

*Ars Iuris Salmanticensis*

**ESTUDIOS**

Vol. 2, 49-79

Junio 2014

eISSN: 2340-5155

# *De iudicio. Variaciones en torno a la potestad y al acto de juzgar*

*De iudicio. Variations around the power and act of judging*

**Lorenzo-Mateo Bujosa Vadell**

*Catedrático de Derecho Procesal  
de la Universidad de Salamanca*

Fecha de recepción: 14 de marzo de 2014

Fecha de aceptación definitiva: 25 de abril de 2014

## **Resumen**

El análisis del juicio como decisión judicial permite enlazar consideraciones escolásticas de Santo Tomás con los principales problemas actuales del proceso desde la triple perspectiva de los sujetos encargados de juzgar, del modo en que lo hacen, para llegar de forma conclusiva a ponderar las variables complejas que entran en la definición de qué es el acto de juzgar. Estas reflexiones permiten destacar las relaciones entre el Derecho,

## **Abstract**

*The analysis of the judgment as a court decision allows us to link the scholastic considerations of St. Thomas Aquinas with the main procedural current problems from a triple perspective: the subjects who have to decide law cases, the way that they have to do it and its shortcomings, and finally in conclusive way we can think on the complex variables that come into the definition of what is the act of judging. These reflections allow us to highlight the relationship between law,*

\* Texto de la Lección pronunciada por el Prof. Dr. D. Lorenzo-Mateo Bujosa Vadell, Catedrático de Derecho Procesal, en el Paraninfo de la Universidad de Salamanca el día 28 de enero de 2014, día de Santo Tomás de Aquino, representando a la Facultad de Derecho.

*Lorenzo-Mateo Bujosa Vadell  
De iudicio. Variaciones en torno  
a la potestad y al acto de juzgar*

*Ars Iuris Salmanticensis,  
vol. 2, junio 2014, 49-79  
eISSN: 2340-5155  
© Ediciones Universidad de Salamanca*

la Filosofía y la Psicología en el acto procesal más decisivo y complejo de todos.

*philosophy and psychology in the procedural act more decisive and complex of all.*

**Palabras clave:** Juicio, Decisión Judicial, Juez, Proceso, Jurisdicción.

**Key words:** Judgment, Court Decision, Judge, Process, Jurisdiction.

## 1. PROEMIUM

Nos reúne una vez más en este antiguo Paraninfo la conmemoración de la festividad universitaria que recuerda al llamado *Doctor Angelicus*, Santo Tomás de Aquino, cuyos despojos mortales fueron trasladados un día como hoy a la Catedral de Toulouse. Desde ese fértil siglo XIII en que nació nuestra propia Universidad, el eminente filósofo y teólogo transformó las enseñanzas que provenían de la Antigüedad clásica y a partir de ellas construyó una síntesis teológico-filosófica con una admirable profundidad y altura sistemática<sup>1</sup>.

Como han demostrado muchos de quienes me han precedido en el honor de pronunciar una Lección desde este mismo lugar en un veintiocho de enero, a pesar de la lejanía de la doctrina de nuestro patrón respecto a la sociedad de nuestros días, siguen siendo fructíferos sus pensamientos y pueden servirnos todavía como base a ciertas reflexiones de actualidad que tal vez sean de algún interés.

Cuando un procesalista acude a la magna construcción que es la *Summa Theologiae* no puede evitar hojear las páginas en las que nuestro eximio dominico analiza entre las virtudes cardinales la de la justicia, tratado que ha sido calificado como una de las elaboraciones más personales de su autor<sup>2</sup> y que compone un minucioso y complejo análisis metodológico cuyo estudio con ojos de jurista nos podría llevar muy lejos. Permítasenos, para no cansar al distinguido auditorio, entresacar sólo algunos aspectos relevantes, que podríamos concentrar básicamente en la cuestión relativa precisamente al juicio<sup>3</sup>.

Pocos términos hay en Derecho que puedan tener tanta pluralidad de significados, sin siquiera salirnos de mi propia especialidad. En las leyes vigentes hallamos numerosos ejemplos: el más conocido tal vez sea el de juicio como audiencia, generalmente pública, en la que oralmente los diversos sujetos del proceso ejercen su respectiva función con aplicación de la contradicción, con igualdad de armas jurídicas, con la

1 Cfr. KÜNG, Hans. 1994: *Große christliche Denker*. München, 128: «Mit dieser theologisch-pastoralen Grundintention schuf Thomas für die neue Zeit eine neue philosophisch-theologische Synthese: genial, mit methodischer Strenge und didaktischem Geschick durchkonstruiert, von noch nie dagewesener Einheitlichkeit».

2 GARCÍA ESTÉBANEZ O. P., Emilio. 1990: «La virtud de la Justicia. Introducción a las cuestiones 57 a 60». En Santo Tomás de Aquino: *Suma de Teología*, III, parte II, II (a). Madrid, 457.

3 *Summa Theologiae*, II, II, Q. 60: «De iudicio».

finalidad de que el juzgador pueda convencerse sobre los hechos controvertidos y pueda aplicarles las consecuencias que la ley general y abstracta prevé para ellos.

Pero «juicio» es con frecuencia una palabra utilizada como sinónimo de procedimiento, de un procedimiento determinado y distinto de los demás. Así tenemos el «juicio ordinario», el «juicio verbal» o el «juicio de faltas». Todos ellos son distintos modos de conformación de la sucesión de actos procesales, con unos determinados trámites más o menos simples y con mayores o menores garantías y formalidades según cada caso, que van desde el inicio del proceso hasta el momento de la decisión final.

No obstante, la polisemia todavía sigue más allá, y en realidad, la acepción probablemente más importante sea otra, más cercana a la del propio Santo Tomás, en realidad utilizada con frecuencia en el Medioevo, y que en nuestros días muestra aún su complejidad interdisciplinar y su importancia central para el Derecho y para la vida colectiva en general. Me refiero al juicio como decisión, final y debidamente motivada, por la que el juzgador muestra su opinión sobre el asunto litigioso que le ha sido planteado<sup>4</sup>, satisfaciendo así las exigencias de este derecho fundamental que recoge el artículo 24.1 de nuestra Constitución, es decir, la tutela judicial efectiva, y que implica, en sustancia, la obtención de una sentencia motivada sobre el fondo, sea o no favorable a las pretensiones de las partes, pero que podrá ser también de inadmisión cuando concorra causa legal para ello, apreciada debidamente por el juzgador<sup>5</sup>.

Se trata de una decisión en la que se unen elementos de re-creación de los hechos, de interpretación de la norma y, finalmente, de valoración del juez de todo ello. Se trata del punto central donde tiene su culminación la relación entre Derecho y Proceso<sup>6</sup> y en definitiva la declaración que lo que sea derecho concreto entre las partes del litigio, y a veces, más allá de los sujetos que efectivamente han comparecido ante el órgano

4 Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. 2008: «El juicio jurisdiccional». En *Jurisdicción, Acción y Proceso*. Barcelona (redactado en 1967), 69-134; GÓMEZ DE LIAÑO Y GONZÁLEZ, Fernando. 1995: *Introducción al Derecho Procesal (Abogacía y Proceso)*. 3.ª ed. Oviedo, 164-170; ARAGONESES ALONSO, Pedro. 1997: *Proceso y Derecho Procesal (Introducción)*. 2.ª ed. Madrid, 192, «la estructura del proceso se desarrolla (...) a través de un procedimiento, pero este procedimiento se resuelve en la forma lógica de un juicio, un juicio que es normativo en cuanto la voluntad de los interesados se enlazan a sistemas ideales de razones, y la voluntad del órgano decisor se funda en el mismo sistema ideal».

5 Por todas, la STC 47/1988, de 21 de marzo, F.J. 4.º: «El derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a obtener resolución fundada en Derecho, sea o no favorable a las pretensiones de las partes, resolución que podrá ser de inadmisión siempre que concorra causa legal para ello y así se aprecie por el Juez o Tribunal mediante resolución motivada, basada en la existencia de causa impositiva prevista por la Ley, que no vaya en contra del contenido esencial del derecho –que ha de respetar el legislador–, y aplicada con criterios interpretativos favorables a la mayor efectividad de tal derecho fundamental, de forma que la negación de concurrencia del presupuesto procesal en cuestión no sea arbitraria ni irrazonable».

6 Vid. RAMOS MÉNDEZ, Francisco. 1978: *Derecho y proceso*. Barcelona, 169 y ss. Particularmente en la página 182 afirma: «... es aceptable utilizar las categorías de juicios históricos, lógicos y de valor para describir la génesis del juicio jurisdiccional».

jurisdiccional, como por ejemplo en los procesos colectivos respecto a la protección de intereses generales de los consumidores o de intereses medioambientales.

Concurren en este punto consideraciones jurídicas como es obvio, pero también filosóficas –si se quiere más concretamente argumentativas–, por supuesto psicológicas, con un papel más decisivo del que tradicionalmente nos ha parecido, y en ocasiones además, implicaciones de otras ciencias, incluidas las de la Naturaleza, como ponen de manifiesto los trabajos de moda en los últimos años sobre la llamada «prueba científica»<sup>7</sup> y la relevancia que se da en muchos casos, civiles y penales, a la determinación del ADN y, consiguientemente, a la aplicación debida de las garantías en la cadena de custodia de los elementos probatorios para obtenerlo<sup>8</sup>.

Nos colocamos, por tanto, en la tercera acepción del *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*, que define juicio como «opinión, parecer o dictamen», definición a la que, como veremos, será necesario añadir algunos ingredientes adicionales importantes para su mayor compleción, pues no cualquier opinión, parecer o dictamen es el que aquí nos interesa. Más alejada me parece de la capacidad del juzgador actual, por muy buena que sea su intención, la primera de las acepciones de este Diccionario, que entiende el juicio como «facultad del alma, por la que el hombre puede distinguir el bien del mal y lo verdadero de lo falso», aunque nos presenta algunas perspectivas que no deberemos dejar del todo de lado: no sólo la dimensión ética de la decisión del juzgador<sup>9</sup>, sino también la relación de esa decisión con la verdad, así como el problema, siempre complicado, de las llamadas sentencias injustas.

Existe una razón más para la elección del tema que no puedo ocultar. Mi maestra Carmina CALVO SÁNCHEZ, antes de jubilarse de su Cátedra de Derecho Procesal en esta Universidad, creó un Grupo de Investigación de Excelencia al que sus discípulos procuramos mantener en plena forma. El nombre elegido, a sabiendas de las ambigüedades, polisemias y complejidades que acabo de insinuar, fue precisamente el de IUDICIUM –juicio–. Sean pues estas palabras y las que vendrán más adelante manifestación de filiación reconocida y de aprecio personal a quien guio mis primeros pasos en la Academia y que siempre será referente y modelo de universitaria.

El concepto de juicio tiene una relevancia todavía mayor si se observa que para llegar a este momento decisivo es necesario antes hacer muchas otras cosas. Nos lo muestra bien a las claras Lewis CARROL en el juicio de las tartas de Alicia en el País de las Maravillas<sup>10</sup>. En esa alocada y trepidante narración, el Rey, que ejerce de Juez, ordena al Conejo Blanco leer la acusación. De inmediato se narran los hechos con toda

7 Vid. TARUFFO, M. y NIEVA FENOLL, J. (dirs.). 2013: *Neurociencia y proceso judicial*. Madrid.

8 Cfr. DEL POZO PÉREZ, Marta. 2013: «La cadena de custodia: tratamiento jurisprudencial». *Revista General de Derecho Procesal*, 2013, n.º 30.

9 No por casualidad la justicia como virtud ética ya se encontraba en el Libro V de la *Ética Nicomáquea* de Aristóteles.

10 Barcelona, 2008, cap. 11.

solemnidad. A toda prisa se dirige el Rey al Jurado para que pronuncie su veredicto, pero le interrumpe de pronto el Conejo: «¡Todavía no! ¡Todavía no! Hay mucho que hacer antes de eso».

Ese «mucho que hacer» es en realidad el corazón de todo proceso, lo que solemos denominar como fase plenaria o principal en la que los diversos sujetos procesales actúan, principalmente las partes, preparando cada cual según su interés, pero en principio dentro del respeto a la lealtad y a la buena fe, la declaración final del juzgador, al que justamente se le debe convencer sobre los hechos planteados y controvertidos, sobre la norma aplicable al caso, y sobre la consecuencia jurídica que de todo ello resulta. De toda esta actividad, que en los casos concretos se pormenoriza mucho más, dependerá la calidad del razonamiento judicial que se plasme en la sentencia, pero también de otros elementos que no siempre se tienen en cuenta y que influyen más de lo que parece a primera vista.

Estamos pues, ante una labor compleja y muy delicada, a la que trataré de acercarme con mayor detalle. Debo recordar, sin embargo, lo que es evidente. No soy filósofo, ni sociólogo, ni psicólogo, sólo procesalista que procura aprender cada día más sobre algunos aspectos apasionantes de su objeto de estudio, a veces con la ayuda de manos amigas formadas en otras disciplinas. Ruego, por tanto, se tomen mis palabras con la debida reserva y con el sentido crítico que deben caracterizar a todo universitario.

Pero retornemos al punto de partida, porque Santo Tomás tiene elementos importantes para servirnos de guía. De hecho, en la introducción a su exposición acerca del juicio, con su característica metodología escolástica se plantea una serie de preguntas, a las que en primer lugar opone una serie de objeciones, luego da su solución, fundada en un conjunto de respuestas a las objeciones que se explican finalmente<sup>11</sup>. Estas preguntas y sus respuestas nos ofrecen algunas fértiles sugerencias para afrontar nuestro acercamiento a la problemática que he planteado.

No seguiré estrictamente el orden del Aquinate, pues pretendo adaptar sus proposiciones a una sistemática más acorde con la mentalidad jurídica actual, pero sí enlazaré algunos de sus argumentos con algunas cuestiones más o menos concretas que todavía hoy nos preocupan y que no tenemos todavía resueltas. Todo ello, espero que siguiendo las valiosas recomendaciones de otro sabio que bastante tuvo que ver con nuestra Alma Máter, Miguel de Cervantes, que hacía decir a Maese Pedro,

11 Las preguntas, imbuidas naturalmente en la predominante visión cristiana medieval de la época –de la que la *Summa Theologiae* es justamente la cumbre–, son las siguientes: «1.- El juicio, ¿es acto de la justicia?- 2.- ¿Es lícito juzgar?- 3.- ¿Se debe juzgar por sospecha?- 4.- ¿Se deben interpretar las cosas dudosas en sentido favorable?- 5.- ¿Siempre debe dictarse el juicio según las leyes escritas?- 6.- ¿Se pervierte el juicio por la usurpación de poder?». En esta, como en las demás citas de esta obra, se utiliza la traducción de la edición de la Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1990.

en la Segunda Parte de la historia del Ingenioso Hidalgo de la Mancha, las conocidas palabras: «Llaneza muchacho, no te encumbres, que toda afectación es mala»<sup>12</sup>.

Así, pues, espero que con la llaneza que en esta sede es recomendable y con la solidez que asimismo es exigible, pueda ilustrar a todos ustedes, con la inspiración del siglo XIII y hablando del contexto del XXI, sobre algunas de las manifestaciones de la potestad de juzgar y del acto de hacerlo. Para ello me valdré de tres perspectivas, por supuesto complementarias e inescindibles, que son las que nos llevan a preguntarnos: quién juzga y cómo se juzga, para concluir quizás a destiempo por donde tal vez tuviera que haber empezado: intentado responder qué es eso de juzgar.

## 2. QUIS IUDICAT?

En el actual Estado Social y Democrático de Derecho es la Constitución la que nos determina quiénes están legitimados para ejercer lo que conocemos como «potestad jurisdiccional»<sup>13</sup>. No es que proceda a una enumeración cerrada de los órganos que pueden juzgar en nuestro ordenamiento jurídico, lo que hace es fijar las condiciones en las que debe administrarse la justicia con suficientes garantías y luego remite a una norma con una protección reforzada la concreción de estas previsiones: la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>14</sup>. De este modo se establece la foto fija que configura el cuadro de órganos que pueden ejercer la potestad jurisdiccional en nuestro ordenamiento jurídico,

12 DE CERVANTES Y SAAVEDRA, Miguel. 1615: *Don Quijote de la Mancha*, Segunda Parte. Madrid, cap. XXVI.

13 Sería este el momento apropiado para recordar las agudas disquisiciones acerca de la Jurisdicción bien como poder o bien como potestad, que han hecho correr ríos de tinta y han ocupado las mentes de ilustres estudiosos; el texto constitucional, sin embargo, nos da una respuesta que nos evita tener que regresar ante la comunidad universitaria a ese farragoso debate. *Vid.*, para mayor profundidad, FAIRÉN GUILLÉN, V. 1972: «La potestad jurisdiccional». *Revista de Derecho Judicial*, 1972, núms. 51-52. Madrid, y «Poder, potestad, función jurisdiccional en la actualidad». En *El Poder Judicial*, t. II. Madrid, 1184-1212. PEDRAZ PENALVA, E. 1990: «Sobre el “poder judicial” y la Ley Orgánica del Poder Judicial». En *Constitución, Jurisdicción y Proceso*. Madrid, 141-202.

14 Esta Ley fija los órganos y sus competencias, pero es la Ley de Demarcación y Planta, una ley de rango inferior, la que fija el número de órganos en cada sede y el concreto territorio en que cada uno podrá ejercer sus funciones. En la actualidad este pretendido Código Orgánico de Tribunales que es nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial es la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, que ha sufrido numerosísimas modificaciones desde su promulgación. La Ley de Demarcación y Planta ahora vigente es la Ley 38/1988, de 28 de octubre. Es importante tener en cuenta que en la página web del Ministerio de Justicia ([www.mjusticia.gob.es](http://www.mjusticia.gob.es)) se ha publicado una Propuesta de texto articulado de Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) y una Propuesta de texto articulado de Ley de Demarcación y de Planta Judicial (en adelante LDP), elaboradas ambas por una Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministro de 2 de marzo de 2012.

o dicho de modo global, atendiendo al encabezamiento del Título VI de la Constitución, componen el llamado «Poder Judicial»<sup>15</sup>.

En el artículo 117 de nuestro Texto Fundamental es donde aparecen la mayor parte de rasgos con los que podemos establecer el criterio de la jurisdiccionalidad: serán verdaderos órganos jurisdiccionales los que se ajusten a las exigencias de la unidad, la exclusividad, la independencia, la inamovilidad, la responsabilidad y el sometimiento únicamente al imperio de la Ley. Cada una de estas características supone implicaciones complejas, a las que la dura realidad somete continuamente a pruebas difíciles. En lenguaje de Santo Tomás, nos deberíamos plantear si en ocasiones no ocurren usurpaciones que puedan pervertir el juicio, que es lo que definitivamente importa (Q. 60. a.6)<sup>16</sup>.

¿De qué tipo de desviaciones estoy hablando? Dejo para más adelante las que se deriven del funcionamiento de los órganos jurisdiccionales y se refieran directamente a problemas de imparcialidad. Ahora interesan todas aquellas otras que, si bien pueden desembocar en actuaciones jurisdiccionales parciales, proceden directamente de otras causas, y nos encontramos aquí ni más ni menos que con la tan manida politización de la justicia, que, no siendo por supuesto criterio de actuación general, sí daña la visión del conjunto en aquellos casos excepcionales en que se ha hecho explícita y contribuye a agrietar la legitimidad de la administración de la justicia, como se observa en los estudios de opinión que periódicamente se realizan<sup>17</sup>. Es de sobras conocido el pernicioso reparto político de puestos y las sonrojantes adscripciones políticas –que llegan en algunos casos a la propia militancia– que han producido una auténtica mutación constitucional.

Es respecto a los más altos tribunales o en el más alto órgano de gobierno de los jueces que la prensa nos da noticia permanente de por dónde van a ir los votos de cada uno de los magistrados en causas espinosas en las que deben decidir. Aunque insistiré en ello más adelante, cabe destacar de nuevo lo evidente: el sometimiento único a la Ley de los Jueces y Magistrados, que es la exigencia constitucional que explica y justifica su independencia, no se concreta en la práctica al margen de ideologías, experiencias vitales o historias personales, por mucho que se nos diga que el juzgador debe resolver al margen de su conocimiento privado<sup>18</sup>. La interpretación y aplicación

15 Al margen de estos órganos jurisdiccionales ordinarios la propia Constitución prevé algunos otros que también ejercen esta potestad en ámbitos más específicos: Órganos jurisdiccionales militares, Tribunal de Cuentas o Tribunal Constitucional.

16 “... así tampoco puede emitirse el juicio a no ser por la autoridad pública la cual extiende su acción a todos los que están sometidos a la comunidad. Por tanto, lo mismo que sería injusto que alguien obligase a otro a observar una ley que no hubiera sido sancionada por la autoridad pública, también es injusto que alguien obligue otro a sufrir un juicio que no haya sido pronunciado por la autoridad pública».

17 Vid. *La Imagen de los Abogados y la Justicia en la Sociedad Española*. Cuarto barómetro externo de opinión emitido por Metroscoopia para el Consejo General de la Abogacía Española. Según informa el propio documento la recogida de información se realizó entre los días 7 y 22 de julio de 2011. [https://www.icam.es/docs/ficheros/201109190001\\_6\\_0.pdf](https://www.icam.es/docs/ficheros/201109190001_6_0.pdf).

18 STEIN, Friedrich, 1990: *El conocimiento privado del Juez*. Trad. A. de la Oliva Santos. Madrid.

de la norma jurídica –a estas alturas es ocioso decirlo– dista mucho del automatismo que le atribuyó al Juez Charles Louis de Secondat, Señor de la Brède y Barón de Montesquieu al configurar el razonamiento judicial como un simple silogismo del que no podía apartarse el juzgador. Pero de ahí a que la discrecionalidad de los órganos jurisdiccionales se convierta en una politización en el peor de los sentidos hay una gran distancia, que se mantiene en la mayor parte de los casos, pero que se pone en dudas en algunos de los asuntos más mediáticos.

Todo ello sin necesidad de que en este Templo de la Inteligencia –como lo calificaba el rector Unamuno–, en este Templo que no puede ser ajeno a la realidad, tengamos que recordar los pormenores de alguna llamativa revocación de imputación por la Audiencia Provincial de mi tierra insular o, sin salirnos del mismo territorio, sobre la paralización de alguna ejecución penal de condena impuesta en firme contra algún político principal a la espera de un indulto, que por decir poco podría calificar de inefable; decisiones, entre otras, que tal vez sólo se puedan explicar racionalmente por una errónea concepción de la arquitectura política del Estado y por un sesgado entendimiento de lo que debe ser el Derecho.

Es importante matizar que los Juzgadores cumplen en todo caso una importante función política, pues ejercen una potestad constitucional que sirve como cláusula de cierre, ni más ni menos como garantía del ordenamiento jurídico<sup>19</sup>, que no puede ser burlada por influencias extrañas al propio proceso. El problema es que no hemos sido capaces todavía de articular en la práctica contrapesos suficientes para contrarrestar la posibilidad de esas desviaciones indebidas en la función constitucional de algunos órganos jurisdiccionales.

Otro tipo de influencia política, esta vez plenamente legítima, pero en ocasiones no menos polémica, nos viene de la mano del legislador, que con una calidad normativa a menudo manifiestamente mejorable nos amenaza con modificaciones reiteradas que ayudan poco a mantener el sosiego en la administración de la justicia. Recordarán algunos de los presentes que ya hace algunos lustros, antes de la era de Internet, en los Juzgados de toda España tuvo que aplicarse una importante reforma que había entrado en vigor antes de que hubiera llegado el *Boletín Oficial del Estado* ni a las capitales de provincia<sup>20</sup>, y para mayor desazón en algún caso la nueva Ley que pretendía evitar la entrada en vigor de una norma anterior –como la relativa al particular enjuiciamiento de mayores de dieciocho años y menores de veintiuno– no llegó a entrar en vigor a tiempo, con lo que se tuvo que ir improvisando el paso de una normatividad a otra de

19 Comparto plenamente, como lo hace nuestro grupo de investigación, la idea del Derecho Procesal como conjunto institucional que sirve a la efectividad de todo el Derecho, es decir, que instrumenta la efectividad judicial de todas las normas jurídicas, sea cual sea su naturaleza. *Cfr.* ALMAGRO NOSETE, José. 1984: *Constitución y Proceso*. Barcelona, 153-155.

20 Así ocurrió con la Ley 10/1992, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, de 30 de abril, que afectaba ni más ni menos que a tres ordenes jurisdiccionales: el civil, el penal y el administrativo.

manera harto discutible<sup>21</sup>. Fue en definitiva una mala broma ganada a pulso por esta pasión del legislador español por no dar tregua a las reformas de las reformas.

Y hablando de reformas, no me será posible pasar por alto la hiperactividad que está mostrando el actual Ministerio de Justicia, no siempre con la recomendable coherencia respecto a proyectos legislativos elaborados en otros ministerios, por ejemplo, respecto a las funciones de los procuradores de los tribunales. Cuando hablemos del modo en que se juzga tendrá mayor sentido mencionar algunas de las propuestas planteadas, pero ahora, cuando tratamos sobre quién lo hace, es importante hacer referencia a una señalada novedad que las propuestas de nueva Ley Orgánica del Poder Judicial y de nueva Ley de Demarcación y Planta han sometido a información pública con resultados controvertidos. Me refiero a la creación de lo que llaman los Tribunales de Instancia, pretendiendo trastocar toda la justicia más cercana al justiciable.

Efectivamente la propuesta de texto articulado de nueva Ley Orgánica del Poder Judicial pretende sustituir las centenarias Audiencias Provinciales y los Juzgados de Primera Instancia y de Instrucción por estos Tribunales de Instancia con cuatro salas: de lo Civil, de lo Penal, de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social, con posibilidad de constituir algunas unidades o secciones especializadas adicionales, de entre las cuales, necesariamente, en la Sala de lo Civil las unidades o secciones de lo Mercantil y de familia; en la de lo Penal las de Enjuiciamiento Penal, Vigilancia Penitenciaria, Garantías, Violencia de la Mujer (*sic*)<sup>22</sup>, de Menores y de Delitos Económicos, y, por último, en las Salas de lo Contencioso-Administrativo, las Unidades y Secciones especializadas en materia tributaria<sup>23</sup>.

Si se aprobara tal como aparece el texto de la propuesta, desaparecerían los partidos judiciales, y especialmente por lo que se refiere a la justicia civil y penal, habría un

21 El ejemplo es el de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modificó la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Esta reforma no entró en vigor hasta el 5 de febrero del año siguiente, como indicaba su propia disposición final segunda. Pero la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, había aplazado la entrada en vigor del apartado 2 del artículo 2 de la Ley Orgánica 5/2000 («También se aplicará lo dispuesto en esta Ley para los menores a las personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, en los términos establecidos en el artículo 4 de la misma») sólo hasta el día 1 de enero de 2007, por consiguiente siguiendo simplemente lo establecido en las mencionadas normas debería haberse entendido que desde el 1 de enero hasta el 5 de febrero el régimen especial para los mayores de dieciocho y menos de veintiuno estuvo en vigor. Otra fue, sin embargo, la interpretación de la Fiscalía General del Estado, que con un voluntarismo destacable quiso enmendar el error del legislador a través de la Instrucción número 5/2006 de 20 de diciembre, en contra por supuesto del principio de legalidad. En definitiva, pocas regulaciones hay tan zarandeadas en nuestro ordenamiento jurídico como las dedicadas al proceso penal para los menores.

22 Obviamente se trata de órganos jurisdiccionales con atribuciones en materia de violencia *sobre* la mujer, y no de los delitos cometidos por las mujeres, como parece indicar la mera interpretación literal del nuevo nombre de la Sección especializada. Justamente la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, creó los *Juzgados de Violencia sobre la Mujer*.

23 Así lo dispone el artículo 113.4 de la Propuesta de texto articulado de LOPJ.

alejamiento evidente de los órganos jurisdiccionales respecto al ciudadano que impe- tra justicia<sup>24</sup>. Las Salas de lo Civil de las capitales de provincia conocerían en primera instancia de los asuntos civiles y la segunda instancia sería competencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia<sup>25</sup>, que en nuestra Comunidad Autónoma se desdoblaría y para las apelaciones respecto a las Salas de Salamanca correspondería la que tiene su sede en Valladolid. En lo Penal, al margen de la posible desaparición de los Juzgados de Instrucción y la atribución de la investigación penal a los Fiscales, la Sala de lo Penal provincial tendrá, entre otras, la atribución del conocimiento y el fallo sobre la mayor parte de los delitos, previéndose también la competencia para resolver los recursos a la Sala de lo Penal del correspondiente Tribunal Superior de Justicia<sup>26</sup>; en nuestro caso también la Sala con sede en Valladolid.

Si bien me parecería positiva la apuesta por las decisiones en tribunales colegia- dos en el primer nivel de decisión, lo que tradicionalmente conocemos como «primera instancia» –como ocurría con los antiguos Tribunales de Distrito–, curiosamente lo que aquí se pretende es lo contrario: tendremos Salas, pero, a su vez, decisiones uniper- sonales en este primer nivel<sup>27</sup>. De hecho se afirma que estos órganos tienen «carácter colectivo –no propiamente colegiado–»<sup>28</sup>: las Salas están constituidas con carácter permanente por Unidades servidas por un único Juez o por Salas colegiadas servidas por un mínimo de tres jueces, remitiéndose a la ley procesal para la determinación de cuándo conocerán de forma individual o colegiada, y si nada dice la formación de la sala de justicia será unipersonal<sup>29</sup>. Como antes afirmaba, se trastocan los conceptos hasta ahora conocidos en nuestro Derecho procesal orgánico.

Cuando nos planteamos «quién juzga» surgen todavía algunas otras cuestiones de gran interés que deberíamos por lo menos dejar apuntadas para la reflexión. Sin ánimo de agotar ninguno de estos temas, puede ser ilustrativo abundar en ellos para comprender que la cuestión que nos hemos planteado va adquiriendo dimensiones más diversas de lo inicialmente sospechado.

Me refiero, por ejemplo, al inevitable desbordamiento de la administración de la justicia más allá de nuestras fronteras, como hace pocas semanas hemos visto cla- ramente con la sentencia del llamado «caso Del Río Prada», o más conocida como

24 Paradójicamente, en la Exposición de Motivos de la Propuesta de texto articulado de nueva LDP (p. 8): «... era absolutamente necesaria una decidida transformación del primer escalón del sistema jurisdiccional en pos de facilitar el acceso del ciudadano a la tutela judicial efectiva, superando el partido judicial estanco como base del modelo».

25 Cfr. artículo 107 de la Propuesta de texto articulado de LOPJ.

26 Cfr. artículo 108 de la Propuesta de texto articulado de LOPJ.

27 En la misma Exposición de Motivos de la nueva LDP, p. 9: «La creación de los nuevos Tribunales de Instancia, cuyo ámbito jurisdiccional coincide con los límites administrativos de la provincia correspondiente responde a criterios fundamentalmente organizativos y de asignación de recursos ya que la resolución unipersonal se mantendría en este primer nivel como base del ejercicio de la potestad jurisdiccional».

28 Exposición de Motivos de la Propuesta de texto articulado de la LOPJ, p. 19.

29 Conforme a los artículos 144, 145 y 146 de la propuesta de texto articulado de la LOPJ.

sentencia sobre la «Doctrina Parot»<sup>30</sup>. En materia de protección de los derechos humanos, tras las barbaridades ocurridas durante la Segunda Guerra Mundial, se consideró necesario un control externo que llevó a reconocer como sujetos internacionales a las personas y a los grupos para poder reclamar incluso contra su propio Estado. Como dijo CAPPELLETTI, la dimensión internacional implica el abandono de una concepción exclusivista y monopolista de la soberanía<sup>31</sup>, de ahí que España como tantos otros países se haya obligado no sólo a cumplir las proclamaciones internacionales de derechos, sino, además, a acatar las decisiones de los Tribunales específicamente creados para interpretar y aplicar tales proclamaciones. Obviamente, eso ha provocado desencuentros por las dificultades de encaje de estos tribunales, en principio externos, sobre el sistema procesal nacional, problemas que en algunos Estados se ha tenido la previsión de solucionar articulando mecanismos internos para la aplicación de la sentencia supranacional, mientras en España seguimos yendo tarde. A todo esto debo añadir que en el caso concreto de la sentencia de Estrasburgo de octubre pasado contra España, no hacía falta pasar por trámite alguno ni de revisión, ni de anulación de sentencia firme española, sino tal y como se ha hecho, simplemente una directa aplicación de lo ordenado en la sentencia en la fase de ejecución de las penas, pues lo contrario hubiera sido prolongar indebidamente una situación de vulneración de derechos humanos<sup>32</sup>.

Es pertinente también una referencia al siempre polémico tema de la participación de los ciudadanos legos en la administración de la justicia a través de los Tribunales de Jurado. No sólo juzgan jueces, como es evidente, sino en ciertas ocasiones también ciudadanos explícitamente ignorantes del Derecho –los profesores de Derecho, por ejemplo, estamos sometidos a una clara situación de incompatibilidad–<sup>33</sup>, y se supone que estos representantes de la ciudadanía por el simple concurso del azar

30 Se trata de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) de 21 de octubre de 2013.

31 Cfr. CAPPELLETTI, Mauro. 1978: «Appunti per una fenomenologia della giustizia nel secolo XX». *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1978, núm. 4: 1413-1414, había declarado: «La dimensione internazionale della giustizia implica infatti, prima di ogni altra cosa, abbandono della concezione esclusivista e monopolistica della sovranità dello Stato; essa implica, com'è eloquentemente proclamato dalla costituzione italiana del 1948, volontà dello Stato di consentire le "limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni"».

32 Otra cuestión en la que no me corresponde entrar ahora es la relativa al problema de la escasa eficacia positiva de las penas en cierto tipo de delitos, no tanto en los de terrorismo, sino sobre todo en la criminalidad sexual, que es la que en el contexto actual parece más preocupante. Este me parece que es el problema de fondo real en la polémica respecto a la eficacia interna de la sentencia del caso «Del Río Prada»: la pena sirve sólo para apartar a unos delincuentes peligrosos de la sociedad durante un cierto tiempo, pero en absoluto para reinsertarlos en la sociedad. Una vez cumplida la pena, nos podemos encontrar con el mismo problema.

33 Efectivamente, el artículo 10 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado se deduce claramente que: «Serán incompatibles para el desempeño de la función de jurado: (...) 9. Los letrados en activo al servicio de los órganos constitucionales y de las Administraciones Públicas o de cualesquiera Tribunales, y los abogados y procuradores en ejercicio. Los profesores universitarios de disciplinas jurídicas o de medicina legal».

llevan su sentido común a la administración de justicia. Permítanme que me limite a comentar que los planteamientos juristas pudieron tener sentido en otros contextos constitucionales y temporales, como en el liberalismo decimonónico y que en el actual sistema procesal no por tener Tribunales de Jurado tenemos una justicia más democrática, si no queremos confundir democracia con demagogia. Los recelos del propio legislador han sido también claros, al tardar dieciséis años en desarrollar el artículo 125 de la Constitución y al regular en 1995 el ámbito de delitos que se enjuician por esta vía de modo restrictivo y más bien experimental y asistemático, regulación que a su vez no ha tenido ampliación ninguna, sino más bien interpretaciones cautas y propuestas legislativas de mayores restricciones, como en la del nuevo Código Procesal Penal, para evitar las inseguridades, las complicaciones y los costes que conllevan los Tribunales del Jurado<sup>34</sup>.

No debemos olvidar, por otro lado, el fomento de soluciones complementarias o alternativas para la composición de los litigios que suele ser más acusado en momentos de mayores dificultades en los juzgados y tribunales, como si estos mecanismos extrajudiciales pudieran servir de solución a todos los males de la justicia<sup>35</sup>. Es cierto que a veces se plantean como vías para desatascar los tribunales, sin fijarse en que ni siempre son sistemas rápidos, ni siempre baratos. Es cierto que las llamadas *Alternative Dispute Resolutions* (ADR) pueden tener su segmento de conflictos para el cual sean vías muy adecuadas y eficientes, pero debemos tener cuidado con dedicarles demasiada atención en detrimento de la directa búsqueda de mejoras para la actividad de los Juzgados y Tribunales, que en definitiva supone el ejercicio de una potestad constitucional en respuesta a una demanda de tutela constitucionalmente protegida.

Dicho esto es preciso subrayar que el arbitraje, la conciliación y la mediación funcionan bien en algunos ámbitos y necesitan asimismo de atención científica y práctica y así se ha entendido desde la propia Facultad de Derecho, que dedica parte de sus esfuerzos a la formación de mediadores, y en ello tiene bastante que ver el grupo de investigación que me honro en coordinar<sup>36</sup>. Sin embargo, nos estamos alejando de

34 La Exposición de Motivos de la Propuesta de Código Procesal Penal que pretende abrogar la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 es suficientemente ilustrativa: «La principal novedad estriba en el ajuste de su ámbito competencial que se quiere para aquellas infracciones que por su naturaleza tiene sentido que sean enjuiciadas por un procedimiento más lento y costoso, pero con mayor participación ciudadana y simbología, como es el procedimiento por jurado. Las críticas de que había sido objeto, por la mayor parte de la doctrina, el amplio y en cierto modo extravagante listado de delitos que se incluían en la competencia del jurado han llevado a establecer que el jurado será competente para el enjuiciamiento en primera instancia de los delitos consumados de homicidio doloso y asesinato, cuando no sean cometidos por grupos u organizaciones criminales. Tal competencia se extiende al enjuiciamiento de los delitos conexos con los anteriores cuyo enjuiciamiento por separado no pueda ser realizado sin división de la continencia de la causa».

35 Cfr. CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen. 1995: «El proceso y sus alternativas: el procedimiento arbitral». *Cuadernos de Derecho Judicial* (Arbitraje, mediación, conciliación), 1995, n.º 27: 213-244.

36 Se trata de MARTÍN DIZ, Fernando. 2010: *La mediación: Sistema complementario de Administración de Justicia* (Premio Rafael Martínez Emperador). Madrid.

nuestro hilo conductor, aunque no demasiado, quiero decir que en la conciliación y en la mediación no puede decirse que nadie juzgue, no hay una tercera persona que decida cuál de las partes tiene razón, sino que pretende resolverse el conflicto con un acercamiento de posturas que en caso de tener éxito consiga restaurar la paz social entre las personas en disputa.

No se trata de un método nuevo en absoluto, posiblemente sea el más primitivo de los métodos pacíficos de resolución de conflictos, pero en los últimos años se le han dado nuevos aportes interdisciplinares que permiten enriquecer el resultado: el acuerdo al que eventualmente se llegue puede tener mayor efectividad que una decisión impuesta por un tercero ajeno, si el procedimiento de mediación ha conseguido limar las asperezas entre las partes inicialmente opuestas. Son interesantes también desde este punto de vista los planteamientos que pretenden la aplicación de las posibilidades de la informática a estas vías extrajudiciales. Se ha hablado así de las ODR (*Online Dispute Resolution*) que plantean nuevos desafíos a las posiciones de las partes en conflicto y sobre todo a la función del mediador o mediadores que deben adaptarse a otra manera de actuar<sup>37</sup>.

Pero el acercamiento de la Informática al Derecho nos lleva todavía más allá si nos planteamos la eventual aplicación de mecanismos automatizados o informatizados que algún día puedan, por lo menos parcialmente, sustituir a la persona del juzgador. No estoy hablando de ciencia ficción. *A priori* no me parece descartable que en ciertos procedimientos sencillos como los monitorios, en los que es posible que ni siquiera intervenga el Juez como en la regulación vigente en España, pudiera automatizarse la resolución, así se ha hecho ya en otros países. Pero en el resto de los casos, como dice Michele TARUFFO, normalmente la posición del tribunal en el momento de su decisión definitiva se caracteriza por la existencia de una variedad de posibilidades y por la obligación de elegir de entre ellas la mejor posible en el contexto concreto<sup>38</sup>. Así pues, parece que la decisión del Juez en la mayoría de los casos no puede ser reducida por completo a simples modelos lógicos. Pero justamente la carencia de esos modelos hace más valiosa la investigación de las relaciones entre la Informática y el Derecho pues va ofreciendo ya una serie de instrumentos analíticos que pueden facilitar también el razonamiento judicial.

37 Vid. al respecto CORTÉS, Pablo. 2011: *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*. London and New York y en nuestra propia Universidad a BUENO DE MATA, Federico. 2011: «Mediación online: ¿La mediación del futuro?». En Fernando Martín Diz (coord.): *La mediación en materia de familia y Derecho penal*. Santiago de Compostela, 85-102.

38 TARUFFO, Michele. 2010: «Judicial Decisions and Artificial Intelligence». En Giovanni Sartor y Luther Branting (eds.): *Judicial Applications of Artificial Intelligence*. Dordrecht-Boston-London, 207-220, esp. 208. Sobre argumentación e inteligencia artificial, vid. WALTON, Douglas. 2008: *Witness Testimony Evidence. Argumentation, Artificial Intelligence and Law*. Cambridge, 145-150.

### 3. QUOMODO IUDICANT IUDICES?

Pero volvamos a Santo Tomás, para cambiar de perspectiva y entrar a esbozar algunas cuestiones llamativas en torno a cómo se juzga, pues la legitimidad del juzgador dependerá en buena parte de ello y asimismo la satisfacción de las partes ante la administración de la justicia. Son de nuevo preguntas que podrían servir de base para varias Tesis Doctorales, pero su profundidad y sus enrevesadas consecuencias no pueden servirnos de excusa para dejar de tratarlas aunque sea de manera superficial. Así pues, en la ya aludida cuestión sexagésima, la *Summa Theologiae* nos conduce a plantear problemas de vigencia intemporal como los relativos a si se debe juzgar siempre según las leyes escritas, si deben interpretarse las cosas dudosas en sentido favorable o si se puede juzgar por sospecha. Y en la cuestión sexagésima séptima de la misma parte<sup>39</sup>, entra ni más ni menos que en la posible injusticia del juez en los procesos.

La doctrina norteamericana lleva algún tiempo trabajando sobre lo que se conoce como justicia procedimental, en la que, de nuevo de manera interdisciplinar, se examinan factores interesantes para valorar la dinámica del procedimiento; y digo «del procedimiento» y no del proceso, pues entiendo, como los clásicos procesalistas, que este último término debería reservarse a la actividad estrictamente jurisdiccional, es decir, a lo que nos conduce al juicio emitido por quienes tienen atribuida esta potestad, mientras que el procedimiento sería el cauce formal a través del que se desarrolla cualquier actividad, por supuesto la procesal, pero también la administrativa, o incluso la mediadora, en las que por definición no se juzga. Pero en todas ellas, donde hay procedimiento, es necesario contar con una serie de elementos de los que dependerá la apreciación subjetiva de todos los participantes e incluso de algunos de los que en principio permanecen ajenos, pero conocen y siguen de cerca la tramitación de un determinado asunto<sup>40</sup>. Esta perspectiva psicológica de satisfacción procedimental, que

39 Recuérdese que nos situamos en la Parte II, II, de la magna obra de Santo Tomás.

40 TYLER, Tom R. 2008: «Procedural Justice and the Courts». *Court Review*, 2008, vol. 44: 26-31: «The concepts behind procedural justice have developed from research showing that the manner in which disputes are handled by the courts has an important influence upon people's evaluations of their experiences in the court system. The key finding of that research is that how people and their problems are managed when they are dealing with the courts has more influence than the outcome of their cases...». Como indican KORSGAARD, M. Audrey y SAPIENZA, Harry J. 2002: «Economic and Noneconomic Mechanisms in Interpersonal Work Relationships Towards an Integration of Agency and Procedural Justice Theories». En Stephen W. Gilliland (ed.), D. Steiner y Daniel P. Skarlicki (dirs.): *Emerging Perspectives on Managing Organizational Justice*. Greenwich, Connecticut: «A variety of procedural factors contribute to the perception of procedural justices. Perhaps the most widely documented factor is the opportunity for voice in the procedure (Thibaut & Walker, 1975). Additionally, building on the work of Leventhal (1980), several procedural criteria contributing to perceptions of fairness have been investigated in organizational settings, including: judgment based in evidence, correctness or refutability of the decision, and consistent application of procedures (Folger, Konovsky & Cropanzano, 1992; Kim & Mauborgne, 1991, 1993)».

es la base de la legitimidad de las instituciones y de la confianza en los tribunales<sup>41</sup>, curiosamente se aproxima a la idea procesal de satisfacción jurídica de las pretensiones como función del proceso<sup>42</sup>.

De este modo se llega a afirmar que no es tan importante el resultado al que se llegue en cuanto al fondo como intuitivamente pudiera parecer, sino si la percepción de las partes sobre cómo se ha desarrollado el enjuiciamiento ha sido adecuada y se observa el proceso como justo, lo cual tiene mucho que ver con cómo ha sido tratado el justiciable en el mismo, a su propia experiencia del proceso, más que al objetivo cumplimiento o no de las garantías formales<sup>43</sup>. Pero, en realidad, no hay tampoco aquí tanta distancia entre la perspectiva psicológica y la procesalista, pues la propia doctrina psicológica<sup>44</sup> destaca, por ejemplo, la importancia de ser oído, la neutralidad del propio proceso en el que las decisiones se adoptan de modo objetivo, la confiabilidad en el juzgador, el trato respetuoso y digno<sup>45</sup>. Elementos, algunos de ellos, que son fácilmente identificables en el esquema de garantías procesales que la propia Constitución reconoce, lo cual por supuesto no quiere decir que se respeten en todos los casos, porque es obvio que en el Derecho tenemos también patologías.

En consecuencia, sigue siendo indiscutible que cualquier proceso, cualquier cause en el que participen las partes y, eventualmente, algunos terceros, para llegar a una decisión judicial, debidamente fundada y que produzca la debida satisfacción a quienes participan en él, debe cumplir necesariamente con la exigencia de la dualidad de partes (no es compatible la idea de proceso con la existencia de una sola parte, o dicho de otra manera, nadie puede litigar consigo mismo, por lo menos ante los

41 Cfr. HOLLANDER-BLUMOFF, Rebecca y TYLER, Tom R. 2011: «Procedural Justice and the Rule of Law: Fostering Legitimacy in Alternative Dispute Resolution». *Journal of Dispute Resolution*, 2011, n.º 1: 9.

42 Vid. FAIRÉN GUILLÉN, V. 1968: «El proceso como satisfacción jurídica». *Revista Jurídica de Cataluña*, 1968, vol. 67, n.º 4: 876-900.

43 La Asociación Americana de Jueces publicó un Libro Blanco precisamente sobre *Procedural Fairness: a key ingredient in public satisfaction*, en el año 2007, elaborado por Kevin BURKE y Steven LEBEN. De hecho, desde hace décadas se utiliza la expresión «the fair process effect», en relación con esas apreciaciones subjetivas de equidad procesal que pueden tener una sorprendente influencia en las reacciones del litigante respecto al juicio y al sistema procesal en su conjunto. Vid. para mayor detalle, VAN DEN BOS, Kees. 2005: «What is Responsible for the Fair Process Effect?». En Jerald Greenberg y Jason A. Colquitt (eds.): *Handbook of Organizational Justice*. New York-London.

44 Cfr. ROBBENOLT, Jennifer K. y STERNLIGTH, Jean R. 2012: *Psychology for Lawyers. Understanding the Human Factor in Negotiation, Litigation, and Decision Making*. Chicago, Illinois, 176-180.

45 Se destaca este tratamiento respetuoso y digno en especial respecto a las víctimas, y más aún de aquellas víctimas «especialmente vulnerables» a las que hay que evitar un sufrimiento adicional a pesar de que suelen ser indispensables como fuentes de prueba para la condena del responsable de delitos especialmente graves como los de abusos sexuales, la explotación sexual de menores o pornografía infantil. Vid. la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo [DOUE L 315 de 14 de noviembre de 2012, 57 y ss.], especialmente los artículos 23 y 24.

tribunales de justicia –otra cosa son las peleas con la propia conciencia sobre las que, en principio, el Derecho procesal poco tiene que decir–).

Esta dualidad de partes conlleva algo que los psicólogos han constatado como fundamental: dar la oportunidad de ser oído por quien va a decidir. Y digo «oportunidad» porque salvo en la mayor parte de procesos penales en España, el hacerse oír se plantea como una simple posibilidad que puede ser o no aprovechada por el interesado. Mucho se ha discutido<sup>46</sup> y parece que se discutirá todavía más en el futuro sobre la posibilidad de juicios penales en ausencia, que son generalizados, por ejemplo en Italia, y bastante restringidos en nuestro ordenamiento<sup>47</sup>. Tal posibilidad de contradicción forma parte del contenido del derecho fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva<sup>48</sup> y, como ha reiterado nuestro Tribunal Constitucional, pierde su sentido si no se desarrolla en términos de igualdad. Claro que estamos hablando de igualdad meramente formal, de iguales posibilidades de alegación, de prueba o de impugnación, pero las desigualdades materiales propias de nuestra sociedad se reflejan en la efectividad real del acceso a la justicia, por mucho que se articulen vías de asistencia jurídica gratuita para los menos favorecidos. En especial la desigualdad influye cuando se imponen unas tasas judiciales desproporcionadas, sobre todo cuando se trata de recurrir una decisión judicial que nos perjudique.

Este, en definitiva, es el cuadro de las exigencias elementales no sólo de cualquier proceso, sino de cualquier método de resolución de conflictos. En principio, por supuesto para los heterocompositivos, es decir, para los que implican la imposición de la decisión de un tercero imparcial a las partes implicadas, sea este tercero juez o no lo sea; pero también debe oírse a las partes en conflicto y en términos de la mayor

46 Vid. por ejemplo las palabras de MANGAS MARTÍN, Araceli. «El vía crucis judicial español». En *El Mundo*, de 19 de marzo de 2013: «En el ámbito procesal-penal no ganamos para sustos. Al socaire de los complejos por la dictadura sufrida y un pésimamente malentendido garantismo, políticos y juristas aviesos olvidan a las víctimas de cualquier delito y se obsesionan con proteger a los delincuentes. En febrero de este mismo año el Tribunal de Justicia (asunto Stefano Melloni) rechazó que quisiéramos aplicar a delincuentes reclamados por otros Estados miembros la normativa procesal penal española que impide juzgar (y entregar) a los procesados que se fugan o no se personan en juicio –como si de su sola voluntad dependiera el proceso penal–. En España se premia al presunto delincuente que se burla de la Justicia y no se persona en juicio».

47 De hecho, la propuesta de Código Procesal Penal en su artículo 54 contempla los enjuiciamientos del encausado en ausencia y mantiene el límite en los delitos cuya pena prevista sean como mucho de dos años de privación de libertad, además de la necesaria aplicación de algunas garantías que tampoco supone novedades. Pero los problemas han venido por lo que a la cooperación judicial con otros Estados se refiere. Y así, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 26 de febrero, en el conocido como caso *Stefano Melloni* (C-399/11) se resuelven unas cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Constitucional español en el sentido de impedir que desde España subordinemos la entrega de una persona condenada en ausencia en otro país a la condición de que la condena pueda ser revisada en el Estado solicitante, aunque se alegue que así se pretende evitar una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y de los derechos de la defensa protegidos por la Constitución.

48 Vid. FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. 1990: *El derecho a la tutela judicial efectiva*. Madrid.

igualdad posible cuando se trata de actuaciones de terceros para acercar a las partes con el fin de que ellas, por sí solas, puedan llegar a un acuerdo válido, efectivo y duradero.

Si nos limitamos a examinar el proceso que nos encamina a la decisión judicial, el principal problema que se plantea es cómo distribuir las funciones entre el juzgador y las partes. Esa es, dicha de la forma más sintética, la labor del legislador cuando acomete cómo configurar un proceso determinado: es imprescindible distribuir los papeles a los actores de este drama, que con frecuencia en realidad es tragedia. Justamente la concreción de esa distribución ha llevado históricamente a la doctrina procesalista a discutir sin descanso entre lo que debe permitirse a las partes y lo que debe prohibirse al juez para que las garantías del proceso permanezcan incólumes. Un ejemplo significativo, nada nuevo, pero todavía en pleno vigor en los congresos internacionales de los procesalistas es sobre la eventual iniciativa probatoria del juez, dicho de otra manera para que se entienda bien, y sin ánimo de entrar en las eventuales respuestas: ¿puede aportar el juez pruebas sin perder la imprescindible imparcialidad? O desde otro punto de vista, otro ejemplo también basado en casos reales: si el fiscal retira al final del juicio su acusación, y no existe otra parte acusadora ¿podrá condenar el tribunal que ha presenciado la práctica de las pruebas o debe entenderse que no hay acusación y debe absolver necesariamente?<sup>49</sup>.

Hablando de pruebas: son casi innumerables las cuestiones de interés que pueden suscitarse respecto a la formación de la convicción judicial que le llevará a dictar el fallo. Pero una de ellas, que no es de rango menor, es la generalización de la oralidad y con ella, la exacerbación de la intermediación<sup>50</sup>. Intentaré explicarme: en España estamos acostumbrados a que las pruebas en el proceso penal se practiquen en audiencia pública, ante el juez o tribunal que va a decidir, hasta el punto de que se ha convertido en un aparente dogma: «El procedimiento probatorio necesariamente ha de tener lugar en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia»<sup>51</sup> o, dicho de otra forma,

únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de igualdad, contradicción, intermediación y publicidad, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolle ante el mismo juez o tribunal que ha

49 Que sería lo mismo que simular que el Tribunal no haya visto nada de la práctica de la prueba, porque así se le impide valorarla y adoptar las consecuencias de lo que ha visto.

50 Es interesante la visión de ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. 2003: «Sobre el valor de la intermediación (Una visión crítica)». *Jueces para la Democracia*, marzo de 2003, n.º 46: 57-66.

51 STC n.º 51/1995, de 23 de febrero, F.J. 2.º.

de dictar sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con lo medios aportados a tal fin por las partes...<sup>52</sup>.

Pero es un dogma de cortos vuelos: un dogma sólo aparente. En realidad, hay que recelar de las afirmaciones categóricas de nuestro Tribunal Constitucional, porque tras una afirmación así de concluyente suelen venir indefectiblemente las excepciones. Por la propia naturaleza de las cosas hay muchas pruebas que no pueden esperar al momento del juicio, porque pueden desaparecer o desvirtuarse y hay numerosos procesos que se desarrollan sin problemas y sin asomo de oralidad, de intermediación o de publicidad, por ejemplo, los monitorios. Otra cuestión es la de la contradicción y la igualdad de armas, que sí se constituyen en condiciones irrenunciables de la constitucionalidad del proceso.

No hay más que traer a colación toda la oleada de reformas que en los últimos quince años vienen barriendo los sistemas procesales latinoamericanos<sup>53</sup>, para observar la introducción prácticamente generalizada de la oralidad en casi todos los órdenes jurisdiccionales, y que también a nosotros nos han afectado a este lado del Atlántico pues quizás la principal innovación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley 1/2000, fue precisamente la introducción de los procesos orales y de sus consecuencias, especialmente la exigencia de intermediación en los juicios. Este principio, que implica que el juzgador va a tomar la decisión a partir de una relación directa (no mediada - unmittelbar) con las pruebas que se practiquen en el juicio, se entiende como la vía adecuada para la obtención de la convicción judicial, diríamos como instrumento epistemológico para acceder a la verdad de los hechos que será declarada por el juez en la sentencia como «hechos probados». Así pues la intermediación se constituye como método de conocimiento y como importante técnica demostrativa para las pruebas personales<sup>54</sup>, es decir, aquellas en las que declaran personas: las partes, los testigos o incluso los peritos.

La idea general de fondo, procedente del siglo XIX, es que sólo aquellos –jueces profesionales o, sobre todo, jurados– que han apreciado la práctica de la prueba son soberanos para obtener las consecuencias de esa apreciación y deciden, en principio sin posibilidad de control, sobre los hechos que hay que considerar probados. En el siglo XX, la generalización de la necesidad de una segunda instancia, es decir, de la posibilidad de recurrir una decisión que nos perjudica, plantea dudas acerca del

52 STC n.º 94/2002, de 22 de abril, F.J. 3.º.

53 La última de ellas es la reforma procesal civil que ha instaurado, con problemas en cuanto a su aplicación, el legislador colombiano con el llamado «Código General del Proceso». Ley n.º 1564 de 12 de julio de 2012, en cuya elaboración ha tenido un protagonismo especial el Instituto Colombiano de Derecho Procesal dirigido por el profesor Jairo PARRA QUIJANO.

54 Vid. HERRERA ABIÁN, Rosario. 2007: *La intermediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal)*. Granada y CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. 2010: *Del principio de intermediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*. Valencia.

mantenimiento o no de esa idea de fondo, sin embargo, sigue defendiéndose que la apreciación de las pruebas personales pertenece a la íntima convicción del juzgador de primera instancia y no es controlable más que en casos extremos<sup>55</sup>.

La exigencia de intermediación en estos casos nos lleva a apuntar unas pocas cuestiones que han sido de plena actualidad en estos últimos tiempos en los debates procesales. La primera de ellas, en la práctica ya superada, es la de la utilización de medios informáticos para declarar, dentro de esa experiencia mucho más amplia de la informatización del proceso que se está desarrollando también en España<sup>56</sup>. En definitiva, podríamos preguntarnos de forma gráfica si la videoconferencia utilizada en el juicio es en realidad una interferencia respecto a la intermediación. Y, sin intención de detenernos más de la cuenta en este punto, a primera vista podemos afirmar que sí: hay un elemento medial entre el juez y el declarante. No obstante, parece lógico que la utilización de estos medios técnicos puede facilitar declaraciones que de otro modo serían imposibles o muy dificultosas, por ejemplo, en el caso de testigos que se encuentran en otros países. De este modo, la interferencia, tomada con sus debidas cautelas, puede ser tolerable cuando su aplicación esté suficiente justificada y por lo tanto motivada explícitamente<sup>57</sup>. Hasta ahora, sin embargo, teniendo en cuenta que la

55 Un ejemplo entre muchos puede ser un fragmento de una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de septiembre de 2005, cuando afirma que «en las pruebas de índole subjetiva, como son las declaraciones de los denunciados y testigos, es decisivo el principio de intermediación y por ello es el Juzgador de instancia quien se halla en condiciones óptimas para decidir sobre la credibilidad que ha de darse a lo oído y visto en el juicio oral, pues cuando el medio de prueba es una persona, la convicción judicial se forma también por los gestos, expresión facial, tono de voz firmeza, duda de las manifestaciones, inseguridad o incoherencia en las mismas, etc., que el Juzgador puede apreciar y valorar en consecuencia a tenor de lo dispuesto en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues cuando en el acto del juicio oral se producen varias declaraciones, la determinación de cuál es la verdadera depende claramente de la intermediación con la que esta prueba es recibida por el Juzgador de instancia, por lo que, en consecuencia, en el marco estricto de la apelación, este Tribunal no puede ni debe revisar la convicción en conciencia del juzgador de instancia respecto de una prueba que ni ha visto ni ha oído personalmente, el Juez “a quo” ha expresado razonadamente el porqué de su convicción sobre las declaraciones, y estimando la valoración realizada conforma a derecho, no procede revisarla en modo alguno».

56 Vid. la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia y el estudio de BUENO DE MATA, Federico. 2014: *Prueba Electrónica y Proceso 2.0. Especial referencia al proceso civil*. Valencia.

57 Fueron famosos en los medios jurídicos dos documentos polémicos de la Fiscalía General del Estado en los que se ponía en discusión este asunto: la Instrucción 1/2002, 7 de febrero de 2002, acerca de la posibilidad de celebrar juicios orales penales por videoconferencia y la Instrucción 3/2002, 1 de marzo de 2002, acerca de los actos procesales que pueden celebrarse a través de videoconferencia. Es preciso aclarar que, tras importantes titubeos jurisprudenciales (es significativa la sentencia del Tribunal Supremo en el caso de la declaración de los presos desde la cárcel de Fontcalent –STS, Sala 2.ª, de 16 de mayo de 2005–), la legislación vigente admite hoy en día ampliamente la utilización de las videoconferencias para las declaraciones personales en juicio. En realidad se trata de un problema, como tantos en el Derecho, de ponderación de intereses: vid. MANZIONE, Domenico. 2006: «Principi e prassi nel “vissuto” della videoconferenza». En Mario Chiavario (a cura di): *Nueve Tecnologie e Processo Penale. Giustizia e scienza: saperi diversi a confronto*. Torino, 113.

inmediación es entendida como una percepción visual<sup>58</sup>, parece que los tribunales no han tenido en cuenta todavía las modificaciones cognitivas que implica la utilización de estos medios nuevos<sup>59</sup>.

La otra cuestión nos ha venido también desde Estrasburgo, aunque desde luego con menor trascendencia pública que la sentencia sobre la «Doctrina Parot». Ya hemos visto que las pruebas personales cuya práctica se ha llevado a cabo en primera instancia, se consideran sólo controlables en casos de arbitrariedad o irracionalidad claras. No se entra en la convicción judicial del órgano de primera instancia. El problema se plantea en las apelaciones contra las sentencias absolutorias que dan lugar a condenas ante el tribunal superior con base en pruebas personales: para la validez de la condena se exige que haya en el tribunal de apelación audiencia de las personas que suministren las pruebas de cargo<sup>60</sup>. Conforme al Tribunal Constitucional hay que practicar los medios de prueba que, por su carácter personal, no pueden ser valorados de nuevo sin inmediación, contradicción y publicidad, esto es, sin el examen directo y personal de los acusados o los testigos, en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción<sup>61</sup>. Todo lo cual sin embargo, conlleva problemas pendientes, como la irrepitibilidad real de las pruebas personales en segunda instancia, aunque sólo sea por el efecto condicionante de la primera instancia.

58 Para destacar la complejidad de lo que estamos tratando es importante señalar, con VILLAFANE, Justo y MINGUEZ, Norberto. 2009: *Principios de Teoría General de la Imagen*. Madrid, 100, que «El proceso de percepción visual encuentra (...) su convalidación como proceso cognitivo en su capacidad para combinar informaciones provenientes de fuentes distintas –estimulación aferente o memoria– recibidas también en momentos temporales diferentes. Esta capacidad de procesamiento de la información constituye esa tercera fase canónica de todo proceso inteligente y que se corresponde en el caso de la percepción con lo que Rudolf Arnheim denomina el *pensamiento visual*, una suerte de inteligencia perceptiva imprescindible incluso para la ejecución de las operaciones intelectuales».

59 Sin necesidad de remontarnos a McLuhan y su conocido aforismo de que «el medio es el mensaje» (vid. MCLUHAN, Marshall. 2009: *Comprender los medios de comunicación. Las extensiones del ser humano*. Barcelona, especialmente 31-46) no debemos olvidar que la utilización de medios digitales implican transformaciones en el modo de persuasión de los jueces y, por tanto, en la formación del propio juicio. Cfr. FEGENSON, Neal y SPIELSEL, Christina. 2009: *La won Display. The Digital Transformation of Legal Persuasion an Judgment*. New York y HENDERSON, Carol y EPSTEIN, Jules (eds.). 2011: *The Future of Evidence. How Science & Technology will change the Practice of Law*. Chicago, Illinois.

60 STC n.º 167/2002, de 18 de septiembre.

61 La base para esa doctrina está en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como reconoce el propio Tribunal Constitucional en el F.J. 10.º: «En este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado más recientemente en su Sentencia de 27 de junio de 2000 –caso Constantinescu contra Rumania, §§ 54 y 55, 58 y 59– que cuando la instancia de apelación está llamada a conocer de un asunto en sus aspectos de hecho y de Derecho y a estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o inocencia del acusado, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir esas cuestiones sin la apreciación de los testimonios presentados en persona por el propio acusado que sostiene que no ha cometido la acción considerada infracción penal, precisando en ese supuesto que, tras el pronunciamiento absolutorio en primera instancia, el acusado debía ser oído por el Tribunal de apelación especialmente, habida cuenta de que fue el primero en condenarle en el marco de un procedimiento dirigido a resolver sobre una acusación en materia penal».

De lo que se trata, en principio, es de poder controlar adecuadamente la intermediación judicial y la racionalidad de la apreciación probatoria realizada en primera instancia, pero se entiende que sin la declaración personal ante el tribunal de apelación, no se cuenta con suficientes elementos para que este órgano jurisdiccional pueda fundar debidamente la condena<sup>62</sup>. La cercanía respecto a la práctica de los medios de prueba personales es lo que justifica el respeto en general a la convicción obtenida por el juzgador, pero esa convicción en demasiados casos es fruto de «intuiciones» o «impresiones» que no están objetivadas y no son susceptibles de control<sup>63</sup>. Como dice ANDRÉS IBÁÑEZ, de este modo la intermediación se convierte en una suerte de blindaje de juicio, de coartada o vía de escape del deber de motivar, y con ello en peculiar garantía de irracionalidad del enjuiciamiento<sup>64</sup>.

Como vamos viendo en la formación del juicio se concentran toda una serie de problemas difíciles de canalizar. Ya en sí misma la decisión judicial conlleva dificultades por las influencias, a veces incluso inconscientes, de los valores, las creencias, la ideología del que enjuicia o, por supuesto, también por los inevitables condicionamientos simplemente humanos<sup>65</sup>. Y a ello se añade la enorme complejidad de la psicología del testimonio: por ejemplo, la fragilidad de la memoria del testigo, las posibles distorsiones involuntarias, las inseguridades en poder determinar la credibilidad del testigo...<sup>66</sup>. Nuestros tribunales insisten en la necesidad de valoración de los gestos, titubeos, silencios. El propio Tribunal Constitucional proclama que «es consustancial a los principios de oralidad, intermediación y libre valoración de la prueba el examinar gestos de los intervinientes en la misma, tales como los de turbación o sorpresa, a través de los cuales pueda el juez o tribunal de instancia fundar su íntima convicción acerca de la veracidad o mendacidad de la declaración de los intervinientes en la prueba»<sup>67</sup>. Pero, añado yo mismo si ustedes me lo permiten: realmente ¿es esa una ciencia a su alcance?

62 La idea de fondo es la que expone claramente la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de junio de 2009: «Debe reiterarse que las relaciones, el nerviosismo, la dinámica del gesto, del silencio, del tono de voz, de los mismos titubeos, vacilaciones y contradicciones, interacciones entre las partes, amén de otros datos esenciales, en orden a comprobar la credibilidad del sujeto compareciente ante el órgano judicial, como integrantes de la psicología del testimonio, son factores de los que sólo puede disponer el juez o magistrado que vive el desarrollo del juicio».

63 Tradicionalmente se dice en Alemania que el papel miente sin ruborizarse («Das papier lügt, ohne zu erröten»), pero debería ser evidente que también las personas pueden mentir sin que se les note.

64 ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. «Sobre el valor de la intermediación...», *op. cit.*, 59.

65 Lo recordaba, siempre con sus bellas palabras, CALAMANDREI, Piero. 2008: *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, reeditado en Milano, 303: «Anche i giudici sono povere creature sogette alle gstralgie: e sotto l'apparente impassibilità della toga nascondono spesso la angosciosa lotta di chi cerca di soffocare, senza che nulla trapeli all'esterno, i capricci dei propri visceri irrequieti».

66 *Vid.* EKMAN, Paul. 2005: *Cómo detectar mentiras*. Barcelona, y entre nuestra doctrina, por todos, MASIP, Jaume; ALONSO, Hernán y HERRERO, Carmen. 2006: «Verdades, mentiras y su detección a partir del comportamiento no-verbal». En Eugenio Garrido, Jaume Massip y M.ª Carmen Herrero (coords.): *Psicología Jurídica*. Madrid, 475-505.

67 STC n.º 217/1989, de 21 de diciembre, F.J. 5.º A su vez, es ilustrativa la sentencia de nuestra Audiencia Provincial de Salamanca de 12 de julio de 2011: «La valoración llevada a cabo por el juzgador de

Ante este panorama, para la decisión judicial es necesaria la existencia de suficientes contrapesos: la objetivación, la racionalización y la motivación. Desde este punto de vista podríamos afirmar, desde un punto de vista crítico, que la presencia judicial es importante en los casos en que sea posible, pero siendo conscientes de que tampoco es imprescindible en todos; incluso se ha dicho que una declaración escrita puede evitar en ocasiones sesgos involuntarios en la apreciación del juez. Por tanto el juzgador debe explicar, o dicho de otra manera exteriorizar, el valor atribuido a cada medio de prueba, sin perjuicio de una valoración conclusiva del conjunto del material probatorio, debiendo motivar todo ello adecuadamente en su resolución.

De este modo, la oralidad y la inmediación, una vez relativizados y parcialmente desmitificados, no pierden del todo su valor, pues, correctamente aplicados y contrapesados, sirven como medio para la correcta aplicación de los principios cardinales del enjuiciamiento, las garantías verdaderamente esenciales del proceso: básicamente la audiencia y la contradicción activas ante el órgano jurisdiccional, y, en la medida de lo posible, la aplicación de la concentración de actuaciones procesales, la aplicación del principio de publicidad *coram populo*, la participación activa del juzgador en la práctica de la prueba, la práctica de «la prueba sobre la prueba» y la consiguiente discusión sobre la misma, con las necesarias comprobaciones racionales sobre la credibilidad del declarante y, en definitiva, la formación de un discurso racional y justificado sobre los medios de prueba que deberá objetivar y verter en la motivación de su resolución.

Por si fueran pocas estas consideraciones todavía hay más elementos en el acto de juzgar que debemos recordar. La obligación del juzgador de responder a las pretensiones que las partes le hayan planteado como manifestación del derecho de tutela judicial efectiva conlleva la prohibición de denegar una respuesta fundada. Deben responder siempre. Pero ¿qué hacer cuando faltan elementos, cuando el juez no se ha convencido de la respuesta adecuada? Debe dictar sentencia, por supuesto. Y ¿en qué sentido? Pues las propias normas nos lo indican en principio, a través de criterios a los que los juristas desde hace tiempo hemos denominado «carga de la prueba» (por

---

la instancia en uso de la facultad que le confieren los artículos 316, 326, 348, 376 y 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y sobre la base de la actividad desarrollada en el juicio oral, con la observancia de los principios de inmediación, contradicción y oralidad a que esa actividad se somete, conducen a que *por regla general deba reconocerse singular autoridad a la apreciación de las pruebas hecha por el juez en cuya presencia se practicaron*, pues es este juzgador, y no el de alzada, quien goza de la privilegiada y exclusiva facultad de intervenir en la práctica de prueba y de valorar correctamente su resultado, apreciando personal y directamente, sobre todo en la prueba de testigos, su expresión, comportamiento, rectificaciones, dudas, vacilaciones, seguridad, coherencia, y en definitiva, todo lo que afecta a su modo de narrar los hechos sobre los que son interrogados haciendo posible, a la vista del resultado objetivo de los distintos medios de prueba, formar en conciencia su convicción sobre la verdad de lo ocurrido; pues de tales ventajas, derivadas de la inmediación, contradicción y oralidad en la práctica probatoria carece el tribunal de la apelación, llamado a revisar esa valoración en segunda instancia; lo que justifica, pues, que debe respetarse en principio el uso que haya hecho el juez de su facultad de apreciar en conciencia las pruebas practicadas en juicio, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente, tal como sucede en autos» (la cursiva es nuestra).

ejemplo el tradicional de que corresponde probar al que afirma) o el aún más famoso de la presunción de inocencia, no exentos de discusiones<sup>68</sup> y de flexibilizaciones<sup>69</sup>. Con ello atendemos ya a una de las inquietudes de Santo Tomás sobre cómo juzgar que se preguntaba si deben interpretarse las cosas dudosas en sentido favorable<sup>70</sup>.

Pero puede suceder que el juzgador no se encuentre sin pruebas, sino más bien con elementos de escaso valor en sí mismos para influir en la decisión final. El Santo dominico intuía también el problema al hablar de la ilicitud del juicio por sospechas<sup>71</sup>. Se trata de que los elementos probatorios deben tener suficiente entidad objetiva para poder fundar válidamente una condena<sup>72</sup>. No necesariamente pruebas concluyentes, pues es válida también la prueba indiciaria, pero eso constituye no tanto un medio de prueba sino más bien una actividad intelectual del juzgador a partir de la apreciación de los hechos plenamente acreditados, de los que racionalmente es posible llegar a la afirmación de otros enunciados fácticos a través de un nexo directo y lógico existente entre ellos<sup>73</sup>.

Por lo que se refiere a esta compleja cuestión de cómo juzgar, por último es preciso aludir a las intenciones reformadoras del Ministerio de Justicia, según muestra la página *web* del Ministerio de Justicia, y señalar, junto a las importantes modificaciones orgánicas a las que ya antes aludí, se plantean igualmente cambios amplísimos en el modo de proceder de los jueces. La propuesta estrella es la nueva nueva regulación del proceso penal<sup>74</sup> que derogaría nuestra antiquísima Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 –lo cual es deseo unánime–, pero la propuesta en su actual redacción suscita de momento más críticas que elogios, entre otras variadas razones, muy especialmente por el arries-

68 Cfr. NIEVA FENOLL, J. 2013: *La duda en el proceso penal*. Madrid.

69 Son bien conocidas, también en nuestro propio ordenamiento, las alteraciones legales al criterio romano de la carga de la prueba cuando se trata de proteger a ciertos grupos que *a priori* se encuentran en una posición más desfavorable, como los consumidores y usuarios respecto a la publicidad engañosa; o bien la apertura de un ámbito de discrecionalidad al juzgador que debe tener en cuenta cuál de las partes tenía más facilidad para probar: *vid.* PEYRANO, Jorge W. (dir.) 2004: *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe.

70 La respuesta de la *Summa Theologiae* se encuentra en el artículo quinto de la cuestión 60: «Mientras no aparezcan manifiestos indicios de la malicia de alguno, debemos tenerle por bueno, interpretando en el mejor sentido lo que sea dudoso».

71 Dice Santo Tomás en la cuestión 60, art. 3: «Cuando algún juez procede a condenar a alguien por sospecha; esto también pertenece a la injusticia, y, por ello, es pecado mortal».

72 Justamente LAUDAN, Larry. 2011: *El estándar de prueba y las garantías procesales en el proceso penal*. Buenos Aires, dedica su estudio a combatir la subjetividad y la ambigüedad de los estándares actuales.

73 Cfr. CORDÓN AGUILAR, Julio César. 2012: *Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal*. San Sebastián, 53.

74 Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012. Aunque en la portada del documento que se encuentra en la página *web* del Ministerio de Justicia aparece el nombre que se acaba de transcribir, varias páginas más adelante en el mismo documento el título que se muestra es el de «Código Procesal Penal» y en el texto de la Exposición de Motivos el de «Código de Proceso Penal». En realidad es lo mismo, las Leyes de Enjuiciamiento son y han sido códigos, pero estas últimas denominaciones supondrían un cambio significativo en nuestra tradición procesal.

gado propósito, tantas veces debatido, de entregar la investigación penal a la Fiscalía, a esta Fiscalía jerarquizada y muchas veces sospechosa de influencias políticas, sobre todo cuando se trata de no imputar, de no acusar o de retirar la acusación. A la par, y con algunas contradicciones respecto a esta Propuesta de nuevo Código Procesal Penal, se tramita el Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la Víctima, además de una propuesta de codificación de las normas de cooperación procesal penal con los demás Estados de la Unión Europea. Pero también se han propuesto modificaciones significativas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que pretenden reformar los juicios verbales civiles y dar a la figura de los procuradores un papel dinamizador de las relaciones entre las partes, sus abogados y las Oficinas Judiciales utilizando los avances en las tecnologías de comunicación, aunque todavía no está claro quién podrá ejercer como procurador, según otros textos tramitados en otros ministerios. Tenemos también en la casilla de salida, entre otros, el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, en medio de una vorágine de intereses encontrados que ya hicieron fracasar un anterior proyecto, y el de Eficiencia de la llamada «Jurisdicción Contencioso-Administrativa» con numerosas propuestas innovadoras como la ampliación de la posibilidad de procesos con relevancia colectiva.

#### 4. QUID EST IUDICARE?

Y nos queda lo que en buena lógica tal vez debiera haberse tratado al principio: responder a la pregunta de en qué consiste el acto de juzgar. Todos los estudiantes de Introducción al Derecho Procesal saben a estas alturas del curso que quienes ejercen la potestad jurisdiccional conforme a la Constitución tienen en nuestro sistema jurídico una función primordial, a la que técnicamente damos el nombre de «función jurisdiccional». Se trata simplemente de responder a la pregunta de qué hacen los órganos jurisdiccionales. O, si se prefiere, qué hacen los Jueces y los Tribunales. El primer día de clase todos responden sin dudarle: «juzgar». Algo más cuesta sacar la segunda parte, que implica añadir a lo anterior «y hacer ejecutar lo juzgado», es decir, hacer cumplir coactivamente aquello que no sea voluntariamente aceptado por quien haya perdido el pleito.

Pero los verdaderos problemas surgen por fuerza cuando se pretende dar un paso más y se pregunta: «¿en qué consiste esto de juzgar?», porque las respuestas son múltiples y las variantes casi infinitas. También lo son las implicaciones, pues ya ha quedado claro que estamos ante un acto muy complejo en el que inciden elementos de naturaleza heterogénea, no todos fácilmente detectables y, por tanto, difíciles de discriminar y de neutralizar. Desde luego, sin ánimo de resumir aquí clasificación alguna sobre las respuestas que la doctrina ha dado a esta cuestión básica, sí quisiera apuntar algunas ideas que influyen en la respuesta: las ideas de protección a quien

tiene la razón en un litigio, de cumplimiento de las normas aplicables al caso, de solución de controversias, de búsqueda de la verdad o, incluso, de pacificación social.

Santo Tomás se preguntaba si debe dictarse el juicio según las leyes escritas y se respondía con la tradicional diferenciación entre Derecho natural y Derecho positivo, aunque en ambos casos venía a decir que la norma debe contenerse en la ley escrita<sup>75</sup>. Desde luego, en el mundo actual, es evidente la cada vez menor importancia del derecho consuetudinario por lo menos en el Derecho interno –mayor en el Derecho internacional–, pero se han constatado los peligros y la imperfección de la mera ley escrita, porque con frecuencia tiene problemas internos, tales como contradicciones –antinomias– que hay que resolver, o también lagunas legales, que hay que colmar. Hace tiempo que la más acreditada doctrina ha llevado a la palestra los denominados «casos difíciles» para los que la norma escrita no da una respuesta inmediata<sup>76</sup>. Así una visión sistemática del Derecho nos lleva a una interpretación más principal, en la que las normas escritas se interpretan en un contexto amplio, no sólo enmarcado por la letra de la ley ordinaria, sino desde la Constitución, pero también por las normas internacionales que vinculan también a nuestro Estado, por ejemplo, la Convención Europea de Derechos humanos y libertades fundamentales o la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y desde luego por el entorno social en que deben ser aplicadas, criterio aplicativo de importante actualización automática del ordenamiento<sup>77</sup>.

Sin ánimo de entrar a estas alturas en las disquisiciones evangélicas que preocupaban a Santo Tomás sobre si es lícito juzgar<sup>78</sup>, sí me parece fundamental resaltar que ello nos lleva a una aproximación del concepto de juicio como acto de justicia y esta es también la apreciación de la propia ciudadanía al enfrentarse críticamente a las resoluciones judiciales. Justamente el Aquinate afirma que el juicio comporta la recta determinación de lo que es justo, lo cual corresponde propiamente a la justicia<sup>79</sup>. Con

75 Q. 60. a. 5: «Las leyes, no obstante, se escriben para la declaración de ambos derechos, aunque de diferente manera. Pues la ley escrita contiene el derecho natural, mas no lo instituye, ya que este no toma fuerza de la ley, sino de la naturaleza; pero la escritura de la ley contiene e instituye el derecho positivo, dándole la fuerza de autoridad. Por eso es necesario que el juicio se haga según la ley escrita, pues de otro modo el juicio se apartaría ya de lo justo natural, ya de lo justo positivo».

76 Cfr. DWORKIN, Ronald. 1984: *Los derechos en serio*. Barcelona, 146-208. En nuestra propia Casa son muy esclarecedoras las páginas de RODILLA GONZÁLEZ, Miguel Ángel. 2013: *Teoría del Derecho*. Salamanca, cuando trata sobre «la coherencia y compleción» del Derecho como sistema normativo, de las que nos interesa especialmente su conclusión de las páginas 385-387, pues en ellas relaciona precisamente este sistema y esos rasgos con los presupuestos de la actividad jurisdiccional: «Los tribunales están obligados a fundamentar sus decisiones, y están obligados a fundamentarlas apelando no a cualesquiera razones sino a razones suministradas por el sistema jurídico».

77 CALAMANDREI, Piero. *Elogio...*, op. cit., 177: «Non basta che i magistrati conoscano a perfezione le leggi come sono scritte; sarebbe necessario che altrettanto conoscessero la società in cui queste leggi devono vivere».

78 Obviamente, la referencia más clara a las palabras de Jesucristo, entre algunas otras que también cita el teólogo y filósofo dominico, es Mt, 7,1: «No juzguéis y no seréis juzgados».

79 *Summa Theologiae*, Q. 60. a. 1.

ello conectamos la actividad jurisdiccional con una serie de cuestiones que constituyen probablemente el núcleo del Derecho, pues en la decisión judicial se concreta la concepción de la justicia que se tenga en un sistema normativo determinado, con todas las inseguridades y limitaciones que pueda en ello haber. O lo que es lo mismo, en términos constitucionales, el juez actualiza en el caso concreto a través de su decisión el conjunto de valores, principios y normas en los que actúa el imperio de la ley, entendida por supuesto en su sentido más amplio.

Este es el núcleo de las implicaciones filosóficas, jurídicas, psicológicas y científicas a las que me refería al principio: el juez o el tribunal se encuentra en una posición muy delicada en la que tiene obligación de resolver el caso que se le ha planteado, y hacerlo de manera imparcial, con los instrumentos limitados e imperfectos que el propio ordenamiento jurídico le suministra, a partir de la re-construcción de los hechos del caso concreto<sup>80</sup> que la práctica de la prueba haya permitido, con los riesgos y sesgos que toda actividad epistemológica y cognitiva puede conllevar<sup>81</sup>, a la que se añade una actuación valorativa tanto de los hechos re-creados, como de las normas o principios aplicables –o más bien, de las normas aplicables en el contexto jurídico en que se encuentran vigentes– y de ellos entre sí. Con ello no tenemos todavía suficiente, pues es preciso exteriorizar con fines más o menos objetivadores toda esta actividad compleja de juzgar, no sólo a fin de permitir un control real por las partes y los órganos superiores, sino también para propiciar que la propia justicia se administra de manera racional para la comunidad jurídica<sup>82</sup>.

Todo ello es, por supuesto, mucho suponer y los problemas concretos son casi innumerables. Apuntemos sólo algunos, que seguramente se han hecho patente en lo que acabo de decir. Partimos de que el juez es imparcial, y no incurre en situaciones subjetivas u objetivas que de por sí pueden influir negativamente en el contenido de su

80 Vid. SOBRAL, Jorge y GÓMEZ-FRAGUELA, José Antonio, en *Psicología Jurídica...*, op. cit., 199-219.

81 Vid. GIGERENZER, Gerd y ENGEL, Christoph. 2006: *Heuristics and the Law*. Cambridge, Massachusetts, especialmente, WAGNER, Gerhard. «Heuristics in Procedural Law», 281-302: «The overall decision of the court, allowing or dismissing the claim, is based on a multiple application of different sets of heuristics to the disputed factual issues. As it turns out, then, disputes are much too complicated to be resolved by a single fast and frugal decision rule, but they are subject to the same constraints in human decision making that apply to any other social setting» (p. 301).

82 Cfr. TARUFFO, Michele. 2011: *La motivación de la sentencia civil*. Trad. Lorenzo Córdoba Vianello. Madrid, 304-305, resalta la función típicamente endoprocesal de la motivación que consiste «en hacer que las partes se den cuenta con claridad del significado de la decisión, especialmente de la eventualidad de una impugnación, y en permitir que el juez de la impugnación valore de manera adecuada el fundamento de la decisión impugnada». ALISTE SANTOS, Tomás. 2011: *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madrid, 286-382, aplica la distinción entre «motivación *coram proprio iudice*», en el que el juez se esfuerza en la búsqueda de las premisas que permiten fundar su decisión, y la «motivación *coram partibus*», expresiva de la corrección formal y material del complejo entramado de inferencias entre todas las razones que justifican la decisión.

decisión<sup>83</sup>, simplemente por el hecho de que el juez parcial no es verdadero juez. Pero aun dentro de los márgenes de la parcialidad el juicio jurisdiccional conlleva otras variables de gran interés para aproximarnos a una decisión que pueda considerarse justa, sin necesidad de entrar en el complejo debate histórico sobre las teorías de la justicia.

Por un lado, está superado ya en buena parte para el Derecho Procesal el debate sobre la existencia de diversas verdades<sup>84</sup>, especialmente la verdad formal y la verdad material, es decir, la verdad a la que se haya podido llegar en el proceso con todas las limitaciones de la prueba, y la verdad real o «verdadera», que a veces permanece oculta en el proceso. Ya CARNELUTTI afirmó que «la verdad es como el agua: o es pura o no es verdad»<sup>85</sup> y mucho más recientemente, uno de los más destacados procesalistas actuales, Michele TARUFFO, publicó en Italia un libro con un título muy significativo: *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*<sup>86</sup>, que ha sido traducido al español con otro título, igualmente interesante: *Simplemente la verdad. El juez y la reconstrucción de los hechos*<sup>87</sup>, donde destaca que «el juez es realmente imparcial en tanto busca de forma objetiva la verdad de los hechos, haciendo de ella el verdadero y exclusivo fundamento racional de la decisión. Aún más, desde este punto de vista la búsqueda de la verdad se vuelve una nota esencial de la imparcialidad del juez». Bien es cierto que el propio sistema constitucional y la necesidad de ponderar derechos fundamentales conlleva límites en esa búsqueda, como muestra la complejidad de la doctrina de la prueba ilícita o prueba ilegal<sup>88</sup>.

Pero, por mucho que conscientemente busque la verdad el juzgador se encuentra con otros problemas, a menudo inconscientes, que son más difíciles de resolver. TVERSKY y KAHNEMAN<sup>89</sup> al evaluar el juicio bajo incertidumbre en 1974 destacaron que los individuos –y por tanto también los jueces– confían en un número limitado de principios heurísticos que reducen las tareas complejas de estimación de probabilidades y valores predictivos a operaciones de enjuiciamiento más simples y añaden que

83 No es aventurado afirmar que la principal autora entre nuestra doctrina que ha tratado con gran rigor esta compleja cuestión es María del Carmen CALVO SÁNCHEZ, de entre sus muchas publicaciones valga destacar *Control de la imparcialidad del Tribunal Constitucional*. Barcelona, 2009, en cuya p. 24 recuerda que «la imparcialidad es lo que justifica la atribución a los órganos jurisdiccionales del monopolio de la función jurisdiccional, a la vez que actúa como contrapeso haciéndolos responsables a fin de que la misma no degeneren en arbitrariedad».

84 Vid. HAACK, Susan. 2008: *Putting Philosophy to Work. Inquiry and Its Place in Culture*. New York, 43-60.

85 CARNELUTTI, Francesco. 1947: *La prova civile*. 2.ª ed. Roma, 34.

86 Bari, 2009.

87 Madrid, 2010.

88 Cfr. HUERTAS MARTÍN, Isabel. 1999: *EL sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*. Barcelona, 128-167 y ARMENTA DÉU, Teresa. 2011: *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*. 2.ª ed. Madrid.

89 El texto, inicialmente publicado en *Science*, 1974, vol. 185, puede verse traducido como Apéndice A con el título: «El juicio bajo incertidumbre: heurísticas y sesgos» (pp. 545-567) en KAHNEMAN, Daniel. 2012: *Pensar Rápido, Pensar Despacio*. 3.ª ed. Barcelona.

estas heurísticas son, en general, bastante útiles<sup>90</sup>, pero a veces conducen a errores serios y sistemáticos, que como parte de una decisión judicial pueden conducir a resultados preocupantes.

No es difícil tampoco intuir que la búsqueda de la verdad se complica cuando se trata de procesos en los que están implicados elementos de las ciencias de la naturaleza, de los que el juzgador carece de conocimientos y tiene que auxiliarse de quienes puedan suministrarle los elementos de juicio fáctico de los que carece, pero con ello recibe también sus influencias, no siempre equilibradas y debidamente compensadas<sup>91</sup>. Pero hay que ser conscientes de que cada vez más la llamada «prueba científica» tiene una importancia mayor en la fundamentación de una decisión judicial en los diversos órdenes jurisdiccionales, por lo tanto, es imprescindible que se apliquen también a estos casos las prevenciones y cuidados de la apreciación de la prueba, con las necesarias adaptaciones<sup>92</sup>.

Por otro lado, la propia argumentación, tanto sobre los hechos, como sobre las normas, principios y valores aplicables al caso, puede tener también sus debilidades, al margen de los eventuales sesgos inconscientes. En principio se trata de una visión flexible, dinámica y pragmática de la actividad jurisdiccional, en la que la pretensión de justicia está de alguna manera presente y se entiende el razonamiento jurídico como característica esencial de una sociedad democrática<sup>93</sup>, e incluso la distinción que el positivismo veía clara entre Derecho y moral se va difuminando<sup>94</sup>, hasta el punto de que el Derecho es visto como un instrumento para hacer efectiva la moralidad pública. Nos acercamos de nuevo a Santo Tomás y a su concepción de la justicia relacionada directamente con el bien y el mal<sup>95</sup>. Pero entre estos razonamientos jurídicos aparentemente racionales a los que me refería se pueden colar también argumentos engañosos o sofismas que sin duda pueden traer confusión al juicio y que la doctrina ha estudiado

90 Vid. más ampliamente GIGERENZER, Gerd; HERTWIG, Ralph y PACHUR, Thorsten. 2011: *Heuristics. The Foundations of Adaptive Behaviour*. New York. PIPERIDES, Calia et al. «Group Report: What Is the Role of Heuristic in Litigation?». En Gerd Gigerenzer y Christoph Engel: *Heuristics and... , op. cit.*, 346: «More generally, we might define the Kahneman and Tversky judgment heuristic as a shortcut mental strategy to solve a judgment problem. We can describe this strategies as an information processing procedure composed of elementary cognitive capacities such as memory retrieval, similarity evaluation, or adjustment from a salient value».

91 Sobre la verdad científica y la misión del juez, son de interés las páginas de DALBIGNANT-DEHARO, Gaëlle. 2004: *Verité Scientifique et Verité Judiciaire en Droit Privé*. Paris.

92 Cfr. ACHINSTEIN, Peter (ed.). 2005: *Scientific Evidence. Philosophical Theories & Applications*. Baltimore; SLOBOGIN, Christopher. 2007: *Proving the Unprovable. The Role of Law, Science and Speculation in Adjudicating Cpability and Dangerousness*. Oxford; BEECHER-MONAS, Erica. 2007: *Evaluating Scientific Evidence. An Interdisciplinary Framework for Intellectual Due Process*. Cambridge.

93 ATIENZA, Manuel. 2012: *El Derecho como argumentación*. Barcelona, 55-56.

94 NINO, Carlos Santiago. 2003: *Introducción al Análisis del Derecho*. 11.ª ed. Barcelona, 432-436, al hablar de la discrecionalidad judicial llega a la conclusión de que no pueden renunciar a su responsabilidad moral de decidir en virtud de principios que consideran válidos, pero no pueden ignorar los objetivos sociales colectivos, ateniéndose a los que están homologados por los órganos que gozan de representatividad democrática.

95 *Summa Theologiae*, II, II, Q. 79, a. 1.

con atención con el nombre de «falacias», es decir, simplemente errores de argumentación o, por extensión, malos argumentos<sup>96</sup>.

Todo ello nos lleva, a su vez, de nuevo a Santo Tomás, que se refería a la sentencia injusta, no en la misma *quaestio* que nos ha servido de guía hasta este momento sino en una posterior relativa a la injusticia del juez al juzgar<sup>97</sup>, donde trata de numerosos aspectos concretos, algunos de los cuales tienen todavía pleno sentido en la actualidad, como si es lícito juzgar contra la verdad que el juez conoce (Q. 68. a. 2), es decir, la eventual aplicación del conocimiento privado del juez para asegurar una mayor justicia de la decisión judicial; o, por otra parte, la base misma del tan manido y exacerbado principio acusatorio: si el juez puede condenar sin que haya acusador (Q. 68 a. 3).

El acto de juzgar por una autoridad pública que ejerce una potestad constitucional, por supuesto, no es garantía de justicia, por mucho que ese sea el objetivo fijado por el propio ordenamiento jurídico, incluso como valor superior (artículo 1.1 de la Constitución Española) e incluso como propósito concreto de la actividad del propio juez en un determinado proceso. En realidad, desde una panorámica general, la sentencia puede ser injusta bien por su propio contenido, bien por el modo de obtenerla, principalmente incumpliendo alguna de las exigencias básicas del proceso. Para contrapesar esas posibilidades justamente está el derecho a recurrir, no porque la opinión de un juez superior tenga mayores garantías de justicia que la del inferior –pues ninguno de los dos es infalible–, sino sobre todo para asegurar por lo menos una doble opinión sobre un mismo asunto<sup>98</sup>.

Pero recordemos que la decisión judicial se enmarca en un sistema de valores, principios y normas, de alcance constitucional, que sirven como límites, amplios y dinámicos al juicio jurisdiccional<sup>99</sup>, de este modo se justifica que órganos especialmente encargados de tutelar subsidiariamente estos límites puedan también intervenir en la delimitación de la justicia de la decisión judicial. Este es el fundamento de la existencia unos órganos jurisdiccionales encargados, entre otras eventuales funciones, del control de la constitucionalidad de las decisiones judiciales y en esta misma tesitura se inscriben los órganos, a los que también me he referido, encargados de declarar si

96 Vid. ATIENZA, Manuel. 2008: *La guerra de las falacias*. 3.ª ed. Alicante; MARTÍNEZ ZORRILLA, David. 2010: *Metodología jurídica y argumentación*. Madrid, 245-267; VEGA REÑÓN, Luis. 2013: *La fauna de las falacias*. Madrid.

97 *Summa Theologiae*, II, II, Q. 68.

98 Cfr. LETELIER LOYOLA, Enrique. 2013. *El derecho fundamental al recurso en el proceso penal*. Barcelona.

99 THOMAS, E. W. 2005: *The Judicial Process. Realism, Pragmatism, Practical Reasoning Principles*. Cambridge, 268: «A constitutional democracy requires that the third branch of government, and not just the legislature and the executive, should be subject to effective constraints (...) They are the backbone of a conception of the judicial role which makes the judicial function an elemental component of a constitutional democracy, preserves the rule of law, vests the judiciary with democratic legitimacy, and provides the law with coordination, coherence and direction».

determinado Estado parte de un convenio internacional ha vulnerado, a su entender, alguno de los derechos humanos o libertades fundamentales proclamados en el texto que le sirve de fundamento.

Nos contaba el maestro CALAMANDREI, que el ideal de un Palacio de Justicia sería aquel del buen tiempo antiguo: una encina, y a su sombra el juzgador que escucha las razones de los justiciables; y en torno a ellos el pueblo que asiste en círculo, sin mamparas ni barreras divisorias. Justicia en abierto, a la luz del sol, sin puertas cerradas ni corredores secretos<sup>100</sup>. Creo que en la medida que sea posible, a pesar de todas las complejidades que he descrito, no debemos alejarnos demasiado de este ideal porque la sustancia sigue siendo la misma.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACHINSTEIN, Peter (ed.). 2005: *Scientific Evidence. Philosophical Theories & Applications*. Baltimore.
- ALMAGRO NOSETE, José. 1984: *Constitución y Proceso*. Barcelona.
- ARAGONESES ALONSO, Pedro. 1997: Madrid: *Proceso y Derecho Procesal (Introducción)*. 2.ª ed.
- ARMENTA DÉU, Teresa. 2011: *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*. 2.ª ed. Madrid.
- ATIENZA, Manuel. 2008: *La guerra de las falacias*. 3.ª ed. Alicante.
- ATIENZA, Manuel. 2012: *El Derecho como argumentación*. Barcelona.
- BEECHER-MONAS, Erica. 2007: *Evaluating Scientific Evidence. An Interdisciplinary Framework for Intellectual Due Process*. Cambridge.
- BUENO DE MATA, Federico. 2011: «Mediación online: ¿La mediación del futuro?». En Fernando Martín Diz (coord.): *La mediación en materia de familia y Derecho penal*. Santiago de Compostela.
- CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen. 1995: «El proceso y sus alternativas: el procedimiento arbitral». *Cuadernos de Derecho Judicial* (Arbitraje, mediación, conciliación), 1995, n.º 27.
- CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen. 2009: *Control de la imparcialidad del Tribunal Constitucional*. Barcelona.
- CAPPELLETTI, Mauro. 1978: «Appunti per una fenomenologia della giustizia nel secolo XX». *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1978, n.º 4.
- CARNELUTTI, Francesco. 1947: *La prova civile*. 2.ª ed. Roma.
- CORTÉS, Pablo. 2011: *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*. London and New York.
- DALBIGNANT-DEHARO, Gaëlle. 2004: *Verité Scientifique et Verité Judiciaire en Droit Privé*. Paris.
- DEL POZO PÉREZ, Marta. 2013: «La cadena de custodia: tratamiento jurisprudencial». *Revista General de Derecho Procesal*, 2013, n.º 30.
- FAIRÉN GUILLÉN, V. 1968: «El proceso como satisfacción jurídica». *Revista Jurídica de Cataluña*, 1968, vol. 67, n.º 4.

100 CALAMANDREI, Piero. *Elogio...*, 322.

- FAIRÉN GUILLÉN, V. 1972: «La potestad jurisdiccional». *Revista de Derecho Judicial*, 1972, n.º 51-52. Madrid.
- GARCÍA ESTÉBANES O. P., Emilio. 1990: «La virtud de la Justicia. Introducción a las cuestiones 57 a 60». En Santo Tomás de Aquino: *Suma de Teología*, III, parte II, II (a). Madrid.
- GIGERENZER, Gerd; HERTWIG, Ralph y PACHUR, Thorsten. 2011: *Heuristics. The Foundations of Adaptive Behaviour* (ed.). New York.
- GÓMEZ DE LIAÑO Y GONZÁLEZ, Fernando. 1995: *Introducción al Derecho Procesal (Abogacía y Proceso)*. 3.ª ed. Oviedo.
- HAACK, Susan. 2008: *Putting Philosophy to Work. Inquiry and Its Place in Culture*. New York.
- HOLLANDER-BLUMOFF, Rebecca y TYLER, Tom R. 2011: «Procedural Justice and the Rule of Law: Fostering Legitimacy in Alternative Dispute Resolution». *Journal of Dispute Resolution*, 2011, n.º 1.
- HUERTAS MARTÍN, Isabel. 1999: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*. Barcelona.
- KAHNEMEN, Daniel. 2012: *Pensar Rápido, Pensar Despacio*. 3.ª ed. Barcelona.
- KORSGAARD, M. Audrey y SAPIENZA, Harry J. 2002: «Economic and Noneconomic Mechanisms in Interpersonal Work Relationships Towards an Integration of Agency and Procedural Justice Theories». En Stephen W. Gilliland (ed.), D. Steiner y Daniel P. Skarlicki (dirs.): *Emerging Perspectives on Managing Organizational Justice*. Greenwich, Connecticut.
- KÜNG, Hans. 1994: *Große christliche Denker*. München.
- LETELIER LOYOLA, Enrique. 2013: *El derecho fundamental al recurso en el proceso penal*. Barcelona.
- MARTÍN DIZ, Fernando. 2010: *La mediación: Sistema complementario de Administración de Justicia* (Premio Rafael Martínez Emperador). Madrid.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, David. 2010: *Metodología jurídica y argumentación*. Madrid.
- NINO, Carlos Santiago. 2003: *Introducción al Análisis del Derecho*. 11.ª ed. Barcelona.
- PEDRAZ PENALVA, E. 1990: «Sobre el “poder judicial” y la Ley Orgánica del Poder Judicial». En *Constitución, Jurisdicción y Proceso*. Madrid.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco. 1978: *Derecho y proceso*. Barcelona.
- ROBBENNOLT, Jennifer K. y STERNLIGH, Jean R. 2012: *Psychology for Lawyers. Understanding the Human Factor in Negotiation, Litigation and Decision Making*. Chicago, Illinois.
- SLOBOGIN, Christopher. 2007: *Proving the Unprovable. The Role of Law, Science and Speculation in Adjudicating Culpability and Dangerousness*. Oxford.
- STEIN, Friedrich. 1990: *El conocimiento privado del Juez*. Trad. A. de la Oliva Santos. Madrid.
- TARUFFO, Michele. 2010: «Judicial Decisions and Artificial Intelligence». En Giovanni Sartor y Luther Branting (eds.): *Judicial Applications of Artificial Intelligence*. Dordrecht-Boston-London.
- TARUFFO, M. y NIEVA FENOLL, J. (dirs.) 2013: *Neurociencia y proceso judicial*. Madrid.
- THOMAS, E. W. 2005: *The Judicial Process. Realism, Pragmatism, Practical Reasoning Principles*. Cambridge.
- TYLER, Tom R. 2008: «Procedural Justice and the Courts». *Court Review*, 2008, vol. 44.
- VAN DEN BOS, Kees, 2005: «What is Responsible for the Fair Process Effect?». En Jerald Greenberg y Jason A. Colquitt (eds.): *Handbook of Organizational Justice*. New York-London.
- VEGA REÑÓN, Luis. 2013: *La fauna de las falacias*. Madrid.
- WALTON, Douglas. 2008: *Witness Testimony Evidence. Argumentation, Artificial Intelligence and Law*. Cambridge.