

TEMA V. ALGUNOS PROBLEMAS DE LA CONSTITUCIÓN DE LOS TRIBUNALES . . . . . 143

I. TRIBUNALES DE JUECES TÉCNICOS O NO TÉCNICOS EN DERECHO . . . . . 143

1. Problemas de reclutamiento . . . . . 143

2. Especies . . . . . 144

1) Tribunales de jurados . . . . . 145

2) Tribunales de escabinos . . . . . 146

3) Otros tipos de tribunales de "jueces legos" . 148

II. JUECES INDIVIDUALES Y COLEGIADOS ("TRIBUNALES") . 149

III. TRIBUNALES EN UNA O VARIAS INSTANCIAS . . . . . 150

1. El problema de "las instancias" . . . . . 150

2. Las posibles amplitudes de la segunda instancia . 151

3. El problema de las instancias en lo penal . . . 153

Bibliografía . . . . . 155

## TEMA V

### ALGUNOS PROBLEMAS DE LA CONSTITUCIÓN DE LOS TRIBUNALES

#### I. TRIBUNALES DE JUECES TÉCNICOS O NO TÉCNICOS EN DERECHO

En el problema conocido generalmente con el nombre de "problema del jurado" o del "juez profesional".

Los tribunales, pueden integrarse: 1) Mediante personas que han probado sus conocimientos del derecho, de manera oficial, que se sujetan al ejercicio de la jurisdicción como profesión, formando una "carrera", organizada como tal, y sujeta a los presupuestos y requisitos del ejercicio de la jurisdicción ya relacionados, supra; 2) Mediante personas que "oficialmente" no han probado conocer el derecho, que no pasan a ejercer jurisdicción como profesión, sino ocasionalmente"; esto es, "legos" en derecho.

Si los jueces y tribunales integrados por profesionales, aparte de los problemas de su jurisdicción, dan lugar a otros que se tratarán *infra* —especialmente, los de su reclutamiento—; los integrados por "jueces legos" (en Alemania, se propugna la expresión "jueces honorarios", no peyorativa, para designarlos —Peters—), tienen una problemática diferente, y quizá más compleja que los profesionales.

Problemática derivada de muchos factores (es fundamental, el del medio de "reclutarlos" entre millones de "legos en derecho" que integran una comunidad estatal), entre los que destacan los de su posible "combinación" en la labor de ejercicio de la jurisdicción, con jueces "profesionales".

#### 1. *Problemas de reclutamiento*

El problema de su "reclutamiento", teóricamente, está solucionado: se trata de "representantes de la justicia emanada del pueblo"; de

"representantes", *elegidos*. Y aquí han surgido y siguen surgiendo problemas prácticos (que se traducen en dificultades y defectos de sucesivas legislaciones en diversos países), ya que la "elección" —que también es un mecanismo político en los países no muy pequeños— supone una estructuración previa complicada, mucho más que la "elección de políticos", ya que, el "lego" elegido para actuar como jurista no siéndolo, en casos concretos y "entre personas concretas" en cuanto a su elección, conlleva muchos problemas que no aparecen en cuanto a la designación de candidatos a ser, p. ej., parlamentarios; el sistema de prohibiciones y de incompatibilidades, debe ser más estricto (y aun diferente); precisa elegir a muy pocos candidatos entre unas muchedumbres ingentes —los necesarios para formar un sólo tribunal o muy pocos en cada circunscripción territorial— pero también precisa prever las "sustituciones", de modo abundante (problema que surge raramente en cuanto a los elegidos para las "carreras políticas"; es raro que un diputado, o un senador, o un concejal, se hagan "sustituir"). Y una vez presentados en el proceso de los legos que van a intervenir como jueces en él, llega otro momento de gran trascendencia: el de su aceptación por las partes. Si en el caso de los "jueces profesionales", por su preexistencia a cada proceso, como tales, casi se presume "su imparcialidad" (y para rechazarlos por "parciales" existe un medio especial: la "recusación"), en cuanto a dichos legos, no hay tal protección, o no la hay tan amplia y por ello, las posibilidades de "recusación" son amplísimas; de ahí la necesidad de tener aprestados para intervenir en lugar de los recusados, a "suplentes" en cantidad suficiente. Esto es, se trata de una estructura de "preparación" (del tribunal en el que participen ciudadanos legos en derecho y elegidos para cada caso o para un plazo determinado y no muy largo), necesariamente complicada y cara. La sencillez con que se la atendía en las ideas, p. ej., de Rousseau, no era tal, como ya se ha demostrado.

## 2. *Especies*

Cabe pensar —en teoría y en la práctica naturalmente— en dos maneras fundamentales y clásicas de constituir tribunales en los que participen ciudadanos legos en derecho: los "tribunales de jurados" y los "tribunales de escabinos".

[Y anotamos algo muy importante: la expresión "jurado" es mucho más antigua —en sentido popular— que la de "escabino"; por lo que en toda una serie de ordenamientos jurídicos —p. ej., el francés, el

italiano, etcétera— aun habiéndose pasado del sistema de “jurados” al de “escabinos”, continúa campeando la palabra “jurado” y “jurados”, lo cual es proclive a confusiones; cuando en realidad, todos ellos *son jurados en el sentido amplio de la expresión, genérico*; su clasificación en “tribunales de jurados” y “tribunales de escabinos”, *no es de género, sino de especie*. Así hay que interpretar el artículo 125 de la Constitución española y desechar la idea de que futuros “tribunales de escabinos” puedan ser inconstitucionales.

1. *Los tribunales de jurados*. Se integran, A) por un grupo (mejor, pluralidad) de personas, elegidas entre los ciudadanos, por lo general legas en derecho, el cual, tras el “juicio oral”, emite un “veredicto”, en el que hace constar los hechos que entiende como “probados” en dicho ‘juicio’. B) Este “veredicto” pasa a uno o varios jueces profesionales (que, con el jurado, integran la totalidad del tribunal), el (o los) cual aplica las normas jurídicas al “veredicto”, y extrae las conclusiones (“fallo”), conclusiones que, naturalmente, emanan expresa o tácitamente de la “declaración de hechos probados” en qué consiste el “veredicto”. La totalidad de estas actuaciones se plasma en la “sentencia”.

A este tipo de tribunales se suele llamar “de jurado puro”, y su base, como se ve, se halla en que sean los jueces-legos los que elaboran la parte fáctica de la sentencia *por separado de los jueces-profesionales* (el “veredicto” y después son éstos quienes aplican las normas jurídicas a tales “hechos probados”).

De origen muy antiguo, las tendencias filosóficas del siglo XVIII y luego la Revolución francesa —más el conservadurismo británico de los *jury*— dieron lugar a un nuevo auge de tales tribunales; se extendían, tanto a lo civil como a lo penal, en determinados supuestos. Pero sus inconvenientes —de que hablaremos ahora— originaron un movimiento general en favor de su sustitución por otros tribunales (los llamados de escabinos) en los que la participación “popular” (y no se ve por qué los “jueces profesionales” han de ser excluidos del “pueblo”) se manifiesta en que la sentencia la elaboran —tras el “juicio oral”— jueces-legos *en unión* con jueces-profesionales, sin diversificación de tareas, como en el jurado “puro”. Tras pasar por el régimen de “jurados”, muchos países han vuelto su vista y su legislación hacia el escabinato (así, Francia, Alemania Federal, Italia, etcétera); en el Este de Europa, por otra serie de razones, y tras pasar también por la experiencia de los “jurados”, se ha introducido el escabinato (URSS, República Democrática Alemana, Polonia, Hungría, Rumania, Bulgaria, Checoslovaquia; cfr. Chakarlane, Lustacz, Mateescu, Broniewicz).

[Nota: Esto está cambiando en 1989-1990.] En países anglosajones (Inglaterra, la "madre del jurado"; Estados Unidos) continúan funcionando como tales; pero en el primer país, se advierte su decadencia. En 1933, en lo penal, fue abolido el "jurado de acusación" o *Grand Jury* —el encargado de acusar; más el encargado de "enjuiciar" los hechos al final del "juicio oral" era y sigue siendo otro jurado; el *Petty Jury*, el cual podía y puede emitir un veredicto de inculpabilidad, contradictorio otrora con la labor del "jurado de acusación", que había "acusado" u ordenado la acusación; contradicción muy grave. Y sólo una mínima parte de los procesos penales se ven en Inglaterra ante un tribunal con "jurado puro" —los referentes a crímenes—, o sea, los delitos más graves. En Estados Unidos se conserva la duplicidad de jurados (*Grand Jury* y *Petty Jury*) en materia penal, pero el sistema sigue siendo controvertido en general y lo domina el de negociar la pena (Heumann, Brown, Daley, de Feo).

2. *Los tribunales de escabinos.* Para comenzar, y sobre el origen de esta palabra, reconocida ya por el uso: probablemente, se origina en el centro de Europa, en la Edad Media, con los tribunales, integrados sobre todo con elementos "populares" (no técnicos en derecho), los *Schöffengerichte*, "tribunales creadores de derecho"; pasó a Francia, traducida por *échevin* —palabra no recogida por los diccionarios oficiales, pero sí por la doctrina moderna, que pese al error legal, ya la utiliza; Stefani, Levasseur, Bouloc, Brière de L'Isle— y a España, con la palabra —tampoco reconocida por el *Diccionario* de la Academia, pero sí ya consagrada por la doctrina; parte de la cual, la partidaria de los "juzgados puros", aprovecha del desconocimiento popular de su significado, como argumento en contra de la figura— "escabino", y el tribunal en que participen, "escabinato" o "escabinado". (Recordemos que, pese a la terminología legal italiana y francesa, que siguen tratando de la *Giuria* o *Jury* y de los *giurati* o *jurés*, se trata en ambos casos, de escabinatos).

Se caracterizan por la intervención de jueces-legos, elegidos por los ciudadanos (de modo igual o análogo al de los "jurados" propiamente dichos, y ahí se halla la mayor dificultad, posiblemente, de ambas especies; en lograr unas buenas elecciones) que, tras el "juicio oral", participan, *juntamente* con jueces-profesionales, en la elaboración directa de la sentencia. Así pues, no hay una "partición" de ésta en "hechos" —"veredicto del jurado"— y "derecho" —aplicación de las normas jurídicas al veredicto—. Y ahí se halla una de las razones probablemente más potentes en favor de la aparición (mejor dicho, reapar-

rición) de los escabinatos: en la supresión rígida de la diferencia entre "hechos y derecho", diferenciación en muchas ocasiones casi imposible, o imposible totalmente; diferenciación que obedece a un sistema de cosas menos evolucionado que el que las necesidades del siglo XX exigen, y de aquí su decadencia y su sustitución por el escabinato; si, p. ej., el "jurado puro" no puede admitir la idea de las "máximas de la experiencia" como categoría intermedia entre los "hechos" y el "derecho", para formar una convicción, sí puede hacerlo el escabinato; y ahí, la "experiencia" de los jueces-legos, será de gran importancia [las máximas de la experiencia de Stein, aparecieron y subsisten en España con los nombres de "reglas de la sana crítica" (LEC), "reglas del criterio humano" (Cód. civ.) o "reglas del criterio racional" (LECRIM)].

La argumentación en pro o en contra de ambas especies de tribunales, es copiosísimo; solamente el citar la bibliografía "en pro" o "en contra" de cada una de ellas, llenaría uno o varios volúmenes. (Hemos tratado de una pequeña parte de ella en nuestros trabajos aparte, en los *Estudios de Derecho procesal civil, penal y constitucional*, pero no agotando la argumentación.)

En España, "suspendida" o en "desuso práctico", o "muerta en la práctica" la Ley del jurado de 1888, modernizada (con disminución de las competencias de los tribunales de jurados en 1933, lo cual fue todo un grave indicio —Jiménez Asúa—), se halla en elaboración otra, en desarrollo del principio constitucional del artículo 125 de la Carta fundamental de 1978 y el 89 LOPJ, que se fija en una serie de principios, pero sin aclarar si se tratará de un "jurado puro" o de un "escabinato" (cuidado una vez más: los escabinos, también juran su cargo; *cfr.* Francia, Italia, RFA).

Si el artículo 125 constitucional dice que "los ciudadanos podrán... participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, *en la forma* y con respecto a aquellos procesos *penales* que la ley determine" (lo cual excluye el "jurado" en lo civil, etcétera), el artículo 83 LOPJ, elude problema fundamental ya citada, y dice así:

"1. El juicio del Jurado se celebrará en el ámbito de la Audiencia Provincial u otros Tribunales y *en la forma* que establezca la ley". No se indica, si la de "jurado puro", la de "escabinato" o una fórmula intermedia, que las hay.

"2. La Ley del Jurado deberá regular su composición y competencias, teniendo en cuenta los siguientes principios":

"a) La función de jurado será obligatoria y deberá estar remune-

rada durante su desempeño. La ley regulará los supuestos de incompatibilidad, recusación y abstención”.

Problemas fundamentales, que afectan tanto a jurados puros como a escabinatos; ya experimentados en España, como en otros países en los que una o las dos formas hicieron o hacen “acto de presencia”.

“b) La intervención del ciudadano en el Jurado deberá satisfacer plenamente su derecho a participar en la administración de Justicia reconocido en el artículo 125 de la Constitución”.

Lo que nos lleva, incidentalmente, a pensar si el ciudadano elegido como “jurado puro”, al cual sólo se pide intervención sobre los hechos, “satisface ese derecho”.

“c) La jurisdicción del Jurado vendrá determinada respecto a aquellos delitos que la ley establezca”.

La expresión “jurisdicción del jurado” es proclive a dudas; si la “forma” elegida por la ley futura, es la del “jurado puro”, éste, con su “veredicto”, *no ejercita jurisdicción* él solo; “participa” de ella, con la calificación jurídica de “sus hechos” por los jueces profesionales; y al contrario, mejor parece —y así es— que un tribunal “mixto” de jueces legos y de jueces profesionales, en el que no haya distinción entre “hechos” y “derecho”, ni distribución de estas tareas entre unos y otros, si que ejercita jurisdicción. . .

“d) La competencia para el conocimiento de los asuntos penales sujetos a su jurisdicción (otra vez) se establecerá en función a la naturaleza de los delitos y la cuantía de las penas señaladas a los mismos”.

El corolario “imparcial” a extraer, en la situación española actual, es el de haber menester una gran prudencia en la decisión legislativa, a fin de evitar retrocesos. . . como el que supuso para el “jurado puro” de la Ley de 1888, la Ley de 27 de julio de 1933 (*Cfr.* en su favor, Jiménez Asua), recortando sus competencias por su ineficacia (*Cfr.* Gimeno Sendra, en España; en la RFA, Peters, Henkel; en Italia, Bocchi).

3. *Otros tipos de tribunales de jueces “legos”*. En Suecia, y en procesos “municipales” especialmente, existe el sistema de la *nåmd*. En cada municipio (debido a una especial evolución histórica, tiene en Suecia mucha importancia la institución “municipio”; y la diferencia entre “tribunales de ciudades” y “tribunales agrarios”, para pueblos y campo), la *nåmd*, se forma de dos salas, integradas cada una por 7 o 9 miembros, ciudadanos legos en derecho, nombrados por elección popular; presididas (las dos secciones o salas) por un juez, magistrado, juez

profesional. Funcionan separadas siempre, tanto en materia civil como penal. Si en la deliberación de la resolución, el parecer de 7 miembros de la *nämnd* es unánime frente al del juez-presidente, el primer "parecer" constituye la sentencia, sin que el juez profesional tenga ninguna responsabilidad de la misma; si no se alcanza tal mayoría de jueces legos, se resuelve el problema con la intervención y voto del juez-presidente. Lo importante, pues, más que el voto individual de cada miembro de la *nämnd*, es la formación del grupo de 7 (en los casos de *nämnd*, de todos los jueces legos) frente al parecer del magistrado o juez-presidente (Ekelöf, Simson, Bruzelius).

La *nämnd* también existe en Noruega.

De otro lado, la abundancia de problemas "vecinales", ha llevado a considerar, en Estados Unidos la creación de "centros piloto de justicia vecinal", con formación por los mismos en ocasiones (Cappelletti, Zander, Danzig); con su base en otro sistema político, debemos nombrar también aquí a los "tribunales de camaradas", de la Unión Soviética y de Bulgaria (Stalev, Cappelletti).

El tribunal de las Aguas de Valencia, es una jurisdicción especial (LOP, 19-3; Constit. 125) Cfr. texto *supra*.

Por el contrario, no debe nunca diputarse como "tribunal" al *Ombudsman* (Fairén-Guillén).

## II. JUECES INDIVIDUALES Y COLEGIADOS ("TRIBUNALES")

Es otro problema básico —ya resuelto legislativamente y por ahora en la mayoría de los países— de la organización jurisdiccional. Y hay argumentos, tanto en pro del "juez único" como del "juez colegiado" (ya hemos salido del problema anterior; éste se plantea, en general en materia de tribunales de jueces-técnicos —aunque haya países, como Italia, en los que existen escabinatos penales en la primera instancia y en la segunda, apelación—).

En favor del "juez único" se argumenta, que, la actividad de una sola persona —y, de una sola mentalidad— es más rápida que la integrada por "actividades" de varias personas —el caso del juez colegiado—; que, al saber el juez único que es él solo, el que va instruir el proceso y emitir o dictar sentencia, ello aguza su sentido de la responsabilidad; el coste del proceso —factor que precisa también tener en cuenta— será menor, etcétera.

En su contra —y en favor del "juez colegiado" (llamado "tribunal" tradicional y legalmente en España) — se arguye que, mejor resolverán



el litigio varias mentalidades que una sola; los jueces colegiados (los "magistrados", término casi clásico español), "se vigilan entre ellos" en cuanto a sus deberes y responsabilidades; la deliberación del colegio o tribunal, si no excluye errores, disminuye su posibilidad, lo cual no puede suceder cuando es el "juez único" el que "delibera consigo mismo", con "contradicción" de otra mentalidad, etcétera.

Pero también hay contraargumentos, en favor del juez unitario frente al colegiado: esa "distribución de la responsabilidad" entre los magistrados, puede conducir al exceso; a que, fiando los unos en los otros, la responsabilidad... se diluya...; un tribunal colegiado no puede actuar con la necesaria rapidez cuando se trate de adoptar medidas procesales que exigen rapidez —sobre todo, en el proceso penal; lo cual, si puede hacer un "juez unitario".

Este problema a menudo, se ha resuelto legislativamente, de manera salomónica: combinando en la organización judicial (en su faceta jurisdiccional, naturalmente), a "jueces únicos" y a "jueces colegiales o colegiados". (Así, en España.) Es el problema de las "instancias".

### III. TRIBUNALES EN UNA O VARIAS INSTANCIAS

#### 1. *El problema de "las instancias"*

Es el problema de "si un litigio" —un proceso— debe "ser visto y resuelto una sola vez, por un solo juez o tribunal, o bien debe haber la posibilidad de que "se vuelva a ver" por otro superior.

La solución, a la vista de los posibles resultados erróneos de un proceso, derivados de la misma naturaleza humana del juez, es más bien la segunda; que quepa la posibilidad de remediar a tiempo, y procesalmente, el error cometido por un solo juez o tribunal. Es el camino de los "medios de impugnación", de los "recursos".

Problema muy antiguo, se adoptaba la segunda solución. Más fácil de recibir cuando se trataba de jueces profesionales; y menos, si se trataba o trata de "jueces legos" ya que, la diferenciación entre "jueces legos en la primera "vista" del litigio o instancia y jueces legos" en la segunda —destinada a controlar y censurar la labor de los primeros— consagraría una diferenciación de los ciudadanos ante la Ley, contraria a los principios de la democracia clásica rousseauiana.

De ahí que, cuando predominó o triunfó el sistema inquisitivo, una de cuyas bases era la integración de los tribunales por jueces profesio-

nales o técnicos, se desarrollase mucho el sistema de recursos, hasta hacerse, mejor que una garantía, sí, una garantía... del retraso en la resolución definitiva del proceso, por su extensión y abuso del mismo.

Por estos excesos —y los del sistema acusatorio, que “puro” hubiera conllevado la carencia de “recursos”— se llegó a soluciones mixtas, como la actual en España (en donde veremos que “falta una pieza”: los “tribunales correccionales”; falta que el propio Alonso Martínez ya veía): una primera instancia (en lo civil, laboral y contencioso-administrativo —esto es una innovación de la LOPJ de 1985—) ante un juez único; una segunda instancia (“apelación”) ante un juez colegiado (tribunal). De tal manera se pretendía remediar los inconvenientes de una solución decantada hacia uno de los extremos.

## 2. *Las posibles amplitudes de la segunda instancia*

Ahora bien, una vez adoptado este sistema, procedía resolver el de la amplitud de la segunda instancia: ¿Debía en ella poder reiterarse y aun ampliar lo tratado en la primera, o bien debía limitarse a tratar de “lo sucedido” a través de la sentencia —o del trámite procesal en que se produjo la vulneración de norma—?

La experiencia, había demostrado —nos trasladamos a mediados del siglo XIX— que las “apelaciones amplias” esto es, las que admitían una “reproducción de lo tratado en la primera instancia” —y aun su ampliación, mediante la aportación de “nuevos hechos”— constituían, más que una garantía, como se ha dicho, un enojoso escollo. De ahí que se adoptase (en España, ya en la LEC de 1855; en Austria en la ZPO de 1895) el sistema de “apelación limitada”, centrada sobre el nuevo examen, por el tribunal superior, del proceso o instancia llevada por el inferior *a través de su sentencia* o bien de la actividad procesal que supuso, al entender de la parte que promueve la apelación, la vulneración de una norma procesal, con sus consecuencias de haber de anular tal actividad y todas las actuaciones posteriores incluida la sentencia. Esta limitación se obtenía por medio del principio general de excluir las alegaciones y pruebas sobre el resto del procedimiento de primera instancia, así como su ampliación o desvío hacia “cuestiones nuevas”; salvo algunos casos particulares, entre los que destacan la admisión de “hechos nuevos” o “hechos de nuevo conocimiento” que, naturalmente, no se pudieron alegar ni probar en dicha primera instancia.

En cuanto al "recurso de casación", en su origen, fue un instrumento de "defensa de la ley" (Decreto de 27 de noviembre-1º de diciembre de 1791, París, Robespierre) de acuerdo con las ideas predominantes en aquel histórico momento (la supremacía absoluta de la ley; su compleción absoluta y por lo tanto, la imposibilidad de intentar "interpretarla" los tribunales); por lo que el asunto sujeto a casación, apareció como un recurso "contra una parte de la sentencia" y nada más —la parte jurídica.

A través de una serie de efemérides históricas (en alguna de las cuales estuvo a punto de confundirse con la legislación: por medio del *référé au législateur*), la casación, en principio abierta tan sólo al Procurador de la República francesa, "se hizo accesible a los intereses de los particulares" y por lo tanto, se admitió a los ciudadanos que interpusieran el recurso contra otros. Y en España, este instrumento, se "abrió" tempranamente al examen, igualmente, por el Tribunal Supremo, "de los hechos"; esto es, desfigurando su figura original, llegaba a poderse examinar, a través de sus diversos motivos, "toda la sentencia" del tribunal inferior, siempre que su error "de hecho" fuera comprobado por medio de un "documento auténtico". Este requisito —el del famoso "documento auténtico", que tanto tiempo y esfuerzo ha obligado a hacer el Tribunal Supremo español— ha sido sustituido en la Ley de 6-8-84 por la expresión (rotundamente más amplia que la de la de haber de precisarse un "documento auténtico" para demostrar el error probatorio cometido), de "documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios". Esto es: el "iter" histórico de la casación española, la lleva a "ampliarse hacia el examen de los hechos y no sólo del derecho" de la sentencia recurrida, como fue en su origen francés. (Otra incidencia, aunque sea diferente, en el problema "hechos-derecho", tan importante en materia de tribunales de jurados "puros".)

Pero, sin embargo, continúa sin considerarse que el recurso de casación "sea una tercera instancia", ya que, pese a sus ampliaciones a los hechos, éstas siguen limitadas.

En cuanto al "recurso de revisión" contra sentencias ya firmes, por injusticias muy graves cometidas en el proceso que las originó, (art. 1796 y ss. LEC y 955 y ss. LECRIM), estimamos que *no es un recurso*, no pertenece al primer proceso, sino que se trata de un segundo proceso, autónomo del primero, y destinado a destruirlo (*Cfr. infra*).

### 3. *El problema de las instancias en lo penal*

El problema "de las instancias", tiene otro planteamiento en materia penal; aquí, se debe partir del principio —uno de los del sistema acusatorio, y del "mixto"— de que "el juez investigador del delito, o instructor" ("pesquisidor", o "inquisidor" en otros tiempos) no debe ser el mismo que sentencia el caso; investigación y resolución son dos problemas que deben confiarse a dos órganos diferentes.

La razón —aunque comprendida por todos o casi todos los procesalistas y en España por el Ministro (coautor de la LECRIM de 1882), Alonso Martínez— la dio con claridad Carnelutti, con las siguientes palabras:

La investigación es un trabajo psíquico y a menudo físico, que puede alterar el juicio en el sentido de que el investigador puede ser arrasado a una supervaloración de los resultados de la investigación, delineándose en él un interés por el resultado de aquéllas: pero tal disposición de ánimo, si bien favorece a la investigación, perjudica a la valoración; mejor que los resultados de la propia investigación, se valoran los resultados de la investigación de otros. Todo juicio, realmente, implica tanto la investigación como la valoración; también juzga el acusador después de haber investigado; indaga el juez también antes de valorar los indicios, las investigaciones, los interrogatorios practicados por él mismo... pero sin embargo, prevalece en la actividad del uno el momento de la investigación y en la del otro, el momento de la valoración.

Por lo tanto (y este pensamiento se ha extendido durante décadas a otros países, a lo civil), interesa en materia procesal penal, dividir cada "instancia" en dos estadios: uno, de investigación, de "instrucción"; otro, de "juicio oral", de elevación a pruebas de modo contradictorio, del material recogido por el juez instructor, de crítica, de debate, de sentencia en fin. Y a ello responde en España el proceso penal característico (del sistema "mixto") de la LECRIM de 1882: una "instrucción" —en la que se manifiesta preponderantemente la "inquisición", la "investigación" incluso de oficio, por un juez único (el "instructor del sumario", LECRIM)—, y tras ella (hay una "período" intermedio, del que trataremos en otro lugar), otro estadio, de "juicio oral" ante un tribunal (colegiado, la Audiencia Provincial) del cual no forma parte el juez instructor, y que celebra el "juicio" y dicta sentencia, conforme se ha dicho. Ambos estadios integran una

sola (y única) instancia. Contra las sentencias de la Audiencia Provincial, cabe recurso de casación, mas ya hemos dicho que no se le considera una nueva "instancia". Así pues, este tipo procesal, se integra por una sola instancia; actualmente, se aplica a delitos graves, como se verá en su lugar.

En 1967 y 1980, aparecieron sendos procesos (el primero, integrado en la misma LECRIM, artículo 779 y ss.; el segundo, en la llamada "Ley de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes", orgánica de 11 de noviembre de 1980, ley extravagante), en los que, el juez instructor, era el mismo que dirige el "juicio oral" y dicta la sentencia; esto es, se trataba de procesos que, desde el punto de vista de las funciones instructoras —de investigación y decisoria— confundidas en la misma persona, tenían carácter inquisitivo, y no el "mixto" del clásico proceso de la LECRIM, reservado en la actualidad, como se ha dicho, a delitos más graves. Contra las sentencias dictadas así por los mismos "jueces de instrucción", cabía recurso de apelación ante la Audiencia provincial, y no cabía contra la que ésta dictase, recurso de casación.

¿Qué es lo que había ocurrido? Nos parece que aquí "ha faltado una pieza: la de los llamados "tribunales correccionales". En otros países, las causas por delitos no graves, las instruye un "juez instructor", pero "las ve y resuelve en sentencia, tras juicio oral" un tribunal colegiado, integrado por jueces también profesionales; y contra tales sentencias, cabe recurso de apelación ante otro tribunal colegiado (Francia especialmente).

Esta es la solución que en España hubiera debido darse al problema del enjuiciamiento de delitos leves, conservando así la "bipartición" del proceso, *a*) en una primera instancia, a su vez, dividida en tramos "instructorio" (juez único, "instructor", investigador) y "decisorio" (tribunal correccional); y *b*) en una segunda instancia ante otro tribunal superior al correccional. Ya se pensó en la creación de estos tribunales correccionales, mas se hubo de renunciar a ellos —y basta observar el ideario de Alonso Martínez, director del equipo que elaboró la LECRIM de 1882— *por razones económicas*, de insuficiencia presupuestaria (enigmática en España) alegada por varios ministros de Hacienda cuando se les planteaba la reforma. El resultado, ya lo vemos; el haber de recurrir a un sistema inquisitivo (instrucción y decisión confiadas al mismo juez único).

Se dio, pues el contrasentido de que *a*) con respecto a delitos no graves (y la diferenciación aparece cada vez más confusa, sobre todo

por haberse adoptado en parte, el criterio de diferenciarlos, no por sus tipos, sino por la entidad de las penas), *hay dos instancias* (aunque la primera, fuera predominantemente inquisitiva); y *b*) con respecto a los delitos graves, *hay una sola instancia* (dividida, en tracto instructorio —juez instructor único— y decisorio —Audiencia Provincial—). La LOPJ de 1985, tampoco ha proveído a crear tales “tribunales correccionales”, y a la Audiencia Provincial corresponde ver el “juicio oral y público” las causas por delitos graves (art. 82-1º).

[Hallándome en corrección de pruebas —febrero de 1989— aparece la Ley de 28-12-1988, que tiende a corregir este disparate, creando unos “jueces de lo penal” a los que se confía el juicio oral en materia de delitos no muy graves. Es ley muy defectuosa aunque al “bi-partir” la 1ª instancia, (Juez de Instrucción o MF-Juez Penal) corrige el defecto más grave de las anteriores, de 1967 y 1980].

#### BIBLIOGRAFÍA

SORIANO, *El nuevo jurado español*, 1985; ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, “El jurado popular”, en *Derecho procesal mexicano*, t. I, 1976; STEFANI, LÉVASSEUR, BOULOC, “Procédure pénale”, 11a. ed. Paris, 1980; GRAVEN, *Le Jury et les Tribunaux d'échevins en Suisse*, Basilea, 1988; PACHECO, *La Ley del jurado comentada* (con un prólogo de Alonso Martínez), 1888; AMAT Y FURIÓ, *El jurado. Ley sobre su establecimiento de España*, 1888; ALEJANDRE, *La justicia popular en España*, Madrid, 1981; AMODIO, “Giustizia popolare, garantismo e partecipazione”; FAUSTO Cò, “Sovranità popolare e partecipazione dei laici ai giudizi penale nella Costituzione italiana”; BOCCHI, “La partecipazione popolare in assise nelle relazioni dei Presidenti della Corti (1958-1974)”; GALANTINI, “L'educazione dei giudici popolari. Esperienze della manualistica per i laici”; CACCIANI, “Funzionamento e rappresentatività della giuria nelle indagini di sociologia giuridica”; AVANZINI, “Il reclutamento dei giurati nei paesi di *comom law*”; todo ello dirigido por AMODIO, *I giudici senza toga*, 1979; LÓPEZ-MUÑOZ LARRAZ, “La Justicia penal por jurados”, en *RDPr. Iber.* 1980-81; FAIRÉN-GUILLÉN, *Los Tribunales de Jurados en la nueva Constitución española*, 1979; “Principios de oralidad, de escritura y de socialización del proceso, en relación con la Ley de Enjuiciamiento civil”, en *RDPr. Iber.*, 1987; ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, “A propósito del Jurado”, en *Boletín del I. C. de Abogados de Madrid*, 1980-3; LÓPEZ-MUÑOZ LARRAZ, “Réplica del Sr. López-Muñoz al Prof. Fairén”, en *RDPr. Iber.*, 1982-1; FAIRÉN-GUILLÉN, “De nuevo sobre el Jurado”, en la misma rev., 1982, 2-3; PRIETO CAS-

TRO, "El Jurado en la Ley de 1888", en *Procuradores*, Rev. del Colegio Nac. de Procuradores, núm. 6, 1984; GARCÍA GONZÁLEZ, "Notas para una valoración forense del Jurado", en *idem, idem*; DE LA CAMPA CANO, "La Administración de Justicia y la institución del Jurado", en *idem, idem*; PRIETO-CASTRO, "Algunas precisiones en torno al desarrollo del artículo 125 de la Constitución en cuanto al Jurado", en *Tapia* (Publicación para el mundo del derecho), febrero, 1984; GIBBERT, "El Jurado y la Ley Orgánica del Poder Judicial", en *Rev. Gral. Dcho.*, Valencia, núm. 492, septiembre de 1985; GÓMEZ COLOMER, "Comentarios a los artículos 19-2 y 83 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985: problemas prácticos aplicativos y de *lege ferenda* del futuro juicio con jurados en el proceso penal", en *La Ley*, Madrid, 24-2-86; MANZANARES SAMANIEGO, *Aspectos actuales de la intervención ciudadada en la Justicia penal*, Madrid, 1983, Inst. Estudios Fiscales, t. II, pp. 1764 y ss.; WITOLD BRONIEWICZ, "Le recrutement des juges dans les pays socialistes de l'Europa orientale", en la obra colectiva *L'Ordinamento giudiziario*, Roma, 1981, t. II; YAMAGUCHI, "La formazione e il reclutamento del giudice nel Giappone", en *idem, idem*; TARZIA, "Giudice professionale e giudice laico", *op. cit.*, t. III ("Materiali per una riforma"); CALDERONE, CARAMAZZA, CATALLOZZI, FANELLI, JACOBBE, GIULIANI, COSSI, IANNOTTA, LATTANZI, LUGARO, LUISO, LUPO, MOROZO DELLA ROCCA, SIENA, PICARDI, *Schemi di Progetto di legge sul Ordinamento giudiziario, cit.*, t. III, apéndice, "Relazione" 4; LUSTACZ, "Alcuni aspetti dell'ordinamento giudiziario in Polonia Popolare ed in altri paesi dell'Europa orientale", en la obra colectiva citada, t. II; TEOFIL POP y STEFAN MATEESCU, "L'organizzazione giudiziaria in Rumania (Formazione e reclutamento dei giudizi)", en la misma obra colectiva, t. II; CHAKARIANE, "La formation et le choix des juges en URSS", en la misma obra colectiva, t. II; STALEV, "Relazione" enviada al Congreso de Nairobi (1983), organizada por la International African Law Organization y por el Max Planck Institut; BASILE, "Il giudice non professionale" (PIZZORUSSO), en *Cittá & Regione*, Firenze, diciembre de 1979; BASILE, "Il giudice laico: esperienze straniere", en *idem*; intervenciones de AMODIO, BONIFACIO, BORRE, CAPPELLETTI, CRISTIANI, DENTI, GIACOBBE, GREVI, MANCINI, PROTO PISANI, SERGIO, SPAGNOLI, "Testimonianze", en *Cittá & Regione*; DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, 1973; SIMSON, *Das Zivil- und Strafprozessgesetz Schwedens*, 1952, a. p.; BADER GINSBURG-BRUZELIUS, *Civil Procedure in Sweden*, La Haya, 1965; STIG JAGERSIOLD, "Legal position on swedish officials", en *Scandinavian Studies of Law*, Estocolmo, 1960; FAIRÉN-GUILLÉN, "Los procesos europeos desde Finlandia hasta Grecia", Ponencia General en *LXXV años de evolución jurídica en el mundo*, México, 1977, UNAM, t. III; HABSCHIED y WALDER, "L'orga-

nizzazione giudiziaria in Svizzera", en *L'ordinamento giudiziario, cit.*, t. II, *Documentazione comparativa*; WALDER, "I Tribunali del cantone di Zurigo", en *idem*; FAIRÉN-GUILLÉN, "La participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia: los tribunales de jurados y de escabinos", en *Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional*, t. I (1983); "El Jurado" y "El Jurado: algunos problemas sobre el mismo", en *idem*, t. II (1984); KOHLER, "Schwurgericht", en *Moderne Rechtsprobleme*, 2a. ed., Leipzig, 1913.

Sobre el ocaso del sistema del jurado en los USA, *cfr.* AMODIO, "Il modello accusatorio statunitense e im nuovo processo penale italiano: miti e realtà della giustizia americana", en *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, Milán, 1988, los trabajos cit. de CHERIF BASJOUNE-STUART CUNNINGHAM, Jeff. BROWN Richard M. DALEY, Michael de FEO, FACHIOTTI, GREVI; en España, GIMENO SENDRA y VIVES ANTÓN, en *Poder Judicial*, núm. extraordinario, 1986.

Sobre el Juez único o colegiado, *cfr.*, p. ej., KISCH, *Unsere Gericht und ihre Reform* (1908); GRAVEN, *Le Jury et les Tribunaux d'échevins en Suisse, cit.*; FAIRÉN-GUILLÉN, "La figura del Juez", en *Temas del Ordenamiento procesal, cit.* t. I.

Sobre las "jurisdicciones especiales", *cfr.* MONTERO AROCA, "Unidad de jurisdicción y tribunales especiales", en *Bol. I. Col. Ab. Oviedo*, 1976 (12); LATOUR BROTONS, "Unidad de jurisdicción", en *Rev. Der. Jud.*, 1970 (4); FAIRÉN-GUILLÉN, "Notas sobre las jurisdicciones especiales", en *RDP. Iber.*, 1971 (1); el mismo, "Jurisdicción ordinaria y jurisdicción de trabajo", en *Temas, cit.*, I; el mismo, *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso, cit.*, 2a. ed. Valencia, 1988.

Sobre el problema de la unidad o pluralidad de instancias, *cfr.*, p. ej., PRIETO CASTRO, "Limitaciones de la apelación" y "Perfeccionamiento de la apelación" (el primer trabajo, Ponencia General al II Congreso Internacional de Derecho Procesal, Viena, 1953), en *Trabajos y orientaciones de derecho procesal*, 1964; BECEÑA, "Sobre la instancia única a doble en materia civil", en *Rev. Der. Priv.*, 1933; C. FERRI, *Profili dell'appello limitato*, Padua, 1979, BORÉ, *La cassation en matière civile*, París, 1950.