales ya tramitados en la fecha del acuerdo. Se exceptúan aquellos actos que hubieran incurrido en vulneración de un derecho fundamental que fuera determinante de su nulidad».

Hubo que «aprovechar» la reforma del art. 17.5 de la LECrim para recibir la tesis, sostenida por algunos miembros de la Sala, que pretendía ampliar el ámbito del Tribunal del Jurado frente a quienes veían en la versión derogada de ese precepto la «salvación» para atribuir efectos a la conexidad, imponiendo que el enjuiciamiento conjunto se residenciase en la Audiencia Provincial sin Jurado. La nueva norma fue recibida en el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 9 de marzo de 2017. Entre otras disposiciones, se fijaron los siguientes criterios: «De los delitos que se enumeran en el art. 1.2 de la ley reguladora, siempre y solo conocerá el Tribunal del Jurado», previsión a la que se añadió esta otra: «También cono-

cerá de las causas que pudieran seguirse por otros delitos cuya competencia no le esté en principio atribuida en los casos en que resulte ineludiblemente impuesta la acumulación pero que sean conexos». Y aún se insiste en nueva filosofía cuando mandata: «Cuando se atribuyan a una sola persona varios hechos delictivos cometidos simultáneamente en unidad temporal-espacial y uno de ellos sea competencia del Tribunal del Jurado, se considerarán delitos conexos por analogía con lo dispuesto en el art. 5.2. de la LOTJ, por lo que, si deben enjuiciarse en un único procedimiento, el Tribunal del Jurado mantendrá su competencia sobre el conjunto».

La comparación de lo establecido en los Acuerdos anteriores con este último ilustra el cambio de criterio de la Sala II del Tribunal Supremo, que pasó a asumir que la conexidad no podrá remitir el enjuiciamiento de delitos competencia del Tribunal del Jurado a otro sin intervención de este. Por el contrario, el Tribunal del Jurado conocerá de delitos que no le estén atribuidos si entre ellos existe conexión en los términos que establece el acuerdo, incluso entendida mediante la aplicación de la analogía con la norma del art. 5.2.

## 6.1. FUNCIONES Y COMPETENCIAS DE TÉCNICOS Y LEGOS

La LOTJ atribuye al magistrado presidente y al Jurado *competencias diferenciadas*, correlativas a aquel complejo contenido —al que nos referimos en el apartado 5.3 y abordaremos a continuación— de la decisión final única —la sentencia—, sin duplicaciones y con el ámbito de autonomía suficiente para que el Jurado no sea despojado de su funcionalidad de garantía frente al Estado en el ejercicio del *ius puniendi*.

El magistrado asume: *i*) primero, la determinación de la vigencia y el contenido de la norma penal como premisa del relato, configurado como resultado de aquella determinación, y, segundo, la subsunción en la norma, estableciendo las consecuencias penales; y *ii*) la construcción, a partir de *su* valoración de la prueba, el relato fáctico, reflejado en la tesis que constituye el objeto del veredicto que propondrá, incluyendo los enunciados relativos tanto a los *hechos* externos observables como a los psicológicos internos y, en su caso, también la descripción de las *situaciones* empíricas, eventual *base de valoraciones*, requeridas ya por elementos normativos del tipo específico, ya por categorías generales de la teoría del delito.

Y al Jurado corresponde *i*) *ratificar o disentir (de)* la tesis que constituye ese relato fáctico, *sin iniciativa para elaborar autónomamente otro* relato distinto del que le comunica el magistrado, relato alternativo que pudiera responder a su valoración de dicha prueba eventualmente distinta de la realizada por el magistrado, salvo la muy limitada facultad del art. 59.2 de la ley reguladora. Y lo hará *vinculado por los medios probatorios cuya toma en consideración no haya excluido el magistrado* por causa de su ilicitud o nulidad; *ii*) declarar la *culpabilidad o la no culpabilidad* del imputado en *coherencia* —que controlará el magistrado— con la ratificación o el rechazo de los datos empíricos del objeto del veredicto y conforme al juicio de valor que los enunciados fácticos ratificados justifiquen respecto de los requerimientos normativos del tipo concreto o de la teoría general del delito.

El problema esencial, de difícil solución, es la estructuración selectiva de la «narración» a plasmar en el objeto del veredicto que fundará la decisión. Porque, como advierte Taruffo, (2010: 222 ss.), ello exige no tanto optar por uno u otro relato de las partes cuanto seleccionar el hecho principal *jurídicamente relevante*, y también los secundarios, que actúan como premisa lógica de las inferencias probatorias sobre el hecho a dar por principalmente acreditado. Con la añadidura de la selección y descripción de los hechos o situaciones soporte de los juicios de valor que, en su caso, determinarán, además de la subsunción en el tipo por el magistrado, la decisión del veredicto del Jurado sobre la culpabilidad. Precisamente, *la dificultad jurídico-técnica de esa reconstrucción de la narración debe determinar su atribución con monopolio excluyente al magistrado.*

Limitado el Jurado, sin otra iniciativa al respecto que la prevista en el último párrafo del art. 59.2 de la LOTJ, a la alternativa de aceptar o rechazar ese objeto de decisión y a esa limitación de respuesta posible, no se entiende la desconfianza en torno a la posibilidad de que el Jurado cumpla «efectivamente» la función epistémica a la que se refiere Michelle Taruffo invocando la ausencia de «preparación profesional» no enmendable por la experiencia. Cuando menos, conviene recordar que la LOTJ española *no autoriza al Jurado iniciativa alguna para construir como suya una «versión de los hechos» diversa*. Se desvanece así, en buena medida, el riesgo señalado por la «teoría holista» cuando denuncia el efecto epistemológicamente patógeno del recurso al *stock of knowledge* por parte los legos jurados para colmar lagunas resultantes tras la actividad probatoria, intervención que tendría el efecto «manipulador» de reinventar la verdad para reconducirla a estereotipos (Taruffo, 2010: 215).

El relato solamente lo construye el juez técnico que, antes de habilitar al Jurado para ratificar o rechazar lo que propone, habrá de valorar la prueba en los términos que exponemos *infra*, de tal manera que, si tal valoración no avala la propuesta desde las exigencias de la garantía de presunción de inocencia, deberá disolver el Jurado. En tal caso, la tesis del magistrado<sup>13</sup> pasa directamente a la sentencia sin volcarse en ningún objeto de veredicto para someter al Jurado.

Nada refleja mejor la falta de entendimiento de la esencia de la organización del sistema concreto de la LOTJ española que la expresión del Tribunal Supremo en la Sentencia 279/2003 de 12 de marzo, en la que afirma: «En el caso de los juicios con Jurado, la decisión en materia de hechos incumbe exclusivamente, a este», como si la iniciativa (art. 53) y el control previo (art. 49) del relato, que al declararse probado se acomodará a la garantía de la presunción de inocencia, no fueran exclusivamente del magistrado. La ratificación o rechazo por el Jurado es *conditio sine qua non* para su traslado a la sentencia, pero *ex post* y condicionados de manera determinante por la previa decisión habilitadora del magistrado.

La valoración de los medios de prueba desde el parámetro —objetivo— de la presunción de inocencia por el magistrado autoriza y delimita la posibilidad y el ámbito —subjetivo— de una *posterior* valoración por el Jurado. La legitimación de ambas valoraciones es tributaria de la corrección y aceptabilidad de un relato (el de lo imputado) en función de su pretendida acomodación a la verdad histórica.

Si, tras la prueba, el magistrado tiene dudas objetivamente razonables, prescindiendo de su eventual certeza subjetiva, debe refutar el relato de las imputaciones, clausurando la posibilidad de otra valoración por parte del Jurado. De no hacerlo así, cualquiera que sea su convicción subjetiva, el veredicto posterior del Jurado, aun siendo conforme, no enmendará la vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia, que la LOTJ erige en motivo alegable en vía de recurso.

La *autonomía del Jurado para valorar la prueba* está constreñida, en primer lugar, por la decisión del magistrado de excluir tales dudas razonables reflejada en la propuesta de relato en el objeto del veredicto. Sin embargo, tal exclusión de las dudas razonables, objetivamente justificable por el magistrado, *no vincula* al Jurado. Con autonomía respecto a los fundamentos de la «opinión subjetiva» del magistrado, el Jurado puede albergar dudas subjetivas. A ellas se refiere el inciso final del art. 54 de la LOTJ. El veredicto *deberá* acomodarse entonces al principio *favor rei* que, *in dubio*, impone el sentido *más* favorable al reo en la decisión.

La autonomía está constreñida, en segundo lugar, por el veto de acudir a elementos de convicción excluidos por el magistrado a causa de su ilicitud y, finalmente, por la «expresión» de los elementos que han merecido su atención. Esto garantiza que se ha observado esa eventual acotación del magistrado.

Finalmente, también delimita la autonomía la exigencia de «explicación» del sentido de la decisión, pero no con aportación de objetivos fundamentos de la corrección, sino de *su convicción subjetiva*, lo que, a salvo de que muestre evidente arbitrariedad, queda fuera de otro recurso que el que pueda ampararse en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Volveremos sobre esto en el apartado 7 para examinar la trascendencia de esas diversas incumbencias y capacidades en lo que respecta a la motivación de las respectivas decisiones.

## 6.2. EL JURADO COMO GARANTÍA

El Jurado asume la función de garantía que Tomás Vives le atribuye: la *del ciudadano frente* al juicio por profesionales ante la posibilidad de que estos, lastrados por la dependencia externa e interna, acaben inclinándose por el *poder del Estado* frente a los derechos del ciudadano (Vives Antón, 2011: 890).

Ciertamente, la jurisdicción dispone de mecanismos de control diversos al de la inserción en su organización de ciudadanos ajenos a la misma, no solamente por la obligada canalización de su ejercicio a través de un proceso configurado desde los valores democráticos, sino también por el modo de selección de quienes, a través de ella, entran en el cuadro de los investidos de potestad para decir el Derecho y por los mecanismos de exacción de responsabilidad civil, penal y disciplinaria por razón de sus decisiones concretas. Todas esas previsiones se quieren funcionales a la sujeción del juez solamente a la ley y no tienen en nuestro ordenamiento una alternativa consistente en mecanismos de exacción de responsabilidad política, ni siquiera en los supuestos de interposición de determinados órganos

políticos (CGPJ) para la selección de algunos cargos, ya que los designados no responden políticamente ante estos.

Aun cabe predicar un cierto control social como el que se refleja en el ejercicio de la crítica, ya sea en los medios sociales de comunicación, ya en el ámbito técnico doctrinal. Pero, pese a la voluntariosa confianza en la efectividad de esta *antes* de que la decisión sea adoptada, habrá que convenir, cuando menos, en su escasa eficacia respecto a la real vinculación del juez a la ley como garantía del ciudadano juzgado.

En EE. UU., cuya judicatura tiene unas características muy alejadas del burocratismo de carrera del *Civil Law*, la sentencia *Williams vs. Florida* (1970) declaró que la función principal del Jurado es proteger al ciudadano contra la ejecución arbitraria de la ley: «Salvaguarda frente a fiscales corruptos o demasiado celosos en el cumplimiento de sus funciones y también contra jueces acomodaticios, negativamente predispuestos o de humor imprevisible» (Hastie, Penrod y Pennington, 1986: 22). Algunos han querido ver en el modelo de EE. UU., importado del entonces vigente en el *Common Law*, cierta reminiscencia de la ordalía, donde el Jurado decide en conciencia por motivos inescrutables, no necesariamente tributarios de la racionalidad en la valoración de la prueba e incluso asumiendo la posibilidad de veredictos contradictorios con el resultado probatorio (Taruffo, 2010: 31 ss.). Fisher ha atribuido al Jurado de ese modelo la función de legitimar el sistema por la *confianza del público en la exactitud de los resultados* (Fisher, 2018: 21). Con independencia de la vigencia de tal configuración en nuestros días, lo cierto es que explica que el veredicto sea una respuesta única, directamente determinante de aceptación o rechazo de la acusación y deliberada con autonomía por el Jurado, relevado, además, de expresar su justificación. Al magistrado solamente le resta imponer la consecuencia jurídica.

Si ese es el sistema denominado *puro*, homologar la ley española de 1995 al mismo refleja, cuando menos, frivolidad. La denominada «caja negra» del Jurado, metáfora de la custodia de sus deliberaciones, de la que se predica que legitima al instituto precisamente por cubrir las deficiencias de sus métodos (Fisher, 2018: 163), es incompatible con el sistema continental europeo y la exigencia de justificación de las resoluciones de la jurisdicción.

### 6.3. LA AUTONOMÍA DEL JURADO

Es esa función de garantía la que reclama un ámbito de *autonomía del Jurado también respecto del juez técnico* con el que integra el Tribunal. En consecuencia, aunque el magistrado mantenga un no escaso control sobre el devenir procesal, la deliberación y la votación ha de desarrollarse con total separación. Esto, pero poco más que esto, diferencia al modelo español del escabinado europeo.

Ya en la LOTJ esa autonomía es reconocida de modo *muy limitado*. En dos aspectos que, no por ser previos al de la adopción de la decisión que reflejará el veredicto, son banales: *i*) el Jurado carece de *iniciativa* para *imponer la condena* del acusado; esta es monopolizada por el magistrado, que es quien, no disolviéndolo y proponiéndole un objeto, condiciona la existencia del veredicto y el contenido sobre el que aquel pueda versar; y *ii*) el Jurado tampoco puede *articular la secuencia de asertos* erigidos en un *relato que justifique*

la decisión de la condena, ya que solamente está autorizado para aceptarlo o rechazarlo, excepción hecha de matices no esenciales del hecho justiciable.

Así pues, su poder se circunscribe al *control negativo* articulado mediante la aceptación o el rechazo del relato fáctico propuesto por el juez técnico. Aún más, su proceso deliberativo no está exento de cierto control indirecto ejercido por el juez técnico. En efecto, incumbe a este la responsabilidad de vetar la toma en consideración de medios probatorios incluso cuando su resultado pueda haber llegado al conocimiento del Jurado. Y emite las instrucciones limitadas al contenido de su función y naturaleza de los hechos, pero con el límite de que debe omitir valoraciones sobre la prueba o los alegatos de las partes.

Respecto a la culpabilidad, el Jurado emite un veredicto de respuesta, aquí única, que engloba los plurales juicios de valor ínsitos en tal declaración, una respuesta limitada por la exigencia de que sea coherente con los hechos ratificados o rechazados. Así, la respuesta estará determinada en buena medida por el objeto del veredicto, y la coherencia sometida al control del magistrado.

La autonomía de la que disponen los miembros del Jurado en la LOTJ difiere esencialmente de la que caracteriza al modelo anglosajón. En la LOTJ, la atribución de la función de garantía se funda en el objetivo de asegurar su imparcialidad para conjurar el riesgo proveniente de las partes, incluida la acusación pública, dada la proximidad de la organización judicial a la del Estado en que está inserta. En modo alguno se funda en la protección de un contenido normativo que pueda considerarse anterior o diverso del que configura la ley. De ahí que la adecuación de la sentencia a la ley se confíe a mecanismos de control técnico-jurídico. Su activación se residencia en el magistrado en relación con sus propias decisiones, al fijar el contenido de la norma y la subsunción en ella de las respuestas del Jurado, y también para control de las del Jurado en las referencias establecidas en el art. 63 LOTJ.

Por eso, el veredicto sobre la culpabilidad está dissociado del —y es posterior al— emitido sobre la aceptación del relato fáctico del magistrado. La coherencia de ambos contenidos del veredicto es una manifestación de la sujeción a la ley. La única autonomía admitida en relación con la decisión sobre la culpabilidad se limita a los juicios de valor amparados en lo que Ferrajoli (1995: 160 ss.) denomina «poder de connotación». Entiendo que cabe atenderlos no solamente en lo accidental (la racionalidad del medio para la defensa cuando se discute la legitimidad justificante de esta, entre otros muchos supuestos), sino también en lo «constitutivo» del delito. Así cuando se erige en elemento del tipo un hecho en cuanto base de un juicio de valor, o para valorar en general si un hecho es «imputable objetivamente» al acusado o si su omisión es equivalente a la acción que causa el resultado.

Ese férreo acotamiento del ámbito de la libre autodeterminación de los jurados justifica que, al menos, se les aisle de eventuales interferencias en el debate que mantengan sobre la decisión que adoptarán. Pero ver en ese aspecto un índice de homologación de nuestro modelo al modelo clásico inglés supone la absoluta ignorancia de la plena integración del Jurado que regula la LOTJ en las líneas esenciales del sistema jurídico continental, esencialmente diverso de aquel.

## 6.4. CRISIS DECISORIAS

Si partimos de la generalidad de la aceptación de la decisión como fundamento legitimador, es claro que será un valor añadido —que la haga más probable— el *grado de consenso alcanzado* en el colegio que decide. El legislador claudicó ante el temor a los denominados Jurados «colgados» por crisis decisorias debidas a la falta de unanimidad entre sus componentes. Ahora bien, pese a renunciar a la exigencia de la unanimidad, *al menos* impuso una mayoría reforzada para declarar probados, o no, los hechos no favorables al reo consistente en la coincidencia en el mismo sentido de siete votos.

La amplitud de la coincidencia en el sentido de los votos del Jurado afecta a dos aspectos relevantes que interesa destacar en estas reflexiones. El primero es que la exigencia de una elevada coincidencia en los votos induce a los miembros del Jurado a incrementar el esfuerzo de deliberación, conjurando el riesgo de cercenarla sin mayor reflexión en cuanto los jurados perciben que se obtiene una mayoría, aunque sea simple. La precipitación constituye un evidente riesgo de error. El segundo es que, en todo caso, la escasez de respaldo a una decisión y la existencia de un amplio número de disidentes reduce la probabilidad de aceptación de lo decidido con la subsiguiente deslegitimación. Eso es lo que ocurre si la crisis decisoria —es decir, la ausencia de mayoría suficientemente amplia, cuando no de unanimidad— no se traduce en la ausencia de veredicto, cualquiera que sea el sentido de los insuficientes votos mayoritarios.

En la fase prelegislativa, la psicología aplicada insistió en la superioridad epistemológica de la configuración del veredicto bajo régimen de unanimidad o, al menos, de mayoría muy reforzada, cualquiera que sea el sentido de la decisión respecto a la estimación o no de la acusación.

Lamentablemente, la decisión del pleno no jurisdiccional de la Sala II del TS de 13 de marzo 2013 adoptó el siguiente Acuerdo: «a) Para declarar probado un hecho desfavorable será necesario el voto de, al menos, siete jurados. b) Para declarar no probado el hecho desfavorable son necesarios al menos, cinco votos. c) Si no se alcanza alguna de esas mayorías, no habrá veredicto válido y habrá que operar en la forma prevista en los arts. 63 y 65 de la LOTJ (supuestos de seis o cinco votos a favor de declarar probado el hecho desfavorable)».

Ciertamente, se atajó así alguna línea jurisprudencial que conducía a tener por no probado un hecho de la acusación en todos los casos en que no se alcanzara la mayoría reforzada, incluso si la mayoría se había pronunciado a favor de la condena por tal hecho. Se argumentaba que, si no se puede declarar probado el hecho imputado, la única alternativa es declararlo no probado, de tal manera que se excluía la posibilidad de inexistencia de veredicto. El sentido de la garantía de presunción de inocencia quedaba adulterado, pues se obviaba que esta despliega sus efectos en relación con una sentencia válidamente dictada. Pero en ausencia de veredicto (con la excepción prevista en la LOTJ para caso de reiteración en la crisis decisoria sobre el mismo) no se llega a dictar sentencia.

El nuevo Acuerdo suavizó aquella tesis. La declaración del hecho imputado como no probado exige ahora mayoría de votos en tal sentido (5/4 o 6/3). En los demás casos, se entenderá que no hay decisión válida y, por ello, tampoco veredicto.

Persiste, así, el desvío jurisprudencial sobre la, a mi juicio, indubitada voluntad legislativa de «no declarar probado» a falta de mayoría reforzada por la voluntad jurisprudencial de «declarar no probado» si una mayoría no reforzada lo decide así. Como expuse en otro lugar, no solamente porque la norma ya era una excepción al objetivo de reforzar la legitimidad del veredicto y su aceptación por el amplio consenso de los jurados en su adopción, sino simplemente porque la gramática de la lengua española no admitía otra interpretación que la que se puede exponer parafraseando el texto del precepto: «Para ser declarados (los hechos) tales (probados o no) se requieren siete votos, al menos, cuando fuesen (los hechos) contrarios al acusado, y cinco votos (al menos) cuando fuesen (los hechos) favorables (al acusado)» (Varela Castro, 2003).

## 7. LA MOTIVACIÓN DE SENTENCIAS. LA EXPLICACIÓN DEL VEREDICTO

La motivación expresada en la sentencia persigue también el objetivo de acomodar la misma a la ley y conjurar los riesgos de arbitrariedad al garantizar su *racionalidad*. Así, contribuye al *control* dentro del proceso a través del sistema de recursos y también fuera del proceso facilitando el control social a través de la crítica (Gascón Abellán, 2010: 178). Y no solamente por ese doble control *ex post*, sino también porque la preconsciencia de aquella exigencia de posterior justificación compele ya al que ha de decidir a un realizar un ejercicio más intenso de racionalidad cuando reflexiona sobre la decisión que propone. Juan Igartua acierta en este punto cuando habla de una «[...] relación dialéctica entre la valoración de la prueba y la motivación de la resolución» (Igartua, 2013: 28).

Con antecedentes en los procedimientos romano o canónico, allí donde se instauró el Jurado al modo anglosajón la motivación quedó ciertamente minimizada, pese a que la incompatibilidad de aquel con esta no parece teóricamente necesaria (Gascón Abellán, 2010: 173). En todo caso, aquella funcionalidad erige a la motivación en *presupuesto de la legitimidad de la decisión jurisdiccional porque es presupuesto de su aceptabilidad*.

### 7.1. LA MOTIVACIÓN DE LOS ENUNCIADOS FÁCTICOS

Es necesario diferenciar los *motivos* que persuaden al juez en el proceso mental que le conduce a declarar un enunciado fáctico como verdadero —es decir, la «motivación actividad», de acuerdo con la terminología de Gascón Abellán (2010: 184 ss.)— y las *razones* para justificar la corrección que, después, expone en la resolución —que la misma autora ha denominado «motivación-documento» (Comanducci, cit. en Igartua, 1995: 180 ss.). Los motivos y las razones no necesariamente coinciden. Sus correlativos pares conceptuales, acuñados terminológicamente como *contexto del descubrimiento* y *contexto de justificación*, tampoco son necesariamente idénticos. Y ello porque, como señala Igartua «[...] la fase heurística y la fase justificativa implican estrategias racionales diferentes» (Igartua, 1995: 183).

La naturaleza de la función del investigador respecto a la del juzgador es irreductiblemente diversa. El investigador preprocesal, no tercero, ensaya, no necesariamente de modo arbitrario, plurales hipótesis e infiere, desde las «fuentes» de prueba, la *hipótesis* que asumirá como parte ya en el juicio oral, donde su objetivo es *persuadir* al tercero juzgador de su veracidad aportando los «medios de prueba» al efecto. Ante las diversas hipótesis parciales, que examinará bajo los principios acusatorio y de contradicción, el juez —que sí ha de ser un tercero en la confrontación— ciñe su función a la crítica racional de las afirmaciones instrumentales que le suministran los medios de prueba aportados y practicados para formular la *tesis* que ha de *justificar* en su decisión.

En efecto, el medio probatorio reporta al juez afirmaciones instrumentales. Su contenido puede *i)* describir el *hecho objeto* del proceso en cuanto observado directamente, o *ii)* describir como observado *otro* hecho. La valoración crítica de esas afirmaciones instrumentales se abordará, en principio, desde máximas de experiencia o leyes técnicas o científicas, sobre la calidad de la observación y la credibilidad de quien describe lo que observa. En esa valoración, el juez puede/debe ser auxiliado por expertos, técnicos y científicos que posean herramientas y conocimientos de tal naturaleza que, en principio, para el juez son, cuando menos, extrañas. Partiendo del rendimiento probatorio así establecido, cuando el enunciado no es ya el referido directamente al hecho objeto del proceso, el juzgador *inferirá* este a partir de aquel, teniéndolo por verificado.

Por otro lado, los pasos desde las afirmaciones instrumentales hasta el enunciado del hecho objeto del proceso constituyen una inferencia que no proporciona más que una *probabilidad* de verdad. La aceptabilidad de lo inferido como fundamento de la decisión —finalidad, en lo esencial, *práctica* del proceso judicial— es tributaria de reglas epistemológicas, pero también de las reglas que constituyen la institucionalización de la obtención del conocimiento. Estas no siempre son funcionales para la calidad gnoseológica del resultado.

La motivación debe *dar cuenta de las razones* por las que, más allá de la íntima convicción, se pasa de las afirmaciones instrumentales de los medios probatorios —incluidos los expertos, técnicos y científicos— a la formulación de aserciones verificadas o del resultado probatorio en relación con los hechos jurídicamente relevantes (no solo el principal), y entre ellos los que definen una situación base de juicios normativos o de valor que también fundan la decisión.

## 7.2. EL ALCANCE DE LA RESPECTIVA DECISIÓN QUE DIFERENCIADAMENTE ASUMEN

Que el juzgador sea un tribunal compuesto por magistrado(s) y jurados no empece que, al fin, la decisión sea imputable a *todo* el tribunal como *único* órgano y que la sentencia sea única. La legitimidad ha de predicarse del fallo, *conjunto* indisoluble de manifestaciones de voluntad de aquel poder jurisdiccional, que también es único.

Pero las competencias del magistrado y las del Jurado para contribuir a conformar esa voluntad decisoria única, como avanzamos en el apartado 6.1, son diversas.

i) Tras el debate en el juicio oral, el *magistrado* determina qué *enunciados sobre los hechos* que han sido alegados como hipótesis por todas las partes son *objetivamente susceptibles de ser proclamados veraces*. Así se deriva del art. 49 en relación con el 70.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. A tal fin, el magistrado someterá a crítica, en la medida normativa exigida por la *garantía constitucional* de la presunción de inocencia, las aserciones proporcionadas por los medios de prueba para concluir si *existe* prueba de cargo. El relato construido desde esa crítica de la prueba se traslada a un documento que es el *objeto del veredicto*, que en tal caso es ya la tesis que constituirá el posible apartado de hechos probados de la sentencia. Si ninguno de los medios probatorios avala tales conclusiones, el magistrado rechazará la hipótesis de la parte acusadora y, en consecuencia, deberá disolver el Jurado. Y ello porque este, como vamos a ver ahora, carece de competencia para construir una tesis divergente de la del magistrado. Por ello, este tampoco puede emplazar al Jurado a que se pronuncie sobre una tesis que, si este la asume, aquel no podría justificar bajo exigencias de presunción de inocencia.

ii) En virtud de ese control positivo del resultado del debate llevado a cabo el magistrado, el Jurado deviene investido para ejercer su competencia específica: *ratificar*, en todo o en parte, o *rechazar* no enunciados a seleccionar por el Jurado de entre los formulados por las partes, sino *el preciso relato del magistrado* presidente tal y como fue propuesto por este (arts. 59.1 y 54.2, inciso final, LOTJ) sin otra disidencia que la mínima autorizada en el art. 59.2. La sujeción es tal que, salvo ese autorizado matiz, bastará remitir al número con el que el apartado votado aparece en el documento que expone el objeto de veredicto. En cuanto al hecho, la función del Jurado es, por ello, de *garantía mediante control negativo de la decisión antes ya adoptada* por el magistrado.

Esa distribución competencial configurada por la LOTJ y el consecuente «reparto» de «poder» entre los componentes técnico y lego del único Tribunal del Jurado se acomoda a la habilitación cultural del técnico, aunque se suscite cuestión (Andrés Ibáñez, 2015: 433) sobre la suficiencia de aquella para que ese juez técnico pueda moverse con solvencia en la epistemología del hecho.

Por otro lado, la capacidad de los jurados para cumplir la función que le es atribuida, tal como expusimos en el apartado 5.3, hace posible la efectividad del control por los jurados legos en el marco de la fuerte tutela ejercida por el juez técnico que prevé la LOTJ. Cabe recordar, al respecto, la opinión constatada por Taruffo (2010: 211), aunque advierte que no es coincidente con la suya, cuando declara que la convicción más difundida es la que sugiere que, a pesar de los límites intrínsecos que caracterizan la institución, los jurados están en condiciones de formular valoraciones razonables. O la de Igartua Salaverría, que sostiene que «[...] cuando a los juristas se les saca del recinto normativo, saben tanto o tan poco como el común de la gente» (Igartua, 1995: 186), por lo que, según da cuenta el egregio autor, en materia de pruebas, la educación jurídica no procura ninguna ventaja particular, invitando a confrontar con H. Tapani Klami. Cabría añadir este diagnóstico de Zagrebelsky (1995: 150): «En los países de la Europa continental, sin excluir ninguno, la pasividad ante las exigencias de transformación que se imponen con fuerza en la magistratura produce un sentimiento generalizado de insatisfacción que no consigue encontrar

salidas constructivas. Los jueces continúan cultivando una idea anacrónica de sí mismos, como depositarios de conocimientos eminentemente técnico-jurídicos válidos en cuanto tales, alejándose así de las expectativas que la sociedad pone en ellos sin recibir respuesta».

Frente al criterio del autor italiano, el epistemólogo norteamericano Larry Laudan parte de estudios empíricos y postula una ampliación en EE. UU. del acceso del Jurado a medios probatorios que, pese a ser relevantes e incluso no ilícitamente obtenidos, está vetado por un complejo entramado de *exclusionary rules* que reflejan la desconfianza en la capacidad de valoración de los legos (Laudan, 2013: 293 ss.). Por su parte, los profesores de psicología y sociología Hasstie, Penrod y Pennington (1986: 2 ss.), también norteamericanos, reclaman la realización estudios científicos orientados a conformar criterios sobre capacidad de los jurados para cumplir los cometidos y funciones que les confiere la VI Enmienda de la Constitución de EE. UU.

La decisión del magistrado permitiendo que el Jurado emita veredicto alcanza a avalar con criterios normativos que un eventual fallo condenatorio respeta la exigencia constitucional de la presunción de inocencia, haciéndolo susceptible de control objetivo, intersubjetivo. El magistrado no motivará *por qué* (subjctivamente) adopta la propuesta de un objeto de veredicto. Lo que se le exige es que, más allá de su convicción subjetiva, justifique que ese relato histórico es constitucionalmente correcto por no suscitar su veracidad dudas razonables tras la valoración probatoria. O, alternativamente, a conjurar el riesgo de su vulneración cuando decide disolver el Jurado, impidiendo que el este entre a considerar tal posibilidad declarando probado el hecho imputado.

Si el Jurado es emplazado a emitir un veredicto sobre el objeto que se le propone, decidirá relevado de la toma en consideración del umbral impuesto por la presunción de inocencia. Y ello porque la superación de aquel ya se justificará en la única decisión del tribunal por el componente del mismo que tiene atribuida esa función: el magistrado.

Pese a ello, es un error etiquetar como meramente psicologista la exigencia impuesta al Jurado. Esta se circunscribe a la indicación de los «elementos de convicción» atendidos y a una «explicación de las razones» de su decisión. Ciertamente *explicar por qué se decide es distinto que justificar la corrección de lo decidido*.

No podemos compartir algunas reflexiones como la expuesta por Jordi Ferrer Beltrán (Ferrer Beltrán, 2020: 379), autor que, alineándose con las tesis de Igartua Salverría y Andrés Ibáñez, tilda de psicologista la motivación que el Jurado ha de llevar a cabo por exigencia del art. 61.1 de la LOTJ, y que, estima, refleja una concepción persuasiva, no racional, de la prueba.

La *exposición* exigida al Jurado rescata al veredicto del ámbito subjetivo de la simple convicción en la medida en que *describe* no las causas ínsitas en la concreta personalidad de quien decide ni solamente da cuenta de aquello de lo que se está convencido, sino los elementos que erigieron en razón de tal convicción, que le son externos y reportados por la actividad probatoria. Aún siendo sucinto, tal relato constituye una base suficiente para el control intersubjetivo desde la racionalidad objetiva por los destinatarios de lo expuesto.

En el ámbito endoprocésal, aquella permite constatar tanto la desestimación de elementos probatorios ilícitos como la exclusión de criterios de arbitrariedad que justificarían la impugnación procesal. En la esfera social externa al proceso, la posibilidad de crítica de esa exposición contribuirá a generar la aceptabilidad general del funcionamiento de la jurisdicción en el caso concreto.

### 7.3. CRITERIOS RESPECTIVOS PARA ADOPTAR SENDAS DECISIONES

El criterio de decisión del Jurado es también esencialmente distinto que el que atiende el magistrado. El art. 54 de la LOTJ encomienda al magistrado que explique al Jurado, entre otros aspectos, las reglas de deliberación y votación. En cuanto a los *medios* de prueba, indicará aquellos que, por ilicitud o nulidad, no deben tomar en consideración, pero se cuidará de no dar a conocer en ese momento las razones por las que estima que el relato propuesto es *objetivamente* compatible con la garantía de la presunción de inocencia. En cuanto al *criterio* de decisión, para aceptar o rechazar la propuesta probatoria del magistrado, remitirá a la *convicción subjetiva* de los jurados sobre su veracidad. La calidad epistemológica de esta para plasmarse en el veredicto es tributaria aquí de la configuración del debate y del número de jurados, tanto de los que intervienen en el mismo como de los que (unánime o mayoritariamente) sostienen de manera homogénea la opinión dominante. Para rechazar la propuesta bastará la *duda subjetiva* de tres jurados que excluya la certeza de una mayoría de, al menos, siete miembros del Jurado, necesaria para aceptar el relato que justifica la condena.

Esas diferenciaciones *objetivo/subjetivo*, reflejadas en los preceptos indicados y advertidas en la exposición de motivos de la LOTJ —apartado IV; 4 párrafos tercero, cuarto y quinto— derivan de la diferenciación conceptual entre la garantía constitucional de presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*. El TC lo ha reiterado en la Sentencia 209/2003 de 1 de diciembre (con cita de sus anteriores SSTC 16/2000; 13/1982 y 31/1981) aun advirtiendo que ambos derivan del común principio *favor rei*: «Mientras que el principio de presunción de inocencia está protegido en la vía de amparo, el principio, *in dubio pro reo* como *perteneciente al convencimiento*, —que hemos denominado *subjetivo*— del *órgano judicial* [...] no puede en ningún momento ser objeto de valoración por nuestra parte cuando el órgano judicial no ha tenido duda alguna sobre el carácter incriminatorio de las pruebas practicadas». (énfasis añadido)

El legislador —desde luego, el responsable de la LOTJ—, no se olvide, está vinculado por la interpretación que de la Constitución hace el TC y no por opiniones doctrinales, menos aún por las que, con escaso acierto, en mi opinión, niegan esa evidente diferencia (Nieva Fenoll, 2013: 62).

### 7.4. DIVERSO CONTENIDO DE SENDAS JUSTIFICACIONES

Las diferencias competenciales y los diversos criterios de decisión del magistrado presidente y el Jurado tienen su trascendencia en el *contenido de la justificación* que cada uno ha de aportar sobre lo que sí decide.

i) Proponer un relato como probado bajo exigencias de la garantía de la presunción de inocencia reclama una argumentación que evidencie por qué se valoran como carentes de razonabilidad hipotéticas dudas respecto a las que lo importante no es si subjetivamente el magistrado las tuvo, sino si objetivamente era exigible que las tuviera. Y ello incluso siendo cuestionable que la legitimidad exija el acierto en la argumentación y no, con independencia de ello, que la prueba practicada autorice objetivamente la conclusión (Vives Antón, 2011: 893 ss.) incluso si el discurso pretendidamente justificador es extravagante.

El magistrado presidente debe exponer las razones de *su* decisión: las que considere que avalan los enunciados del objeto del veredicto como acreditados, desde la prueba practicada, más allá de toda duda razonable. Solamente después de que el Jurado declare, y en la medida en que lo haga, el magistrado expresará en la sentencia tales razones y su decisión de aceptar aquellos enunciados como efectivamente probados (art. 70.2 LOTJ). Esa justificación no le es exigible al magistrado si su propuesta de hechos probados no es aceptada por el Jurado y el veredicto no es de culpabilidad

No obstante, *en la propuesta del objeto de veredicto el magistrado ya anticipa en no escasa medida las razones objetivas que autorizan a declarar probado el hecho principal*. Y es que los medios probatorios dan cuenta de observaciones de hechos que no son siempre, ni siquiera con frecuencia, directamente el hecho principal, sino *otros* desde los que, para afirmar aquel, es necesario inferirlo inductivamente. La *estructuración secuencial* de la múltiple cadena de pasos inferenciales (léase con atención el art. 52.1. a), párrafo tercero, LOTJ) *anticipa* ya una justificación de la conclusión. Esta es quizás más ardua que la que exige dar cuenta de la credibilidad atribuida al medio probatorio sobre el enunciado base de la inferencia. Al aceptar tal ordenación «secuencial» del veredicto *el Jurado está asumiendo también esa justificación* de la decisión que declara tal hecho como probado, parte implícita pero esencial de la explicación de la decisión.

ii) Por su parte, el Jurado debe indicar cuáles son los *elementos* atendidos para *alcanzar su* convicción (art. 61.1 d) LOTJ) y las *razones* de esta, tanto si acepta la propuesta del magistrado como si la rechaza. Es decir, si, en todo o en parte, acepta el relato del objeto del veredicto que se le propuso, incluyendo la cadena de secuencias inferenciales, basta que *expresen* sucintamente por qué no le alcanzan subjetivamente dudas a la mayoría legal suficiente de sus componentes.

Si el veredicto excluye enunciados de hechos determinantes de condena, por tener dudas subjetivas, con independencia de que sean objetivamente razonables, *bastará, en lo normativo*, que las razones satisfagan las limitadísimas exigencias del derecho a la *tutela judicial efectiva* (STC 169/2004, de 6 de octubre, FJ 6, párrafo segundo, último inciso).

Contra los que exacerban los requerimientos justificadores al Jurado, un solvente sector de la doctrina ha cuestionado la exigencia de motivar el rechazo de la imputación también en relación con el Jurado (Vives Antón, 2011: 897 ss.), en la medida en que aquella exigencia se aproxima a la imposición al imputado de la obligación de demostrar su inocencia. Por ello, desde esta perspectiva se considera suficiente que el Jurado exprese su duda de tal modo que no aparezca como arbitraria.

## 7.5. EL VEREDICTO DE CULPABILIDAD

El concepto de culpabilidad tiene un contenido diverso, en la teoría general del delito, por un lado, y en los art. 24.2 de la Constitución y 60 de la LOTJ, por otro. El primero entronca con el principio referido al fundamento filosófico y los límites *del ius puniendi* y la capacidad del sujeto para actuar de una u otra forma, presupuesto del reproche penal. Por su parte, el precepto constitucional y la norma relativa a la decisión del Jurado vinculan la declaración de culpabilidad al concurso, a la constatación procesal del conjunto de elementos requeridos para la condena penal.

Entre ellos, los hechos adquieren especial relevancia jurídica al ser descritos en la ley como presupuesto histórico al que esta anuda sus consecuencias. Pero, en otros casos, lo son en cuanto soporte de una conclusión valorativa que viene exigida ora específicamente en el tipo penal, ora a los efectos de las previsiones de la parte general del Código.

Respecto a estos, debe diferenciarse si la previsión legal es más o menos taxativa o si consiste en un canon indeterminado. El concepto «monte» en el delito de incendio es normativo, al igual que la «ajenidad» de una cosa o el «exceso» en el ejercicio de facultades de administración tipificada como desleal. Predicar del hecho histórico tales calificaciones normativas constituye una operación *técnico-jurídica de la exclusiva competencia del magistrado* presidente, en la medida en que requiere una definición concreta y determinada del contenido de la norma que atribuye a un supuesto esa cualidad. Se trata de un aserto que es verificable como una correcta (verdadera o falsa) interpretación.

No ocurre lo mismo con otros conceptos como «desamparo» en la omisión del deber de socorro, la «vulnerabilidad» de la víctima del homicidio, «lesionar la dignidad» de una persona o la «gravedad» del hecho en el delito de injurias. Estos conceptos no están definidos en los tipos penales. Igualmente, cuando la decisión sobre la imputabilidad del acusado, la justificación de sus actos o la exigibilidad de otra conducta ajustada a Derecho se condiciona a conceptos tales como capacidad de comprender la ilicitud y actuar en consecuencia, la racionalidad del medio empleado para defenderse o la ponderación de bienes en riesgo para establecer si se actuó bajo un estado de necesidad, la superabilidad del miedo, la proporcionalidad del comportamiento bajo ejercicio de un cargo u oficio o, en fin, la condición de vencible en el error padecido por el autor. Lo que caracteriza a la afirmación de tales conclusiones valorativas es la inviabilidad de su verificabilidad.

El control de su proclamación ha de referirse, pues, a su *validez* o corrección en el caso de una denotación taxativa por la definición legal o a su *justicia* en los otros *supuestos de determinación de lo que la norma penal connota* mediante ponderación valorativa en el caso concreto partiendo siempre, no obstante, del enunciado histórico que describe la situación sí verificable. La respuesta respecto a este último grupo de presupuestos —sean elementos del tipo o defensas sobre exención de responsabilidad— se ubica en el apartado del veredicto que afirma o niega la culpabilidad como juicio de valor global. Pero, adviértase, no asimilable al concepto de culpabilidad de la dogmática penal. *La competencia se atribuye al Jurado.*

## 7.6. EL TRIBUNAL DE JURADO Y EL «JUICIO JUSTO» EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

La solución de nuestra LOTJ cumple con holgura las exigencias que el TEDH considera de obligado cumplimiento en una sociedad democrática, exigencias integradas en el concepto de juicio justo del art. 6 del Convenio Europeo.

Contestando a la demanda del Sr. Bellerin Lagares contra España, en su sentencia de 4 de noviembre de 2003 el TEDH ya recordó un criterio general sobre la motivación: «L'exigence de motivation doit aussi s'accommoder de particularités de la procédure, notamment devant les cours d'assises où les jurés ne doivent pas motiver leur intime conviction».

Y tras describir el régimen procesal de la LOTJ española de 1995 sentenció: «La Cour rappelle que les organes de la Convention ont déjà eu à se prononcer sur la compatibilité avec la Convention de systèmes similaires au système espagnol (cf. *R. c. Belgique*, requête no 15957/90, décision de la Commission du 30 mars 1992, Décisions et rapports (DR) 72, pp. 195, 197; *Zarouali c. Belgique*, requête no 20664/92, décision de la Commission du 29 juin 1994, DR 78, § 97, 109 et *Papon c. France* (déc), no 54210/00, CEDH 2001-XII))».

Estimó, por tanto, que la sentencia en cuestión estaba suficientemente fundamentada a los efectos del art. 6.1 del Convenio

En la STEDH de 13 enero 2009, recaída en el asunto *R. T. c. Bélgica*, estableció que «[...] el derecho a un proceso justo garantizado por el art. 6.1 del Convenio implica, en relación con la Cour d'assises, que la decisión sobre la acusación exponga las consideraciones que han convencido al Jurado de la culpabilidad o inocencia del acusado, e indique las razones concretas por las que ha respondido afirmativa o negativamente a cada una de las preguntas».

En esa sentencia reprocha que «[...] la formulación de las preguntas planteadas al Jurado no permitía conocer los motivos por los cuales había respondido afirmativamente a cada una de ellas». El TEDH estimó que las respuestas lacónicas a unas preguntas formuladas de forma vaga y general habían podido dar al demandante la impresión de una justicia arbitraria y poco transparente. Sin una síntesis de los principales motivos por los que el Tribunal del Jurado (Cour d'assises) había alcanzado el convencimiento de la culpabilidad del demandante, este no podía comprender —y, por tanto, aceptar— la decisión del tribunal.

La *relevancia de las preguntas* se subraya porque a efectos de la relación de la motivación con el derecho al juicio justo «debe examinar si el procedimiento, en conjunto, tuvo un carácter equitativo», y añade que en el asunto *R. c. Bélgica* (núm. 15957/1090, Decisión de la Comisión de 30 marzo 1992, Decisiones e informes (DI) 72), la Comisión Europea de Derechos Humanos constató que, si bien el veredicto de culpabilidad del jurado no estaba motivado, «[...] al menos el presidente del Tribunal del Jurado (Cour d'assises) había formulado previamente preguntas al jurado sobre las circunstancias fácticas de la causa, que el acusado podía impugnar. La Comisión vio en estas preguntas precisas, de las que algunas

podían plantearse a petición de la defensa o el Ministerio Fiscal, el fundamento que servía de base a la decisión impugnada».

En el asunto *Papon c. Francia* (Decisión), el TEDH señaló que el Ministerio Fiscal y el acusado habían tenido la posibilidad de impugnar las preguntas planteadas y solicitar al presidente que formulara al jurado una o varias preguntas más. Tras constatar que el jurado había respondido a las 768 preguntas formuladas por el presidente del Tribunal del Jurado (*Cour d'assises*), estimó que estas constituían el argumento que podía servir de base a la decisión y que su precisión compensaba adecuadamente la no motivación de las respuestas del Jurado. El Tribunal desestimó la queja relativa a la falta de motivación de la sentencia de la *Cour d'assises* porque carecía manifiestamente de fundamento.

En el asunto *Saric c. Dinamarca*, el Tribunal dictaminó que la falta de motivación de una sentencia resultante de la determinación por un Jurado popular de la culpabilidad del demandante no era, en sí, contraria al Convenio.

Si en el asunto *Göktepe c. Bélgica* (§ 28) el Tribunal concluyó que la violación del art. 6 del Convenio se debió a que el Tribunal del Jurado (*Cour d'assises*) había rehusado plantear preguntas individualizadas sobre la existencia de circunstancias agravantes, privando así al Jurado de la posibilidad de determinar individualmente la responsabilidad penal del demandante.

Con tales antecedentes, en la sentencia de 16 noviembre 2010, dictada en el asunto *Taxquet c. Bélgica*, el TEDH, constituido en Gran Sala, reiteró que «[...] el Convenio no exige que los jurados motiven su decisión y que el art. 6 no se opone a que un acusado sea juzgado por un Jurado popular ni siquiera en el supuesto de que su veredicto no esté fundamentado».

Sin embargo, para que se cumplan las exigencias de un proceso justo, el público y, en primer lugar, el acusado, debe poder comprender el veredicto que se ha emitido. Esta es una garantía fundamental contra la arbitrariedad. Ahora bien, como ya ha subrayado el TEDH, la preeminencia del derecho y la lucha contra la arbitrariedad son principios que sustentan el Convenio (entre otras, véase, mutatis mutandis, sentencia *Roche c. Reino Unido* [GS], núm. 32555/1996, ap. 116, TEDH 2005-X). En el ámbito de la justicia, estos principios sirven para asentar la confianza de la opinión pública en una justicia objetiva y transparente, uno de los fundamentos de toda sociedad democrática (*vid. Suominen c. Finlandia*, núm. 37801/1997, ap. 37, 1 julio 2003 y *Tatichvili c. Rusia*, núm. 1509/2002, 58, TEDH 2007-III).

Por ello, el TEDH añadió que ante los tribunales del jurado (*Cour d'assises* con participación de un jurado popular) es necesario adaptarse a las particularidades del procedimiento en el que, la mayoría de las veces, los jurados no tienen la obligación —o no pueden— motivar su convicción (§ 85 a 89 *supra*). En este supuesto el art. 6 exige igualmente determinar si el acusado ha gozado de unas garantías suficientes que descarten cualquier riesgo de arbitrariedad y le permitan comprender las razones de su condena (§ 90 *supra*). Estas garantías procesales pueden consistir, por ejemplo, en instrucciones o aclaraciones del presidente del Tribunal del Jurado (*Cour d'assises*) a los jurados en relación con los

problemas jurídicos planteados o las pruebas practicadas (§ 43 ss. *supra*), y en preguntas precisas, inequívocas, planteadas al Jurado por dicho magistrado, de manera que se conforme un argumento que pueda servir de fundamento para el veredicto o que compense adecuadamente la falta de motivación de las respuestas del Jurado (*vid.* la anteriormente citada STEDH *Papon c. Francia*).

Pues bien, además de prever las instrucciones a los jurados, la LOTJ establece un método de elaboración del denominado «objeto del veredicto» en el que se abre un cauce para *audiencia de las partes* que satisface las exigencias de motivación más allá del canon establecido por el TEDH. La obligada *articulación secuencial* del soporte fáctico en que acaba integrándose la versión típica fundamento de la condena no tiene otra finalidad que la de justificar lógicamente la conclusión. Ello permite conocer las razones por las que esa versión típica es proclamada. Además, el magistrado está obligado a exponer por qué esas premisas derivan de una valoración probatoria acomodada al canon de la garantía constitucional. Cobra ello especial relieve a la luz del criterio expuesto por el TEDH<sup>14</sup> en el sentido de que *el cumplimiento de las exigencias del proceso justo se aprecia sobre la base del conjunto del procedimiento*.

La interrelación entre la justificación del juez técnico y la del jurado lego se manifiesta en otra exigencia del modelo de la LOTJ que va más allá de la aceptación por el Jurado de los argumentos del magistrado implícita en la ratificación por aquel de los particulares del objeto propuesto por este. Se trata del requerimiento al Jurado impuesto por el art 61 de la LOTJ para que exteriorice los elementos de convicción para hacer las precedentes declaraciones. Ello abre la vía al control de tales razones por el magistrado, que podrá rechazar el acta si se desvía del obligado respeto a las reglas de exclusión de medios probatorios e incluso si así se pusiera de manifiesto la arbitrariedad de la conclusión. Así, el art 63.1 d) LOTJ prevé la devolución del acta al Jurado en este supuesto: «Que los diversos pronunciamientos son contradictorios, bien los relativos a los hechos declarados probados entre sí, bien el pronunciamiento de culpabilidad respecto de dicha declaración de hechos probados». Por su parte, el art. 63.1 d) contempla la misma previsión en el siguiente caso: «Que se haya incurrido en algún defecto relevante en el procedimiento de deliberación y votación».

## NOTAS

1. Con amplitud —y en algún aspecto específica, que no en todo pacífica, configuración— expone Ferrajoli los aspectos epistemológicos, axiológicos y teóricos de esa opción seguidos de descripciones fenomenológicas (Ferrajoli, <sup>7</sup>2005).
2. Referencias a ciertas consecuencias de posiciones hermenéuticas o epistemologías subjetivistas sobre la idea de prueba y verdad.
3. Conde-Pumpido Tourón, ponente de la STS de 11 de septiembre de 2000 afirmó lo siguiente: «Una norma procesal penal elaborada en 1995 no podía dejar de incorporar un precepto que recordase y reafirmase dicha doctrina constitucional, pero tal precepto no puede ser interpretado de forma autónoma y aislada, como un islote robinsoniano en el océano del marco regulador de nuestro proceso penal [...]».

4. Quien, tras afirmar que el legislador de 1882 no quiso que la lectura de declaraciones sumariales de un testigo, en caso de disconformidad entre estas y las que el mismo testigo preste en el juicio, tuviera otra finalidad que la de «[...] provocar las explicaciones del testigo sobre las discrepancias entre unas y otras [...].excluyendo que dicha lectura permitiera incorporar la declaración sumarial a la que se refiera al material probatorio valorable por el juzgador... recomienda, de cara al futuro estudiar cuidadosamente las situaciones para un tratamiento legal adecuado [...]» (Vegas Torres, 1993: 252).
5. Verger Grau (1995). El autor entiende matizable la conclusión cuando se trata de contradicciones entre diversas manifestaciones del acusado. La razón estribaría en que nadie miente en perjuicio propio, máxima de experiencia que justifica la diversidad de tratamiento en el derecho anglosajón de notoria influencia en este autor.
6. Miranda Estampres (1997).
7. Los Estados miembros que practican el sistema escabinado según el escrutinio hecho por la sentencia del TEDH, de 16 de noviembre 2010 (asunto *Taxquet c. Bélgica*), son Alemania, Bulgaria, Croacia, Dinamarca, Estonia, la ex República yugoslava de Macedonia, Grecia, Finlandia, Francia, Hungría, Italia, Islandia, Liechtenstein, Mónaco, Montenegro, Noruega (en la mayor parte de los casos), Polonia, Portugal, República checa, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia, Suecia y Ucrania.
8. Sentencia del TEDH, asunto *Taxquet c. Bélgica*, cit. *supra*.
9. Publicación de la Asociación Argentina de Juicios por Jurados, 2 de noviembre de 2020
10. Publicado en la «Colección legislativa de España», t. CXIV, correspondiente al primer semestre de 1875, pp. 6 ss.
11. Sobre ese periodo puede consultarse el trabajo de Marés Roger (1995: 99-101).
12. Presente en las constituciones francesas de 1791, 1793 y 1795, fue sustituida por la designación por el primer cónsul (Napoleón) el 13 de diciembre de 1799.
13. En tal caso, absolutoria.
14. Asunto *Taxquet c. Bélgica*, cit. *supra*, § 93.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABEL AMIETTA, Santiago (2017): «Participación ciudadana en contexto: tendencias y modelos de juicios con jurados en clave sociojurídica», *Via Iuris*, 22, enero-junio, 149-164.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (1986): *El Poder Judicial*, Madrid: Tecnos.
- (2015): *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional*, Madrid: Trotta.
- APARICIO, Javier (1987): *Sobre la administración de Justicia en Roma*, Madrid: Civitas.
- ASENCIO MELLADO, José María (1989): *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid: Trivium.
- BLANCO SUÁREZ, Rafael, Leonel GONZÁLEZ POSTIGO y Fernando GUZMÁN FUENZALIDA (2020): *Juicios por Jurado en Chile. Un debate pendiente para la consolidación del sistema penal acusatorio-adversarial y su legitimidad ciudadana*, Santiago de Chile: CEJA, JSCA, Facultad de Derecho Universidad Alberto Hurtado.
- FERRAJOLI, Luigi (1995): *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.
- (2005): *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.
- FISHER, George (2018): *El origen del jurado como detector de mentiras*, Madrid: Marcial Pons.
- GARAPON, Antoine (1953): *De Oratore*, Paris: Odile Jacob.
- (1996): *Le gardien des promesses Justice et démocratie*, Paris: Odile Jacob.

- GASCÓN ABELLÁN, Marina (2010): *Los Hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid: Marcial Pons.
- GIMENO SENDRA, Vicente (1988): *Constitución y Proceso*, Madrid: Tecnos.
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2020): «Sobre el deber de motivación de las decisiones probatorias y el juicio por Jurados. La sentencia V.R.P. V.P.C. y otros vs. Nicaragua de la Corte IDH», *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, I, 359-382.
- HASSEMER, Winfried (2009): *Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal. La medida de la Constitución*, México DF: Ubijus.
- HASTIE, Reid, Steven D. PENROD y Nancy PENNINGTON (1986): *La institución del Jurado en los EE. UU. Sus intimidades*, Madrid: Civitas.
- HERZOG, Tamar (2019): *Una breve historia del Derecho Europeo*, Madrid: Alianza Editorial.
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan (1995): *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2013): *La «sucinta explicación» en el veredicto del Jurado*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ILLUMINATI, Giulio (1979): *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, Zanichelli 1979.
- (1996): *Profili del nuovo Codice di Procedura penale*, Padua: CEDAM.
- LAUDAN, Larry (2013): *Verdad, error y proceso penal*, Madrid: Marcial Pons.
- MAIER, Julio B. (1989): *Derecho Procesal Penal Argentino*, Buenos Aires: Fundamentos Editorial Hammurabi.
- MARÉS ROGER, Francisco (1995): «El Tribunal del Jurado en la II República Española», *Boletín del Ministerio de Justicia*, 1760 (noviembre), 99-101.
- MARTÍNEZ PÉREZ, Fernando (2007): «La constitucionalización de la justicia (1810-1823)», en *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, 169-208.
- MIRANDA ESTAMPRES, Manuel (1997): *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona: Bosch.
- MONTERO AROCA, Juan (1990): *Independencia y responsabilidad del juez*, Madrid: Civitas.
- (1999): *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- NIEVA FENOLL, Jordi (2013): *La duda en el proceso penal*, Madrid: Marcial Pons.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2011): *Garantismo y Derecho Penal*, Madrid: Iustel.
- SÁNCHEZ VERA, José Luis (2012): *Variaciones sobre la presunción de inocencia*, Madrid: Marcial Pons.
- SIMON, Dieter (1985): *La independencia del Juez*, Barcelona: Ariel.
- SUMMER, Andrew (2018): *La presunción de inocencia. Perspectiva desde el Derecho probatorio y los derechos humanos*, Madrid: Marcial Pons.
- TARUFFO, Michele (2010): *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Barcelona: Pons.
- VARELA CASTRO, Luciano (1990): «El juicio sobre la acusación», *Manuales de Formación continuada, Ejemplar dedicado a El Poder Judicial en el conjunto de los poderes del Estado y de la sociedad*, 11, pp. 87-97.
- (2003): «El enjuiciamiento de ciudadanos por ciudadanos. Algunas prácticas conformadas por una jurisprudencia abrogante», *Estudios de Derecho Judicial*, 45, 547-638.
- (2005): «El juicio sobre la acusación», *Manuales de Formación continuada, Ejemplar dedicado a Hacia un nuevo proceso penal*, 32, 287-350.
- (2006): «La instrucción de los procesos ante el tribunal del jurado y el juicio de acusación», *Estudios de Derecho Judicial, Ejemplar dedicado a Juicio por Jurado: experiencias y revisión*, v. 96, 74-147.
- VARONA GÓMEZ, Daniel (2021): *¿Juez o Jurado? Un análisis a partir de los casos de mujeres maltratadas que se rebelan contra su tirano*, Barcelona: Atelier.
- VEGAS TORRES, Jaime (1993): *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid: Wolters Kluwers, La Ley.

VERGER GRAU, Joan (1995): «Las pruebas ante el Tribunal del Jurado», en *El Tribunal del jurado*, Madrid: CGPJ, 401-471.

VIVES ANTÓN, Tomás (2011): *Fundamentos de Derecho Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

ZAGREBELSKY, Gustavo (1995): *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid: Trotta.

**Fecha de recepción: 9 de febrero de 2021.**

**Fecha de aceptación: 14 de mayo de 2021.**