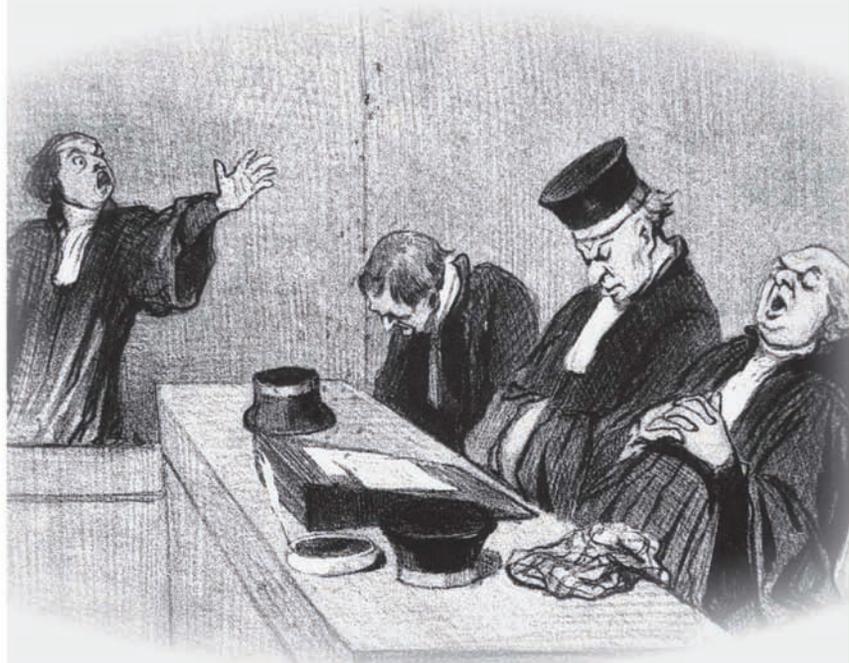


Filosofía del Derecho

Jorge F. Malem Seña

El error judicial y la formación de los jueces



gedisa
editorial

Jorge F. Malem Seña

EL ERROR JUDICIAL Y LA FORMACIÓN
DE LOS JUECES

CLA•DE•MA
Filosofía del derecho

EL ERROR JUDICIAL Y LA FORMACIÓN DE LOS JUECES

Jorge F. Malem Seña

gedisa
editorial

© Jorge F. Malem, 2008

Ilustración de cubierta: «Men of Justice. Lawyers pleading before judges who have fallen asleep», litografía, Honoré Daumier. Image © by Bettman / CORBIS

Primera edición: septiembre de 2008, Barcelona

Derechos reservados para todas las ediciones en castellano

© Editorial Gedisa, S.A.

Avda. del Tibidabo, 12, 3º

08022 Barcelona (España)

Tel. 93 253 09 04

Fax 93 253 09 05

correo electrónico: gedisa@gedisa.com

<http://www.gedisa.com>

eISBN: 978-84-9784-398-0

Queda prohibida la reproducción parcial o total por cualquier medio de impresión, en forma idéntica, extractada o modificada de esta versión castellana de la obra.

Para Teresa y Carlos Malem

Índice

Prólogo	11
1. La motivación de las decisiones judiciales	27
Introducción	27
La justificación interna	32
La justificación externa	33
La justificación externa de las premisas normativas .	33
La justificación externa de las premisas fácticas	43
Cuestiones procesales y el ideal de verdad de los enunciados fácticos en las decisiones judiciales	47
Cuestiones epistémicas y el ideal de verdad de los enunciados fácticos en las decisiones judiciales ...	58
El conocimiento judicial de los hechos	66
La calificación jurídica	75
El lenguaje de las decisiones judiciales	78
Introducción	78
Algunas características y defectos del estilo del lenguaje forense	80
Modificación del lenguaje forense. Tendencias actuales	89
Algunas consideraciones adicionales	92
2. El error judicial	95
Introducción	95

El concepto de error judicial	101
El error judicial en sentido amplio	101
El error judicial en sentido restringido. El error indemnizable	103
Algunas similitudes y diferencias entre un sentido amplio y otro restringido del error judicial	108
Una tipología del error judicial	109
a) Errores en la justificación interna de una decisión judicial	111
b) Errores en el encabezamiento de la decisión	112
c) Errores en el fundamento de derecho	114
d) Errores en el fundamento de hecho	137
e) Error en la construcción de las hipótesis fácticas y en la valoración de las pruebas	144
f) Errores en la calificación	176
g) Errores en el fallo	177
h) Errores por ausencia de motivación	178
Un caso especial de error judicial. La prisión provisional injusta	183
Fuentes y causas del error judicial	186
Errores judiciales atribuibles al juez	187
Errores judiciales no atribuibles al juez	195
Algunas consideraciones adicionales	198
3. La formación profesional del juez	207
Introducción	207
Formación en derecho	209
Formación en materia de hechos	220
Formación en lógica	225
Conocimiento de la realidad	230
Conocimiento en materia lingüística	233
Algunas consideraciones adicionales	239
4. Consideraciones finales	247
Bibliografía	257

Prólogo

La figura del juez ocupa un lugar central en cualquier diseño institucional de un Estado moderno. Es más, en los actuales Estados constitucionales el poder del juez se ha visto incrementando de forma paulatina y profunda.

Existen varias razones que explican la expansión del poder del juez y, por consiguiente, de la actividad jurisdiccional. La primera es la cada vez mayor complejidad de nuestras sociedades, que provoca el aumento de la conflictividad en términos individuales y sociales, sin que paralelamente se hayan generado mecanismos activos no institucionales, cuantitativamente importantes, para la resolución de conflictos. La segunda es una legislación basada cada vez más en principios generales, fruto de consensos políticos, que tienen su origen en muy diversas causas pero que requieren, para su implementación, decisiones institucionales, fundamentalmente judiciales, que los interpreten de forma dotada de autoridad y señalen la vía para su aplicación. La tercera es la manifiesta judicialización de la vida política. En efecto, a los jueces se les requiere con una periodicidad más allá de lo deseable para que resuelvan cuestiones que, en principio, habrían de quedar resueltas en sede política. La cuarta, entre otras muchas razones que podrían mencionarse, es que el poder judicial es la última instancia para la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos ante su amenaza por los organismos públicos, las fuerzas del mercado o sus propios conciudadanos.

Pero aunque se reconozca la expansión del poder del juez y de la actividad jurisdiccional en la vida social, y los peligros que esto

podría conllevar, no hay que olvidar que dicha actividad se inserta dentro de un esquema institucional más amplio, donde ha de reinar un supuesto equilibrio con el resto de los poderes del Estado. En ese sentido, dicha expansión no puede ser ilimitada ni carecer de controles.

La preocupación por la limitación de los poderes del Estado adquiere plena vigencia en el ideal ilustrado en lo ideológico y en la democracia en lo político. En lo ideológico son bien conocidos los argumentos de Kant y de Montesquieu, a los cuales ya me he referido en otro lugar y que no reproduciré aquí.¹

En lo político se han ensayado diversas medidas para restringir y controlar a quienes detentan la capacidad para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Desde el establecimiento de los mecanismos para la elección y remoción de los jueces y magistrados al sistema de recusaciones y de abstenciones de los mismos estos mecanismos están pensados para que el poder judicial no sea omnímodo ni esté comprometido con intereses ajenos a su actividad.

En España, el deber de motivación de las sentencias también se instituyó para hacer frente a la necesidad de disciplinar la tarea de los jueces. Había que limitar la discrecionalidad y el arbitrio judicial y obligar a los jueces a aplicar efectivamente el nuevo derecho legislado por las entonces emergentes autoridades liberales. Un camino apropiado para ello era compelerles a dar razones por sus decisiones. «Para que pudiera constatarse la aplicación del nuevo Código [de Comercio], la fundamentación [de las decisiones judiciales] era, si no imprescindible, muy conveniente. Mantener la prohibición de la misma hubiera favorecido que las sentencias hubieran continuado basándose, en realidad, en las antiguas Ordenanzas.»²

Así, no nos puede extrañar que en los sistemas constitucionales de nuestro entorno los jueces hayan de resolver los diferendos que conocen en virtud de su competencia aplicando el dere-

1. Véase Jorge F. Malem Seña, *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona, Gedisa, 2002.

2. Véase Manuel Ortells Ramos, «Origen histórico del deber de motivar las sentencias», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, n.º 4, 1977, p. 909.

cho de forma motivada, aunque los deberes que tienen los jueces de decidir conforme a derecho y de motivar sus decisiones sean puramente contingentes y su imposición obedezca a una determinada concepción de una judicatura sometida a la ley y al servicio de los ciudadanos.

Pero éstos no son los únicos deberes que han de satisfacer los jueces en su labor de juzgar y de hacer cumplir lo juzgado. Por ello, para enmarcar las posibilidades de actuación del juez, hay que saber en qué ámbito institucional desarrolla su actividad.

Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin han utilizado una clasificación útil para explicar los deberes de los jueces distinguiendo entre el «sistema del súbdito» y el «sistema del juez». A las normas que conforman este último las dividen según sean normas de competencia y normas de conducta. Si bien las normas de competencia, que constituyen la propia noción de juez, son necesarias, las normas de conducta, que regulan los comportamientos debidos o permitidos del juez, son puramente contingentes.³

Cuál será el marco institucional que establezca las competencias y los deberes judiciales depende obviamente de contextos históricos y de los sistemas jurídicos concretos. No obstante, en un Estado democrático las normas que circunscriben la práctica de juzgar y de hacer cumplir lo juzgado establecen, por lo general, que los jueces tienen el monopolio del ejercicio de la potestad de juzgar, que deben dictar sentencias en todos los casos y que deben aplicar el derecho y motivar sus decisiones. Los jueces deben, además, decidir con independencia e imparcialidad.⁴ Y lo que es muy importante, los jueces tienen el deber de contribuir a afianzar la confianza de los ciudadanos en la justicia y de abstenerse de realizar cualquier conducta que vaya en contra de la función que el Estado les tiene encomendada. Todo ello hace que

3. Véase Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974, p. 208.

4. Para una presentación de estas obligaciones como deberes profesionales del juez, véase Francisco Laporta, «La creación judicial y el concepto de derecho implícito», *Revista Jurídica*, Universidad Autónoma de Madrid, n.º 6, 2002. Obviamente puede haber otros deberes institucionales propios de jueces y magistrados, como el de la publicidad de sus actos, por ejemplo.

habitualmente a los jueces se les exija rendir cuentas por sus actos; esto es, que sean legalmente responsables por sus acciones. En este libro se aceptará, por otra parte, que los jueces poseen cierto nivel de discrecionalidad para realizar su labor.

Éstas no son las únicas condiciones que el sistema jurídico puede imponer a los jueces en un Estado democrático, pero a mi juicio son las más importantes. Aquí no prestaré una atención pormenorizada a todos y cada uno de los deberes que han de satisfacer los jueces en el cumplimiento de su función y sólo diré unas palabras sobre algunos de ellos.

Una de las consecuencias más notables que tiene la separación de poderes es el monopolio de la potestad jurisdiccional que tienen los integrantes de la judicatura.⁵ Esto otorga a jueces y magistrados un poder enorme para dirimir los conflictos que conocen en virtud de su competencia. Ese monopolio se manifiesta tanto en la exclusividad como en la unidad jurisdiccional, y esto vale tanto en las fases declarativas del proceso como en las instancias ejecutorias. Supone también que la capacidad para juzgar recae en un único cuerpo de jueces y magistrados y que ellos tienen la facultad para establecer la cosa juzgada.⁶

Otras dos obligaciones que suelen tener los jueces es dictar sentencias en todos los casos y hacerlo aplicando el derecho. No obstante cabe reconocer que estas obligaciones son contingentes y que nada impide que exista un sistema jurídico que exima al juez de decidir cuando no haya norma aplicable, cuando la ley sea oscura o por cualquier otra causa. En palabras de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, «[la] obligación genérica de juzgar comprende toda una serie de obligaciones específicas, relativas a

5. Así lo ha entendido la Constitución española cuando en su artículo 117 establece: «[...] 3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan». Coincide con ello el artículo 2 de la LOPJ.

6. Para un análisis de las consecuencias políticas del monopolio de la potestad jurisdiccional, véase Perfecto Andrés Ibáñez y Claudio Movilla Álvarez, *El Poder Judicial*, Madrid, Tecnos, 1986, especialmente las pp. 153 y ss.

la realización de diversos actos procesales, como por ejemplo, la recepción de la prueba y es relativa a los casos de la competencia del juez. Si el caso no entra en su competencia, éste no sólo no debe resolverlo, sino que normalmente le está prohibido entrar a juzgarlo.

»La obligación genérica se halla, por lo común, legislada en los códigos procesales bajo la forma de la prohibición de abstenerse de juzgar. Pero sería erróneo pensar que la existencia de esa obligación fuera de alguna manera “esencial” o “necesaria”. Se trata de una obligación cuya existencia depende de lo que el legislador establece y, en ese sentido, es contingente. La existencia de ordenamientos jurídicos en los que los jueces pueden abstenerse de juzgar es lógicamente posible e históricamente comprobable».⁷

Que en todos los casos la opción de decidir se ejerza aplicando el derecho es, también, una cuestión contingente. Un sistema jurídico puede autorizar al juez a comportarse como un legislador en caso de laguna⁸ o incluso permitirlo de un modo más general.

Ahora bien, que los jueces tengan la obligación de aplicar el derecho significaría dos cosas diferentes, según se trate de al menos dos tipos distintos de procesos. Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin distinguen entre los procesos declarativos y los normativos que dan lugar a las sentencias declarativas y normativas respectivamente.⁹ En el primer caso se trata de mostrar que un caso individual posee (o no) la propiedad definitoria del caso genérico. Aquí los problemas con los que se encuentra el juzgador son básicamente semánticos, ya que la cuestión consiste en identificar dicha propiedad en los textos legales. «La obligación de fundar en derecho significa aquí que el juez no debe atribuir a las

7. Véase Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Introducción a las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., p. 210.

8. Véase, al respecto, el artículo 1 del Código Civil suizo.

9. Véase Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., pp. 211 y ss. También Daniel Mendonca, *Las claves del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2000, pp. 200 y ss.

expresiones y términos jurídicos significados arbitrarios, sino que debe usar, en lo posible, los significados que ellos tienen.»¹⁰

En las sentencias normativas los jueces, según los citados autores argentinos, deben dar una solución normativa (O, Ph, P); pero como deben hacerlo respecto a casos individuales, las soluciones normativas que ofrezcan son soluciones individuales. Una solución normativa individual será fundada si deriva de una solución genérica. «Por lo tanto, la fundamentación de una sentencia normativa es su derivación de un sistema normativo (sistema que correlaciona casos genéricos con soluciones genéricas). Esa fundamentación comprende varias operaciones: a) clasificación o subsunción del caso individual en algún caso genérico [...] b) determinación de la solución (genérica) que el sistema normativo correlaciona al caso genérico; y c) derivación de la solución para el caso individual mediante las reglas de inferencia del sistema.»¹¹

En resumen, se aplicarán las normas jurídicas si se satisfacen los criterios y las condiciones establecidos por el sistema de aplicación, si los casos son declarativos o normativos. «Tales condiciones pueden ser múltiples y diversas y variables de un sistema a otro. Por lo común, esos criterios de aplicabilidad guardan relación con factores temporales, espaciales, personales y materiales y poseen un grado de generalidad importante.»¹²

En cualquier caso es importante señalar que la obligación que tienen los jueces de fundar en derecho sus decisiones supone que el derecho no se crea mediante la actividad jurisdiccional, sino que preexiste a la misma y supone, por tanto, que los jueces no inventan, ni crean el derecho.¹³ Por esto en la motivación de las sentencias los jueces han de hacer referencia a las normas ge-

10. Véase Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., p. 212.

11. *Ibíd.*, pp. 212-213.

12. Véase Daniel Mendonca, *Las claves del derecho*, op. cit., p. 212.

13. En el mismo sentido, véase Francisco Laporta, «La creación judicial y el concepto de derecho implícito», op. cit., pp. 133 y ss. Para un análisis detallado de la distinción entre «interpretar» e «inventar», véase Marisa Iglesias, *El problema de la discreción judicial*, Madrid, CEPC, 1999, pp. 161 y ss.

nerales que utilizan para resolver el caso y dar razones de por qué se escogen ésas y no otras normas.

Los jueces y magistrados también han de realizar su labor en un marco de independencia e imparcialidad. Y normalmente las constituciones y las leyes ordinarias suelen establecer estos aspectos conteniendo cláusulas para su garantía.

La independencia judicial, en palabras de Christopher Larkins, «hace referencia a la existencia de jueces que no son manipulados para lograr beneficios políticos, que son imparciales respecto a las partes en una contienda y que forman una organización judicial que como institución tiene el poder de regular la legalidad de las acciones gubernamentales, impartir una justicia “neutral” y determinar los valores constitucionales y legales importantes».¹⁴

La idea de independencia ha sido identificada muchas veces con la de imparcialidad. Sin embargo, se ha de evitar esta confusión. Y más si se toma en consideración que la Constitución española, por ejemplo, hace referencia explícitamente a la independencia del poder judicial pero en cambio no añade ninguna referencia a la imparcialidad de los jueces. Y la cuestión no deja de ser llamativa, como señala Rafael Jiménez Asensio, si se piensa que esa misma Constitución se refiere con cierto detalle a la imparcialidad de los funcionarios públicos (artículo 103.3) y a la imparcialidad del Ministerio Fiscal (artículo 124.2).¹⁵

Ahora bien, «la imparcialidad está vinculada a la independencia [...] pues afectan a dos momentos diferentes del ejercicio de la jurisdicción. La independencia constituye una nota esencial de la jurisdicción como potestad, mientras que la imparcialidad afecta a la jurisdicción como función. La primera se predica del momento constitucional, la segunda del momento procesal. Por otra parte, la independencia constituye un presu-

14. Véase Christopher Larkins, «Judicial Independence and Democratization: A Theoretical and Conceptual Analysis», *The American Journal of Comparative Law*, vol. XLIV, n.º 4, 1996, p. 611.

15. Véase Rafael Jiménez Asensio, *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, Madrid, Aranzadi, 2002, pp. 67 y ss.

puesto y un instrumento de la imparcialidad, necesario pero no suficiente».¹⁶

Así, la imparcialidad haría referencia a un determinado estado de ánimo del juez en el momento de juzgar, dominado por las notas de desinterés y de neutralidad y, por lo tanto, sería una propiedad predicable de la persona del juez o magistrado.¹⁷

Tan importantes son las propiedades de independencia y de imparcialidad predicables de los jueces en una democracia que los sistemas jurídicos diseñan un conjunto de abstenciones y recusaciones dirigido a velar por su garantía y su vigencia efectiva.

Existe sin duda una clara relación entre la independencia y la imparcialidad de los jueces y su profesionalidad. «Los mecanismos de reclutamiento que premian la capacidad profesional refuerzan la independencia. Una buena preparación profesional tiende a producir una fuerte identificación con el papel que se desempeña y se convierte, así, en parte de la identidad social y de la autoestima de los jueces, actuando como antídoto eficaz contra influencias impropias de carácter interno.»¹⁸

Otra de las notas características del ejercicio de la potestad jurisdiccional en un Estado moderno es que los jueces tienen discrecionalidad en el cumplimiento de sus funciones. Esta discrecionalidad se advierte no únicamente en las decisiones finales o últimas, sino también en cada paso procesal. Y sin duda se manifiesta tanto en sus acciones como en sus omisiones. Además, la discreción judicial no se limita a las elecciones sobre cuestiones sustantivas, sino que se extiende a los métodos seguidos, a aspectos formales y procesales y a otros factores subsidiarios.¹⁹

16. Véase Gimeno Sendra y otros, *Los procesos penales*, t. 1. Barcelona, Bosch, 2000, p. 472, citado por Rafael Jiménez Asensio, *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, *op. cit.*, p. 70.

17. Véase Rafael Jiménez Asensio, *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, *op. cit.*, p. 71.

18. Véase Carlo Guarnieri, «El acceso a la magistratura: problemas teóricos y análisis comparado», CGPJ, *Manuales de Formación Continuada*, n.º 13, Madrid, 2001, p. 26.

19. Véase Kenneth Culp Davis, *Discretionary Justice. A Preliminary Inquiry*, University of Illinois Press, 1969, p. 4.

Pero los jueces y magistrados no sólo actúan con independencia, imparcialidad y discrecionalidad en un marco de monopolio jurisdiccional. A menudo se suelen recordar las palabras de Thomas Jefferson cuando afirmaba que un poder totalmente independiente es un poder absoluto.²⁰ Para evitar que los jueces tengan un poder absoluto, los ordenamientos jurídicos han establecido un amplio abanico de restricciones a la actividad jurisdiccional a través, entre otros mecanismos, de un sistema de responsabilidades. Así, la responsabilidad de los jueces apareció como un instrumento necesario para evitar un uso absoluto y arbitrario de su poder.

Una persona o un organismo es responsable cuando tiene que «rendir cuentas», esto es, cuando debe explicar y justificar sus acciones. Esto es lo que subyace a la exigencia de que el juez debe fundar sus decisiones. Es más, su responsabilidad se considera como una garantía efectiva para el correcto funcionamiento de la administración de justicia y para la salvaguarda de los derechos del ciudadano. La responsabilidad del juez supone también la idea de que el ciudadano perjudicado por una actuación judicial pueda ser indemnizado por dolo, culpa o error del decisor. Este sentido de la responsabilidad cobra mayor importancia en una democracia porque, como tradicionalmente se ha señalado, una de las características de toda instancia democrática es su responsabilidad.²¹

Pero la idea de la responsabilidad judicial admite no sólo un carácter moral y político, sino que tiene un claro matiz jurídico, ya que, dependiendo sin duda de cada sistema jurídico en particular, el juez debe hacer frente a sanciones de diversos tipos por incumplimiento de sus deberes. En este sentido, la responsabilidad de los jueces puede ser civil, penal o disciplinaria. Estas tres formas de responsabilidad pueden operar disyuntiva o conjuntamente, según el caso del que se trate.

20. Citado por David Curie, «Separating Judicial Power», *Law and Contemporary Problems*, vol. 61, n.º 3, 1998, p. 3.

21. Naturalmente, la responsabilidad de los jueces no nace con la democracia ni se limita a su sistema político. Baste recordar, por ejemplo, la responsabilidad judicial establecida por el Fuero Juzgo o el Juicio de Residencia. Véase, en general, José Almagro Nosete, *Responsabilidad judicial*, Córdoba, El Almendro, 1984, especialmente las pp. 13 y ss.

Como he dicho, el contenido del «sistema del juez» puede variar, ya que depende de los sistemas jurídico-políticos en concreto donde la actividad judicial se inserta. Además, no se puede asegurar que se trate de un sistema plenamente coherente, completo e independiente, puesto que la existencia de contradicciones, lagunas o redundancias es una cuestión empírica.

Así, en cambio es posible afirmar que algunas de las normas que conforman el «sistema del juez» pueden tener un difícil acomodo mutuo debido a que los objetivos que persiguen las unas sufren cierta tensión con las otras cuando se las quiere compatibilizar. El caso más notorio es la dificultad que existe para articular un sistema eficaz, eficiente y justo que engarce la independencia y la imparcialidad de los jueces por un lado con su necesaria responsabilidad por el otro.

No son pocos los que ven en las regulaciones de las actividades de los jueces un peligro para su independencia y su imparcialidad. El exceso de regulación, civil, penal o disciplinaria, hace vulnerable a los jueces frente a sus propios juzgadores o frente a quienes participan en los organismos de control y, en ese sentido, puede afectar a su autonomía personal. Así, la amenaza de que se puedan incoar determinados procesos si se toman decisiones «incómodas» según el criterio de los controladores puede pender como una espada de Damocles sobre la cabeza de los jueces.

Según Luis María Díez-Picazo, «la responsabilidad puede llegar a convertirse, como muestra la experiencia histórica del Antiguo Régimen y del constitucionalismo europeo temprano, en una amenaza permanente que haga naufragar la independencia. Por ello, desde el punto de vista de los principios, tal vez lo verdaderamente coherente con la independencia judicial sea la tradición anglosajona de la absoluta irresponsabilidad de los jueces, salvo la posibilidad de cese parlamentario por el incumplimiento de la indeterminada regla del *good behavior* [...]».²²

Pero ésta no es la única fuente de desajustes entre la independencia e imparcialidad de los jueces y sus responsabilidades.

22. Véase Luis María Díez-Picazo, *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Madrid, Civitas, 1991, p. 107.

También existe la cuestión acerca del diseño de las medidas establecidas para garantizarlas y hacerlas compatibles. Los mecanismos elegidos no son siempre los adecuados. Esto depende de consideraciones institucionales, políticas y sociales más generales que rodean al ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Así, por ejemplo, se establece que los jueces deben ser inamovibles; esto es, que no pueden ser cesados, trasladados o jubilados sin las garantías previstas por la ley y, además, que sus salarios deben ser intangibles. Tradicionalmente, estas medidas han sido consideradas como mecanismos destinados a garantizar la independencia y la imparcialidad. Es verdad que estas disposiciones constituyen herramientas útiles a tal fin, pero de ninguna manera pueden ser vistas como condiciones suficientes a tal efecto. En muchas ocasiones desempeñan un papel contrario y se convierten incluso en muros de contención que impiden que jueces no independientes y parciales puedan ser apartados de su oficio.

Además Luigi Ferrajoli sostiene que establecer un sistema de responsabilidad civil amplio para jueces y magistrados es una idea perversa, ya que puede tener un impacto sumamente negativo en la independencia e imparcialidad del juez que en el momento de juzgar, amenazado por su posible deber de indemnizar por sus errores, asuma posiciones muy conservadoras, consecuentes con las posiciones mantenidas por sus pares. Pero éste no sería el único defecto indeseable: «El peligro de tener que resarcir la totalidad del daño comprometería el sereno y desinteresado ejercicio de la función judicial, involucrando al juez en los intereses de las partes en conflicto y haciendo retroceder a la justicia a formas de discriminación clasista en la dirección única de la delincuencia de los pobres».²³

Por otra parte la responsabilidad penal, aun cuando los supuestos delictuales cometidos por los jueces pudieran multiplicarse y recibir sanción legislativa, tiene el inconveniente del complicado problema de la prueba. Esto ya fue advertido en distintas

23. Véase Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, trad. al cast. de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Madrid, Trotta, 4.ª ed., 2000, p. 600.

sentencias del Tribunal Supremo español, donde se llega a afirmar que en el cohecho, por ejemplo, cometido por jueces, debido a su dificultad probatoria, existe «en la práctica un muy grave efecto de impunidad o cuasiimpunidad».²⁴ Y lo mismo sucede respecto a la imposición de determinadas sanciones disciplinarias donde se suele exigir, como hace el artículo 415 de la LOPJ, que no se dictará resolución —disciplinaria— hasta tanto no haya recaído sentencia o auto de sobreseimiento firmes en la causa penal, y que la declaración de hechos probados en sede penal vincula a la autoridad disciplinaria. Si hay dificultad para imponer sanciones penales debido a problemas probatorios, también la habrá para imponer, por esas mismas causas, sanciones disciplinarias.

En otro orden de cosas, también se debe vincular la independencia e imparcialidad del juez con la idea de que éste está sometido al derecho, esto es, que debe aplicarlo y dar razones de ello. En palabras de Ignacio de Otto, «independencia y sumisión son en principio términos estrictamente correlativos y complementarios. El juez es independiente porque está sometido sólo a la ley, y está sometido sólo a la ley porque es independiente».²⁵

Pero el propio Ignacio de Otto reconoce que «la explicación de la independencia a partir del principio de sumisión a la ley no es, sin embargo, demasiado expresiva en cuanto a su contenido y alcance ni al sentido de la posición del juez, si no se precisan exactamente los términos de esa sumisión, que presenta al menos dos cuestiones abiertas en las que se han producido cambios importantes, con fuerte influencia en el modo de entender la inserción del juez en el aparato del Estado, el papel de la jurisdicción en el conjunto del sistema jurídico. La primera de las cuestiones es determinar qué está incluido en el término ley con que se define aquello a lo cual el juez está sometido [...] El segundo problema es el grado de vinculación del juez que resulta de esa sujeción a la ley: si el fundamento de su independencia está precisamente en

24. STS, 15 de julio de 1988.

25. Véase Ignacio de Otto, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989, p. 172.

la sujeción, la disminución del contenido de ésta plantea en toda su agudeza el problema mismo de la posición constitucional del juez».²⁶

La discrecionalidad, por otra parte, genera diversos problemas si se vincula con la idea de que los jueces funden en derecho sus sentencias y con la idea de la seguridad jurídica que, no conviene olvidar, es uno de los objetivos básicos de todo ordenamiento jurídico. Si un juez tiene una discreción amplia en la interpretación de la ley y en la función de fijar los méritos de los hechos que son objeto del proceso, entonces podría solucionar un caso de un modo y de una manera diferente que otro caso manifiestamente similar. Cualquiera persona estaría a su merced, pudiendo ser beneficiada o perjudicada de un modo sustancialmente desigual. Además, un ejercicio marcadamente discrecional en la interpretación y aplicación del derecho introduce falta de certeza acerca de cuáles son las normas del sistema jurídico, socavando su eficacia y disminuyendo su utilidad.²⁷

En este libro se analizará, con cierto detalle, dos de los deberes básicos que rigen la actividad jurisdiccional de jueces y magistrados y que han de ser entendidos en su anclaje con los demás deberes impuestos por el sistema del juez. El primero, decidir conforme a derecho. El segundo, hacerlo de forma motivada. En España, ambos deberes tienen rango constitucional.²⁸

Cuando el derecho impone que los jueces deben resolver conforme a un sistema de fuentes está estableciendo que la premisa normativa general que se ha de utilizar en el razonamiento judicial ha de provenir o ser identificada precisamente por esas fuen-

26. *Ibíd.*, p. 173.

27. Véase Peter Ingram, «Procedural Equality», en S. Guest y A. Milne (eds.), *Equality and Discrimination: Essays in Freedom and Justice*, Stuttgart, Franz S. Verlag, 1985, p. 47.

28. Para el caso español basta consultar el artículo 120.3 de la Constitución española que establece que: «Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública». De acuerdo con ello véase el artículo 248 de la LOPJ, que establece que las decisiones judiciales tienen que ser motivadas excepto el caso de las providencias que, si el juez lo juzgare conveniente, podrían ser sucintamente motivadas.

tes de creación jurídica.²⁹ Justificar o fundar una sentencia en derecho y en los hechos es construir un razonamiento lógicamente válido donde una premisa hace referencia a una norma jurídica general, otra a consideraciones empíricas que deben aparecer suficientemente acreditadas en los hechos probados y donde la conclusión es la decisión o el fallo. Obviamente, además puede haber premisas analíticas o definicionales.³⁰ Por esa razón, como sostiene Luigi Ferrajoli, «la motivación permite la fundamentación y el control de las decisiones tanto *en derecho*, por violación de ley o defectos de interpretación o subsunción, como *en hecho*, por defecto o insuficiencia de pruebas o bien por inadecuada explicación del nexo entre convicción y pruebas».³¹

Pero la exigencia constitucional de motivación no sólo tiene una significación endoprocesal. En España, por ejemplo, la constitucionalización del deber de motivar las sentencias implicó no sólo un grado de institucionalización mayor respecto al tratamiento jurídico que ya existía sino que, tal como subraya Juan Igartua Salaverría, supuso un cambio radical de panorama. En efecto, la imposición constitucional de ese deber a través del artículo 120.3 implica, entre otras cuestiones no menos importantes, el de su indisponibilidad y además pone de manifiesto con más firmeza la función extraprocesal que dicha motivación posee.³²

Por otra parte, el Tribunal Constitucional español ha sido un defensor activo del cumplimiento del mandato constitucional de la motivación de las sentencias al vincularlo a la garantía a la tutela judicial efectiva y así permitir conocer, por vía de amparo, las impugnaciones que por falta de motivación se incoan contra las decisiones judiciales.³³

29. Véase el artículo 1.7 del Código Civil español: «Los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido».

30. Véase Eugenio Bulygin, «Sentencia judicial y creación de derecho», en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 356.

31. Véase Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 623.

32. Véase Juan Igartua Salaverría, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Madrid, CEPC, 2003, p. 23.

33. Véase, por todas, STC, 55/1987.

La idea de motivación, fundamentación o justificación de las decisiones judiciales no es fácil de determinar. Cuál es el alcance de esa idea se verá con detalle en el próximo capítulo, pero se puede adelantar que afecta tanto a las razones que se deben invocar a favor de tales decisiones como a la formulación lingüística de las mismas.

En esta tarea de motivar sus decisiones el juez puede cometer diversos errores. Los sistemas jurídicos suelen proponer mecanismos para impedir, subsanar o compensar las equivocaciones judiciales de un tipo determinado. Ofrecer una noción amplia de error judicial, examinar qué se considera como error judicial en el derecho español y suministrar una clasificación aunque no sea exhaustiva de dichos errores será objeto de un detenido examen en este trabajo.

En algunos casos los errores judiciales pueden ser imputables al juez, mientras otros se pueden deber a factores ajenos a la acción del juzgador. Ambas hipótesis serán analizados en páginas posteriores. Advertir esta dicotomía contribuirá a aclarar las responsabilidades judiciales a las que hubiera lugar.

Detrás del examen de todas estas cuestiones se advierte la preocupación por establecer cuáles son los conocimientos, las herramientas y las habilidades necesarias para que los jueces no cometan errores y, por lo tanto, para desarrollar la actividad jurisdiccional de una forma técnicamente irreprochable. Cuáles son esos conocimientos, herramientas y habilidades es algo que se analizará con detalle más adelante.

1. La motivación de las decisiones judiciales

Introducción

Como ya se ha señalado, en 1978 la Constitución española estableció el deber de motivar las decisiones judiciales, situándolo en un nivel normativo jerárquico superior al que ya existía legislativamente. Sin embargo, su constitucionalización no resolvió algunas desavenencias acerca de cómo se ha de entender y cumplir dicho deber.

De hecho, la expresión «motivar las sentencias» o, en un sentido más amplio, «motivar las decisiones judiciales» no siempre ha sido utilizada ni comprendida de igual modo. «Motivar», recuerda Alfonso García Figueroa, significa ofrecer motivos; esto es, significa expresar cuáles son las causas por las cuales tiene lugar una acción. De ahí que se haya sostenido que la motivación de las sentencias hace referencia al itinerario psicológico seguido por el juez para fallar en un caso en un determinado sentido. Explicaría o describiría de ese modo las causas psicológicas que llevaron al juez a decidir de una determinada forma.¹

Esta posible interpretación de la expresión «motivar las sentencias» encontraría apoyo no únicamente en el significado habitual del término motivar sino también en otros aspectos igualmente relevantes. En primer lugar, en una determinada con-

1. Véase Alfonso García Figueroa, «De lo que el derecho dice a los jueces», *Jueces para la democracia*, n.º 36, noviembre de 1999, p. 59.

cepción realista del derecho que pone el acento precisamente en los aspectos mentales del juez como un elemento dominante en el proceso de toma de decisión respecto al contenido de la sentencia en los litigios jurídicos y en el impacto que esto produce en la propia construcción del derecho.²

En segundo lugar, porque al menos existe una parte de la dogmática procesal que insiste, sobre todo en lo que se refiere a la valoración de la prueba, en que la decisión judicial escapa a todo control racional y se mueve dentro de lo inefable. Por ello, si acaso, sólo cabría expresar a través de qué caminos habría llegado el juez a la íntima convicción que avalaría su decisión. Como un ejemplo típico aquí se podrían citar las palabras de Guasp: «Se olvida que el resultado a que llega el juez, y que se expresa en la sentencia, es el fruto no de un juicio lógico objetivo realizado por el órgano jurisdiccional a base de los materiales recogidos en el proceso, sino de una convicción psicológica que no está o no debe estar sometida, en cuanto a su formación, a reglas fijadas *a priori*, y en la que entran o pueden entrar, no sólo razonamientos puros, sino simples impresiones, creencias o incluso típicos actos de voluntad. Parece preferible, pues, al examinar el juicio lógico que constituye el primer elemento de una sentencia, rehusar establecer una fórmula o esquema analítico del mismo y limitarse a decir que la sentencia condensa la expresión de la convicción formada por el juez por la comparación entre la pretensión de la parte y la norma jurídica o derecho objetivo».³

En tercer lugar, porque hay esquemas legales que imponen la libre valoración de la prueba, que permiten, en algunos casos, una gran discrecionalidad para decidir y que fomentan (equivocadamente) la idea de que el juez no debe dar razón, en al menos estos supuestos, de su decisión.

Y en cuarto lugar, la identificación de la motivación de la sentencia con una explicación psicológica del iter recorrido por el

2. *Ibíd.*, p. 60.

3. Citado por Andrés de la Oliva y Miguel Ángel Fernández, *Derecho Procesal Civil II*, Madrid, Editorial del Centro de Estudios Ramón Areces, 4.ª ed., 1996, p. 420.

juez en su proceso de toma de decisiones se refuerza si se toma en consideración lo expresado en diversas decisiones judiciales donde se afirma, como ha hecho el Tribunal Supremo español, que «la motivación [...] [es un] medio de exteriorizar el juicio mental realizado por el órgano jurisdiccional».⁴

Todo ello abonaría la idea de que motivar una sentencia consiste en explicar o describir el proceso intelectual seguido por el juez para alcanzar un veredicto.

Ahora bien, la explicación o descripción puede ser causal o intencional, en la bien conocida clasificación de A. Aarnio. La primera hace referencia a relaciones entre causa y efecto. La segunda se vincula a los motivos y las creencias del agente. «En ambos casos, la explicación sigue siendo la respuesta a la cuestión de saber por qué algo sucedió o por qué alguien actuó como lo hizo. Un ejemplo podría ser la explicación de la conducta de un juez. En ella se describe no sólo la actividad (por ejemplo, los movimientos musculares) sino que se proporciona un esquema para la comprensión de la acción.»⁵ Así la motivación de las decisiones jurisdiccionales haría referencia, fundamentalmente, según estas tesis, a una descripción intencional de la labor del juez.

Pero no todos aceptan la idea de que motivar significa explicar o describir. En efecto, hay quienes sostienen que motivar una sentencia es justificarla o fundarla. Esto es, la motivación supondría dar razones o argumentos a su favor que resulten aceptables. Los jueces, dice Manuel Atienza, «tienen la obligación de justificar —pero no de explicar— sus decisiones. *Motivar* las sentencias significa, pues, justificarlas, y para lograrlo no cabe limitarse a mostrar cómo se ha producido una determinada decisión, es decir, no basta con indicar el proceso —psico-

4. STS, 17/10/1990. Citada por Ignacio Colomer Hernández, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 41. Es verdad que el Tribunal Supremo no ha mantenido una doctrina uniforme a este respecto.

5. Véase Aulis Aarnio, *Lo racional como razonable*, trad. cast. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, CEC, 1991, p. 57.

lógico, sociológico, etcétera— que lleva a la decisión, al producto».⁶

En todo caso, la idea de motivación como de justificación de una decisión no sólo se ha de distinguir claramente del iter psicológico por el cual el juez ha dictado sentencia, sino que se ha de diferenciar también del propio acto de decidir. Esa distinción parecería que se desprende, según Tomás Fernández Rodríguez, del artículo 9.3, *in fine*, de la Constitución española cuando prohíbe la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes públicos.⁷ En ese sentido, la disposición constitucional española establecida en el artículo 120.3 o la contenida en el artículo 248 de la LOPJ, que legisla la obligación de motivar las decisiones judiciales, exigirían que esas decisiones deban ser justificadas.

Pero ésta no es la única cuestión relevante para establecer cómo se ha de entender la imperiosa reclamación jurídica de motivación de las decisiones judiciales. También hay que atender a la legislación ordinaria para saber qué exigencias legales, de forma y de contenido, debe satisfacer el juez para que sus actos procesales y sus fallos queden justificados. Cuáles son estas exigencias es una cuestión empírica y su imposición es contingente.

Estas exigencias legales suponen límites a la actividad motivadora del juez. El legislador suele imponer estos límites señalando, por ejemplo, cuál ha de ser la estructura de la sentencia o cuáles han de ser los elementos sobre los que ha de recaer la motivación. También es posible que se deba justificar la calificación de los hechos. «Es decir, a través de la estructura de la sentencia el legislador encauza y condiciona las posibilidades de motivación de los jueces. De manera que no es descabellado considerar que la *praxis* de los jueces al motivar está condicionada directamente por el diseño de las sentencias que realiza cada una de las leyes proce-

6. Véase Manuel Atienza, «¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?», *La crisis del derecho y sus alternativas*, Madrid, CGPJ, 1995, p. 252.

7. Véase Tomás Fernández Rodríguez, «Principios y reglas: la discrecionalidad administrativa y la judicial», en Perfecto Andrés Ibáñez (dir.), *La experiencia jurisdiccional: del Estado legislativo de Derecho al Estado constitucional de Derecho*, Madrid, Cuadernos de derecho judicial, CGPJ, 1999, p. 167.

sales. La influencia del reconocimiento legal de la obligación de motivar se concreta en fijar un contenido mínimo a la motivación sobre la base de establecer una estructura de la sentencia a la que deberán someterse los jueces.»⁸ Por todo ello, no se suele exigir una justificación exhaustiva de todas las cuestiones y argumentos que surgen en el proceso sino sólo una justificación suficiente de las cuestiones relevantes de acuerdo con los criterios constitucionales y legales.

Pero todo esto no ha de impedir que se distinga entre dos sentidos de la idea de motivación. El primero hace referencia a la exigencia de explicitar las razones que se aducen. Volveré sobre esta cuestión más adelante. El segundo a la exigencia de justificación propiamente dicha. Motivación consiste en mostrar, en ese sentido, que la decisión judicial es conforme a derecho.⁹ Como resulta obvio, se puede satisfacer una de esas dos exigencias pero no la otra.

Según una determinada interpretación estándar, para que una decisión judicial sea justificada ha de serlo tanto interna como externamente.¹⁰ Sin embargo, no siempre se han utilizado dichos criterios otorgándoles el mismo significado. Como ha señalado acertadamente Cristina Redondo, la distinción entre justificación interna y justificación externa se puede referir a problemas sobre «1) si las razones de la justificación judicial son de carácter interno o externo al sistema, 2) si la obligación del juez incluye o no el deber de garantizar la corrección moral del argumento y 3) los tipos de argumentos (lógicos o no lógicos) adecuados a cada justificación».¹¹ Esto hace imprescindible que se expliciten en qué sentido se utilizan ambos tipos de justificación.

8. Véase Ignacio Colomer Hernández, *La motivación de las sentencias*, op. cit., p. 109.

9. Véase Rafael Hernández Marín, *Las obligaciones básicas de los jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 145.

10. Por todos, véase Jerzy Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. cast. de A. Azurza, Madrid, Civitas, 1985, pp. 57 y ss.

11. Véase Cristina Redondo, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, p. 221.

La justificación interna

En lo que sigue entenderé por justificación interna aquella que reúne las propiedades de ser formal y objetiva. Esto es, una sentencia estará internamente justificada si su fallo se deriva lógicamente de sus premisas normativas y fácticas expresadas en los fundamentos de derecho y de hecho, respectivamente, más una serie de definiciones pertinentes.¹² En este sentido, este nivel justificatorio no supone ninguna referencia a la psicología del juez, ni implica ninguna afirmación o valoración moral.¹³ Sólo supone la corrección (lógica) del argumento.

Para mostrar la exigencia de que una sentencia ha de estar internamente justificada basta señalar la abundantísima jurisprudencia existente en el Tribunal Constitucional español al respecto. Por toda ella vale lo afirmado en la STC, 54/2000: «Este Tribunal ha declarado que contradice el derecho a la tutela judicial efectiva aquella resolución judicial que revela una evidente contradicción interna o incoherencia notoria entre los fundamentos jurídicos, o entre éstos y el fallo, en tanto que uno de los variados contenidos de aquel derecho fundamental es el que dicte una resolución fundada en derecho, motivada y razonada y no arbitraria. De ahí que sólo una resolución razonada y suficiente permite el ejercicio del derecho a la tutela judicial, porque una motivación radicalmente contradictoria no satisface los requerimientos constitucionales».

Y también se advierte la necesidad de una justificación interna a través de la existencia y de la función que cumple el recurso de aclaración,¹⁴ un remedio que se puede utilizar en materia laboral, por ejemplo, cuando el fallo de una sentencia que condena a una parte a pagar una determinada cantidad de dinero por despido

12. Véase Eugenio Bulygin, «Sentencia judicial y creación de derecho», en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, CEC, 1991, pp. 355 y ss.

13. Véase Cristina Redondo, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, *op. cit.*, p. 227.

14. Este recurso interesa a todos los ámbitos competenciales. En materia penal, considérese el artículo 161 de la LECr.

calificado de improcedente y cuya cantidad no se sigue de las premisas aducidas debido a errores en el cálculo matemático [o lógico]. El auto que resuelve dicho recurso no puede modificar los fundamentos aducidos en la sentencia, ni el sentido de la misma, debe limitarse a establecer cuál es el fallo matemáticamente correcto. Dicho auto aclaratorio tiene por finalidad garantizar la corrección formal y objetiva [corrección lógica] del fallo.¹⁵

La justificación externa

Para que una decisión jurisdiccional esté externamente justificada lo han de estar tanto sus premisas normativas como las fácticas, de forma conjunta. Pero establecer los criterios para la justificación de dichas premisas no es tarea fácil, ni ha resultado pacífica en la doctrina y en la jurisprudencia.

Aquí no es mi intención hacer un análisis pormenorizado de todas las cuestiones atinentes a la justificación externa, sino más bien mostrar algunos de los problemas con los que se enfrenta quien desee motivar adecuadamente una sentencia y señalar, en capítulos posteriores, cuáles son las herramientas y las destrezas necesarias que debe poseer del juez para alcanzar ese objetivo.

La justificación externa de las premisas normativas

Los jueces tienen el deber de resolver las controversias que conocen en virtud de su competencia aplicando el derecho. Esto es, para solucionar las cuestiones planteadas han de invocar una o

15. Así se puede leer, por ejemplo, en la STC, 54/2000: «La intangibilidad de las sentencias, que integra el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, veda a los jueces y tribunales modificar sus resoluciones al margen de los supuestos taxativamente previstos en la ley y, por lo tanto, la vía de la aclaración o de la rectificación es sin duda inadecuada para corregir errores de derecho o sustantivos, por muy importantes que sean, y más aún para anular y sustituir una sentencia firme por otra de signo diverso».

varias normas jurídicas generales y deben ofrecer razones de por qué las han escogido.

Pero la identificación de la norma aplicable y la aplicación propiamente dicha de la misma no es una labor sencilla. El modelo simple y mecanicista de aplicación del derecho que supone que el juez es capaz de escoger entre normas simples, claras y precisas, sin necesidad de ser interpretadas, y que es capaz de conocer los hechos que causan el diferendo jurídico sin ningún inconveniente está más que superado. La idea de que todos los casos jurídicos requieren operaciones simples y que sus soluciones son fáciles ha sido abandonada.

Muchas y muy variadas son, en ese sentido, las operaciones que el juez ha de llevar a cabo en el proceso de toma de decisiones, como diferentes son las razones que han de ser esgrimidas para justificar la premisa normativa que servirá de base al fallo de la sentencia.

Como se sabe, uno de los aspectos centrales para dilucidar previo al proceso de aplicación del derecho consiste en interpretar las formulaciones normativas manifestadas en los textos jurídicos dotados de autoridad.¹⁶ Para decirlo con palabras de Riccardo Guastini, «la interpretación es el presupuesto necesario de la aplicación».¹⁷ Esos textos están expresados básicamente en un lenguaje natural sólo parcialmente tecnificado y, por lo tanto, poseen las propiedades de los lenguajes naturales: vaguedad, ambigüedad, textura abierta y contenido emotivo. Así, a través del proceso interpretativo se trata de adjudicar significado a esos textos dotados de autoridad.

Ahora bien, dado que la adjudicación de significado sólo se puede hacer a través de otra formulación lingüística, dicho pro-

16. Naturalmente, existen normas jurídicas que no están expresamente formuladas en textos escritos, como es el típico caso de la costumbre. Pero esas normas se pueden expresar en un lenguaje jurídico y por lo tanto plantean los mismos problemas. No dedicaré mi tiempo a estos asuntos ciertamente marginales en nuestro ámbito jurídico-cultural. En cambio, sí me referiré más adelante a los principios que suelen no estar expresamente formulados en los textos escritos.

17. Véase Riccardo Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. cast. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, Porrúa, 2004, p. 5.

ceso siempre precluye en un nuevo texto. Así, un enunciado interpretativo tendría la estructura «p» significa «q». Esto es lo que permite hacer una analogía entre el proceso interpretativo y el de traducción, donde el significado es precisamente aquello que se preserva al traducir una formulación en otra.

Pero esta tarea de traducción de los textos jurídicos a los enunciados interpretativos no está exenta de peligros. En primer lugar, porque existen múltiples criterios y argumentos interpretativos que son bien conocidos y comúnmente utilizados por los juristas prácticos, los dogmáticos y los teóricos del derecho. Del argumento *a contrario* al argumento histórico, del argumento sistemático al argumento *a fortiori*.¹⁸ Y lo que es más importante, el resultado de la aplicación de un argumento interpretativo puede variar si se usa otro criterio. En segundo lugar porque no existe, desde un punto de vista teórico, un orden lexicográfico de ordenación de esos argumentos. Esto hace que, salvo que así lo establezca el sistema del juez, y sin duda no en todos los casos, el intérprete tenga discrecionalidad para escoger qué criterio interpretativo debe utilizar.¹⁹

Además, se puede presentar una dificultad añadida a las mencionadas, y es que a veces el intérprete tiene que apelar a construcciones dogmáticas controvertidas para dotar de pleno significado a las expresiones lingüísticas formuladas en las fuentes jurídicas. Para referirse a este problema, Riccardo Guastini ofrece diversos ejemplos de la Constitución italiana de los cuales extraigo el siguiente. El artículo 139 de dicha Constitución prohíbe que sea revisada la «forma republicana» de Estado. Y dado que el

18. Por todos puede consultarse G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milán, Giuffrè, 1980, especialmente las pp. 341 y ss.; Francisco José Ezquiaga Ganuzas, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, México, TRIFE, 2006; y José Juan Moreso Mateos, *Lógica, argumentación e interpretación del derecho*, Barcelona, UOC, 2005.

19. Un ejemplo que puede mostrar cómo el sistema del juez obliga a que éste utilice ciertos criterios interpretativos en detrimento de otros es el del artículo 4 del Código Penal español. En él se establece que en materia penal se ha de seguir un criterio interpretativo estricto, y que por tanto queda vedado utilizar, entre otros, el argumento por analogía.

significado de esa cláusula no es claro se ha de recurrir a las elucubraciones teóricas sobre la «forma republicana» que no son, por otra parte, indiscutidas. Según algunas tesis, «republicana» haría referencia a un sistema político opuesto a «monárquico»; según otras, «republicana» implica el respeto por la soberanía popular. Aceptar una u otra de estas concepciones depende en buena parte de la discrecionalidad del intérprete y dota al texto constitucional de contenidos diferentes.²⁰

Pero la interpretación jurídica no se reduce a la labor de adjudicar significado a textos dotados de autoridad. La interpretación supone también la actividad de sistematización de las normas, que no es otra cosa que extraer sus consecuencias lógicas para tratar de encontrar soluciones jurídicas a las cuestiones planteadas. Según Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, «parece claro que la descripción del derecho no consiste en la mera transcripción de las leyes y de las otras normas jurídicas, sino que comprende, además, la operación que los juristas denominan vagamente “interpretación” y que consiste, fundamentalmente, en la determinación de las consecuencias que se derivan de tales normas. En particular, los juristas están interesados en descubrir cuáles son las soluciones que el derecho establece para tales o cuales casos [...] Así, pues, buena parte de lo que los juristas llaman “interpretación” en este contexto puede ser reconstruido como determinación de las consecuencias normativas de un conjunto de enunciados de derecho para un problema o una materia determinada».²¹

La tarea de sistematización normativa es compleja. Hay que tener en cuenta tres elementos. El problema que se quiere resolver conforme a su regulación jurídica, el conjunto de disposiciones jurídicas que regulan la materia donde se inserta el problema y las reglas de inferencia mediante las cuales se opera.²²

20. Véase Riccardo Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, op. cit., p. 58.

21. Véase Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., pp. 113-114.

22. *Ibíd.*, p. 114.

Ambos sentidos de interpretación, como adjudicación de significados a textos dotados de autoridad y como sistematización normativa, tienen algunas diferencias y, por ello, se les suele llamar identificación de normas en el primer caso y sistematización de normas en el segundo.²³ Si en el primer supuesto se admite la discrecionalidad más o menos amplia del intérprete, en el segundo esa discrecionalidad no se admite, ya que la sistematización implica cálculos lógicos no opinables.

Otro de los factores que contribuye a aumentar la dificultad de fundamentar la elección de las premisas normativas en las decisiones judiciales es la multiplicidad de normas existentes, que poseen estructuras diferentes y que cumplen distintas funciones. Por ello, los jueces han de ser cuidadosos cuando operan con normas porque han de realizar pasos argumentativos y utilizar herramientas que no son iguales en todos los casos.

Sin querer hacer un examen exhaustivo de los diversos tipos de normas, daré algunos ejemplos de los mismos para mostrar cómo funcionan cuando son utilizados como premisas normativas en las sentencias.

Entre los diferentes tipos de normas se pueden encontrar reglas, principios y directrices. Según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, esta clasificación se puede formular de acuerdo con un triple criterio o enfoque: por su estructura, por su función en el razonamiento práctico y por su conexión con los intereses y relaciones de poder en la sociedad. A renglón seguido reproduciré, de una forma muy esquemática, parte de la tipología y caracterización de las normas ofrecida por los citados profesores alicantinos.²⁴

Estos tres tipos de normas, desde un punto de vista estructural, correlacionan casos genéricos con consecuencias normativas.

23. Véase Pablo Navarro, *Los límites del derecho*, Bogotá, Temis, 2005, pp. 88 y ss.

24. Como es bien sabido, no existe consenso acerca de cuál es la clasificación más adecuada de las normas jurídicas. De hecho, ni siquiera hay acuerdo acerca de cuál es el material jurídico más básico. Todo ello depende de la concepción del derecho que se posea. Asumiré aquí, por razones de utilidad, las propuestas de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero en *Las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel, 2.^a ed., 2004.

Pero mientras las reglas presentan el caso genérico de forma cerrada, los principios lo hacen de forma abierta. Esto es, en las reglas las propiedades que definen los casos, aunque padezcan de vaguedad semántica, son finitas y cerradas. Es decir, están perfectamente identificadas. En cambio, en los principios en sentido estricto las propiedades de los casos genéricos no se encuentran determinados, como por ejemplo en el caso del principio que establece la libertad de expresión.

Las reglas pueden ser de acción o de fin. Las primeras vinculan la consecuencia jurídica (Ph, P, O) a una conducta, mientras que las segundas dejan al intérprete discrecionalidad para establecer cuáles son los mecanismos idóneos para lograr determinados objetivos dadas ciertas conductas o estados de cosas. La regla que castiga el homicidio sería del primer tipo y la regla que establece que el juez puede tomar diversas medidas de no innovar, siguiendo su propio criterio, en un determinado asunto, sería del segundo tipo.

Por otra parte, las directrices o normas programáticas se estructuran de forma abierta tanto en lo que concierne a las propiedades del caso genérico que regulan como a las consecuencias previstas. Se asemejan a las reglas de fin en este último aspecto pero varían respecto a las mismas en la configuración del supuesto de hecho. También varían respecto a los principios en sentido estricto en cuanto a la estructuración del caso genérico, pero no así en las consecuencias asignadas.

Estos distintos tipos de normas cumplen, siempre siguiendo a M. Atienza y a J. Ruiz Manero, diferentes funciones, esto es, constituyen razones diferentes para la acción, sobre todo si se analizan respecto al papel que tienen en la actividad jurisdiccional.²⁵

Las reglas constituyen, según sus opiniones, razones perentorias e independientes del contenido.²⁶ Que son perentorias o protegidas quiere decir que el juez debe aplicar la solución establecida por ellas cada vez que se verifican los supuestos de hecho en ellas contempladas. Que son independientes del contenido

25. *Ibíd.*, pp. 34 y ss.

26. H. Hart ya había señalado este aspecto en sus *Essays on Bentham*.

supone que el juez se debe abstener de valorar o ponderar la calidad de la solución jurídica y adoptarla por el mero hecho de haber sido impuesta por la autoridad legítima, es decir, haber sido identificada por su origen. En las reglas de acción se simplifica la labor del aplicador de normas: constatado el estado de cosas del antecedente se ha de aplicar la solución establecida sin importar cuáles sean las consecuencias que se sigan. En las reglas de fin, en cambio, en cierta medida se traslada al aplicador de dichas normas la responsabilidad por las consecuencias de su decisión.

Los principios pueden ser explícitos o implícitos. Los principios explícitos no son razones perentorias pero sí independientes de su contenido. Se identifican por la fuente de su creación pero no excluyen la ponderación del órgano jurisdiccional sobre el contenido final de su decisión. Los principios implícitos no son razones perentorias ni independientes de su contenido.²⁷

Las directrices generan razones de tipo consecuencialista, en oposición a los principios en sentido estricto que generan razones de corrección. Las primeras están vinculadas a los medios idóneos que hay que utilizar para conseguir fines. Los segundos son razones últimas, es decir, razones categóricas. Las primeras ponen el acento en las consecuencias de la decisión mientras que los segundos permiten que quien aplica los principios se desentienda de las consecuencias. Ambas categorías, principios en sentido estricto y directrices, exigen ponderación, pero lo hacen de un modo diferente. Por ejemplo, en el supuesto de los principios en sentido estricto el intérprete ha de construir un caso genérico y valorar qué peso tiene frente a otra norma, siguiendo el criterio de corrección. En el supuesto de las directrices, se debe establecer cuál es el fin que cabe conseguir y cuáles son los medios para alcanzarlo en la medida en que sean compatibles con otros medios o fines o, en su caso, que afecten menos a otros fines constitucional o legalmente valiosos.

27. *Ibíd.*, p. 36. La distinción entre principios explícitos e implícitos se halla en la p. 27. Los primeros son expresamente formulados por la autoridad normativa; los segundos se adoptan por su coherencia o adecuación con los principios y reglas expresamente formulados.

Éstas son algunas de las piezas del derecho, su estructura y la función que cumplen de acuerdo con las tesis de M. Atienza y J. Ruiz Manero. Enseguida se advierten dos cuestiones importantes. La primera es que puede haber dificultades para identificar cuándo se está en presencia de un tipo normativo u otro. La segunda es que no se opera igual con cada tipo de normas. Y ambas cuestiones influyen en el proceso de la justificación externa de las decisiones judiciales.

En las reglas de acción, el juez ha de establecer si el caso judicial que tiene que resolver corresponde a lo que denota su supuesto de hecho. Para alcanzar ese objetivo y evitar que se aduzca una laguna de reconocimiento por las partes en el proceso, el juez tiene que fijar el alcance semántico de la regla eliminando vaguedades y ambigüedades. También ha de precisar, para cada caso concreto, cuál es la consecuencia jurídica que le asigna dentro de lo que establece la regla. Si para un determinado delito la regla establece una pena de entre 8 y 25 años de prisión ha de fijar, dentro de esos límites, qué es lo que impondrá.

En cambio en las reglas de fin el juez tiene que hacer un cálculo diferente. Ha de saber cuáles son las medidas técnicas disponibles para alcanzar la meta prevista por la regla y escoger una de ellas. La idea de «maximización» u «optimización» propuesta por Robert Alexy y recordada por Atienza y Ruiz Manero supone el conocimiento de esas reglas técnicas básicas. Y si las reglas técnicas están lógicamente vinculadas a las proposiciones anankásticas que indican cuáles son las condiciones necesarias para alcanzar un determinado estado de cosas, significará que el juez deberá conocer y operar con dichas condiciones.

Pero conviene recordar que la eficacia de las reglas técnicas depende del contexto. Lo que es técnicamente útil en un contexto tal vez no lo sea en otro. Esto supone una dificultad añadida en la labor del juez. Y otro tanto sucede con el cumplimiento de las directrices.

En el caso de los principios en sentido estricto se pide al juez que identifique cuáles son los valores morales que están en juego y si hay contradicciones que realice una tarea de ponderación.

Para ello es necesario efectuar, al menos en algunos casos, un razonamiento moral.²⁸

Pero aun cuando el juez haya identificado perfectamente el material normativo existente en el texto dotado de autoridad [o cuya existencia sea implícita] y le haya asignado un significado, todavía debe superar un último escollo para poder fundar adecuadamente la premisa normativa que servirá de base a su resolución: el problema de la aplicabilidad de las normas.

Normalmente se suele aceptar sin mayores discusiones que una norma es aplicable cuando existe la obligación, por parte de los órganos primarios estatales, es decir, los jueces, de aplicarla. Una norma N será aplicable si existe otra norma N1 que obliga a los jueces a aplicarla. Esto explica en parte el carácter institucional del derecho. Aquí conviene recordar que para el derecho español existe la obligación de que los jueces funden sus sentencias aplicando el derecho.

Pero la noción de aplicabilidad y los problemas generados por ella no es tan simple como lo que he enunciado más arriba. José Juan Moreso y Pablo Navarro, por ejemplo, han distinguido entre aplicabilidad externa y aplicabilidad interna.

Por aplicabilidad externa, esos autores entienden: «Una norma N_i es externamente aplicable en un tiempo t a un caso individual c , que es una instancia del caso genérico C , si y sólo si otra norma N_j perteneciente al sistema S_j del tiempo t , prescribe (obliga o faculta) aplicar N_i a los casos individuales que son instancias de C ».²⁹

Por aplicabilidad interna, estos mismos autores entienden: «Una norma N_i es internamente aplicable en el momento t a un caso individual c si y sólo si c es una instancia de un caso genérico C , delimitado por las propiedades definitorias de los

28. Hay quienes piensan que en estos casos basta con que el juez aplique normas de moralidad positiva. Esto es, que aplique normas morales existentes y vigentes en la sociedad. Esta tarea no implicaría una labor diferente a la de identificar cualquier otra norma. Por tanto no sería necesario aplicar ningún razonamiento moral. Aquí no discutiré esta tesis.

29. Véase José Juan Moreso y Pablo Navarro, «Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas», *Isonomía*, n.º 5, octubre de 1996, p. 125.

ámbitos de validez (espacial, temporal, personal y material) de Ni». ³⁰

La aplicabilidad interna haría referencia al alcance de la norma y la aplicabilidad externa a la fuerza institucional de la misma. De ahí que se siga que la aplicabilidad externa supone la aplicabilidad interna. ³¹ No obstante, la cuestión de la aplicabilidad de las normas se puede complicar, como bien señalan los autores mencionados y otros muchos más, si se toma en consideración los siguientes supuestos.

A veces una norma puede ser aplicable internamente, pero no externamente. Éste es el caso de una norma que esté en período de *vacatio legis* o de normas contradictorias donde una (a pesar de ser internamente aplicable) es superada por otra. En otras ocasiones una norma puede ser externamente aplicable aun cuando haya sido formalmente derogada, como en el caso regido por el principio de la aplicación de la ley más benigna en el derecho penal. En determinadas circunstancias los jueces deben aplicar normas no pertenecientes al sistema jurídico, como en los asuntos regulados por el derecho internacional privado o por normas consuetudinarias.

Éstos no son los únicos supuestos del catálogo de las cuestiones atinentes a la aplicabilidad de las normas jurídicas. A veces los jueces también tienen que aplicar principios morales o normas irregulares. ³² En algunos de los supuestos mencionados se adivina una dificultad no reconducible por medio de los criterios interpretativos antes señalados, aunque aquí también es posible advertir la posibilidad de que los jueces hagan sentir sus preferencias particulares para escoger qué norma cabe aplicar.

En resumen, la solidez de las premisas normativas utilizadas en el razonamiento judicial no es fácil de determinar. Influyen demasiados aspectos: desde el lenguaje en que se expresan las

30. *Ibíd.*, p. 127.

31. Véase Pablo Navarro, *Los límites del derecho*, *op. cit.*, p. 30.

32. Véase José Juan Moreso, *La indeterminación de derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 151 y ss. Y véase asimismo Pablo Navarro, *Los límites del derecho*, *op. cit.*, pp. 28 y ss.

disposiciones legales hasta la elección de la norma aplicable. En ese sentido, una decisión estará fundada si su premisa normativa surge de una adecuada interpretación y de una aplicación del derecho idónea. Por ello el juez, como técnico en derecho, ha de saber utilizar las herramientas necesarias y poseer las habilidades suficientes para alcanzar ese objetivo.³³

La justificación externa de las premisas fácticas

Si la justificación de las premisas normativas de las decisiones judiciales se muestra como una cuestión compleja, no lo es menos la justificación de las premisas fácticas. En realidad, esa justificación en sede judicial, que se pone de manifiesto en la llamada prueba de los hechos de las sentencias, recibió una relativa poca atención hasta tiempos recientes como resultado de la idea un tanto ingenua de que se trataba de una actividad más bien mecánica y, en todo caso, simple, y cuya evaluación no generaba ningún problema significativo. Sin embargo, los nuevos análisis movidos por la constatación de su innegable importancia teórica y práctica han provocado un claro giro en esa idea echando por la borda la supuesta simplicidad de la actividad probatoria y la de su producto, que son los enunciados acerca de los que se consideran hechos probados.

No pretendo tratar todas las cuestiones atinentes a la justificación de las premisas fácticas de las decisiones judiciales ni de la prueba de los hechos, ya que excedería ampliamente el objetivo que me he trazado en esta obra, sino mostrar algunos aspectos relevantes para la justificación de esas premisas. En lo que sigue analizaré brevemente por qué es relevante para el derecho que los enunciados sobre los hechos formulados en sede judicial sean verdaderos y, asumiendo una noción de verdad, mostraré esquemáticamente cómo se opera en las ciencias para corroborar o refutar esa propiedad, para luego referirme a cómo prueban los jueces los enunciados fácticos en sus sentencias.

33. Más adelante se analizará cuáles son estas herramientas y habilidades.

Tal vez el aspecto más controvertido acerca de la justificación de las premisas fácticas de las decisiones judiciales esté relacionado con la idea de que esas premisas deben ser verdaderas. El debate abarca tanto a la propia noción de verdad como a los mecanismos y elementos que sirven para corroborarla o refutarla.

Ya es un tópico afirmar que el derecho tiene la pretensión de guiar la conducta de los seres humanos. Para alcanzar ese objetivo suele imputar, a ciertos hechos, determinadas consecuencias normativas. El caso típico es la promulgación de la regla que sanciona el homicidio. De este modo, dice Kelsen, se trata de motivar indirectamente la conducta de los individuos. Si éstos desean evitar la pérdida del bien que implica la sanción a la que se verían expuestos si realizan la conducta descrita en la norma penal han de abstenerse, por ejemplo, de matar a otro. Pero este esquema motivacional funciona bajo la condición, entre otras, de que efectivamente se aplique la sanción correspondiente al individuo que realizó la conducta homicida. Por eso, una vez que la autoridad competente ha constatado que un individuo ha realizado un acto individual subsumible en el acto genérico establecido en el antecedente normativo, debe aplicar la consecuencia prevista por la norma. Si, por el contrario, se aplicara sanciones mediante la instauración de un sistema de lotería o de un sistema alternativo de castigar a un culpable y luego a un inocente y así sucesivamente o sólo castigar a los inocentes, difícilmente la norma que prohíbe el homicidio podría motivar a los individuos y, por ende, dirigir la conducta humana. Ésta es una razón muy potente para sostener que un ideal que debería estar firmemente asentado en el mundo jurídico es que los enunciados sobre los hechos que sirven de fundamento a las sentencias sean verdaderos. Si en una sentencia se establece que Juan mató a Pedro y que por ello debe cumplir determinada pena, el ideal es que, efectivamente, de hecho, Juan haya matado a Pedro.

Pero ésta no es la única razón para sostener que los enunciados fácticos de las sentencias deben ser verdaderos. Lo exige también un principio de justicia. Difícilmente una sentencia será justa si los fundamentos de hecho por los cuales se sanciona a una persona son falsos. En palabras de Michele Taruffo, «inde-

pendientemente del criterio jurídico que se emplee para definir y valorar la justicia de la decisión, se puede sostener que ésta *nunca* es justa si está fundada en una determinación errónea o inaceptable de los hechos. En otros términos, la veracidad y la aceptabilidad del juicio sobre los hechos es conducta necesaria (obviamente, no suficiente) para que pueda decirse que la decisión judicial es justa. En consecuencia, hay un posible margen de injusticia de la sentencia, que coincide teóricamente con la eventual desviación entre la forma concreta en que los hechos se determinen y su verdad empírica». ³⁴

El requerimiento de que los enunciados fácticos en las sentencias sean verdaderos se vincula con la idea de justicia a la que deben aspirar las decisiones judiciales de un modo adicional. Todo Estado de Derecho establece una serie de derechos y de garantías para sus ciudadanos, tanto procesales como sustanciales. Su violación implica un ejercicio arbitrario del poder. Y tal vez no exista mayor arbitrariedad e injusticia que la condena de un individuo por un hecho que no ha cometido. Por ese motivo, los enunciados fácticos sobre los hechos que se declaran probados deben ser verdaderos. Sin esta premisa, los derechos y las garantías de las personas sólo serán papel mojado. ³⁵

Alcanzar este ideal es tan importante que ha sido establecido como un deber del juez en algunos códigos procesales, como sucede en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica de 1988, donde se regula «el deber judicial de establecer “La verdad de los hechos controvertidos” (artículo 33.4)». ³⁶ Además, los sistemas jurídicos arbitran diversas medidas encaminadas a su materialización en las decisiones judiciales. Mencionaré únicamente dos de ellas. La primera son las medidas de mejor proveer, u otras similares, mediante las cuales el juez puede practicar prue-

34. Véase Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, trad. cast. de Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Trotta, 2002, p. 64.

35. Véase Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, *op. cit.*, p. 69.

36. Véase Xavier Abel Lluch, «Reflexiones sobre la iniciativa probatoria del juez civil», en Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy (comps.) *Problemas actuales de la prueba civil*, Barcelona, J. Bosch, 2005, p. 73.

bas no solicitadas por las partes con la finalidad de conocer mejor los hechos que propician el proceso.³⁷ La segunda es la existencia del recurso extraordinario de revisión, por el cual se puede volver a examinar una causa en estado de cosa juzgada cuando se ofrecen nuevas evidencias que indican que los enunciados fácticos que sirvieron para condenar a una persona eran falsos.³⁸

Finalmente, la idea de que los enunciados fácticos sobre los hechos relevantes para el proceso sean verdaderos proviene del deber que tiene el juez de aplicar el derecho, ya que ese deber quedaría incumplido si el juez impone consecuencias normativas a hechos diferentes a los establecidos por el legislador.³⁹

Pero el ideal de que las proposiciones acerca de que los hechos que se declaran judicialmente probados sean verdaderas puede colisionar con reglas o principios del propio sistema jurídico. Así, por ejemplo, el derecho establece presunciones *iuris et de iure* mediante las cuales se declaran como probados hechos que en realidad no se pueden probar, tal como sucedía al declararse como hijos legítimos de los cónyuges los habidos dentro del matrimonio. O cuando se propicia el derecho de una persona a no declarar como imputada sobre alguna cuestión que le pudiera incriminar. O cuando no se admiten pruebas habidas de forma ilegal o irregular que pueden arrojar luz sobre algún acontecimiento relevante para el proceso.

Estos ejemplos ponen de manifiesto que a veces el propio derecho es el que establece restricciones a la actividad probatoria necesaria para conocer lo acontecido o lo que acontece históricamente, o lo que supuestamente acontecerá, y que resulta relevan-

37. No me interesa en este punto debatir si esas medidas afectan al principio dispositivo del proceso. Si en cambio me gustaría afirmar, siguiendo a Ferrajoli, que tanto el proceso dispositivo como inquisitivo persiguen idealmente, en materia penal, la búsqueda de la verdad, aunque con distintos presupuestos y métodos. Véase Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, *op. cit.*, especialmente las pp. 603 y ss.

38. Para el caso español, véanse la Ley de enjuiciamiento civil, arts. 509 y ss.; y la Ley de enjuiciamiento criminal, arts. 954 y ss.

39. Véase Rafael Hernández Marín, *Las obligaciones básicas de los jueces*, *op. cit.*, p. 28.

te para el proceso.⁴⁰ Es decir, a veces el derecho, para poner a salvo ideales o principios en muchos casos absolutamente legítimos, conspira en contra de la posibilidad de que los enunciados fácticos que forman parte de los fundamentos de hecho de las sentencias sean verdaderos. Otras veces esas limitaciones e impedimentos responden a causas o cuestiones simplemente epistémicas. A continuación examinaré brevemente estos dos tipos de obstáculos para poder formular enunciados verdaderos sobre los hechos que sirven para fundamentar las decisiones judiciales.

Cuestiones procesales y el ideal de verdad de los enunciados fácticos en las decisiones judiciales

Tradicionalmente se ha intentado distinguir de un modo tajante entre la cuestión jurídica y la empírica en lo que concierne a la actividad jurisdiccional. Sin embargo, esta distinción radical se muestra inadecuada tan pronto como se analizan con detalle ciertas normas procesales, y algunas sustanciales, que regulan lo que genéricamente se podría denominar el «problema de la prueba».

En efecto, las normas jurídicas inciden de varias formas en la cuestión fáctica. La primera y más obvia surge cuando el sistema jurídico establece cuáles son los hechos relevantes para el proceso y establece qué tipo de hechos deben ser probados: si aquellos que están determinados descriptivamente o aquellos que lo están valorativamente. Un ejemplo del primer tipo es «el que mata a otro»; un ejemplo del segundo tipo es «el que tiene un interés legítimo». En el primer supuesto se exige, para la prueba, un juicio existencial; en el segundo, una valoración.⁴¹ El legislador se puede referir a ellos estableciendo cuáles pueden ser objeto de prue-

40. No se puede dejar de reconocer, sin embargo, que a veces el propio sistema jurídico es el que establece reglas y genera prácticas institucionales que tienen por objeto la búsqueda de la verdad sobre los hechos relevantes del proceso. En este caso, obviamente, las normas no suponen ninguna de las limitaciones a las que se hace referencia.

41. Véase Jerzy Wróblewski, *Sentido y hecho en el derecho*, trad. cast. de Francisco Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría, México, Fontamara, 2001, pp. 263 y ss.

ba, cuáles necesitan ser probados y cuáles quedan excluidos de cualquier actividad probatoria.

Pero el impacto de las normas en la posibilidad de que el juzgador logre un conocimiento de los hechos y pueda, por lo tanto, formular enunciados verdaderos en las premisas fácticas de las sentencias no acaba aquí. En general se suele admitir que existen límites intrínsecos o inherentes a la actividad probatoria y límites extrínsecos a la misma. Los primeros establecen que la prueba debe ser pertinente y útil. Es decir, el medio probatorio ha de estar relacionado directa o indirectamente con el hecho que se desea probar y, obviamente, ha de ser relevante.⁴²

Por otra parte, los límites extrínsecos están determinados por los mecanismos y los cauces legales mediante los cuales se debe llevar a cabo el ofrecimiento, la producción y la valoración de la prueba. Así, el derecho suele establecer quién tiene la legitimidad para ofrecer o producir la prueba, el momento procesal para hacerlo y toda una serie de medidas específicas según sea el concreto medio probatorio que se utilice o el tipo de proceso donde éste se incardina. Y no conviene olvidar que la prueba no se puede obtener ni practicar mediante formas contrarias a la Constitución y a los derechos fundamentales.⁴³

Este listado de reglas y medidas procesales que operan como límite a la actividad probatoria y, por lo tanto, a la forma jurídica de investigar los hechos, no es taxativo. Su contenido se contraerá o expandirá según los sistemas jurídicos concretos, pero no cabe duda de que en los ordenamientos de nuestro entorno éstas son las reglas y medidas más significativas.

Esto implica que no vale cualquier modo de perseguir el conocimiento de los hechos relevantes para el proceso y para ofrecer las razones utilizadas para fundar las premisas fácticas de las decisiones judiciales. No se puede utilizar cualquier evidencia en

42. Véase, dentro de una vasta literatura y por todos, Joan Picó i Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 1996, especialmente las pp. 42 y ss.

43. Para un análisis detallado véase Joan Picó i Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, *op. cit.*, pp. 74 y ss.

apoyo de un enunciado si no ha sido ofrecida, producida y valorada dentro de las vías procesales adecuadas. En ese sentido tiene razón Marina Gascón al subrayar que «el conocimiento judicial de los hechos es institucional».⁴⁴

En este contexto legal, incluido en un proceso civil guiado básicamente por principios dispositivos, el juez mantiene naturalmente la dirección del proceso y de la actividad probatoria. Esta facultad también adquiere diversos matices de acuerdo con lo establecido por el derecho. Pero algunos ejemplos típicos del contenido de esa facultad pueden ilustrar su alcance. En general, el juez puede admitir o no admitir una prueba sin que esto signifique prevalorar o prejuzgar sobre el fondo de la cuestión. Y no sólo respecto a las pruebas típicas, sino que puede hacerlo de igual modo respecto a las llamadas pruebas atípicas, gozando en este caso de una mayor discrecionalidad para llevarlo a cabo.⁴⁵

El juez tiene la facultad de interrogar a los testigos, a los peritos e incluso puede participar en el interrogatorio de las partes. Y, además, el juez tiene cierta autonomía y discrecionalidad en la realización de la prueba de reconocimiento judicial.⁴⁶ Y lo que no es menos importante: el juez, excepto en los casos de prueba tasada, tiene la obligación de valorar la prueba, esto es, ha de formular juicios acerca de los méritos de los medios probatorios sobre la base de la sana crítica.

44. Véase Marina Gascón Abellán, *Los hechos en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2.ª ed., 2004, p. 50.

45. Para un examen de las pruebas atípicas, su admisibilidad, eficacia y valoración, véase Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, *op. cit.*, especialmente las pp. 402 y ss.

46. Naturalmente todo depende de los sistemas jurídicos concretos y de la concepción que éstos adopten sobre la finalidad del proceso. Las competencias del juez en materia probatoria serán más amplias si se piensa en el proceso como en un mecanismo de «búsqueda de la verdad». Serán menores, en cambio, si el proceso se entiende como una mera forma de resolver conflictos donde el juez opera como un árbitro inerte. Véanse al respecto Michele Taruffo, «Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba», *Discusiones*, año III, n.º 3, pp. 87 y ss.; y Mirjan Damaska, *Las caras de la justicia y el poder del Estado*, trad. cast. de Andrea Morales Vidal, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1986, cap. 3.

De la existencia de toda esta madeja normativa que supone límites a la actividad jurisdiccional para conocer la verdad sobre los hechos relevantes de la causa que permita que el juez funde mejor las premisas fácticas de sus decisiones por una parte y de cierta discrecionalidad para actuar que tiene el juez por la otra, se pueden entresacar algunas enseñanzas básicas, pero importantes.

La primera es que, antes de abocarse al conocimiento de los hechos, el juez ha de interpretar las normas jurídicas que regulan el proceso. Y aquí se enfrenta a las mismas cuestiones e idénticos problemas a los que antes hice referencia cuando hablé de la fundamentación de las premisas normativas. Señalar este aspecto no constituye un asunto menor. El artículo 429.1 de la actual Ley de enjuiciamiento civil española, por ejemplo, establece que: «Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrán verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente». La pregunta aquí es: este artículo, ¿impone un deber al juez o solo le otorga una facultad? De la respuesta interpretativa que se dé a esta pregunta se seguirán consecuencias muy importantes no únicamente para la adscripción de responsabilidad por la inacción del juez, sino también respecto a la dirección general del proceso y de los pasos que se pueden o deben dar para la constatación de los hechos. La discrecionalidad de la que goza el juez en la actividad interpretativa para ofrecer una respuesta a esta cuestión tiene un efecto inmediato en la prueba de los hechos.⁴⁷

La segunda enseñanza es que existen ciertas medidas legales que precluyen la posibilidad de que las partes y el juez se puedan interesar sobre la averiguación de la verdad. Aquí el derecho es-

47. Para un análisis de las posiciones doctrinales acerca de esta cuestión véase José Francisco Etxeberria Guridi, *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, especialmente las pp. 268 y ss.

tablece directamente cómo se deben fundar las premisas fácticas, como es el caso en el que opere una presunción *iuris et de iure*. Pero también se cierra la posibilidad de averiguar la verdad en el supuesto de que se trate de una prueba legal o tasada, ya que el juez ha de asignar al medio probatorio el valor establecido normativamente por el legislador, al margen de si confirma o refuta algún hecho relevante para el proceso.

La tercera enseñanza es que el juez no es un agente inerte en materia procesal en general y en materia probatoria en particular, incluso en un sistema de marcado acento dispositivo como es el procesal civil español. Tampoco lo es en otros ámbitos competenciales. Pero en todo el proceso y por ello también respecto a la prueba, el juez ha de mantener su independencia e imparcialidad. Su papel en el proceso es diferente al de las partes y de ningún modo debe suplir la inactividad de las mismas.

La cuarta enseñanza es que el juez goza de distintos niveles de discrecionalidad en el proceso y también en las diversas facetas de la actividad probatoria, desde la admisión de un determinado medio probatorio a su valoración. Incluso puede realizar acciones de oficio a través de las llamadas diligencias finales. Éstas, en el derecho español, se deben establecer mediante un auto y, por esa razón, deben estar motivadas.⁴⁸

La quinta enseñanza es que aunque el juez tenga discrecionalidad en algunos aspectos vinculados a la prueba esto no significa que su actividad esté libre de todo control. Los controles que padece el juez en materia probatoria son muchos y de naturaleza muy diferente. Algunos de ellos se estudiarán más adelante. Pero tal vez una de las restricciones más importante en materia probatoria sea la exigencia de que, al valorar la prueba, el juez ha de seguir el principio de la sana crítica racional. En realidad, como una reacción al sistema de la prueba tasada históricamente vigente se llegó a pensar en un método alternativo, el de la llamada libre convicción en la valoración de la prueba, que implicaba que el juez asumía una posición libérrima en materia probatoria, es

48. Leciv, artículos 434-436.

decir, que el razonamiento del juez en materia de hechos no debía quedar sometido a control alguno. Esta forma de concebir la evaluación de la prueba se puede ilustrar con una sentencia del Tribunal Supremo español de 1978, cuando afirma que: «El juzgador, a la hora de apreciar las pruebas practicadas, las alegaciones de las partes y las declaraciones o manifestaciones del acusado, lo hará no ya sin reminiscencia de valoración tasada o predeterminada por la ley, o siguiendo las reglas de la sana crítica, o de manera simplemente lógica u oracional, sino de un modo tan libérrimo y omnímodo que no tiene más freno a su soberana facultad valorativa que el de proceder al análisis y a la consecutiva ponderación, con arreglo a su propia conciencia, a los dictados de su razón analítica y a una intención que se presume siempre recta e imparcial». ⁴⁹ Sentencia que parecería hacer suyas las palabras de Eduardo Couture cuando se refiere a la libre convicción en la valoración de la prueba y sostiene que ésta es «la remisión al convencimiento que el juez se forme de los hechos, en casos excepcionales en los cuales las pruebas escapan normalmente al contralor de la justicia, por convicción adquirida por la prueba de autos, sin la prueba de autos o aun en contra de la prueba de autos». ⁵⁰

Pero este modo de entender la valoración de la prueba abre las puertas de par en par a la arbitrariedad judicial. Según Luigi Ferrajoli, el modo en que se concibió y practicó la libre convicción del juez «se corresponde con una de las páginas más amargas e intelectualmente más deprimentes de la historia de las instituciones penales [...] Y ha terminado por transformarse en un tosco principio potestativo idóneo para legitimar el arbitrio de los jueces». ⁵¹ En cambio, la concepción actualmente sostenida de un modo mayoritario de la sana crítica racional en la actividad probatoria supone el alejamiento definitivo de ambos extremos: el

49. STS de 10 de febrero de 1978, citada por Francisco Muñoz Conde, «La búsqueda de la verdad en el proceso penal», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 1, 1999, p. 72.

50. Véase Eduardo Couture, *Estudios de derecho procesal civil*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1989, p. 221.

51. Véase Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 139.

de la prueba legal y el de la libre convicción. La exigencia de motivación de las premisas fácticas en el razonamiento judicial avalla esta tercera posición.⁵²

La sexta enseñanza es que entonces el juez ha de respetar ciertas exigencias en la valoración de la prueba si desea que ésta responda a los criterios de la sana crítica. Se ha discutido mucho sobre cuáles son las reglas que constituyen la idea de la sana crítica en materia de valoración de los hechos. Estas reglas serían, según algunos, las de la lógica y las de la máxima de experiencia.⁵³ Según el Tribunal Constitucional español, en cambio, habría que agregar a esos dos tipos de reglas las de la racionalidad general, mientras otros autores suman a todas ellas las reglas técnicas y las de las ciencias aplicables al caso.⁵⁴

La séptima enseñanza es que el juez no puede utilizar el conocimiento adquirido privadamente acerca de un caso para fundar los enunciados fácticos de sus decisiones. El juez, en su cometido, ha de utilizar la información recibida a través de los canales procesales adecuados. Incluso si ha presenciado un acontecimiento que afecta a un determinado asunto bajo su competencia de forma ajena a su profesión, se debe abstener de usar los datos adquiridos por ese medio. Repugna al principio de imparcialidad la idea de un juez que, a su vez, obra, de hecho, como un testigo más.

Pero esto no implica que se impida que el juez haga uso de cualquier conocimiento privado en el momento de la toma de decisión y en la tarea de su fundamentación. En efecto, el juez se enfrenta a sus desafíos profesionales con su bagaje cultural personal, con sus conocimientos acerca de cómo es el mundo,

52. Esto no puede hacer olvidar, empero, que los sistemas jurídicos de nuestro entorno son mixtos en cuanto a la valoración de la prueba, ya que conviven reglas donde se impone la prueba tasada para algunos casos con la regla mayoritariamente vigente de la sana crítica racional.

53. Véase Juan Carlos Cabañas García, *La valoración de la prueba y su control en el proceso civil*, Madrid, Trivium, 1992, p. 140.

54. Muchos piensan que estas últimas reglas ya se encuentran contenidas en las máximas de experiencia. Aquí no prestaré atención a este debate, que me alejaría de los temas centrales de este libro.

conocedor de las relaciones entre los diferentes estados de cosas, con conocimientos técnicos específicos y con sus prejuicios e ideologías particulares. Todo ello constituye algo inescindible de la persona del juez. Es más, «lo que la costumbre exige en determinados negocios jurídicos, el sentido que tienen determinadas expresiones [...] la significación de las palabras en la jerga del hampa, las “reglas” que regulan los robos en cuadrilla, las tretas y artimañas de los astutos industriales: todo esto son muestras escogidas al azar de entre la inagotable masa de conocimientos no jurídicos que, diariamente, el juez tiene que aplicar y aplica».⁵⁵

Entre el conocimiento privado que el juez puede verter legítimamente en los fundamentos de sus decisiones se encuentran las llamadas máximas de experiencia. Estas máximas están constituidas por nociones muy generales derivadas de la experiencia común, representan de alguna manera la cultura de un ciudadano medio y son una herramienta útil en la valoración de la prueba. En palabras de Michele Taruffo, «estas nociones representan, pues, la base de conocimientos “generales” que sirven para la valoración de la prueba y determinan en gran medida su resultado».⁵⁶

No se debe confundir las máximas de experiencias con lo que se consideran hechos notorios. Éstos comprenden los hechos cuyo conocimiento forma parte de la cultura propia de un determinado grupo social en el momento dado, específicamente para lo que aquí interesa, el momento en que se toma la decisión judicial. Son hechos sabidos por el juez y que no necesitan ser probados. Para que los hechos sean notorios deben ser conocidos por todos —o por la mayoría de un determinado grupo—. Ese conocimiento puede ser universal, nacional, autonómico o sectorial —por ejemplo, la judicatura—. Los pueden alegar las partes en el proceso o ser utilizados de oficio.⁵⁷ Y aunque la notoriedad

55. Véase Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez*, trad. cast. de Andrés de la Oliva Santos, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, p. 18.

56. Véase Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, op. cit., p. 219.

57. Véase Juan Montero Aroca, *La prueba en el proceso civil*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 51 y ss.

de un hecho deba ser compartida por amplios sectores de la judicatura, esto no significa que todos los jueces la conozca; su conocimiento depende de cada juez y, por ello, forma parte del bagaje personal de cada uno de ellos.⁵⁸

En ese sentido, los conocimientos que posea el juez contribuirán decisivamente en su tarea probatoria. «La información personal que el juez utilice, salvo casos excepcionales, no es públicamente mencionada y se suele incluir en factores difusamente definidos: las valoraciones personales del juez, su sentido de justicia, la ideología del intérprete, etcétera».⁵⁹ Y esta afirmación, si se asume por completo, tiene evidentes implicaciones en las exigencias sobre la formación del juez, lo que se analizará más adelante.

Ahora bien, la influencia que tienen las normas en la elaboración de los enunciados judiciales sobre los hechos probados ha llevado a sostener dos tesis que, aunque directamente emparentadas, se pueden distinguir analíticamente. La primera es que, en realidad, no hay una gran diferencia entre la interpretación de las disposiciones del derecho y la interpretación de los hechos. No habría una diferencia sustancial entre los fundamentos de hecho y de derecho, ya que siempre se haría una interpretación normativa. La segunda es que los jueces, dado el esquema normativo que les limita y la información suministrada por las partes en las cuales deben basar su decisión, reconstruyen los hechos a través de los enunciados sobre lo que consideran que son hechos probados. Los jueces recibirían información sustancialmente de las partes, que en muchas ocasiones es contradictoria, incompleta, redundante y sesgada. Con ese material confeccionarían una especie de argamasa y con ella «modelarían» o «reconstruirían» los hechos que aparecen en sus decisiones. Éstos serían los hechos a los que jurídicamente habría que atenerse, al margen de su fidelidad con la realidad. La idea de «reconstrucción» hace referencia

58. Los hechos notorios no son los únicos exceptuados de prueba; también lo están aquellos sobre los cuales las partes coinciden. En el bien entendido sentido de que todo ello depende de los sistemas jurídicos concretos. Aquí no prestaré demasiada atención a estos aspectos.

59. Véase Roberto Vernengo, *La interpretación jurídica*, México, UNAM, 1977, p. 8.

a que lo importante en el proceso, a efectos jurídicos, son los hechos que el juez considera que acaecieron, mas allá de si, efectivamente, ocurrieron. Para decirlo en términos del lenguaje procesal estándar, aunque equívoco, lo relevante es la «verdad formal», no la «verdad material». De ese modo se intenta legitimar la idea de que «la búsqueda de la verdad» no puede ser, por ejemplo, la función de la prueba civil. «Si los hechos controvertidos pueden ser sólo los afirmados por las partes, si los medios de prueba a practicar han de ser únicamente los propuestos por las partes y si todo se reduce a que mediante éstos se trata de verificar aquéllos, no hace falta más para convencernos de que la verdad está fuera del alcance de la prueba procesal.»⁶⁰ Así, el juez se movería en un universo de lo «artificial», de lo «reconstruido», por oposición al universo de lo «real», de lo efectivamente acontecido o de lo que acontece.

Pero estas dos tesis han de ser igualmente rechazadas. La primera porque aun asumiendo el impacto que el derecho pueda tener en los mecanismos a través de los cuales el juzgador puede establecer la verdad de los enunciados sobre los hechos considerados relevante no hay que perder nunca de vista que la confirmación de tales hechos depende de criterios epistémicos generales. La segunda es porque la propia idea de «reconstrucción» de los hechos repugna al derecho y supone que da igual condenar a un culpable que a un inocente, darle la razón a quien no la tiene o negársela a quien la posee porque eso responde a la «verdad de los hechos», todo ello a condición de que así lo haya establecido un tribunal. No hay que confundir, como a veces se hace, una decisión errónea o equivocada aunque dotada de autoridad que incluso puede constituir la última palabra en un conflicto con la verdad de lo que se afirma. Como bien señala Herbert Hart, no hay que confundir definitividad con infalibilidad.⁶¹

60. Véase Juan Montero Aroca, *La prueba en el proceso civil*, op. cit., p. 27.

61. Para la distinción entre definitividad (la última palabra) e infalibilidad de las decisiones judiciales véase Herbert Hart, *El concepto del derecho*, trad. cast. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963, pp. 176 y ss.

En resumen, el juez debe tratar de alcanzar el ideal de que los enunciados fácticos que formula en los hechos probados de las sentencias sean verdaderos, aun con las limitaciones propias establecidas por las reglas jurídicas procesales o sustanciales. Pero existen diferentes concepciones de la verdad: la verdad como correspondencia, como coherencia, basada en consideraciones pragmáticas. Asumir una u otra concepción de la verdad no sólo tiene interés teórico sino también práctico, especialmente para la tarea jurisdiccional.⁶² Aquí se asumirá la noción de verdad como correspondencia.⁶³ Con ella se asume que existe una realidad «objetiva» en el sentido de que existe al margen de los sujetos que la conocen y asimismo se acepta que es posible conocer esa realidad, aunque sea de un modo imperfecto. Esa posición se sigue no únicamente por razones ontológicas y epistémicas, sino también porque es la más útil para reconstruir lo que deben hacer los jueces si se desea que con sus decisiones contribuyan a que el derecho cumpla sus funciones de dirigir la conducta humana.

Pero admitir la noción de verdad como correspondencia, que exista una realidad ontológicamente independiente de los sujetos y que esa realidad se pueda conocer de forma imperfecta, no nos revela nada acerca de los mecanismos y procedimientos para la averiguación y la confirmación de la verdad. Esto constituye un problema general y no sólo del ámbito jurídico. Dicho de otra manera y a los efectos que nos interesa, cual es la de una adecuada justificación externa de carácter práctico que sirva para motivar una decisión judicial, la determinación de la verdad de los enunciados fácticos en las decisiones judiciales ha de seguir los criterios para la determinación de la verdad de los enunciados acerca de los hechos en general.⁶⁴

62. Para las diferentes nociones de verdad y de lo que se sigue para la labor jurisdiccional véase, por todos, Marina Gascón Abellán, *La prueba de los hechos*, op. cit., pp. 47 y ss.

63. Asumiré esta posición dogmáticamente. Dar razones me llevaría más allá de lo que pretendo en este libro.

64. Con las debidas advertencias realizadas en las páginas precedentes.

Cuestiones epistémicas y el ideal de verdad de los enunciados fácticos en las decisiones judiciales

El conocimiento de los hechos ha sido —y sigue siendo— objeto de un enorme debate. Determinar la verdad de un enunciado mediante el cual se conoce una parcela de la realidad suele ser una tarea engorrosa. La elección de la concepción de verdad que se asume sólo es uno de sus problemas. Los métodos y las técnicas que se deberían utilizar con ese fin constituyen, de igual modo, cuestiones serias para dilucidar, entre otras.

En general, cuando se habla del conocimiento acerca de hechos se supone que ese conocimiento puede ser abandonado, corregido o corroborado por nuevas evidencias hasta ese momento desconocidas o mal evaluadas.⁶⁵ Esto implica, al menos, que nuestro conocimiento no sólo es perfectible y fragmentario sino también provisional. Estas propiedades se manifiestan tanto en el ámbito del conocimiento vulgar como en el contexto del conocimiento científico.

Para conocer hechos en el marco del conocimiento científico, se opera fundamentalmente a través de la formulación, deducción y contrastación de hipótesis. En un sentido lógico, una hipótesis es un supuesto o premisa de un razonamiento o argumento. En ese sentido, todos los supuestos iniciales de una teoría, ya sea ésta formal o factual, son hipótesis.⁶⁶ En las ciencias factuales, una hipótesis es una afirmación que se somete a prueba para dar información acerca de un determinado fenómeno o

65. Hay quienes piensan que si el conocimiento está compuesto únicamente por enunciados verdaderos, nuestros conocimientos nunca podrían ser abandonados o corregidos, ya que si un enunciado que se tenía por verdadero en el tiempo 1, resultara ser totalmente falso (abandonado) o parcialmente falso (corregido) en el tiempo 2, no sólo no sería un enunciado verdadero en el tiempo 2, sino que no lo habría sido tampoco en el tiempo 1 y, por lo tanto, nunca habría formado parte de nuestro conocimiento. Aquí no prestaré atención a este problema. Para mis intereses actuales me basta con saber que lo que se tiene hoy por enunciados verdaderos y, en ese sentido, lo que se asume como parte de nuestro conocimiento actual, puede ser abandonado o corregido.

66. Véase Mario Bunge, *La investigación científica*, trad. cast. de Manuel Sacristán, Barcelona, Ariel, 1969, p. 252.

estado de cosas y sobre la cual se buscan evidencias a favor o en contra.⁶⁷ Para caracterizar esta concepción hipotética del conocimiento científico seguiré la reconstrucción realizada por Gregorio Klimovsky, no únicamente por su sencillez y valor explicativo sino porque de algún modo representa también aquellos pasos que el juez debería llevar a cabo para justificar adecuadamente las premisas fácticas en sus decisiones, tal como se verá más adelante.

Según Klimovsky, el núcleo del conocimiento por medio de hipótesis sería el siguiente:⁶⁸

1. Una hipótesis ha de haber sido formulada por alguien. Es, pues, un producto histórico. Aparece en un determinado contexto y en unas circunstancias determinadas. Tiene, en ese sentido, un valor relativo. Si se modifica el contexto o cambian esas circunstancias es muy probable que haya que variar la hipótesis.
2. Quién formula una hipótesis desconoce su valor de verdad. No sabe, pues, en el momento de su formulación, cuál será su rendimiento gnoseológico.
3. No obstante, quien formula una hipótesis supone que ésta es provisionalmente verdadera. «Suponer» en este nivel, aclara Klimovsky, no debe considerarse como sinónimo de «creencia», aunque se pueda dar contingentemente el caso de que quien «suponga», «crea». Aquí «suponer» significa que se trabaja «como si» la hipótesis fuera verdadera. Al formular una hipótesis se entra en una especie de juego para poder establecer su valor explicativo mediante su refutación o corroboración, asumiendo como punto de partida que sus enunciados son «verdaderos».⁶⁹

67. Véase José Díez y C. Ulises Moulines, *Fundamentos de filosofía de la ciencia*, Barcelona, Ariel, 1997, p. 71.

68. Véase Gregorio Klimovsky, *Las desventuras del conocimiento científico*, Buenos Aires, A-Z Editora, 1995, pp. 131 y ss.

69. *Ibíd.*, p. 132.

4. Quien formula una hipótesis ha de inferir todas las consecuencias lógicas pertinentes que de ella se sigan. Así, se podría distinguir las hipótesis de partida de aquellas que son derivadas. Este paso es importante, en palabras del autor argentino, por varias razones. En primer lugar, porque si las hipótesis derivadas ya eran conocidas y corroboradas, esto permitiría sostener que son explicadas por la hipótesis de partida. Por tanto, tiene un claro sentido explicativo. En segundo lugar, este tipo de procedimiento tiene un interés sistematizador y de control, y contribuye a consolidar la idea de que el conocimiento científico no es disperso ni inconexo. En tercer lugar, porque obliga a quien formula la hipótesis de partida a hacerse cargo de las consecuencias de la misma y, por lo tanto, a ser más cuidadoso si cabe con su elección.⁷⁰
5. Dado que las hipótesis tienen por objeto conocer hechos (respecto al tipo de conocimiento que a nuestros efectos nos interesa), en algún momento del procedimiento de formulación y deducción de hipótesis habría que confrontar al menos alguna de dichas hipótesis con la realidad. De esta contrastación de la[s] hipótesis con la realidad se pueden seguir dos resultados. El primero, que las predicciones que se enuncian a partir de la hipótesis sean falsas, y en ese caso la hipótesis resultaría refutada y debería ser abandonada o revisada. El segundo, que las predicciones que provengan de la hipótesis sean corroboradas y, en ese caso, la hipótesis mantendría su plausibilidad.

En definitiva, «el método científico consistiría, entonces, en enfrentar problemas, proponer hipótesis, aplicar la lógica para ver qué implican, confrontar sus consecuencias con la realidad observable y, de acuerdo con el resultado, abandonar la hipótesis por refutación o conservarla por corroboración».⁷¹

Es obvio que esta reconstrucción es esquemática y simplificada, y que merecería ser debidamente expandida si se quisiera ofrecer una visión más exacta del modo en que se opera en la ac-

70. *Ibíd.*, pp. 136-137.

71. *Ibíd.*, p. 140.

tividad científica.⁷² Pero esa tarea me llevaría demasiado lejos de mi objetivo, razón por la cual señalaré simplemente algunas pocas cuestiones y matizaciones adicionales.

Un aspecto digno de ser tenido en cuenta es que en las ciencias no se trabaja con hipótesis aisladas en un doble sentido. El primero es que el científico formula una hipótesis asumiendo un conocimiento previo, también basado en hipótesis. El segundo es que aunque el científico propusiera una o dos hipótesis, trabaja con una red conceptual amplia y con un entramado complejo de hipótesis.

En efecto, al formular una hipótesis se presuponen ciertos conocimientos comunes a todo quehacer intelectual, conocimientos científicos generales y también aquellos que son específicos del ámbito científico dónde ésta se inserta. Así, por ejemplo, se utilizan redes conceptuales o conocimientos que provienen de disciplinas distintas a la propia del científico que formula la hipótesis o se aceptan enunciados ya corroborados antes.⁷³ Sin olvidar que, excepto en las ciencias formales, el lenguaje con el que se expresan los enunciados científicos se aprovecha de los lenguajes naturales, con todos los inconvenientes que esto conlleva.

Además, al formular una hipótesis se asumen ciertos supuestos auxiliares (que también son hipótesis) no siempre claramente explicitados. Para mencionar un ejemplo citado repetidamente, en el Hospital General de Viena, hacia 1840, en la Primera División de Maternidad se producía un elevado número de muertes posparto o por fiebre puerperal, número que superaba con creces el de la Segunda División de ese mismo Hospital. En 1847 el doctor Sammelweis, de la Primera de esas divisiones, después de constatar que un colega había muerto con los mismos síntomas de las mujeres embarazadas fallecidas al haberse cortado con un bisturí tras practicar una autopsia conjeturó que la causa de la

72. El propio Klimovsky es consciente de ello y así se encarga de señalarlo. Por esa razón denomina al esquema presentado como método hipotético deductivo ingenuo de las ciencias, para diferenciarlo del método hipotético deductivo complejo de las ciencias. Véase G. Klimovsky, *op. cit.*, caps. 13 y ss.

73. Véase Mario Bunge, *La investigación científica, op. cit.*, p. 253.

muerte de las pacientes se podría deber a la «materia cadavérica» que él y sus estudiantes portaban involuntariamente cuando las atendían a continuación de haber estado, debido a su profesión, trabajando con cadáveres. Esto no sucedía en la Segunda Sección de Maternidad debido a que en ella los partos eran atendidos por matronas, que no manipulaban cadáveres. En virtud de su conjetura ordenó que todos los médicos y estudiantes se lavaran con sal clorada antes de ponerse en contacto con las pacientes. Tras llevar a la práctica esta medida las muertes posparto en la Sección Primera disminuyeron sustancialmente y se acercaron estadísticamente a los fallecimientos de la Sección Segunda. Pues bien, el supuesto auxiliar que asumió Sammelweis es que la sal clorada era efectivamente un buen antiséptico y desinfectante, junto a otros supuestos muy vagos y generales, como que nada adicional afectaba al proceso en cuestión o que todas las condiciones y propiedades que rodeaban el caso permanecían inalterables.⁷⁴

Esto implica que nunca se opera con una única hipótesis sino con un grupo amplio de ellas. «Lo peculiar de la ciencia moderna es que consiste en su mayor parte en *teorías explicativas*, es decir, en sistemas de proposiciones que pueden clasificarse en principios, leyes, definiciones, etcétera, y que están vinculadas entre sí mediante conectivas lógicas [...] las teorías dan cuenta de los hechos no sólo describiéndolos de manera más o menos exacta, sino también proveyendo modelos conceptuales de los hechos, en cuyos términos pueden explicarse y predecirse, al menos en principio, cada uno de los hechos de una clase [...] Al sumergirse en una teoría, el enunciado dado es apoyado —o aplastado— por toda la masa del saber disponible; permaneciendo aislado es difícil de confirmar y de refutar y, sobre todo, sigue sin ser entendido.»⁷⁵ Tener en mente este aspecto es importante

74. Aunque este ejemplo es muy conocido y citado a menudo, fue sugerido por Carl Hempel en *Filosofía de la Ciencia Natural*, trad. cast. de Alfredo Deaño, Madrid, Alianza Editorial, 1973, pp. 16 y ss. Aquí se ha seguido la reconstrucción presentada por José Díez y C. Ulises Moulines, *op. cit.*, p. 67. Su mención de los supuestos auxiliares está en la p. 71.

75. Véase Mario Bunge, *La ciencia. Su método y su filosofía*, Buenos Aires, Siglo XX, 1981, pp. 56-57.

para determinar qué hipótesis queda corroborada por un dato o, por el contrario, cuál merece ser desechada por otro, ya que no siempre queda claro cuál de ellas es la que se somete a prueba o cuál resulta afectada.

Pero más allá de estas dificultades, para contrastar una hipótesis es necesario realizar una predicción. Una predicción es una afirmación que, apoyada en datos, contribuirá a que creamos justificada o no dicha hipótesis; esto es, si la hipótesis (sus enunciados) resulta verdadera. Las predicciones no tienen por qué estar orientadas hacia el futuro, como supone un uso de ese término en el lenguaje ordinario, ya que pueden estar dirigidas perfectamente hacia el pasado.

Según José Díez y Ulises Moulines, para que una predicción sea contrastable debe reunir diversas condiciones. La primera es que la predicción debe poder ser deducible de la hipótesis formulada, de los supuestos auxiliares y de las condiciones iniciales (los hechos-condiciones particulares que se deben dar para que surja lo predicho) y todo ello de manera conjunta. La segunda es que estos tres elementos se deben producir esencialmente, es decir, han de ser básicos e igualmente importantes en la deducción de la predicción.⁷⁶

Esto es relevante porque si hay datos que refutan la predicción no se sigue de inmediato que éstos refuten la hipótesis, ya que se puede dar el caso de que se muestre la inadecuación de los supuestos auxiliares o que los estados de cosas a los que se refieren esos datos no sean fiables. Por esa razón habría que comenzar por verificar los datos, luego revisar los supuestos auxiliares y finalmente abandonar la hipótesis.

Por otra parte, en el supuesto de que los datos corroboraran la predicción, tampoco se podría decir, sin más, que la hipótesis resulta plenamente verdadera. En cambio, sí se puede decir que la

76. Véase José Díez y C. Ulises Moulines, *op. cit.*, p. 76. En realidad, estos autores también agregan otras condiciones a las que aquí no prestaré debida atención, tales como que las predicciones sean claras y precisas, que no sean autoconfirmatorias, que no sea una predicción múltiple disyunta o que no se repitan incansablemente, a pesar de su refutación, esperando que alguna vez resulte corroborada.

corroboración de la predicción «ofrece apoyo a» u «otorga razones o fundamentos a favor de» la hipótesis; esto es, la idea de corroboración de una hipótesis sugiere una idea más débil que la de demostración lógica-deductiva, ya que en ella aparecen razonamientos claramente inductivos.⁷⁷

Existen distintas formas de corroborar una hipótesis factual. Así, una hipótesis puede ser corroborada tanto teórica como empíricamente. En el primer caso se compara dicha hipótesis con otras hipótesis, o con teorías que han sido previamente contrastadas de forma empírica. En el segundo caso, las hipótesis se pueden corroborar empíricamente mediante datos empíricos y las proposiciones que de ellos se deducen se pueden comparar con otras proposiciones que se originan en experiencias controladas. A su vez, la contrastación empírica de hipótesis puede ser directa o indirecta, según los mecanismos de los que se vale el científico. En la contrastación empírica indirecta, que es la más frecuente, esto se hace con la ayuda de teorías.⁷⁸ Pero la contrastabilidad no es suficiente para que una hipótesis adquiera su carácter de científica; es necesario, además, en palabras de Mario Bunge, que ésta sea compatible con el grueso del conocimiento.⁷⁹

Finalmente, añadiré unas aclaraciones adicionales. La primera es que el método científico debería estar mejor caracterizado como hipotético deductivo-inductivo. La segunda es que si existen dos hipótesis para explicar un mismo fenómeno, la corroboración o refutación de una de ellas no implica la refutación o corroboración de la otra. Dos o más hipótesis pueden ser igualmente verdaderas respecto a un mismo fenómeno y dos o más hipótesis pueden ser igualmente falsas respecto a un mismo fenómeno. La tercera es que a veces no es posible inclinarse por la verdad o falsedad de una hipótesis, ya que se carece de elementos de apoyo suficientes para ello. Eso sucede cuando la observación

77. El debate sobre la posible asimetría entre la refutación (que invalidaría una hipótesis) y la corroboración (que sólo ofrece razones a favor de una hipótesis) no se tendrá en cuenta.

78. Véase Mario Bunge, *Epistemología*, Barcelona, Ariel, 1990, p. 32.

79. *Ibíd.*, p. 33.

o la experimentación no ofrecen fundamentos concluyentes para corroborar o refutar la hipótesis formulada. En estos casos se puede asumir dogmáticamente su verdad o falsedad, según la utilidad de asumir una u otra posición y seguir con la investigación hasta lograr respuestas adecuadas a los problemas planteados. La cuarta es que no existen reglas fijas o un método establecido para la formulación de hipótesis generales de carácter factual a partir de hechos concretos observados. Aunque sí, en cambio, se pueden aducir ciertas «recomendaciones» muy básicas. «El sistemático reordenamiento de los datos, la supresión imaginaria de factores con el fin de descubrir las variables relevantes, el obstinado cambio de representación en busca de analogías fructíferas»,⁸⁰ «o incluso constricciones metodológicas generales relativas a la simplicidad, la elegancia, la coherencia con otras hipótesis, etcétera, pero ello no basta para dar cuenta del proceso de formación de hipótesis, pues siempre hay más hipótesis lógicamente posibles que satisfacen estas constricciones que las que finalmente se formulan».⁸¹

La quinta es que una hipótesis científica factual se apoya, por tanto, en fundamentos lógicos y empíricos, pero también recibe un soporte psicológico y otro cultural. El soporte psicológico se produce porque cuanto más asentada y contrastada esté una hipótesis, más se reafirmará la creencia de que es correcta y, por lo tanto, el científico más se resistirá a abandonarla de inmediato a pesar de la existencia de nuevos datos que parecen refutarla. La actitud del científico es, pues, en estos casos, claramente escéptica ante las evidencias refutatorias. Esto explica en parte por qué el científico, ante evidencias refutatorias, comienza revisando los datos, luego examinando los supuestos auxiliares y sólo al final del proceso cuestiona la hipótesis refutada. El soporte cultural supone que las hipótesis que formula un científico se avienen a cierta concepción del mundo por él profesada y por ese motivo tiende a privilegiar en un primer momento aquellas hipótesis con

80. Véase Mario Bunge, *La ciencia. Su método y su filosofía*, op. cit., p. 48.

81. Véase José Díez y C. Ulises Moulines, op. cit., p. 395.

las que comulga ideológicamente.⁸² Estos dos puntos de apoyo de las hipótesis y teorías científicas, el psicológico y el cultural, no siempre se hacen explícitos, y al no hacerlo se corre el riesgo de que tengan un papel mayor del que les correspondería. Por todo ello, «es importante que los científicos sean personas cultas, aunque sólo sea para que adviertan la fuerte presión que ejercen los factores psicológicos y culturales sobre la formulación, elección, investigación y credibilidad de las hipótesis fácticas. La presión, para bien o para mal, es real y nos obliga a tomar partido por una u otra concepción del mundo; es mejor hacerlo conscientemente que inadvertidamente».⁸³

El conocimiento judicial de los hechos

Tal como ya se afirmó, para conocer los hechos en el ámbito judicial se han de seguir los criterios para conocer los hechos en general (con ciertas especificidades impuestas por el sistema jurídico). Si el modelo para lograr el conocimiento de los hechos en general es el método científico, el juez lo debería seguir en su práctica (con ciertas especificidades impuestas por el sistema jurídico). Para formular justificadamente los enunciados fácticos que constituirán los fundamentos de hecho de sus decisiones, los jueces han de proponer una o varias hipótesis acerca del estado de cosas que constituye la base fáctica de la controversia planteada que se debe resolver. Ésta no es una tarea sencilla, tal como ya se puso de manifiesto respecto al conocimiento de los hechos en general. Hay varias causas que producen su complejidad, algunas de ellas comunes a cualquier indagación sobre hechos y otras propias de la actividad jurisdiccional.

La primera y mas obvia es que, en el proceso judicial, como sucede en el ámbito científico, no existe un método para que los jueces *inventen* hipótesis. La habilidad para formular hipótesis acertadas depende, en parte, de las capacidades personales del

82. Véase Mario Bunge, *La ciencia. Su método y su filosofía*, op. cit., pp. 58 y ss.

83. *Ibid.*, p. 60.

juez que son deudoras, a su vez, de elementos como su cultura, su formación técnica, su perspicacia y su experiencia profesional, y en parte de los datos que aparecen en el expediente y que surgen a lo largo del proceso. En cualquier caso, la enunciación de una hipótesis siempre es una actividad creativa, nunca mecánica. Esto posibilita que dos jueces, incluso bien entrenados, puedan proponer hipótesis diferentes acerca de un mismo caso. La segunda es que las hipótesis judiciales se deben realizar en un marco reglado y, por ende, su formulación puede estar más o menos constreñida tanto desde un punto de vista procesal como sustancial, según los sistemas jurídicos concretos.

En un sistema acusatorio puro, el juez está obligado a seguir las hipótesis elaboradas por las partes sobre los hechos que generan el proceso, a respetar las pruebas presentadas por ellas e, incluso, a no plantearse aquellas cuestiones sobre las que exista acuerdo entre los litigantes. Aquí el juez «adopta» alguna de las hipótesis sostenidas por los contendientes.

En cambio, en un sistema de corte inquisitivo el juez puede «inventar» hipótesis, esto es, alejarse de lo que alegan los litigantes y estructurar los hechos como crea que es más conveniente. Construirá con libertad aquello que, si es corroborado, aparecerá en la sentencia en forma de hechos probados.

En un sistema mixto, esto es, un sistema que asumiera buena parte de uno de los dos modelos puros pero tomando algunos elementos del otro, habría que atenerse a lo que se establezca normativamente.

Pero excepto que se trate de un sistema acusatorio puro, el juez carece de un método para la elaboración de sus hipótesis de trabajo. Seguramente deberá tomar en consideración (aunque no esté obligado a ello) lo que han dicho las partes para luego ajustar su relato sobre los hechos a medida que lo confronta con el material probatorio que obra en autos.

Y lo mismo sucede con las hipótesis secundarias o complementarias (si las hubiera formulado) de la principal. Deberá analizar cada una de ellas por separado y luego en conjunto para ver si son compatibles o si, por el contrario, sus predicciones resultan contradictorias.

Así se produce una influencia mutua entre, por una parte, las hipótesis de trabajo asumidas provisionalmente —pero como si fueran verdaderas— y las pruebas con las que se cuenta. Si las predicciones que se infieren de las hipótesis son refutadas y las máximas de experiencia son fiables y están correctamente utilizadas, el juez deberá modificar o sustituir sus hipótesis y plantear otras, y así sucesivamente hasta que sus hipótesis reciban la corroboración.

Pero como el juez no dispone de tiempo ni de recursos probatorios ilimitados, en algún momento deberá interrumpir este proceso de ajuste asumiendo una determinada hipótesis como verdadera.

Ahora bien, que el juez deba seguir, para la elaboración de sus hipótesis, las planteadas por las partes o, por el contrario, pueda «inventarlas» depende por completo del desarrollo que el sistema jurídico imponga al respecto. En ese sentido se trata de una cuestión empírica a la que no prestaré demasiada atención en este texto y me limitaré a señalar, sin embargo, que en cualesquiera de estos dos supuestos el juez ha de formular una hipótesis (sea por adopción, sea por invención).

Hay que añadir, en tercer lugar, que los jueces no están obligados a seguir las hipótesis aducidas por los litigantes (en nuestro sistema jurídico), ya que esas posiciones pueden presentar una visión sesgada sobre los hechos o tal vez exista connivencia entre las partes en un supuesto conflicto para acordar sobre supuestos hechos que en realidad nunca existieron. Este último puede ser el caso de un empresario y un trabajador que pacten una causal de despido improcedente señalando hechos inexistentes con el fin de que el segundo pueda cobrar el seguro de desempleo, aunque la marcha del operario de la empresa haya sido consensuada con su empleador.

El cuarto aspecto que incide decididamente en la formulación por parte del juez de su hipótesis acerca de los hechos está ligado, según Luigi Ferrajoli, a una determinada deformación profesional del juez. Éste observa la realidad a través de una especie de «filtros legales» que le llevan a tomar en consideración sólo algunos elementos de esa realidad en detrimento de otros, para así

poder subsumir «esa parcela de realidad» en los hechos genéricos establecidos normativamente. «El conjunto de las normas condiciona [...] su aproximación a los hechos que ha de juzgar; y equivale a un sistema de esquemas interpretativos de tipo selectivo mediante los que recorta los únicos elementos del hecho que reputa penalmente “relevantes” e ignora todos los demás. Es claro que esta disposición a leer la realidad *sub specie iuris* genera una forma especial de incompreensión, y de ceguera a veces, respecto de los sucesos juzgados, cuya complejidad resulta por ello simplificada y distorsionada.»⁸⁴

Pero en la deformación profesional del juez no influye únicamente el aspecto normativo; como sucede en el ámbito científico, los aspectos psicológicos y culturales también suponen un soporte importante en el momento de decidir qué hipótesis se adoptará. Así, los factores ideológicos no desempeñan un papel menor en la elección de al menos las primeras hipótesis sobre los hechos que el juez formula, aunque sea provisionalmente.

En quinto lugar, el derecho es como el aire, gustaba decir Carlos Nino, porque está en todas partes. Y regula la vida de las personas desde su concepción hasta incluso después de su muerte.⁸⁵ Por eso, los asuntos que el juez puede decidir son de índole muy diversa. Una de las consecuencias de esto es que ha de formular hipótesis y probar hechos de naturaleza muy diferente los unos de los otros.

No existe una tipología exhaustiva de hechos a los que se puede enfrentar el juez en materia probatoria. A meros efectos ilustrativos me apoyaré en algunos ejemplos propuestos por Daniel González Lagier.⁸⁶ Así, el juez tal vez tenga que probar estados de cosas, como el estado de un inmueble, para hacer o no lugar a una demanda por vicios ocultos; a sucesos, como en caso de un delito de ejecución continuada; a acciones voluntarias o involun-

84. Véase Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 58

85. Véase Carlos Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 1983, p. 1. Obviamente, aunque se reconozca su contingencia, esta amplitud regulatoria es usual en los ordenamientos jurídicos positivos.

86. Véase Daniel González Lagier, «Hechos y argumentos», *Jueces para la democracia*, n.º 46, marzo de 2003, pp. 18-19.

tarias, como en los supuestos de responsabilidad subjetiva y objetiva; a hechos psicológicos, como el dolo o la culpa, entre otros muchos tipos de hechos. Y se debe tomar en consideración que cada uno de estos tipos se puede producir en distintos ámbitos competenciales, lo que agrega un elemento de mayor complejidad. Para poder enunciar hipótesis sobre hechos tan variados y cumplimentar la labor probatoria el juez ha de conocer, al menos, los rudimentos de ciertas técnicas o problemas, como se verá en capítulos posteriores. En todo caso, el juez debe ser consciente de que a veces el contenido de sus hipótesis será claramente empírico, mientras que otras veces también contendrá elementos valorativos.

En sexto lugar, en la mayoría de los casos el juez ha de realizar una serie concatenada de argumentos conforme a los contenidos probatorios que obran en el expediente judicial antes de formular la hipótesis final. Para llegar a esta hipótesis final ha de utilizar máximas de experiencias que merecen distinta confianza. «En efecto, [estas máximas] pueden ser tan seguras como las que rigen las pericias relativas a la determinación de ADN; no tanto, pero altamente fiables, como es el caso de la pericia lofoscópica; menos, quizá, pero muy atendibles en sus resultados, como las que fundan el test de alcoholemia. Bastantes fiables, como algunas experiencias clínicas [...] o relativamente inciertas: así, las cuantitativas, que cifran el valor convictivo en el número de papelinas de drogas poseídas, como criterios de demarcación entre la dedicación al propio consumo o a la venta de terceros; las que atribuyen mayor o menor fiabilidad a ciertas declaraciones testimoniales en función de los lazos de amistad o parentesco, etcétera. En consecuencia, es obvio que ese proceso cognoscitivo está abierto a la incidencia del error en todas las secuencias de su desarrollo: en la fijación de las premisas fácticas, en la elección de la regla de experiencia o en la consiguiente inferencia.»⁸⁷

87. Véase Perfecto Andrés Ibáñez, «Sentencia penal: formación de los hechos, un análisis de un caso e indicaciones prácticas de redacción», *Revista del Poder Judicial*, n.º 57, 2000, pp. 169-170.

En séptimo lugar, a veces, los jueces siguen ciertas prácticas profesionales que han desarrollado a lo largo del tiempo de forma acrítica. Estas prácticas no siempre contribuyen a una mejor formulación de las hipótesis judiciales, ni a una mejor prueba de los enunciados fácticos. Para citar dos ejemplos, durante años, en la jurisprudencia española se ha sostenido que ciertos estados mentales como el dolo y la culpa no eran hechos empíricos sino meras valoraciones. «Podrían citarse multitud de resoluciones» —dice Perfecto Andrés Ibáñez— «pero sirva como ejemplo una sentencia reciente [...] cuando dice que “los juicios de valor suponen, en definitiva, una actividad de la mente y del raciocinio tendente a determinar la intencionalidad del agente o sujeto activo de la infracción en las distintas formas comisivas”. Se trataría así de juicios o “pareceres” de los jueces que indudablemente no deben ser incluidos en el *factum* de las sentencias por ser meras apreciaciones subjetivas. Es la razón por la que “es en los antecedentes de hecho en donde han de consignarse todas las circunstancias fácticas como soporte de la calificación jurídica, para dejar aquellos juicios de valor, inaprensibles por los sentidos, a la vía deductiva que, razonablemente, ha de estar inmersa en los fundamentos de derecho”.»⁸⁸ La consideración de los hechos psicológicos como el dolo y la culpa como valoraciones generaba hipótesis que, a pesar de que deberían haber sido tratadas y apreciadas como hipótesis fácticas, eran, sin embargo, incorrectamente asumidas como si fueran normas o valores a efectos probatorios. A pesar de ese error, lo curioso del caso es que, dado el contexto en el que se producían, por la misma práctica judicial, eran hipótesis que se confirmaban como si fueran profecías autocumplidas. El segundo ejemplo tiene que ver con la suposición de que los peritos oficiales nombrados por el juez del proceso poseen mayor objetividad e imparcialidad que los propuestos por las partes y, por ello, que sus informes periciales «merecen más confianza» que los de sus pares. Obviamente, como los informes periciales tienen un carácter técnico, aun cuando se asu-

88. Véase Perfecto Andrés Ibáñez, «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», *DOXA*, n.º 12, 1992, p. 267.

ma la mayor objetividad e imparcialidad de los primeros, nada garantiza su superioridad explicativa. Adoptar por hábito las tesis de los peritos oficiales puede hacer que el juez cometa errores de apreciación en la presentación de las hipótesis explicativas de los hechos que acaecieron y que se consideran probados.

En octavo lugar, el juez no siempre está en condiciones de resolver la controversia que conoce en virtud de su competencia formulando y analizando una única hipótesis simple. En situaciones complejas es posible que tenga que examinar distintos tipos de hipótesis: hipótesis contrarias, hipótesis sobre hechos incompatibles o hipótesis sobre hechos jurídicamente vinculados, entre otras.⁸⁹ Además el juez puede necesitar dividir la hipótesis explicativa entre lo que constituye el hecho principal y otros hechos secundarios que podrán ser el contenido de subhipótesis y que se deberán corroborar de forma individualizada.⁹⁰ Esta operación, que también requiere de cierta habilidad y competencia individual, adquiere una gran relevancia a los efectos de la prueba.

Pero tal vez el aspecto más complejo en la elaboración de los fundamentos de hecho de las decisiones judiciales sea el de la corroboración o rechazo de las predicciones realizadas por el juez y, en consecuencia, en la sustentación de las hipótesis; esto es, el problema de la prueba.

El término «prueba» es polisémico. Se utiliza, por una parte, con una clara ambigüedad actividad-resultado para hacer referencia tanto a la aportación de determinados medios probatorios como al resultado de lo aportado respecto a la corroboración o no de cierta hipótesis, mientras que, por otra parte, con ese término se hace también referencia a los propios medios probatorios.⁹¹ Resulta obvio, no obstante, que cualquiera que sea el sentido que se invoque, siempre hay que pensar en la existencia de normas que regulan dicha prueba.

89. Para un análisis de las diferentes tipologías de hipótesis judiciales véase Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, *op. cit.*, pp. 241 y ss.

90. Véase Perfecto Andrés Ibáñez, «Sentencia penal: formación de los hechos, un análisis de un caso e indicaciones prácticas de redacción», *op. cit.*, p. 171.

91. Véase Jordi Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2.^a ed., 2005, p. 28.

Ahora bien, el juez, en los fundamentos fácticos de sus decisiones, ha de declarar como probados ciertos enunciados sobre los hechos relevantes para el conflicto que debe resolver. Sin embargo, no existe consenso unánime sobre qué significa que un enunciado determinado está probado en sede judicial.

El juez, como se recordará, debe acercarse al ideal de verdad, esto es, debe tener la pretensión de que los enunciados fácticos que formula sean verdaderos. Y además debe operar «como si» sus afirmaciones acerca de los hechos fueran verdaderas. Pero a veces, debido a limitaciones normativas o simplemente epistémicas, no puede lograr que ese ideal se cumpla y se debe contentar con que el material probatorio que obra en el expediente como consecuencia del proceso corrobore sus afirmaciones.

En ese sentido, cabe decir que la afirmación «está probado que p » es compatible con la falsedad de p y también que la afirmación «no está probado que p » es compatible con la verdad de p .⁹² En cualquier caso, para que una afirmación se dé como probada ha de contar con las suficientes razones que así lo corroboren.

No es tarea sencilla determinar cuándo una hipótesis está debidamente probada. «Una hipótesis h viene confirmada por una prueba p si existe un nexo causal o lógico entre ambas que hace que la existencia de esta última constituya una razón para aceptar la primera. La confirmación es, pues, una inferencia mediante la cual, a partir de unas pruebas y de una regla que conecta esas pruebas con la hipótesis, se concluye aceptando la veracidad de esta última.»⁹³ En general, para considerarla como tal se admite que los hechos probatorios deben ser fiables, suficientes, variados y pertinentes. Naturalmente, la ausencia o debilidad de una de estas características no afecta decisivamente la prueba de la hipótesis. Aquí hay que remitirse a cada hipótesis concreta.⁹⁴

92. Véase Jordi Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, op. cit., pp. 35 y ss.

93. Véase Marina Gascón, *Los hechos en el derecho*, op. cit., p. 178.

94. Véanse, por todos, Daniel González Lagier, *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Bogotá, Temis, 2005, especialmente las pp. 81 y ss., y Marina Gascón, *Los hechos en el derecho*, op. cit., pp. 178 y ss.

Lo que he afirmado no debe hacer olvidar que la corroboración de la hipótesis es únicamente probabilística y que, por lo tanto, no ofrece la certeza absoluta. El grado de corroboración que ofrezca un determinado conjunto probatorio dependerá de los estándares de valoración de la prueba. Es más, en cada ordenamiento jurídico nacional nada impide que coexistan diferentes requisitos jurídicamente exigibles para la fundamentación o la valoración de la prueba, según sea la materia sobre la que versa el pronunciamiento jurisdiccional: civil, penal o laboral, por ejemplo. Esto permite entender, sin mayores dificultades, que alguien sea declarado inocente frente a una acusación por un delito de homicidio en la persona de su esposa en un proceso penal y en cambio sea declarado culpable o responsable de esa muerte en un proceso civil incoado por daños. Ése fue el caso, en Estados Unidos, del bien conocido ex jugador de fútbol americano, O. J. Simpson.⁹⁵

Por otra parte, puede suceder que el material probatorio disponible resulte insuficiente para confirmar o refutar la hipótesis que está en juego, en cuyo caso ciertas normas procesales y sustanciales pueden allanar el camino para que el juez opere «como si» aquélla hubiera resultado confirmada o refutada. En el ámbito del derecho penal opera el principio *in dubio pro reo* y en el caso del derecho civil las reglas de la carga de la prueba, por ejemplo.⁹⁶ A nadie se le escapa, sin embargo, las dosis de discrecionalidad que encierran estas situaciones.

Hasta ahora éste es el método general que los jueces deberían seguir en su labor profesional para tratar de formular hipótesis

95. Ejemplo citado por José Juan Moreso y José María Vilajosana, *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 183.

96. El Tribunal Constitucional español a través de la doctrina de la motivación reforzada sostiene que se ha de exigir un deber específico y reforzado para motivar las decisiones judiciales cuando se ven afectados ciertos derechos básicos: cuando se afecta a la presunción de inocencia, cuando se afecta a la libertad o cuando el juez se aparta de sus precedentes. Véase Alberto Jorge Barreiro, «La motivación en la individualización judicial de la pena», *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, CGPJ, Cuadernos de Formación Continuada, n.º 4, 1999, p. 49. En este trabajo se cita, a modo de ilustración, las STC, 2/1997, 3/1997, 81/1997 y 88/1998.

que resulten corroboradas en los fundamentos de hecho de sus decisiones.

Así, la exigencia de una justificación externa de carácter fáctico quedaría satisfecha. Pero el proceso para motivar correctamente una decisión judicial no culminaría aquí. Entonces aparece el problema de la calificación jurídica que merecen estos hechos que se consideran probados.

La calificación jurídica

Una vez interpretadas las disposiciones jurídicas relevantes y probadas las hipótesis acerca de los hechos relevantes para el proceso, queda por resolver la cuestión de la calificación jurídica; esto es, determinar a qué supuesto de hecho establecido en las normas legales —caso genérico— hay que subsumir el hecho procesalmente probado —caso individual—. Se trata de establecer, en definitiva, cuál es la relevancia jurídica de los hechos que se consideran probados.

Así, por ejemplo, el artículo 142.5 de la Ley de enjuiciamiento penal establece que «[...] [se consignarán] [...] los fundamentos doctrinales y legales de la calificación de los hechos que se hubieran estimados probados» y en su inciso 7 «[...] [se consignarán] [...] los fundamentos doctrinales y legales determinantes de la participación que en los referidos hechos hubiese tenido cada uno de los procesados [...]».⁹⁷

Esta operación de calificación tiene un marcado carácter lógico-analítico, ya que depende por entero del significado del enunciado normativo que se aplica, del significado de los enunciados sobre los hechos probados y de reglas de inferencia lógicas.⁹⁸ Alguien podría decir, dados estos elementos, que el proceso de calificación jurídica es sencillo y que, puesto que involucra opera-

97. Y el inciso 9 también se refiere a la calificación de los hechos probados con relación a la responsabilidad civil que cupiera.

98. Véase Rafael Hernández Marín, *Las obligaciones básicas de los jueces*, *op. cit.*, pp. 213 y ss.

ciones analíticas, veda el espacio para la discrecionalidad. Sin embargo, a poco que se analice aparecen algunos inconvenientes cuyas soluciones admiten un mayor o menor nivel de dificultad.

El primer inconveniente es el de las contradicciones semánticas. El uso de la discrecionalidad judicial para resolver problemas de contradicción semántica en el ámbito normativo no resulta inusual. Según Luigi Ferrajoli, «[...] igualmente insolubles sin opciones discrecionales son, en fin, las antinomias semánticas, que se producen siempre que de un mismo hecho se pueden dar varias calificaciones o denotaciones jurídicas concurrentes y no existe criterio alguno, ni siquiera el de especialidad, que permita decidir cuál de ellas es aplicable y, antes todavía, si son aplicables alternativamente (mediante concurso de leyes) o conjuntamente (mediante concurso de delitos)».⁹⁹

El segundo inconveniente es el de la vaguedad. La vaguedad es una característica que se predica de los conceptos. Un concepto es vago cuando es impreciso, es decir, genera dudas acerca de lo que denota exactamente o, lo que es lo mismo, no se sabe dónde comienza y dónde termina su campo de aplicación. Existe dos formas de vaguedad: la gradual y la combinatoria. La vaguedad gradual aparece en conceptos cuyo ámbito de aplicación admite diversos niveles. El concepto de «alto» o de «calvo» son ejemplos de sobra conocidos. En cambio, en la vaguedad combinatoria la duda acerca del significado del concepto está asegurada porque no existe consenso acerca de sus propiedades relevantes. Aquí el concepto de «juego» se manifiesta como su ejemplo más conocido.

En la práctica jurisdiccional ambos tipos de vaguedad generan incertidumbre en la calificación jurídica. En ambos supuestos el juez ha de tomar una decisión para determinar si el caso individual sometido a su conocimiento forma parte o no del caso genérico establecido normativamente. Para ello ha de hacer uso de su discrecionalidad.

La situación es similar a la que se encuentra un juez debido a la vaguedad potencial o a la textura abierta del lenguaje jurídico.

99. Véase Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 123. Este tipo de problemas se resuelve con una adecuada técnica legislativa, como aclara el propio Ferrajoli.

H. Hart fue tal vez quien con más claridad puso el acento en este aspecto del derecho. La textura abierta es una propiedad del derecho que permite denotar nuevos estados de cosas que anteriormente sus normas no significaban. Los jueces suelen aprovechar esta propiedad para modificar conscientemente la doctrina imperante o para ajustar la hasta entonces interpretación estándar de un texto a los actuales requerimientos sociales. Todo esto hace que el problema de la calificación, repito, no pueda ser resuelto de una manera mecánica.

El tercer inconveniente lo genera la ambigüedad de los términos jurídicos. Un término es ambiguo cuando, utilizado en un determinado contexto, tiene más de un significado. La ambigüedad puede ser semántica o sintáctica. Alf Ross puso de manifiesto los inconvenientes interpretativos que genera este tipo de propiedad de los lenguajes naturales y jurídicos. No los repetiré en este libro.¹⁰⁰

El cuarto inconveniente lo constituye las llamadas lagunas de conocimiento y de reconocimiento. Las primeras se producen porque una falta de conocimiento de las propiedades de hecho de un caso individual impide conocer si éste pertenece o no a un caso genérico. Las segundas se producen por una indeterminación de las propiedades del caso genérico, lo que complica el hecho de saber si un determinado caso individual puede ser subsumido en él.¹⁰¹

Nuevamente aquí el juez suele hacer uso de su discrecionalidad para tratar de resolver estos tipos de lagunas. Aunque tampoco resulta infrecuente que, dado que existen distintas interpretaciones normativas y que los hechos de la realidad pueden ser adecuadamente descritos de manera diferente según niveles de complejidad cada vez mayores, los jueces realicen operaciones de ajustes mutuos para adecuar los casos individuales a los casos genéricos. «La práctica judicial está repleta de operaciones de este tipo: de subrepticias redefiniciones descriptivas y matizadoras

100. Véase Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. cast. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1974, especialmente el cap. IV

101. Véase Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., p. 63.

asociadas a las calificaciones jurídicas para determinar empíricamente su denotación fáctica, y de subrepticios juicios de valor asociados a la descripción de los hechos para derivar analíticamente su denotación jurídica.»¹⁰²

En quinto lugar, otro de los problemas vinculados a la calificación jurídica es el de la fijación de la pena, tanto en el ámbito penal como en el civil. Antes ya me he referido a ello para poner de manifiesto que aquí el juez también hace uso de su discrecionalidad para fijar el *quantum* de las penas.

Alguien podría sostener que todas estas cuestiones son, en realidad, problemas de interpretación, normativa y fáctica, y no de calificación, ya que el proceso de calificación se lleva a cabo una vez que los aspectos interpretativos han concluido; y, por lo tanto, que estos problemas deben ser tratados en sede interpretativa. No tengo mayores inconvenientes en admitir esa tesis. Sin embargo, he querido llamar la atención sobre estos aspectos para poner de manifiesto que una adecuada motivación también exige una adecuada calificación y que ésta no siempre es sencilla. Es más, en diversas y no pocas ocasiones la calificación jurídica, en lugar de definirse como un mero ajuste lógico, se resuelve en un proceso complejo de mutuas interrelaciones entre aspectos interpretativos, cuestiones fácticas y acomodados lingüísticos para que al final del proceso se pueda producir una perfecta subsunción.

El lenguaje de las decisiones judiciales*

Introducción

La constitucionalización del deber que tienen los jueces de motivar las sentencias, al menos en lo que respecta a España, subrayó aún más los fines extraprocesales de las mismas. Con ese paso se

102. Véase Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, op. cit., p. 127.

* Este apartado fue publicado en *Reforma judicial. Revista mexicana de justicia*, n.º 7, 2006.

dejó clara constancia de que los destinatarios de tales disposiciones jurídicas no sólo eran las partes que intervienen en los procesos y sus patrocinadores legales, sino también los ciudadanos en general, que es donde radica la soberanía popular y de donde se nutre toda la judicatura.¹⁰³

Por ello, la formulación lingüística utilizada en las sentencias ha de servir como hilo conductor que favorezca tanto la fundamentación como la comunicación de la decisión judicial y no ser, como ocurre a menudo, un elemento que dificulta o que incluso hace imposible su comprensión y su justificación.

Y aun cuando se acepte que las cuestiones de estilo no sean las más importantes respecto a la legitimidad de las sentencias, no se debe dejar de señalar su significación. Dicha cuestión adquiere una relevancia mayor si se piensa que no resulta inusual el hecho de que las sentencias se formulan de un modo confuso, a veces barroco y, en ocasiones, con olvido de las reglas gramaticales más básicas.

El interés por el estilo con el que se expresan los distintos documentos judiciales no responde necesariamente a pruritos estéticos. Como afirma K. N. Llewellyn, «buscar lo que sólo es ornamento sin tener en cuenta la función, equivale a buscar falsos dioses por parte de quien desempeña una tarea en el derecho».¹⁰⁴ Una sentencia mal redactada enerva en buena medida los argumentos utilizados, perturba el razonamiento e impide saber con exactitud cómo y por qué se ha resuelto el fondo de la cuestión.

Ahora bien, es verdad que las características lexicales y los defectos de estilo en los documentos judiciales se advierten en distinto grado según los países, sus sistemas jurídicos y sus estructuras jurisdiccionales. Por ese motivo, sólo me limitaré a señalar algunos de los aspectos más generales acerca del estilo forense vigente en España. Analizaré cuáles son sus fallos más notorios y luego indicaré someramente qué tipo de herramientas técnicas debería saber manejar el juez para poder evitarlos.

103. CE., artículo 117.1: «La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes de poder judicial [...]».

104. Véase K. N. Llewellyn, *Belleza y estilo en el derecho*, trad. cast. de José Puig Brutau, Barcelona, Bosch, 1953, p. 25.

Algunas características y defectos del estilo del lenguaje forense

Las causas que han incidido sobre un estilo un tanto desafortunado en la redacción de las sentencias son muchas y diversas. Cuestiones históricas, legislativas y una capacitación poco idónea de los jueces en materia lingüística parecen aliarse en contra de una presentación adecuada de los fundamentos normativos y fácticos, como así también de la parte dispositiva, de tales documentos oficiales.

Conviene señalar, en primer lugar, que al margen de la concepción que se tenga del derecho se ha de aceptar que éste se expresa necesariamente a través de una forma determinada de lenguaje. Y dado que el derecho tiene la pretensión de poder guiar la conducta humana y que para ello es necesario que sus destinatarios lo comprendan, ha de manifestarse fundamentalmente en el lenguaje que éstos conocen mejor: el lenguaje natural. Pero los operadores jurídicos, especialmente los legisladores aunque no de manera exclusiva, introducen términos técnico-jurídicos en el lenguaje ordinario sin cuya existencia difícilmente podrían alcanzar los objetivos que persiguen. De ese modo el lenguaje del derecho se convierte, básicamente, en un lenguaje natural (el español, el catalán, el alemán, etcétera) parcialmente tecnificado. Así el lenguaje jurídico se configura como en lo que se ha dado en llamar «una lengua de especialización».¹⁰⁵

105. Según Enrique Alcaraz Varó y Brian Hughes, «Las lenguas de especialidad también se denominan “lenguas profesionales y académicas”. Son *profesionales* porque las emplean los médicos, los economistas, los juristas, los científicos, los expertos en turismo, etcétera, en su comunicación diaria, en sus congresos, en sus libros de textos y en sus revistas especializadas, y son asimismo *académicas* porque, antes de haber sido utilizadas en cada ambiente profesional, fueron enseñadas y aprendidas en la Universidad, institución en la que se perciben dos movimientos epistemológicos complementarios: el flujo de información hacia las profesiones y el reflujo provenientes de ellas. De esta forma, la Universidad da conocimientos e información hacia las profesiones y el reflujo proveniente de ellas. De esta forma, la Universidad da conocimientos e información lingüístico-terminológica, pero también los recibe, renovándose y perfeccionándose por el continuo contacto con la realidad que le ofrece este movimiento circular», *El español jurídico*, Barcelona, Ariel, 2002, p. 15.

Como todo lenguaje de especialidad, el jurídico tiende a ser formal y funcional. Es formal en el sentido de que su uso queda excluido en la comunicación informal. Esto hace que sea un lenguaje impersonal, que tiende a eliminar las expresiones emotivas de quien lo utiliza. La función fundamental de este tipo de lenguaje es servir como un vehículo de comunicación eficaz y, por lo tanto, debe hacer prevalecer la precisión sobre cualquier otro valor estilístico.¹⁰⁶ «También del carácter funcional se desprende otro criterio básico en la redacción de este tipo de textos [que utiliza un lenguaje de especialidad] que es la concisión, con la consiguiente utilización de una sintaxis caracterizada por la elipsis, las presuposiciones, pronominalizaciones, ciertas subordinaciones, etcétera. Con una clara vinculación con la funcionalidad, la concisión y la precisión, encontramos la selección como una característica más de los lenguajes de especialidad. Es decir, la necesidad de seleccionar de forma adecuada las formas lingüísticas, en razón de la seguridad comunicativa.»¹⁰⁷

Sin embargo, no parece que el lenguaje jurídico en general y el judicial en particular cumplan plenamente con todas las características y funciones que se predicán de los lenguajes de especialidad. Es más, la búsqueda de precisión, concisión, objetividad y coherencia produce de hecho, en muchas ocasiones, un texto judicial con un exceso de frases subordinadas, pesado e incluso ininteligible. En lo que sigue examinaré algunos de los inconvenientes que se presentan con mayor asiduidad en el lenguaje utilizado por los jueces.

La estructura del lenguaje del derecho, natural y técnico a la vez, se transforma en una fuente de ambigüedades, dudas, incomprensiones y, en algunos casos extremos, de indefensión jurídica. Los motivos son sencillos. El legislador suele redefinir el significado de términos de uso común con un sentido diferente. Ejemplos bien ilustrativos son palabras como «actor», «tene-

106. Véase Maitena Etxebarria Arostegui, «El lenguaje jurídico-administrativo: propuestas para su modernización y normalización», *Revista española de lingüística*, vol. 27, n.º 2, 1997, p. 354.

107. *Ibíd.*, p. 355.

dor», «cosa», «capacidad», «domicilio». Cuando el juez, en sus autos y sentencias, utiliza este tipo de términos es posible que lo haga sin especificar su sentido, del lenguaje natural o propio del lenguaje técnico, generando de ese modo cierta incertidumbre.¹⁰⁸ Así ocurre si emplea el adjetivo «correcto» para calificar una acción. En el lenguaje ordinario, «correcto» suele significar, aunque no en todas las instancias, «conforme a reglas morales», mientras que en el lenguaje judicial suele querer decir «conforme a reglas jurídicas al margen de su aceptabilidad ética». Esto puede producir no pocas perplejidades en la comprensión del fenómeno judicial, ya que las partes que intervienen en el proceso pueden pensar que el juez aprueba moralmente una acción éticamente reprochable, aunque jurídicamente legítima, con la disminución de la confianza pública en las instituciones que esto comporta. Es verdad que el contexto suele facilitar la captación del significado con que se usa dichos términos, pero no siempre ocurre así. En estos casos, a menos que se explicita el sentido de su uso, la comprensión de la motivación de la sentencia queda claramente debilitada y su control se vuelve engorroso.

Además, el uso de términos técnicos por parte del juez puede originar una situación de indefensión de alguna de las partes en un litigio, sobre todo en aquellos procesos donde no es necesaria la presencia de letrados, tal como sucede en los llamados juicios de falta. Si durante el procedimiento el juez no explica adecuadamente con términos sencillos y comprensibles qué derechos acoge a los litigantes para defender mejor sus posiciones y se limita a pronunciar frases técnicas incomprensibles para ellos, puede terminar creando dicho estado de indefensión. Según Joaquín Bayo Delgado, «los actos de comunicación [en tales supuestos] deben ser claros, sin tecnicismos e incluso reiterativos y llenos de explicaciones. La experiencia demuestra que decir al denunciante

108. En general se puede aceptar que el lenguaje judicial es parasitario del lenguaje del legislador. Por ese motivo, las consideraciones que se pueden formular sobre el lenguaje de las leyes valen también para el lenguaje usado por los jueces. Pero esto no puede ocultar el hecho de que los jueces crean fórmulas lingüísticas para ser utilizadas en ámbitos jurisprudenciales y que, en algunos casos, luego son acogidas por la legislación.

te o al denunciado que puede aportar las prueba *de que intente valerse*, como mucho hará que traiga documentos, pero difícilmente entenderá que también están incluidos los testigos, ya que *prueba* acostumbra a identificarse con los documentos en el lenguaje cotidiano [...] Por supuesto también habrá que aclararle que tiene derecho a interrogar a los otros implicados en el caso —mejor que *a las otras partes*—.»¹⁰⁹ Naturalmente, este estado de indefensión repercutirá negativamente en la defensa de las tesis de la parte afectada en la sentencia.

Esto no debe hacer suponer que el juez deba evitar usar, en toda circunstancia, términos y conceptos técnicos. Pero sí se ha de tomar conciencia de que un uso excesivo de tales términos y conceptos conspira necesariamente contra la validez comunicativa de las decisiones judiciales y que, por ello, en atención a los interlocutores jurídicamente no versados, dicho uso se debe hacer con mesura.¹¹⁰

Pero el lenguaje del derecho, y el uso que se hace de él en sede judicial, no sólo posee términos técnicos sino que admite en su seno palabras y frases arcaicas y rituales, acoge el uso de fórmulas inapropiadas, acepta la utilización a veces excesiva de siglas y facilita que se haga una traslación mecánica de las formulaciones legislativas que no siempre resultan adecuadas.

Como es bien conocido, ningún otro lenguaje de especialización ha mantenido y promovido fórmulas arcaizantes y rituales como el lenguaje jurídico. Tal vez explicable por el peso de la tradición, el legislador penal, por ejemplo, sigue adoptando el uso del futuro del subjuntivo para establecer los tipos punitivos («El que infligiere a otra persona un trato degradante menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión [...]», artículo 173 CP) en lugar de emplear el presente del indicativo, a pesar de que el primer modo verbal haya caído

109. Véase Joaquín Bayo Delgado, «La formación básica del ciudadano y el mundo del derecho. Crítica lingüística del lenguaje judicial», *Revista de Llengua i Dret*, n.º 25, julio de 1996, p. 55.

110. Véase Heraclia Castellón Alcalá, *El lenguaje administrativo. Formas y usos*, Granada, La Vela, 2000, p. 238.

en desuso en el castellano estándar. «Este uso, muy abundante, contribuye [...] a la lentitud y complejidad de la prosa»¹¹¹ y por ello puede llegar a favorecer cierto grado de equívocidad.

Además, las normas jurídicas se promulgan para regir básicamente en el futuro, después de su publicación en los boletines oficiales; ello explica también, en parte, que se suelen formular lingüísticamente en el futuro del subjuntivo. Pero los jueces resuelven casos, es decir, aplican esas normas a hechos que acaecieron en el pasado. Por lo tanto, no pueden trasladar a las sentencias el mismo tiempo verbal que el utilizado en las normas legisladas. A pesar de ello, esa traslación incorrecta no es infrecuente.¹¹²

Otro ejemplo del tono arcaizante del lenguaje jurídico es el recurso a la «pasiva con se agentiva». La pasiva con se tiene por objeto evitar toda consideración hacia el agente y, por lo tanto, permite centrar el discurso en el objeto de la acción, que en el ámbito jurídico es el contenido de una prescripción. Así, en una sentencia es posible expresar «[...] se hace lugar al recurso interpuesto [...]».

Sin embargo, en el lenguaje judicial se usa la pasiva con se agentiva con una referencia expresa a un agente («[...] que habiéndose presentado por la parte interesada [...]»). Esta fórmula se utiliza con una mayor profusión que en el lenguaje literario y que en el coloquial, donde prácticamente es inexistente. Así se hace debido a la necesidad de evitar las ambigüedades que se producirían si no se explicitara el agente.¹¹³ Pero esto se traduce en una forma de nombrar a los agentes y a sus acciones de un modo exageradamente reiterativo que hace, una vez más, lenta y engorrosa la comprensión del texto forense.

111. Véase Elena de Miguel, «El texto jurídico-administrativo: análisis de una orden ministerial», *Círculo*, n.º 4, noviembre de 2000, p. 95.

112. Véase Joaquín Bayo Delgado, «La formación básica del ciudadano y del mundo del derecho...», *op. cit.*, p. 61.

113. Véase Amparo Ricós Vidal, «La pasiva con se agentiva en los textos jurídico-administrativos: su incidencia pragmática», *Hesperia. Anuario de Filología Hispánica*, n.º 1, 1998, p. 135.

Asimismo, como se ha señalado en repetidas ocasiones, los textos judiciales hacen uso y abuso de las construcciones de gerundio. En algunos casos se concatenan unos con otros configurando párrafos enteros. «La presencia del gerundio está sujeta a la intención de acumular acciones y hechos que se suponen dependientes o consecutivos los unos de los otros, unos con valor adverbial, con sentido causal o concesivo, otros con valor adjetival, de modo que, en ausencia de conjunciones surge el problema de ensamblar ideológicamente todos estos verbos entre sí.»¹¹⁴ Cuando en la descripción de los hechos que se considera probados el juez dice, utilizando el gerundio, que «el testigo vio a la víctima paseando por el parque» produce una ambigüedad no siempre resoluble atendiendo al contexto. ¿Quién paseaba por el parque, el testigo o la víctima? La respuesta a este interrogante puede ser, en algún caso concreto, altamente pertinente. La duda generada podría haberse evitado sencillamente con una formulación del texto más cuidadosa.

El uso ritual de frases hechas tampoco contribuye a una prosa judicial ágil y clara. Y el uso de latinismos sólo introduce perplejidad en un agente neófito en derecho. Hablar de presunciones *iuris tantum*, de *instancia a quo* o de interpretación *a majori ad minus* únicamente puede crear incomprensión en un destinatario no letrado.

Por otra parte, la utilización de siglas y abreviaturas que realizan los jueces hace a veces incompreensible el texto judicial a cualquier persona no versada en derecho. Que en una sentencia se haga referencia a un artículo de la LECr o al BOJA¹¹⁵ apenas informa de nada a un ciudadano dotado de una cultura media, entendido como alguien que ha superado el bachillerato y que es un lector atento de periódicos. Tiene razón Jesús Prieto de Pedro al afirmar que «por motivos de claridad es desaconsejable el uso

114. Véase José L. López de Sancho Sánchez y Esther Nieto Moreno de Diezmas, «El lenguaje forense. Análisis pragmático del acto comunicativo judicial», *Lenguaje forense*. Estudios de derecho judicial, n.º 32, 2000, p. 109.

115. Ley de enjuiciamiento criminal y Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, respectivamente.

de vocablos abreviados en los textos legales. Las ventajas de la abreviatura, la rapidez de la escritura y la economía de espacio no justifican, en el caso del lenguaje legal, los inconvenientes que causan a su transparencia [...] [Además] las siglas aportan, sin duda, una expresión seca, mecánica y, en general, oscura».¹¹⁶

En el lenguaje judicial existe asimismo la presencia abundante de nominalizaciones, esto es, la aparición de construcciones nominales en sustitución de construcciones verbales. Frases como la «*desestimación* de la demanda» o como la «*estimación* parcial de sus dichos» son de uso cotidiano en el foro. Lo mismo sucede con el uso de frases perifrásticas construidas por un verbo vacío y un sustantivo, que se podrían sustituir fácilmente por un verbo: «dictar sentencia» se podría cambiar por «sentenciar» o bien «en sus dichos presentó alegaciones» por «alegar».¹¹⁷ «Este tipo de construcciones contribuye a reforzar el estilo nominal de la frase o período que se halla ya recargada por la acumulación de sustantivos o parejas de sustantivos. Además [...] refuerzan también el estilo formulario del lenguaje en cuestión.»¹¹⁸

Ahora bien, se debe tomar en consideración que las sentencias y otros documentos judiciales son formulados por una autoridad institucional, que obra con independencia e imparcialidad y cuyos rasgos individuales o de personalidad no se deben manifestar como algo relevante. Es importante que la administración de la justicia se despersonalice y que el justiciable perciba que al margen de quién sea su juez natural será tratado de igual forma. De ahí que los textos judiciales se caractericen por tener una estructura rígida, con frases hechas llenas de tecnicismos y determinadas de antemano. Las sentencias suelen tener una estructura homogénea, solemne y con pretensión de objetividad. Por ese motivo, «el emisor [...] tiene vedada en gran medida la creatividad, la expresividad y la subjetividad: no puede

116. Véase Jesús de Prieto de Pedro, *Lenguas, lenguaje y derecho*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 156-157.

117. Véase María del Carmen Sánchez Moreno, *Aproximación al lenguaje jurídico*, Padua, Cleup Editrice, 1996, pp. 45 y ss.

118. *Ibíd.*, p. 48.

usar metáforas no fijadas previamente, ni improvisar una organización nueva para su mensaje, ni jugar de forma personal con la lengua [...]».¹¹⁹

Tal vez por ello pueda señalarse que, en general, una de las características más común y menos elegante del estilo lingüístico utilizado en sede judicial es la extensión desmesurada de sus frases, con falta de signos de puntuación o con un uso inadecuado de ellos. Este estilo, a todas luces desaconsejable, se puede deber a la necesidad histórica de evitar que se pudieran intercalar palabras o frases en la sentencia y al sistema de arancel de los antiguos escribanos que insertaban textos dentro de otros textos para así engrosar sus escritos y, por ende, sus honorarios.¹²⁰ Además, «la concepción de la sentencia, de ahí su nombre, como una oración única con *fallo* como verbo principal también ha coadyuvado a modelar ese estilo forense».¹²¹

La regla básica de que se deben construir frases cortas, con una estructura simple de sujeto, verbo y predicado, huyendo de frases subordinadas y de construcciones pasivas, parece estar ausente en el modelo usual del lenguaje judicial. Dicha ausencia conspira contra el principio de inteligibilidad que debe regir la comunicación entre los organismos y funcionarios públicos con los ciudadanos. «Los resultados de las investigaciones psicolingüísticas han demostrado que las ideas se comprenden y memorizan mejor expresadas mediante frases cortas que por medio de frases largas. Y que esa capacidad de comprensión de oraciones más extensas está directamente relacionada con el nivel cultural del lector. Por ello, *France Soir*, un periódico muy popular, emplea en general frases de unas 10 palabras, mientras que *Le Monde*, de 20 (el *Libro de Estilo de El País* aconseja 20). La barrera de las 30 palabras es decisiva, pues, está probado asimismo que la comprensión fácil de frases por encima de este número de pala-

119. Véase Elena de Miguel, «El texto jurídico-administrativo: análisis de una orden ministerial», *op. cit.*, p. 94.

120. Véase Joaquín Bayo Delgado, «El lenguaje forense: estructura y estilo», *Estudios de derecho judicial*, CGPJ, 2000, p. 38.

121. *Ibíd.* Ésa es la pretensión. La realidad parece indicar que en muchísimos casos dicha pretensión no se confirma en las sentencias.

bras sólo se da normalmente en personas con nivel cultural universitario. ¿Tienen en algún momento los redactores legales estos datos tan básicos para la comunicación a través del lenguaje?»¹²²

La extensión de las oraciones contribuye en buena medida a la opacidad de la motivación. La concatenación ininterrumpida de ideas y razonamientos en largas frases tiene diversos efectos negativos añadidos. Entre ellos, limita la posibilidad de impugnar ciertos argumentos en lugar de todos los que aparecen en la frase, con una clara pérdida de economía procesal.

Esto no sucede únicamente respecto a los fundamentos de derecho de las sentencias: «Con mucha más frecuencia que la imaginable, la lectura racional y cabalmente literal de muchos hechos probados, producto de una estructura sintáctica incorrecta, llevaría a su inmediata anulación por irracional y absurda».¹²³

Las características y defectos señalados no son los únicos que se presentan en el lenguaje forense. El uso inadecuado de los signos de puntuación, de las mayúsculas y de otros grafemas también disminuye el valor comunicativo de las expresiones judiciales. Pero además sucede que esas características y defectos tienden a reproducirse porque no se ven como equivocaciones sino como formas de expresión legítimas propias de una lengua de especialidad.

En ese sentido, refiriéndose a los periodistas, Fernando Lázaro Carreter hace una afirmación que, en mi opinión, puede trasladarse sin mayores dificultades a los jueces. Dice el lingüista español: «Naturalmente, las equivocaciones no son definidoras de una lengua especial, y los informadores que las cometen no lo hacen porque ejercen una profesión, sino porque son ciudadanos mal instruidos, como hay tantos en todas las profesiones. Ocorre, sin embargo, que algunos errores, lejos de ser fallos individuales, aislados y, por tanto, no significativos, se producen o re-

122. Véase Jesús Prieto de Pedro, *Lenguas, lenguaje y derecho*, *op. cit.*, p. 180.

123. Véase Joaquín Bayo Delgado, «El lenguaje forense: estructura y estilo», *op. cit.*, p. 51.

producen por muchos, hasta el punto de que parecen formar parte de la jerga profesional». ¹²⁴

Modificación del lenguaje forense. Tendencias actuales

Hay que reconocer, no obstante, que ya se respiran algunos aromas de cambio y de mejora en el paisaje del texto judicial. Las causas que motivan cierta innovación y mejora en la presentación de las decisiones judiciales son diversas. La primera es la existencia de las sentencias del Tribunal Constitucional, que aun cuando todavía muestren algunos encorsetamientos y rigideces, son formuladas en un estilo más llano, más libre y con una mejor aptitud comunicativa de la que se observa en general en las sentencias de los jueces y magistrados del poder judicial. En este sentido, las sentencias del Tribunal Constitucional han ejercido un influjo saludable sobre el resto de documentos judiciales.

La segunda es la modificación legislativa de algunos antiguos preceptos que, con la nueva redacción, obligan a que las sentencias se expresen de un modo más inteligible. Así, por ejemplo, en materia civil el artículo 209 de la Ley de enjuiciamiento civil establece que en los antecedentes de hecho se debe hacer constar los hechos y las pretensiones de las partes con concisión y en párrafos separados y numerados. También en párrafos separados y numerados se deben expresar todas las cuestiones controvertidas aducidas por las partes, acompañadas de los fundamentos del fallo. Y éste contendrá, numerados, los pronunciamientos correspondientes a las peticiones de las partes. Esto evitaría, en principio, la desmesurada longitud de los párrafos forenses a la vez que potenciaría la sistematización de los argumentos.

124. Véase Fernando Lázaro Carreter, «El idioma del periodismo, ¿lengua especial?», en Pedro García Domínguez y Alberto Gómez Font (comps.), *El idioma español en las agencias de prensa*, Madrid, Fundación Germán Sánchez Ruipérez, 1990, p. 42.

El artículo 218 de la Ley de enjuiciamiento civil exige, además, que las sentencias deberán ser claras, precisas y congruentes con las demandas y las peticiones de las partes. Y cuando existan diversas cuestiones en litigio, el tribunal deberá abordarlas por separado con el correspondiente pronunciamiento sobre cada una de ellas. La importancia de ésta y otras disposiciones similares no se puede menoscabar. En materia penal, el artículo 851.1 de la Ley de enjuiciamiento criminal establece que se puede interponer un recurso de casación cuando en la sentencia «no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados, o resulte manifiesta contradicción entre ellos, o se consignen como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo».

La tercera causa es la influencia de un movimiento a favor de la modernización y la inteligibilidad del lenguaje jurídico en general y del jurídico-administrativo en especial que, en distinto grado, se está dejando sentir en las culturas jurídicas de nuestro entorno. Así, en el mundo anglosajón, el Plain English Movement, que persigue que la gente común pueda entender los documentos jurídicos, privados y especialmente administrativos, ha tenido un fuerte impacto en la redacción de los textos y documentos legales. En Francia y en ámbitos francófonos también se advierte una preocupación por la mejora del lenguaje jurídico. Aquí cabe mencionar los esfuerzos realizados por las autoridades canadienses en Québec. Lo mismo sucede en Alemania y en Austria con las medidas que se han tomado sobre el lenguaje jurídico a la luz de las cuestiones vinculadas con la técnica legislativa y la redacción de las leyes. En Italia, en idéntico sentido, hay que señalar el *Codice di stile delle comunicazioni scritte ad uso delle amministrazioni pubbliche*. Y en la Unión Europea no son pocos los trabajos realizados que denotan una inquietud creciente por la relación entre las diversas administraciones a todos los niveles y el ciudadano, y que también tiene su reflejo en el lenguaje que se ha de utilizar.¹²⁵

125. Por todo véanse Carles Duarte y Anna Martínez, *El lenguaje jurídico*, Buenos Aires, A-Z Editora, 1995, pp. 47 y ss., y Heraclia Castellón Alcalá, *El lenguaje administrativo*, op. cit., pp. 331 y ss.

En España, los análisis y las reformas legislativas a favor de una mejora comunicativa y lingüística de las expresiones legales y judiciales se vieron incentivados por la existencia de una pluralidad lingüística en su territorio y por el reconocimiento de la cooficialidad, junto al español, de la lengua propia en las autonomías que la posee. La necesidad de adecuar y actualizar lenguas como la catalana, la gallega o la vasca, que habían estado ausentes del lenguaje oficial durante el franquismo, hizo que, para su uso en instancias estatales, fueran sometidas a revisión y que se establecieran directrices para evitar los errores más groseros advertidos en la utilización del lenguaje empleado por los diversos organismos estatales. Al mismo tiempo se generó un decidido impulso político para la adopción de las lenguas locales por parte de los organismos administrativos autonómicos y, en menor medida, por los judiciales. Esto habría de tener también un impacto en la consideración de los aspectos léxico-jurídicos de la lengua castellana.

Asimismo, no se puede dejar de señalar el intento corrector e innovador que supuso, en el lenguaje administrativo, la publicación del *Manual de estilo del lenguaje administrativo* y del *Manual de documentos administrativos*, ambos publicados por el Ministerio para las administraciones públicas. Todas estas preocupaciones deberían repercutir, más tarde o más temprano, en el lenguaje utilizado por los jueces y constituyen una buena fuente donde acudir para su mejora.

La cuarta causa, aunque no menos importante, es la paulatina penetración entre jueces y magistrados de una ideología fuertemente democratizadora que sostiene que el poder judicial ha de servir mejor a los ciudadanos y que esto también se ha de manifestar en las actitudes y los textos judiciales. De ahí la necesidad de erradicar todo lenguaje discriminatorio, ofensivo o injurioso. Así se asume que el lenguaje judicial ha de ser cortés y respetuoso, y que debe servir para dejar en claro cuáles son los fundamentos de las decisiones que se toman.

En resumen, el lenguaje judicial ha de ser claro y preciso. Ha de servir para que los argumentos fácticos y normativos que sirven de fundamento a la sentencia estén debidamente sistematiza-

dos. El texto ha de presentar un esquema ordenado y coherente que sea comprensible para todos. La concisión y la cortesía también constituyen ideales que cabe perseguir, como lo es, asimismo, un uso no discriminatorio del lenguaje.

Algunas consideraciones adicionales

Un aspecto central en el cumplimiento de la labor de la profesión de juez es la de decidir en todos los casos que competencialmente le correspondan aplicando el derecho. Por tanto, los jueces no pueden decidir los casos de cualquier modo o tal como lo dicte su propia conciencia. Han de decidir las cuestiones aportando razones para ello, es decir, han de hacerlo motivadamente.

Hoy la motivación de las decisiones judiciales en países como España constituye una exigencia constitucional, a diferencia de lo que sucedía en otras épocas, donde incluso estaba prohibida. Como ya he dicho, esta exigencia tiene implicaciones tanto intraprocesales como extraprocesales.

La motivación o fundamentación de las decisiones judiciales equivale a su justificación. No sólo he intentado establecer qué cabe entender por motivación, sino también señalar las dificultades que entraña la actividad justificatoria en materia judicial. Y para que una sentencia (como arquetipo de una decisión judicial) esté justificada lo ha de estar interna y externamente.

La justificación interna se resuelve en cuestiones lógicas. La justificación externa, en cambio, supone una actividad compleja, donde se entrecruzan cuestiones de muy diversa índole.

La justificación externa de carácter normativo se enfrenta primero a problemas interpretativos. Las formulaciones lingüísticas, mediante las cuales se expresa el derecho, pocas veces tienen un significado unívoco y por ese motivo a través de la interpretación se trata de establecer qué normas encierran esas formulaciones. No existe un único criterio interpretativo, ni existe en nuestro sistema jurídico un orden lexicográfico general entre ellos (aunque esto podría ser establecido por el legislador, es una cuestión contingente).

La traducción en normas de los textos dotados de autoridad, tal como se ha visto, no es una tarea mecánica, sino que deja un amplio margen a la actuación discrecional de los jueces, no sólo en la elección del criterio que cabe utilizar, sino en la obtención de los resultados logrados a partir de dichos criterios.

Una segunda gran dificultad aparece con la manipulación de las diferentes piezas del derecho. Éstas se diferencian entre sí por su estructura, por su función y por su relación con las fuentes del poder. Con cada una de estas piezas se debe operar de distinto modo. El proceso de interpretación no es lineal ni uniforme para todas las cuestiones normativas.

Y en fin, una tercera fuente de dificultad proviene del hecho de que las normas no se encuentran aisladas y que una de las tareas del juez es la de sistematizarlas. Aquí adquieren relevancia las cuestiones semánticas y las reglas de inferencia. Para el análisis de las primeras también se pone de manifiesto la discreción judicial.

La interpretación sólo genera una parte de las cuestiones problemáticas vinculadas a la justificación externa normativa; la aplicación de las normas produce la otra.

Si la justificación externa de carácter normativo es compleja, no lo es menos la que tiene un carácter empírico. Rechazada la idea de que juez conoce los hechos de forma inflexible y aceptado, en cambio, que la justificación de los enunciados fácticos de las decisiones judiciales han de seguir el mismo proceso que la justificación de cualquier enunciado empírico, se debe asumir que la prueba judicial de los hechos se ha de hacer del modo en que se prueban los hechos en general.

Pero la prueba de los hechos en sede judicial está institucionalizada. Y respecto a este tipo de pruebas se han podido advertir límites normativos y epistémicos. Los límites normativos son intrínsecos y extrínsecos. Si se traspasan infringiendo las reglas que rigen el sistema probatorio la calidad de los datos pierde eficacia probatoria y de forma total en algunos supuestos, aunque de forma parcial en otros.

Los límites epistémicos están vinculados a la manera en que se conocen los hechos en general y a la dificultad de formular hipó-

tesis explicativas acerca de ellos. El conocimiento judicial de los hechos ha de seguir el mismo derrotero del conocimiento en general.

Una vez que se tienen las normas y se han declarado los hechos probados, procede la calificación de los hechos. Se supone que ésta es una tarea esencialmente lógica y que opera después de que se haya llevado a cabo las que configuran su condición de funcionamiento.

Sin embargo, tal como denuncia Ferrajoli, en el complejo proceso de la interpretación de textos, de la decisión de las normas aplicables, del establecimiento de los hechos probados y de la calificación, muchas veces hay un procedimiento de ajuste mutuo cuyo fin es facilitar la tarea del juzgador y en más de una ocasión dejar entrar a sus propios prejuicios. Que en este procedimiento el juez incluya, en mayor o en menor medida según los casos, sus propios puntos de vista es algo que difícilmente se pueda discutir.

Un segundo aspecto vinculado a la motivación es el de la formulación lingüística mediante la cual ésta se manifiesta. La preocupación por el lenguaje utilizado en las decisiones judiciales no implica una mera cuestión estilística. Una sentencia mal escrita difícilmente puede estar bien motivada.

Un buen profesional de la justicia ha de saber expresar con claridad, precisión y concisión los fundamentos en los cuales basa su fallo. La constitucionalización del deber de motivar supone que los destinatarios de las sentencias no sólo son las partes que intervienen en el proceso que la originan sino el público en general. La redacción de los textos judiciales ha de tender a que sea inteligible por todos.

La complejidad del proceso de motivación, sumado a una determinada discrecionalidad decisoria puede llevar a la conclusión, tal como lo haría un realista ingenuo, de que cualquier decisión es correcta a condición de que la dicte la autoridad competente. Pero esa conclusión es inaceptable. Los jueces cometen errores. Y justamente porque tenemos criterios para establecer cuándo una decisión jurisdiccional es correcta se puede hablar de equivocaciones judiciales. Las páginas siguientes están dedicadas a analizar esas equivocaciones.

2. El error judicial

Introducción

Hoy, la posibilidad de que los jueces se equivoquen y que sus decisiones sean erróneas es aceptada por todos los ordenamientos jurídicos modernos. La aceptación de la falibilidad judicial ya es una constante en todos los países de nuestro entorno jurídico y origina la búsqueda de remedios legales una vez que se ha manifestado. Pero los errores no sólo constituyen una fuente de preocupación para los juristas o de atención para el diseño de los sistemas jurídicos. El desasosiego y, en algunos casos muy señalados, el escándalo que provocan esos errores parece aumentar con el tiempo. Las injusticias que generan también afectan al hombre común. Decía Wenceslao Fernández Flores que «hay algo que interesa a los lectores de periódicos mucho más que un crimen: un error judicial. La rehabilitación de un inocente conmueve todas las sensibilidades [...]».¹ De ahí que se hayan arbitrado diferentes medidas para evitar que se produzcan errores judiciales en primer lugar, limitar sus efectos más negativos en segundo lugar y compensar, en tercer lugar, a quienes los han padecido. El sistema de recursos, de apelaciones y, en general, de

1. Citado por Luis Martín Rebollo, *Jueces y responsabilidad del Estado*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 3.

responsabilidad estatal de carácter patrimonial es una muestra significativa de ello.²

Que el Estado debe hacerse cargo de los errores judiciales ha sido objeto de regulación de tratados internacional, de normas constitucionales y también de leyes ordinarias. Así, por ejemplo, El Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 10, establece que «toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley, en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial».

La Constitución española, en su artículo 121, por citar tan sólo un modelo de la aceptación de la posibilidad de la existencia de, y de la necesidad de reparación por, un error judicial, establece que «los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley». Y en su artículo 106 sostiene que «2) Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos». Y todo ello en consonancia con lo expuesto en el artículo 24.1, que garantiza el derecho a la tutela efectiva de jueces y magistrados.³

La constitucionalización del reconocimiento de la posibilidad de que el justiciable sufra daño por un error judicial o por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia es coherente con la larga evolución estatal acerca de la asunción, por parte del Estado, de responsabilidades patrimoniales por sus acciones.

Sin embargo, este camino no ha sido históricamente lineal, ni lo ha acogido de igual modo la doctrina. En la doctrina hay quie-

2. Una decisión establecida por un jurado también puede resultar errónea. Sin embargo, aquí no prestaré atención a este caso. Para un análisis de este supuesto respecto al derecho estadounidense véase Victor J. Gold, «Jury Wobble: Judicial Tolerance of Jury Inferential Error», *Southern California Law Review*, vol. 59, 1986.

3. Véanse también los artículos 292 a 297, ambos inclusivos, de la LOPJ.

nes han negado siquiera la posibilidad de que se pueda producir un error judicial. Los argumentos centrales que se han esgrimido para mantener dicha posición son dos. El primero está vinculado a una determinada concepción del derecho: el realismo jurídico o, para ser más exactos, con determinadas tendencias dentro del realismo jurídico que identifica el derecho con aquello que los jueces dicen que es derecho.⁴ El segundo se relaciona directamente con una determinada concepción del proceso, ya que para todo aquel que considera que el proceso sólo es un mecanismo de resolución de conflictos basado en el sistema acusatorio que se legitima procedimentalmente, cualquiera que sea el resultado, tenderá a pensar que el juez no puede errar.⁵

En España hay quienes, desde la perspectiva del abogado litigante, se acercan al error judicial de un modo semejante a como lo hace el realismo jurídico, bien sea porque adjudican al juez una discrecionalidad absoluta, bien porque piensan que, desde el punto de vista empírico, resulta sumamente difícil, o incluso imposible, distinguir entre una resolución acertada y otra desacertada, una decisión conforme a derecho de una prevaricación o una interpretación correcta de otra que no lo es. «En nuestro ordenamiento, igual que en otros, el juez puede cambiar de opinión a cada instante, y contradecir su propia resolución dictada en otro caso idéntico, sin equivocarse ni en un asunto ni en otro. Es más, según la doctrina imperante, dos jueces pueden apreciar al mismo tiempo que una misma cosa tiene distinto color, tamaño y forma, sin que ninguno de ellos se equivoque. Una especie de infalibilidad personal. Fácilmente se comprende lo ardua que puede ser la identificación de un error judicial, en un ámbito donde casi todo vale como bueno. Es casi imposible distinguir el acier-

4. El realismo jurídico no constituye una doctrina plenamente elaborada, ni es fácil determinar cuáles son sus notas características principales. Se trata de un movimiento que agrupa a un determinado número de autores que sólo tienen en común «un aire de familia».

5. Para esta posición se puede consultar, Mirjan Damaska, *Las caras de la justicia y el poder del Estado*, trad. cast. de Andrea Morales Vidal, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000, especialmente las pp. 169 y ss.

to judicial del error judicial, de la ignorancia judicial o de la prevaricación judicial.»⁶

En este contexto de supuesta incertidumbre jurídica hay quienes admiten, debilitando un poco su posición, que sólo existe la posibilidad de hablar con propiedad acerca de los errores judiciales en un sistema jurídico cuyos jueces cumplan su función de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado de un modo jerárquicamente estructurado. Sólo si un determinado caso puede ser revisado por un órgano superior que tiene la competencia para corregirlo, y si éste así lo hiciera, cabría la posibilidad de calificar la primera decisión como errónea. «Desde una perspectiva cínica, el derecho es coercitivo y define el error solamente en términos de toma de decisiones jerárquicas, sin hacer referencia a la precisión empírica o a la validez moral. Esto es verdad, al menos en la medida en que los actores legales no pueden asegurar la precisión empírica o la validez moral.»⁷

Pero mantener las posiciones antedichas supone una visión sobre el derecho a la vez escéptica y equivocada. Resulta obvio que incluso puede haber grandes dificultades en algunos casos para encontrar una o varias respuestas que se adecuen al marco legal; sin embargo, esto no ha de llevar a la conclusión de que nunca es posible hallar una o varias respuestas correctas, tal como ya dijimos antes.

Por otra parte, sostener que dado que los jueces suelen tener la última palabra en la resolución de los conflictos jurídicos no pueden equivocarse es confundir la definitividad de las decisiones con la infalibilidad de las mismas. También se participa de este enredo cuando se sostiene que sólo puede haber una decisión errónea en el caso de que un tribunal superior modifique una decisión de otro tribunal inferior. Si se elimina la confusión mencionada que subyace a esta idea, se advertirá que a pesar de que la revisión de una sentencia haya sido exitosa desde el punto

6. Véase Valeriano Hernández Martín y otros, *El error judicial. Procedimiento para su declaración e indemnización*, Madrid, Civitas, 1994, p. 33.

7. Véase Lea Brilmayer, «Wobble, or the Death of Error», *Southern California Law Review*, vol. 59, 1986, p. 383.

de vista procesal, la sentencia del juez *a quo* puede ser correcta y el que incurre en un error sea el tribunal de alzada. Nunca hay que equiparar, repito una vez más, definitividad con infalibilidad.

Un tema vinculado en cierta forma a la negativa de que los jueces puedan cometer errores en sus decisiones consiste en negar el deber del Estado de indemnizar esos fallos. En estos casos, aun cuando se admitiera la existencia de errores, éstos no tendrían ningún efecto jurídico y en la práctica judicial sería como si no existieran. Ésta fue al menos la posición de los tribunales ingleses cuando sentenciaban en el ámbito de su competencia. El argumento para rechazar la posibilidad de solicitar una compensación por error judicial no deja de ser curioso. Se aducía que el juez debía mantener su independencia e imparcialidad en todo acto jurisdiccional y una manera de garantizar ambas condiciones era que éste no debía temer por el resultado de sus decisiones. En ese sentido, debía quedar al margen de cualquier responsabilidad por sus actos judiciales, ya que con ello se beneficiaba al justiciable, que siempre quiere una justicia independiente y libre. En última instancia, un ciudadano con derechos es el que debería estar más interesado en contar con un juez irresponsable patrimonialmente por sus decisiones jurisdiccionales.⁸

Pero no conviene mezclar aquello que no se debe mezclar, como hace esta posición; no hay que confundir la posible existencia de un error judicial con el posible derecho del perjudicado a recibir resarcimiento por ello o el posible deber del Estado de indemnizar por tales actos judiciales. Se puede sostener sin ninguna incoherencia que puede haber situaciones en las cuales los jueces yerran y negar al mismo tiempo un sistema indemnizatorio para esas situaciones.⁹

Es evidente, por otra parte, que existe evidencia que indica la diversidad de decisiones judiciales respecto a hechos históricos

8. Véase Juan Montero Aroca, *Responsabilidad civil del juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 22.

9. En esta hipótesis no existe una inconsistencia conceptual, ni siquiera normativa, aun que esa solución posiblemente sea injusta.

similares bajo el amparo de un único sistema jurídico. Para un jurista incluso poco avezado no es nada sorprendente. Y tampoco resulta extraño que dos decisiones judiciales diferentes sobre hechos similares adquieran igualmente la categoría de cosa juzgada. Pero esto aún no prueba la posibilidad de la existencia o inexistencia de errores judiciales. Sólo muestra que tales decisiones son el fruto de instituciones humanas imperfectas y que sólo constituyen «errores prácticos», no «teóricos».¹⁰ Así, apelar a sentencias contradictorias firmes para casos similares con el objeto de negar la posibilidad de la existencia de errores judiciales constituye un argumento poco persuasivo.

En todo caso, en este libro se aceptará, por las razones que se expondrán más adelante, la existencia de errores judiciales tanto desde el punto de vista empírico como del normativo.

El error judicial puede suponer, y así se muestra palmariamente en algunos casos, que el juez se ha comportado con falta de pericia. Señala que el juez no habría actuado con la profesionalidad debida. Indica que su labor, desde el punto de vista técnico, no habría sido la adecuada y que dicha situación indeseable se pudo haber evitado en buena parte con una mayor y mejor formación técnica y científica del personal juzgador.

En lo que sigue analizaré, en primer lugar, el concepto de error judicial. Para ello seguiré una doble vía. La primera es sugerir un sentido amplio de error judicial. La segunda es, tomando como modelo el derecho español, ofrecer un sentido restrictivo del mismo, para luego ver cuáles son sus similitudes y diferencias. A continuación ofreceré una tipología del error judicial siguiendo la concepción amplia. En tercer lugar, analizaré cuáles pueden ser las causas y las fuentes del error judicial, separando aquellas que pueden ser achacables al juez de las que no le pueden ser imputadas. Detrás de todo este análisis pervive el indisimulado objetivo de saber qué tipo de herramientas, de habilidades y de adiestramiento debería tener un juez para ser técnicamente idóneo, es decir, para no cometer errores.

10. Véase Lea Brilmayer, «Wobble, or the Death of Error», *op. cit.*, p. 374.

El concepto de error judicial

El error judicial en sentido amplio

No resulta fácil establecer un concepto claro de error judicial que se acepte de una manera generalizada. Los sistemas jurídicos existentes carecen, en su mayoría, de una definición legal y tampoco la jurisprudencia articula una noción precisa, tal como sucede en el caso español. Por otra parte la doctrina, al menos la española, no es unánime al ofrecer una definición de error judicial, tal vez demasiado influida por los derroteros legales y jurisprudenciales.

En un sentido amplio se podría aducir que para que haya un error judicial es necesario que exista una respuesta, o varias respuestas, correcta(s) para un determinado problema jurídico. Además, es necesario que un caso resuelto por un juez o tribunal, en ejercicio de su potestad jurisdiccional, no sea subsumido en alguna de esas respuestas correctas. Estas dos condiciones parecen ser necesarias y suficientes.

Por tanto, importa poco que el error cometido por un juez o tribunal se deba a su propio dolo, a su culpa en alguna de sus variantes o a pesar de haber actuado con la diligencia debida. Ni siquiera es relevante que haya causado daño a un ciudadano o que éste disponga de suficientes recursos procesales para intentar subsanarlo. Ni es imprescindible que el desajuste entre la solución ofrecida por el derecho y el caso resuelto por el juez sea palmario, manifiesto o grave. Éstas pueden ser condiciones para ejercer la acción tendente a lograr una indemnización a cargo del Estado, pero no son definitorias, en este sentido amplio, de error judicial. Para que exista un error judicial basta que haya una decisión judicial que no se pueda subsumir en una de las decisiones correctas permitidas por el sistema jurídico en el momento de dictarla.

Por esa razón, un error judicial no implica el uso judicial de la discrecionalidad cuando esto está autorizado por el ordenamiento jurídico. Más bien implica el límite externo de la discrecionalidad, que es la arbitrariedad. Para poner un ejemplo, el Código

Penal argentino establece, en su artículo 79, que «El que matare a otro será reprimido con prisión de 8 a 25 años». Esto supone que, en virtud de su discrecionalidad, el juez puede dictar sentencias correctas imponiendo penas entre 8 y 25 años, es decir, imponiendo una pena de 8 años, 8 años y un día, 8 años y dos días y así hasta 25 años. La posibilidad de ajustar la sanción es de 17 años (entre 8 y 25 años) \times 365 días al año = 6.205 decisiones permitidas. Las decisiones que sobrepasaran los límites externos inferiores y superiores serían erróneas y constituirían un ejercicio arbitrario del poder de juzgar.¹¹

De ese modo, el error judicial puede ser tanto de hecho como de derecho y ser cometido tanto por un juez de primera instancia como por un tribunal de apelaciones, un tribunal supremo o un tribunal constitucional. Pero en todo caso el error sólo cabe en el ejercicio de la potestad de juzgar y no en la realización de aquellas tareas no jurisdiccionales que, en virtud de su cargo, se pueden llevar a cabo en el juzgado y cuya inadecuación puede producir un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

Hasta aquí hemos visto un concepto amplio de error judicial. En cambio, en un sentido estricto la idea de error judicial dependerá de consideraciones legales impuestas por los sistemas jurídicos concretos, de las aportaciones jurisdiccionales y de algunas precisiones doctrinales que complementan ambos aspectos. En lo que sigue, para presentar una visión restringida de error judicial, haré referencia a los errores en los que pudiera incurrir un juez o magistrado asumiendo como contexto de análisis el caso español.

11. Para un análisis de un caso similar, de donde extraigo este esquema, pero respecto al derecho español, véase Rafael Hernández Marín, *Las obligaciones básicas de los jueces*, cap. VII. Por mor de la simplicidad y para ilustrar mejor lo afirmado en el texto principal no se han tomado en consideración ciertas reglas que morigeran, aunque en ningún modo eliminan la discrecionalidad judicial. Estas reglas están contenidas centralmente en los artículos 40 y 41 del Código Penal argentino.

El error judicial en sentido restringido. El error indemnizable

El derecho español, como ya se ha dicho, carece tanto de una definición legal como de una construcción jurisprudencial clara de lo que es el error judicial, a pesar de la disposición constitucional que establece el derecho a ser indemnizado en caso de que eso suceda. Esto ha llevado a decir a algunos autores que, dada su parquedad y su sentido sumamente abierto del artículo 121 de la Constitución española, en el supuesto de que la ley que lo desarrolle no explote todas las potencialidades de ese instituto no se podría solicitar su inconstitucionalidad.¹²

Después de la Constitución, la LOPJ de 1985 perfila los aspectos más sobresalientes de esta institución en sus artículos 292 a 297, ambos inclusive. Con este marco legal básico, la jurisprudencia acabó confeccionando un diseño institucional sumamente restrictivo. Bien sea debido a motivos corporativos, al intento de proteger el poder judicial en su conjunto de críticas internas y externas a él o a cierto temor porque se abriese la espita de demandas indemnizatorias millonarias que el Estado pudiera tener problemas en afrontar a través de sus partidas presupuestarias, la verdad es que «la jurisprudencia se ha mostrado extraordinariamente rigurosa con los perjudicados por errores judiciales, interpretando con extrema rigidez los requisitos legales para obtener la declaración del error judicial, e incluso exigiendo requisitos no contemplados en la LOPJ. Podríamos calificar a esta jurisprudencia como auténtica disuasoria de nuevos procesos por error judicial».¹³

La doctrina española tampoco ha sido unánime al señalar las notas más importantes que tiene este instituto según la actual regulación, y esto no ha hecho más que disminuir las posibilidades de uso de este sistema indemnizatorio.

12. Véase Luis Martín Rebollo, *Jueces y responsabilidad del Estado*, op. cit., pp. 132 y ss.

13. Véase Valeriano Hernández Martín y otros, *El error judicial...*, op. cit., p. 35.

En lo que sigue aceptaré como noción restringida de error judicial, esto es, del error judicial que es indemnizable, la que ha propuesto Valeriano Hernández Martín cuando sostiene: «Es error judicial la equivocación crasa y palmaria cometida por un juez, Magistrado o sala de Magistrados en el ejercicio de funciones jurisdiccionales, siempre que dicha equivocación haya alcanzado firmeza, no sea debido a culpa del perjudicado y haya causado daños efectivos, evaluables e individualizables».¹⁴

Esta definición merece algunos comentarios adicionales que aclararán más su alcance. En primer lugar, el error judicial puede versar tanto sobre los aspectos normativos como los fácticos de una decisión jurisdiccional; así, podría existir error de derecho y de hecho respectivamente. Esta idea choca frontalmente contra la posición de quienes sostienen que el error judicial sólo se puede referir a cuestiones fácticas, dado que los yerros en cuestiones normativas tienen la vía de los recursos para ser solucionados. Ésta es la tesis mantenida, por ejemplo, por Manuel Goded Miranda, quien entiende que el error judicial «tiene lugar cuando por dolo, negligencia o equivocado conocimiento o apreciación de los hechos, se dicta una resolución judicial que no se ajusta a la verdad y a la realidad de tales hechos y que, por lo tanto, merece el calificativo de injusta».¹⁵ Y hay quienes incluso limitan todavía más la idea del error judicial centrándola exclusivamente en el ámbito penal.

Pero la tesis de Goded carece de sustento, ya que dado el texto del artículo 121 de la Constitución española y que las normas que lo desarrollan no dicen nada sobre distinguir entre lo que sería una equivocación sobre aspectos normativos y fácticos conviene no distinguir entre ellos. No corresponde distinguir entre lo que la ley no distingue. Además, ya existe jurisprudencia asen-

14. Véase Valeriano Hernández Martín y otros, *El error judicial...*, *op. cit.*, p. 81.

15. Véase Manuel Goded Miranda, «La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia», en *El Poder Judicial*, vol. I, presentación de José Luis Gómez-Dégano, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1983, p. 330.

tada acerca de la admisión de errores de derecho, como se verá más adelante. Y por último, restringiendo este instituto a sólo una herramienta para indemnizar errores de hecho, de alguna manera se está propiciando una fuente de injusticia que puede contribuir a corroer la legitimidad de la acción estatal. Estos argumentos valen también para rechazar la idea de que sólo cabría interponer un recurso por error judicial en materia penal; para decirlo brevemente, en todos los ámbitos jurisdiccionales competenciales se puede incurrir en error en el derecho español.

En segundo lugar, para que exista error judicial ha de haber una decisión jurisdiccional. Pero las decisiones judiciales pueden adquirir distintas formas, y hay quienes limitan este tipo de error únicamente a las sentencias. Sin embargo, no veo ninguna razón por la cual no se pueda predicar el calificativo de erróneo a un auto o a una providencia. Y se puede dar tanto en decisiones finales como en la adopción de medidas procesales o cautelares.

En tercer lugar, los sujetos activos del error judicial son los jueces y magistrados, sean jueces funcionarios o quienes cumplan sus funciones en la Administración de justicia, en tanto desarrollan la actividad jurisdiccional. «El Tribunal Supremo se refiere al error judicial como “actividad jurisdiccional de jueces o magistrados” en su sentencia de la Sala Segunda, de 9 de julio de 1990. Debe entenderse que pueden cometer error judicial los titulares de todos los órganos jurisdiccionales (artículo 26 de la LOPJ), sean jueces funcionarios, o personas que ejerzan sus funciones en virtud de distinta relación de servicios con la Administración judicial.»¹⁶ Así, no serán sujetos activos los miembros del Tribunal Constitucional, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal de Defensa de la Competencia, los jueces encargados de los registros civiles o los tribunales económicos administrativos.¹⁷

En cuarto lugar, las equivocaciones respecto a la interpretación y aplicación del derecho que constituyen la base del error judicial deben ser crasas, manifiestas y patentes. El error no con-

16. Véase Valeriano Hernández Martín y otros, *El error judicial...*, *op. cit.*, p. 82.

17. *Ibíd.*, pp. 82 y ss.

siste en decisiones simplemente desacertadas. El error debe ser indubitado e incontestable y ha de conducir a decisiones ilógicas, irrazonables, esperpénticas o absurdas. Han de ser errores que provocan la ruptura de la armonía del orden público. Por esa razón, no constituye un error judicial la interpretación del derecho que se puede argumentar dentro de las reglas de la hermenéutica jurídica, si no es irrazonable aunque el criterio no se comparta.¹⁸ En este sentido, no se puede confundir la mera revocación de una decisión judicial con un error judicial.¹⁹

Lo mismo se puede predicar de los enunciados fácticos que constituyen los fundamentos de hecho de las decisiones judiciales. La equivocación en la fijación de la base fáctica del proceso ha de ser manifiesta, ya que se trata «de un error de hecho que resulta patente, manifiesto, evidente o notorio, pues su existencia es inmediatamente verificable de forma clara e incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales [...] y ha de ser determinante de la decisión adoptada».²⁰

Y no hay que olvidar que un error judicial también se puede producir debido a cuestiones lógicas, como sería el caso en que se declaran probados hechos que en el fallo aparecen como inexistentes o, por ejemplo, se declara probada una penetración vaginal bajo amenaza de muerte y luego se decide la absolución de un delito de agresión sexual a quien indudablemente realizó la acción de forma culpable.

En quinto lugar no es necesario, para que exista error judicial en el sistema jurídico español, que el juez o magistrado haya actuado con culpa o dolo. La responsabilidad a la que ha lugar el error judicial es objetiva. Según el Tribunal Supremo, «no es el desacierto lo que trata de corregir la declaración de error judicial, sino la desatención, la desidia o la falta de interés jurídico, conceptos introductores de un factor de desorden, originador del

18. STS, 6/2004, de 27 de marzo de 2006; en el mismo sentido la STS 45/2006, de 25 de enero.

19. Véase el artículo 292.3 de la LOPJ, «La mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales no presupone por sí sola derecho a indemnización».

20. STC, 245/2005, de 10 de octubre.

deber, a cargo del Estado, de indemnizar los daños causados directamente, sin necesidad de declarar la culpabilidad del juzgador». ²¹

En sexto lugar, para que exista una indemnización por error judicial la parte supuestamente afectada no debe haber actuado con culpa o dolo. De acuerdo con el artículo 295 de la LOPJ, «En ningún caso habrá lugar a la indemnización cuando el error judicial o el anormal funcionamiento de los servicios tuviera por causa la conducta dolosa o culposa del perjudicado». Como tampoco tiene derecho a ser indemnizada si hubiera mediado causa de fuerza mayor. Así lo establece el artículo 292.1 de la LOPJ, «Los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán a todos los perjudicados derecho a una indemnización a cargo del Estado, salvo en los casos de fuerza mayor, con arreglo a lo dispuesto en este Título».

En séptimo lugar, el error judicial, para dar lugar a indemnización, ha de generar un daño. Este daño ha de ser efectivo, económicamente evaluable e individualizado, ya sea con respecto a una persona o a un grupo de ellas (artículo 292.2 de la LOPJ).

En octavo lugar, debe haber una relación de causalidad entre la actuación jurisdiccional y la ocurrencia del daño. Obviamente, a veces no siempre resulta fácil establecer esta relación. Por ejemplo, «si se desestima una demanda por caducidad del derecho sin entrar en más consideraciones, y el juez ha cometido un error de cómputo, aunque su fallo haya sido erróneo, ello no significa que un correcto cómputo de plazos hubiera conducido necesariamente a estimar la demanda. Ésta podría haber sido desestimada por distinto motivo». ²²

En noveno lugar, la LOPJ y la jurisprudencia han exigido algunas condiciones para la solicitud de la declaración de error judicial que compete siempre al Tribunal Supremo en sus distintas

21. STS, de 27 de marzo de 2006.

22. Véase Valeriano Hernández Martín y otros, *El error judicial*, op. cit., p. 118.

salas. Así, se fija el plazo de tres meses para interponer el recurso por error judicial contados a partir del día en que pudo ejercitarse y no se podrá interponer dicho recurso mientras que no se hubieran agotado previamente los recursos previstos por el ordenamiento. Así, para que exista error judicial se precisa una decisión judicial que así lo reconozca.

Éstas son, a grandes rasgos, las notas más sobresalientes del sistema español de error judicial indemnizable. Ahora conviene hacer una rápida comparación entre lo que se ha calificado como un sentido amplio del error judicial y un sentido restringido del mismo ejemplificado por el sistema español.²³

Algunas similitudes y diferencias entre un sentido amplio y otro restringido del error judicial

Como se ha podido observar, existen algunas similitudes y diferencias claras entre ambos sentidos del error judicial. Las más significativas tal vez sean las siguientes.

Primero, los dos sentidos comparten la idea de que se puede plantear el error judicial sólo si se puede pensar que existe alguna decisión alternativa que es correcta. Segundo, comparten también que la decisión errónea no es valiosa, ya que cuando se habla de error se supone una carga valorativa siempre negativa. Tercero, los errores pueden ser de derecho, de hecho y de congruencia lógica entre lo afirmado en los fundamentos de la sentencia y el fallo de la misma. Cuarto, en ambos sentidos se asume también una tesis objetiva acerca del error judicial, ya que aunque se admite que la equivocación se puede deber al dolo o a la culpa del juez o magistrado, esto no es necesario para que una decisión judicial merezca la calificación de errónea.

Pero a pesar de estas similitudes se pueden establecer, al mismo tiempo, algunas diferencias. Primero, en el sentido restringido, o sea para que el error judicial sea indemnizable, se exige que

23. Aquí no prestaré atención a las condiciones de carácter procesal que han de satisfacer los afectados por error judicial para recibir la indemnización preceptiva.

el error sea patente, manifiesto, evidente o notorio, una equívocación que se debe mostrar como tal de forma indiscutible. Los errores livianos, disculpables o subsanables no forman parte de la idea de error judicial indemnizable, según algunas sentencias del Tribunal Supremo.²⁴ En un sentido amplio, por el contrario, todo error cuenta como tal. Segundo, la exigencia de que es necesario que la decisión sea firme para ser indemnizable no aparece entre los requisitos del error en su sentido amplio. Tercero, el requisito de la existencia de un daño, según el sentido restringido, para reconocer el error judicial indemnizable no parece adecuado, ya que se puede dar el caso, tal como se advierte en la concepción general, de que puede haber error judicial sin daño. Por otra parte, según el sentido amplio, pueden cometer error todos aquellos agentes que dictan decisiones jurisdiccionales, mientras que en el sentido restringido sólo pueden ser sujetos activos los jueces y magistrados aunque no, por ejemplo, los miembros del Tribunal Constitucional.

En lo que sigue, con el fin de desarrollar una tipología necesariamente no exhaustiva de los errores judiciales, daré algunos ejemplos paradigmáticos, asumiendo lo que he caracterizado como un sentido amplio del error judicial.

Una tipología del error judicial

La idea de cuándo una decisión judicial es legal y, como su límite externo, cuándo es arbitraria ha planteado numerosísimos problemas prácticos y también teóricos. Esto ha hecho que un sector de la doctrina mantenga una posición escéptica afirmando que es arbitrario aquello que los jueces dicen que es arbitrario.

Es necesario advertir, sin caer en el cinismo de la posición escéptica, que suele ser sumamente difícil determinar cuáles son las condiciones necesarias y suficientes para que una decisión judi-

24. Véase Valeriano Hernández Martín y otros, *El error judicial...*, *op. cit.*, pp. 126 y ss.

cial cumpla con todas las exigencias asociadas a las cláusulas constitucionales, a la tutela judicial efectiva española o al debido proceso legal estadounidense. En palabras de Genaro Carrió: «Nadie ha podido hasta ahora determinar esas condiciones necesarias y suficientes, porque esto es imposible. Decidir que una sentencia satisface el *test* del debido proceso legal no es reconocer en ella o atribuirle una elusiva e indefinible propiedad o característica, sino que es señalar que *no exhibe* ninguna de las muy variadas anomalías que directa o indirectamente pueden afectar a un acto tan complejo como el de dictar una decisión judicial. La complejidad del acto se refleja en la riqueza y complejidad de los cánones que se usan para apreciar sus variados momentos. Son innumerables los modos en que estos cánones pueden ser transgredidos».²⁵

El listado de los modos en que se pueden transgredir esos cánones es abierto, es decir, no es un listado finito. Así parece haberlo entendido tanto la Suprema Corte de Justicia estadounidense como la Corte Suprema de Justicia argentina, aunque la primera haya utilizado las violaciones de estos cánones como una forma de excluir a la decisión que las padece del debido proceso legal y la segunda las haya utilizado para descalificar tales decisiones como «sentencias arbitrarias», a juicio de Carrió.²⁶

Por eso es importante plantear el problema de los errores judiciales, ya que es más fácil identificar los errores que los aciertos. Es más fácil saber cuándo un razonamiento o una conclusión es equivocada que cuándo es correcta. Esto no sólo sucede en el ámbito jurídico-práctico, sino también en cualquier actividad científica.

Por este motivo, a su vez es necesario e importante tratar de establecer una tipología, aunque no necesariamente sea exhausti-

25. Véase Genaro Carrió, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1967, p. 48. Lo mismo parece pensar Alejandro Nieto al afirmar: «Por decirlo de otra manera, para llegar a la inequívocidad es necesario que en el proceso de elaboración de la sentencia no haya ni un solo eslabón equívoco», en *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2004, p. 66.

26. Véase Genaro Carrió, *ibíd.*, pp. 48 y ss.

va, que sirva de guía para detectar los errores más comunes que puede cometer un juez en su labor jurisdiccional y que hacen que sus decisiones no sean conforme a derecho.

Desde el punto de vista de una concepción amplia del error judicial existen, si el análisis se centra en la sentencia y en el deber de motivarlas, cuatro instancias en las cuales se puede incurrir en un error.²⁷ Así, habría errores en el encabezamiento de la decisión, en su fundamento de derecho, en su fundamento de hecho y en el fallo propiamente dicho. Cada una de estas instancias admite, a su vez, nuevas subdivisiones que se pueden desarrollar paulatinamente. A favor de una mayor claridad expositiva, además expondré por separado los errores que afectan a la justificación interna de las decisiones judiciales y a la ausencia de motivación de las mismas, a pesar de que estos errores pueden ser reconducidos a errores en algunas de las instancias anteriormente reseñadas.²⁸

a) Errores en la justificación interna de una decisión judicial

A veces se suele advertir determinadas incongruencias en las decisiones judiciales que muestran que se ha cometido un error lógico en el razonamiento forense. Lo que aparece en el contenido del fallo no se sigue lógicamente de las premisas fácticas y normativas y de las definiciones utilizadas. En estos casos, el Tribunal Constitucional suele conceder el amparo por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva reenviando la causa al tribunal sen-

27. La base sobre la cual se conforma esta clasificación se cita en Genaro Carrió, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, op. cit., pp. 57 y ss. Daniel Mendonca también sigue la misma clasificación por su utilidad y claridad en «Errores judiciales», *Cuadernos de derecho público*, n.º 4, mayo-agosto de 1998, pp. 199 y ss.

28. En efecto, un error por incongruencia lógica entre los fundamentos de una sentencia y el fallo se puede presentar como un error en el fallo. El error que constituye una sentencia inmotivada se puede describir como un error en los fundamentos de hecho o de derecho. El tratamiento diferenciado de estos tipos de errores se debe a un trato específico dado por la jurisprudencia.

tenciador para que dicte una nueva resolución. Así se estableció, por ejemplo, en la STC 16/1993, de 18 de enero, cuando se sostuvo que «la simple lectura de la sentencia [de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Sevilla] revela la evidente contradicción entre la fundamentación amplia, correcta y razonable en favor de la tesis de la entidad actora, y el fallo desfavorable para la misma. Teniendo en cuenta que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye entre sus variados contenidos el que se dicte una resolución fundada en Derecho, resulta evidente que no puede reputarse como tal una sentencia cuya fundamentación discurre por una senda diametralmente opuesta a la del fallo y en la que se motiva lo contrario de lo que se falla [...]». Un error de esta magnitud enerva por completo cualquier posibilidad de justificar una decisión judicial.

b) Errores en el encabezamiento de la decisión

En el encabezamiento de las sentencias se suele consignar el número de causa, el órgano de procedencia y su correspondiente referencia —si es de segunda instancia— y los datos del tribunal juzgador. En este apartado básicamente se hace referencia a los sujetos con legitimidad activa y pasiva en la causa y al objeto del diferendo judicial. Por ese motivo, los principales errores que aquí se pueden cometer son los siguientes:²⁹

- b1) Incluir indebidamente a quienes no deberían formar parte del litigio.
- b2) Excluir indebidamente a quienes deberían formar parte del litigio.

29. Para este aspecto véase Daniel Mendonca, «Errores Judiciales», *op. cit.*, pp. 203-204. Existen otros tipos de errores en esta sede que pueden afectar a la identificación de quién es el magistrado ponente, por ejemplo, o que pueden alterar el número de identificación de la carátula del expediente. Los efectos que puede provocar este tipo de errores dependen de cada caso concreto y aquí no serán analizados.

Ambos supuestos constituyen un error *in personam*. Éste sería el caso de una persona que fue condenada como codemandada debido a un accidente de tráfico en el que estaba involucrado un vehículo de su propiedad en el momento del juicio, pero que no era suyo en el momento del accidente. El Tribunal Supremo, en sentencia 317/1998, de 27 de marzo, haciendo propio el argumento del Ministerio Fiscal en el apartado cuarto de los Fundamentos de derecho y concluyendo en el mismo sentido en el fallo, sostuvo que «[...] procede estimar la demanda de error judicial, pues el mismo es claro, ya que efectivamente en la sentencia objeto de demanda se han confundido con las personas, pues en la fecha de colisión de los vehículos el propietario y conductor de la furgoneta [...] que al parecer abrió la puerta y originó que un ciclomotor que circulaba colisionase con el taxi [...] era Álvaro F. M., como así se deduce efectivamente de la confesión de este último, habiendo adquirido la furgoneta el demandante hoy de error judicial Antonio Fernando M. M., con posterioridad a la colisión [...], por lo que no tiene ninguna responsabilidad en los hechos origen de la colisión, habiendo producido la sentencia de la Audiencia un error patente, al condenar al mismo, por lo que la demanda de error judicial debe ser estimada».³⁰

- b3) Considerar respecto al objeto de la causa algo más de lo reclamado.
- b4) Considerar respecto al objeto de la causa algo menos de lo reclamado.
- b5) Considerar respecto al objeto de la causa algo distinto de lo reclamado.

De ese modo habría sentencias con fallos *ultra petita*, *citra petita* y *extra petita*.³¹ Tomar en consideración todos estos tipos de equivocaciones es relevante, dado que los errores en el encabezamiento de las decisiones judiciales normalmente se arrastran a la parte resolutive de las mismas, impidiendo su justificación.

30. STS, 317/1998, de 27 de marzo.

31. Véase, más adelante, «Errores en el fallo».

En cambio hay otros tipos de errores en el encabezamiento que carecen de la fuerza suficiente como para impugnar la sentencia que los contiene. Éste es el caso de un auto de aclaración dictado por la Audiencia Provincial de Valencia que sustituyó la equivocada mención del nombre de una magistrada en el encabezamiento de la sentencia aclarada y que en realidad no había intervenido en las sesiones orales ni en la resolución, pero cuya firma aparecía entre la de los magistrados que efectivamente habían intervenido, aunque con una nota de anulación. El Tribunal Supremo, en STS 1299/2004, de 15 de noviembre, en el Fundamento de derecho segundo, sostiene: «A) El auto sustituyó en el encabezamiento de la sentencia el nombre de una magistrada, que no había intervenido en las sesiones orales ni en la resolución, por el nombre del magistrado que sí lo había efectuado. B) Como consecuencia de lo anterior firmó la sentencia el magistrado que había intervenido y, debajo de la firma de la magistrada que no lo había hecho, se puso una nota de anulación [...] Esto no implicaba vulneración de lo establecido en el artículo 267 de la LOPJ y tampoco del principio de seguridad o del derecho a la tutela que inspiran los preceptos de aquel artículo. Y, de ningún modo, hace surgir duda fundada acerca de que la sentencia fuera realmente deliberada o votada por tres magistrados, que esos tres jueces fueran los que integraron el tribunal presente en las sesiones del juicio, que el auto de aclaración fuera deliberado y votado por los magistrados que en él figuran, o que esos magistrados no hayan llegado a firmar las resoluciones aunque la parte ahora recurrente viera el auto antes de constar en él todas las firmas».

c) Errores en el fundamento de derecho

Los errores judiciales en el fundamento de derecho de una sentencia pueden afectar tanto a la interpretación como a la aplicación del derecho y se pueden dar respecto a disposiciones tanto procesales como sustanciales.

c1) Errores en la interpretación del derecho

Existen distintas formas de aproximarse a la idea de un error en la interpretación del derecho. La primera es asumir que interpretar también incluye una tarea de sistematización del derecho y que hasta que ésta no haya concluido no se puede saber qué está permitido y qué está prohibido o resulta obligatorio. De ahí su importancia. Y dado que la sistematización supone, a su vez, cuestiones lógicas, resulta evidente que se pueden producir errores tanto en el procedimiento de sistematización como en el resultado obtenido por su intermedio.³²

Así, por ejemplo, un juez que detecte una laguna normativa o una contradicción donde no las hay respecto al caso que debe resolver o que no descubre una laguna del mismo tipo o una contradicción donde las hay respecto al caso que conoce comete un error. Esta clase de errores se puede deber a que el juez no ha realizado una sistematización completa o no lo ha hecho adecuadamente. Estos errores de sistematización, naturalmente, se suelen trasladar a la elección de la norma aplicable y, por ende, al fallo.

Se puede cometer una equivocación judicial algo diferente de la anterior con las llamadas lagunas axiológicas. Como se recordará, una laguna axiológica es aquella donde existe una norma que es aplicable al caso individual que está sometido a la jurisdicción de un juez. Sin embargo, el juez está dispuesto a no aplicar dicha norma porque la solución normativa dada legislativamente no le parece adecuada. La causa de ello es su creencia de que el legislador, si hubiera tomado en consideración ciertas circunstancias relevantes, hubiera dado una solución diferente a la que efectivamente dio. En este caso el juez decide solucionar el caso no aplicando la norma existente, sino que lo hace del modo en que lo hubiera solucionado el legislador según la hipótesis de

32. Se puede dar el caso, sin embargo, que el *iter* del razonamiento sistematizador sea inadecuado pero su conclusión correcta debido a la mera casualidad. Es un caso poco probable, pero posible.

relevancia, esto es, conforme con la propiedad que supone relevante.³³

Frente a esta situación de laguna axiológica caben dos posiciones diferentes. La primera es que la hipótesis de relevancia se agota en la regla que el juez se niega a aplicar, sin ninguna consideración ulterior a otras reglas o principios. El juez se deja llevar por su propio criterio señalando cuál es la propiedad relevante que supone que el legislador no tomó en consideración al legislar, impone sus preferencias y con ello deja de aplicar el derecho. Aquí el juez comete un claro error al infringir uno de sus deberes profesionales, cual es decidir conforme a derecho. Según Ezquiaga Ganuzas: «Los jueces utilizan el “arma” de la laguna de forma arbitraria [...] habrá ocasiones en las que el supuesto esté regulado perfectamente, pero si el juez estima que esa regulación lesiona un determinado valor digno de protección en su opinión, determinará la existencia de una laguna y solucionará el caso con una libertad mucho mayor. Este último es [...] lo que se han denominado “falsas lagunas”».³⁴

La segunda posición frente a las lagunas axiológicas consiste en admitir que el derecho tiene dos niveles regulativos, el de las reglas y el de los principios que las justifican. En este caso el juez puede sostener que la propiedad relevante que el legislador no consideró tiene trascendencia constitucional, que detrás de la regla que rechaza aplicar existen razones subyacentes que así lo exige. Según Juan Ruiz Manero: «Un cierto caso constituye una laguna axiológica de un cierto sistema jurídico si y sólo si 1) ese sistema contiene una regla que soluciona el caso, pero 2) sin que dicha regla considere como relevante una propiedad que, de acuerdo con las exigencias que se derivan del balance entre los

33. Sobre la definición de lagunas axiológicas, véase C. Alchourrón y E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., especialmente el cap. VI.

34. Véase Ezquiaga Ganuzas, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, op. cit., p. 526. La idea de «falsas lagunas» es la misma que la idea de lagunas axiológicas, como lo han demostrado C. Alchourrón y E. Bulygin en *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., pp. 161 y ss.

principios relevantes de ese sistema jurídico, sí debiera considerarse como relevante».³⁵ Por lo tanto, una correcta sistematización del derecho implicaría, una vez realizada una adecuada ponderación de dichas razones subyacentes o de los principios justificantes, la existencia de una nueva regla que avalaría la nueva solución dada por el juez. En este caso, el juez no se equivocaría al plantear la laguna axiológica resolviendo el caso en atención a las propiedades relevantes emanadas de los principios justificantes; lo erróneo sería actuar siguiendo la regla legislativa que se negó a aplicar.³⁶

La segunda manera de acercarse a los errores en la interpretación del derecho es aceptar una teoría intermedia de la interpretación en el sentido de que existen disposiciones con un núcleo de significado que es unívoco y claro y, además, zonas de penumbra dónde pueden existir discrepancias acerca de lo que esa disposición denota efectivamente. Aquí se acepta que al menos sus casos paradigmáticos son claros. Son bien conocidas las palabras de Hart al respecto: «Todas las reglas importan reconocer o clasificar casos particulares como ejemplos de términos generales, y frente a cualquier regla es posible distinguir casos centrales claros, a los que ésta sin duda se aplica, y otros casos en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica. Es imposible eliminar esta dualidad de un núcleo de certeza y una penumbra de duda, cuando se trata de colocar situaciones

35. Véase Juan Ruíz Manero, «Algunas concepciones del derecho y sus lagunas», en Fernando Atria y otros, *Lagunas en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 103 y ss.

36. Para un debate acerca de la consideración como erróneas o perfectamente jurídicas las alternativas interpretativas aquí propuestas de las lagunas axiológicas, véanse José Juan Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, Madrid, CEPC, 1997, especialmente el cap. IV y Juan Ruíz Manero, «Algunas concepciones del derecho y sus lagunas», en Fernando Atria y otros, *op. cit.*, pp. 103 y ss. En el último supuesto analizado, incluso se podría sostener que no existe un auténtico caso de laguna axiológica. Si el juez aplica la regla sin tomar en consideración el valor constitucional, habría cometido un error en la aplicación del derecho o en la calificación jurídica. Si aplica el principio constitucional sólo está aplicando correctamente el derecho sin necesidad de acudir previamente a la idea de laguna axiológica. No me ocuparé de este debate.

particulares bajo reglas generales». ³⁷ Si esto es así, la negación por parte del juez intérprete del significado central de la regla sería un error.

Respecto a la interpretación del resto de las disposiciones jurídicas donde no cabe una única solución interpretativa posible, o de la determinación de la denotación significativa de los casos marginales que aparecen dentro de la zona de penumbra, para que exista un error en la interpretación es necesario que la interpretación del texto jurídico propuesta por el juez no pueda ser reconocida por ningún criterio interpretativo aplicable razonablemente. Las interpretaciones novedosas, pero avaladas con razones no caben dentro de esta categoría. ³⁸

En el derecho español, según la doctrina del Tribunal Supremo, existe un error en la interpretación jurídica, en cualesquiera de estos supuestos, cuando el juez muestra cierto desconocimiento del derecho que rige el caso bajo su jurisdicción. Es decir, cuando el error interpretativo es grosero, palmario, evidente. En palabras del Tribunal Supremo, «el yerro, debe ser palmario, patente, manifiesto, indudable e incontestable, de un modo objetivo y no tan sólo a ojos de quienes fueron parte o se sientan perjudicados, pudiéndose agregar que, dicho error, puede ser fáctico o jurídico, teniendo indebidamente por probado determinados hechos o desconociendo o ignorando los preceptos legales o las normas aplicables o incurriendo en flagrante equivocación al aplicarlas o interpretarlas». ³⁹

Los errores de interpretación del derecho se pueden deber a diversos factores. En primer lugar, puede ser que el juez aplique un criterio interpretativo prohibido por el derecho. Un ejemplo típico sería si el juez utiliza la analogía en materia penal con per-

37. Véase H. Hart, *El concepto de derecho*, op. cit., pp. 152-153.

38. Éste sería el caso, por ejemplo, si se siguiera una determinada línea interpretativa que contradijera la hasta ese momento doctrina jurisprudencial con el objeto precisamente de modificarla. Bastaría con que se aduzcan argumentos razonables para que ese tipo de razonamiento novedoso no sea considerado como erróneo, aunque la decisión que surja de dicho razonamiento interpretativo sea revocada por una instancia judicial superior al juez que lo propuso.

39. STS, de 5 de octubre de 1987 (RJ, 1987/6959).

juicio de la posición del acusado. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional sostiene que «la garantía de la libertad de los ciudadanos, no tolera [...] la aplicación analógica *in pejus* de las normas penales o, dicho en otros términos, exige su aplicación rigurosa, de manera que sólo se pueda anudar la sanción prevista a conductas que reúnen todos los elementos del tipo descrito y sean objetivamente perseguibles. Esta exigencia se vería soslayada, no obstante, si a través de la figura del fraude de ley se extendiera a supuestos no explícitamente contemplados en ellas la aplicación de normas que determinan el tipo o fijan condiciones objetivas para la perseguibilidad de las conductas, pues esta extensión es, pura y simplemente, una aplicación analógica».⁴⁰

También habría un error de interpretación si se decide utilizar de un modo arbitrario cualquier criterio interpretativo, cualquiera que sea el contexto en el que se encuentre el texto que cabe interpretar. Dicho de otra manera, no siempre se puede utilizar cualquier criterio interpretativo. Supóngase que el legislador dicte una norma mediante la cual se permite que los extranjeros residentes en España puedan votar en las elecciones municipales en el municipio donde tengan radicada su residencia. Sería absurdo que un juez hiciera un razonamiento interpretativo basándose en el argumento a contrario para negar a los españoles la posibilidad de votar en tales elecciones. Si así lo hiciera se equivocaría groseramente.⁴¹

Otro error de interpretación consiste no ya en elegir equivocadamente el criterio interpretativo, sino hacerle operar de un modo incorrecto, violentando sus límites o las reglas de su propio funcionamiento. Eso sucedería si un juez utilizara, por ejemplo, la interpretación por analogía para extender una materia que el legislador ha pretendido regular restrictivamente, para

40. STC, 75/1984, de 27 de junio. La doctrina afirma, sin embargo, que es posible la analogía en *bonam partem*. Es decir, el juez puede apartarse del sentido literal de la ley penal si con ello favorece al reo y existen razones materiales para ello. Véase Enrique Gimbernat Ordeig, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 46 y ss.

41. José Juan Moreso me sugirió este ejemplo. Por ésta y por muchas otras cosas le quedo muy agradecido.

restringir derechos o para suplir la falta de desarrollo legal, entre otros supuestos.⁴²

También puede suceder que el juez interprete equivocadamente el derecho porque opere mal con las distintas piezas del mismo al carecer de la información suficiente como para hacerlo correctamente. Sólo mencionaré algunos supuestos con una intención meramente ilustrativa y sin ninguna pretensión de exhaustividad. Como se recordará, las reglas de fin se caracterizan porque dejan al intérprete la posibilidad de establecer cuáles son los mecanismos idóneos para lograr ciertos objetivos dado un determinado estado de cosas. Dichas reglas indican los fines que cabe alcanzar pero no los medios para hacerlo. Un ejemplo de este tipo de reglas son las que permiten al juez trabar un embargo. No es inusual que el juez, por desconocimiento del valor de la cosa embargada o por cualquier otra causa, dicte una orden de embargo por una cantidad que resulta excesivamente diferente, por defecto o por exceso, del estado de cosas que cabe asegurar. A veces se traban embargos desproporcionados, que vuelven ridícula o manifiestamente inadecuada la interpretación o aplicación del derecho al respecto.

Y lo mismo sucede con la fijación de las fianzas. Los jueces tienen la potestad, y en ocasiones la obligación, de establecer fianzas. Sin embargo, raras veces la ley les dice cuál debe ser el importe de las mismas (suele ser, aunque no en todos los casos, un porcentaje del monto del principal). Por ello, en la mayoría de los supuestos, el juez tiene discrecionalidad para fijar la cantidad que ha de ser ofrecida como fianza.

Sin embargo, el juez se equivoca cuando fija una fianza excesiva o desproporcionada, ya que dicho error puede implicar su inconstitucionalidad si la vuelve imposible de satisfacer para

42. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas menciona estos supuestos, entre otros, como límites al uso del argumento de analogía. Señala, para ilustrar estos límites, las sentencias del Tribunal Constitucional, 76/1983, de 5 de agosto; 45/1983, de 25 de mayo y 49/1983, de 1 de junio, respectivamente. A su análisis me remito: J. Ezquiaga Ganuzas, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, op. cit., pp. 30-31.

quien debe soportarla. Según el Tribunal Supremo, «la exigencia misma de la prestación de la fianza, tanto en los casos generales previstos para el ejercicio de la acción de tal naturaleza por el artículo 280 de la Ley procesal y específicamente para la dirigida a la responsabilidad penal de jueces y magistrados por el artículo 761 de tal cuerpo legal, no es inconstitucional, pero sí puede resultar si, por su cuantía, puede hacer ilusorio su ejercicio constitucionalmente reconocido, al hacerlo prohibitivo dadas las posibilidades del actor en el área o ámbito económico [...]».⁴³

También es posible encontrar errores de interpretación que pretenden corregir otros errores previos igualmente de interpretación, como si un error condujera al, o fuera la base del, otro error. Aquí los jueces parecen olvidar que de dos errores consecutivos difícilmente se puede seguir un acierto. Se puede ilustrar esta afirmación con el siguiente ejemplo: la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid dictó una sentencia el 9 de marzo de 1987 por la cual se establecía una condena a Jesús D. F. como autor de un delito de robo con intimidación en las personas y otro de tenencia ilícita de armas aunque el fallo concluyera, de forma contradictoria, absolviendo al procesado del delito de tenencia ilícita de armas. Por ello el Tribunal acordó la libertad provisional sin fianza del detenido. Sólo había estado en prisión setecientos cincuenta y cinco días de los mil ochocientos veinticinco días a los que fue condenado. Tan baja condena (y la libertad provisional subsiguiente) se explica porque el Tribunal sólo tomó en consideración, para la graduación de la pena, el delito de robo con intimidación y por ello da la impresión de que, efectivamente, absolvía al condenado del delito de tenencia ilícita de armas.

En diciembre de 1991, cuatro años más tarde, el Tribunal advirtió el error, entendiendo que al condenado le quedaban mil setenta días de prisión por cumplir y decretó su ingreso inmediato en prisión.⁴⁴

43. Auto TS, de 27 de abril de 1993 (RJ, 1993/3286).

44. STC, 22/1993, de 18 de enero, Fundamentos jurídicos 2.º.

Ante esta situación, el afectado insta el amparo y el Tribunal Constitucional le otorga la razón basándose en el siguiente argumento: la sentencia dictada en 1987 había adquirido la calidad de cosa juzgada en diciembre de 1991; por ello, el Tribunal *a quo* no podía, legítimamente, modificar el fallo. Esto viola el derecho a la tutela judicial efectiva. Por otra parte, los errores de los órganos judiciales que no son imputables a la negligencia de la parte no pueden ocasionar perjuicios a la misma porque supondría un evidente estado de indefensión. Es natural, entonces, que el Tribunal Constitucional haya acogido las tesis del Ministerio Fiscal al afirmar que «si un tribunal incurrió en error al interpretar en principio el fallo como reducido a un delito y no dos, ha cometido uno mayor al modificar en perjuicio del reo una sentencia cuatro años y medio después de ser firme, desconociendo que los Tribunales no podrán variar, después de firmadas, las sentencias que pronuncien (artículo 161.1 primer inciso Lecrim), salvo en el día hábil siguiente al de la notificación (artículo 161.1, segundo inciso Lecrim), única excepción reconocida».⁴⁵

Otra fuente de error judicial en la interpretación del derecho surge como consecuencia de la equivocada actuación del juez al operar con los principios, otras de las piezas importantes del derecho. Un principio es una norma cuyo conjunto de propiedades que regulan el caso y que determinarán su alcance y cuyo valor justificatorio o peso son abiertos en el sentido en que no están plenamente determinados como en el caso de una regla de acción.

Al operar con principios, el juez puede cometer dos tipos diferentes, aunque vinculados, de errores. El primero está relacionado con la determinación de las propiedades del caso genérico que regula el principio; esto es, cuando transforma el principio en reglas. El segundo lo está con la asignación del peso a un principio en un determinado litigio. Estos dos tipos de errores se suelen englobar bajo el nombre genérico de errores en la ponderación.

45. STC, 22/1993, de 18 de enero, Fundamentos jurídicos 4.º.

Un error en la determinación de las propiedades que forman el antecedente de la regla que surge del principio para la solución del caso concreto se produce cuando el juez no toma en cuenta propiedades relevantes, introduce propiedades irrelevantes, bien sea porque no pertenece al «ámbito» del principio, bien porque no guarda una relación estrecha con el caso concreto que se debe resolver, introduce propiedades redundantes que no completan el principio, o introduce propiedades contradictorias que lo vuelven inaplicable.

Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha sostenido en incontables ocasiones que en el ámbito del artículo 20 de la Constitución española y otros bienes jurídicamente protegidos, entre los que se encuentra el derecho al honor, se ha de ponderar la materia de la información, su interés público, si el contenido de la información contribuye a la conformación de una opinión pública libre y cuál es la persona objeto de la información. En esta ponderación no se ha de olvidar, en opinión de ese Tribunal, que la constitucionalización de la libertad de expresión y de comunicar y recibir información ha modificado profundamente delitos como contra el honor, que ya no pueden ser contruidos únicamente alrededor del *animus iniuriandi*.⁴⁶

Un juez o tribunal que omitiera examinar esos elementos al determinar la regla que surge del principio y que resolvería el caso cometería una equivocación. Ese parece haber sido el error de dos sentencias, una del Tribunal Supremo que no dio lugar a una casación de la otra de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de abril de 1986 por las que se condenó a quien insta el amparo ante el Tribunal Constitucional por un delito de injurias graves por escrito y con publicidad. En este caso, se imputó al director del bisemanario *Igualada* dicho delito por la publicación de una carta al lector donde se afirmaba que un concejal del consistorio de la localidad de Igualada, provincia de Barcelona, había participado en la quema de una bandera española. El Tribunal Constitucional atribuye a las sentencias antes dichas que una lectura atenta lleva a concluir que «el conflicto ha sido resuelto

46. Por todas, STC, 15/1993, de 18 de enero.

de forma prácticamente exclusiva desde la consideración del supuesto *animus iniurandi* del recurrente derivado de la publicación de la carta en el medio de comunicación del que es director sin contrastar adecuadamente ni la veracidad de la información recogida en ella, sobre la que la sentencia de la Audiencia se limita a afirmar escuetamente que “no se constató», ni la trascendencia pública de la noticia para contribuir a la formación de una opinión pública libre, elementos que hubieran podido llevar a una distinta valoración penal de la conducta del ahora recurrente en cuanto que podrían excluir su antijuridicidad al encontrarse protegidas por el ejercicio de un derecho fundamental preferente, como es el de comunicar libremente información veraz [...] Este desconocimiento no significa sin más el otorgamiento del amparo; tratándose de una errónea delimitación del contenido de un derecho fundamental que impidió la necesaria ponderación entre el derecho al honor y el derecho a comunicar libremente información veraz [...] hemos de pronunciarnos sobre el fondo de la cuestión planteada».⁴⁷

Un error de ponderación en la asignación del peso o importancia que tiene un principio se debe a que el juez equivoca ciertas reglas muy básicas y muy generales al sopesar el valor de un principio constitucional frente a una norma legislada o medida gubernativa o bien frente a otro principio constitucional.

En el primer supuesto, el juez ha de tomar en consideración si la regla o la medida administrativa reúne los requisitos de necesidad e idoneidad. La idea de necesidad supone que aquello que contradice el principio no resulta superfluo, ni puede ser alcanzado por otros medios concordantes con dicho principio. La idea de idoneidad supone que el contenido de la norma o medida gubernativa que colisiona con el principio es adecuada para la consecución de los objetivos previstos. Una vez evaluada la existencia de estos requisitos, el juez debe realizar el juicio de proporcionalidad.⁴⁸ De esa opinión es el Tribunal Constitucional

47. STC, 15/1993, de 18 de enero.

48. Véase Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa, *La argumentación en el derecho*, Lima, 2.^a ed., 2005, p. 303.

que, en su STC 66/1995 de 8 de mayo, afirma que: «Para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto —la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes—; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, y, finalmente, si la misma era proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto». Si la regla o medida gubernativa no satisface los requisitos de necesidad e idoneidad y, a pesar de ello, el juez hace decaer el principio que se le opone, comete una equivocación.

En la hipótesis en que se ven involucrados dos principios que, en un caso concreto, colisionan entre sí, el fracaso en la ponderación se puede deber a que el juez yerra en el juicio de proporcionalidad. El juicio de proporcionalidad implica que el juez ha de hacer un cálculo de consecuencias tanto sobre el principio que se sacrifica como sobre el que se potencia.⁴⁹ Si este cálculo está mal realizado, el juez que lo hace comete un error y su decisión debe ser revisada por la instancia superior, si esto es posible. Así lo suele afirmar a menudo el Tribunal Constitucional cuando sostiene que «el Tribunal puede, mediante el recurso de amparo, revisar si la ponderación realizada por los jueces es la adecuada y en caso contrario restituir el necesario equilibrio entre los derechos fundamentales en conflicto».⁵⁰

Es evidente que uno de los casos más flagrantes de error en el juicio de proporcionalidad se produce cuando en la ponderación no se considera uno de los principios en liza. Así lo puso de manifiesto la STC 227/1992, de 14 de diciembre, al conceder parcialmente un amparo al recurrente por reconocer su derecho a comunicar libremente información y anular una sentencia de la

49. *Ibíd.*, pp. 303 y ss.

50. Auto TC, 20/1993, de 21 de enero.

Sala Primera del Tribunal Supremo declarando firme la dictada por la Audiencia Territorial de Sevilla. En su fundamento segundo se dice: «La sentencia impugnada (STS, de 19 de junio de 1989 [RJ 1989/4699]), a diferencia de las dos que deja sin efecto, ha prescindido de cualquier toma en consideración de uno de los derechos implicados, el derecho a comunicar información; ante una demanda de protección civil del derecho al honor y a la intimidad dirigida frente a una nota de prensa, la fundamentación de la resolución judicial prescinde de toda referencia expresa al derecho a informar, un derecho que se encuentra necesaria y alternativamente en juego. Esta deficiencia en la ponderación, como hemos señalado en otras ocasiones, sería suficiente para declarar la nulidad de la sentencia impugnada».

Pero éste no es el único supuesto de error; los jueces también se equivocan cuando yerran en el cálculo de proporcionalidad una vez que se han identificado y evaluado los principios que colisionan. Este tipo de error se puede ejemplificar con el caso de un abogado que, además, actuaba como periodista y que publicó una serie de notas críticas sobre ciertas sentencias y prácticas tribunales. El Colegio de Abogados en el que estaba inscrito lo sancionó con un apercibimiento por escrito, sanción que fue confirmada por el Consejo General de la Abogacía. La cuestión es si el sancionado está obligado, en virtud de su profesión, a someterse a un plus de contención en el ejercicio de la libertad de expresión y, en segundo lugar, a determinar la licitud de la sanción impuesta, ambas cuestiones resueltas por el Tribunal Supremo, cuya decisión se impugna por vía de amparo.

Aunque resulta obvia la respuesta afirmativa a la primera cuestión, no lo es tanto respecto a la segunda cuestión. Para responderla hay que realizar un juicio de proporcionalidad entre los dos derechos en colisión: el de la libertad de expresión y el de la facultad que tiene el colegio profesional para limitar lícitamente y dentro de ciertos márgenes su ejercicio.⁵¹

51. En palabras del Tribunal Constitucional, «[...] se trata, en consecuencia, también en este supuesto, de realizar una ponderación de los bienes constitucionales en juego, de forma que, partiendo de la licitud ya definida de los límites de la li-

Para cumplir adecuadamente esta tarea se debe tener presente elementos como el de la publicidad de los juicios, que cabe entender como que excede a las partes que participan en él, la calidad del informante, abogado de profesión, el medio en que se materializa la información y el contenido mismo de la información, entre otros aspectos, que deben ser sopesados frente a la protección que merecen los posibles afectados o el reproche colegial de la abogacía: «Pues bien, siendo el papel del Tribunal Constitucional en estos supuestos el valorar si la ponderación efectuada por órganos judiciales ha sido realizada correctamente o no, hay que concluir que ello no sucede en términos suficientes en la sentencia impugnada, en cuanto que no se valora o no se hace de forma suficiente la incidencia en la sanción colegial de elementos como el principio de publicidad de los juicios, el papel de los medios de comunicación, el contenido concreto de la información y, en definitiva, el principio de proporcionalidad de los sacrificios [...]».⁵²

Hasta aquí he señalado algunos de los principales tipos de errores en la interpretación del derecho que pueden cometer jueces y magistrados en el ejercicio de sus funciones. También he indicado algunas de las causas que motivan dichos errores. Los errores en la interpretación del derecho se pueden trasladar a la aplicación del mismo con el consiguiente efecto en la resolución de cada caso.⁵³

bertad de información específicamente aplicables a quien como abogado en ejercicio ejerce en un medio de comunicación su libertad de expresión, es preciso analizar si en el caso concreto el Tribunal Supremo ha realizado una interpretación adecuada de los mismos, ya que evidentemente resultaría constitucionalmente inaceptable la extensión de los citados límites más allá de lo que constituyen su ámbito propio de lícita actuación, sometiendo a restricciones indebidas el núcleo esencial de la libertad de información que el recurrente, como cualquier ciudadano, ha de tener garantizado», STC, 286/1993, de 4 de octubre.

52. STC, 286/1993, de 4 de octubre.

53. Habitualmente el error de interpretación conduce a un error en la aplicación del derecho, pero ésta no es una cuestión necesaria, ya que el juez puede, a través de otro error de razonamiento, «acertar» por casualidad en la norma aplicable.

c2) Errores en la aplicación del derecho

Existen errores en la aplicación del derecho cuando se aplican normas que no son aplicables o no se aplican normas que son aplicables. En palabras de Ronald Dworkin, «cuando decimos que una norma es obligatoria para un juez, eso no significa otra cosa sino que debe seguirla si viene al caso, y que si no lo hace, habrá cometido por ello un error». ⁵⁴ Algunos casos típicos de errores en la aplicación del derecho son los siguientes.

Uno de los errores más comunes en la aplicación del derecho consiste en tratar de resolver un diferendo judicial mediante la aplicación de una norma derogada. Es evidente, y así lo atestigua una sobrada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que la elección de la norma aplicable corresponde al juez de instancia y que su control por parte de dicho Tribunal se puede producir únicamente si se trata de una elección arbitraria, irrazonable o patentemente errónea. ⁵⁵

Éste fue el caso de una sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, de 4 de diciembre de 1989, que confirmó la condena al actor a la pena de 30.000 pesetas de multa y privación temporal del permiso de conducción por seis meses por un delito de imprudencia temeraria sin advertir que la disposición en virtud de la cual condenaba había sido derogada. En la estimación del recurso de amparo interpuesto por el condenado, el Tribunal Constitucional sostiene que «lo que pasa inadvertido al órgano judicial es que, según la regulación vigente en el momento de dictar sentencia, la pena pecuniaria mínima a imponer en el supuesto enjuiciado sería [...] ninguna, dado que dicho supuesto había quedado despenalizado al tratarse de una imprudencia con resultado de daños cuyo importe no supera la cuantía del seguro obligatorio [...] Este error genera una contradicción entre lo que el Tribunal quiere y, por imperativo del artículo 24 CP y del artículo 9.3 CE, debe hacer *ex officio* (aplicar la ley posterior más be-

54. Véase Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, trad. cast. de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, p. 88.

55. STC, 233/1991, de 10 de diciembre.

neficia), y lo que realmente hace: aplicar una normativa derogada en el momento de dictar sentencia, que además en este caso es claramente desfavorable para el reo. Este error, que constituye la *ratio decidendi* de los tipos aplicados y de la pena impuesta, convierte en irrazonable la elección de la norma aplicable, de tal manera que no puede afirmarse que estemos ante una decisión fundada capaz de satisfacer el derecho a la tutela judicial consagrado en el artículo 24.1 CE». ⁵⁶

Es verdad, sin embargo, que la mera indicación errónea de la disposición legal derogada que se aplica no produce automáticamente un error judicial con significación constitucional; el juez tal vez indique mal cuál es la disposición que contiene la norma que resuelve el caso porque ésta ha sido formalmente derogada, pero si esa norma está contenida en otra disposición, entonces la decisión es correcta. Un caso típico que sirve para ilustrar esta cuestión surge cuando existen dos normas redundante en dos textos legislativos distintos y el legislador deroga una de ellas radicada en uno de los textos; en tal caso preexiste la norma en la disposición no derogada. Si el juez menciona la disposición derogada como fundamento de su decisión comete un error salvable, desde el punto de vista constitucional, porque materialmente su decisión es correcta al aplicar la norma correcta (aunque lo indique mal). Ésa fue, al menos, la opinión del Tribunal Constitucional cuando entendió una demanda de amparo de un funcionario penitenciario que había sido sancionado por la Administración por falta grave, confirmada por el Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo n.º 1. En su reclamación afirmaba que el juez había integrado la norma definitoria del ilícito aplicado, el artículo 7.1.i del Reglamento disciplinario de funcionarios de la Administración del Estado con otros preceptos no vigentes en el momento de producirse los hechos, los apartados 1 y 3 del artículo 281 del Reglamento penitenciario en la redacción dada por el Real Decreto 1.201/1981, de 8 de mayo. Ambos artículos tienen una redacción diferente.

56. STC, 203/1994, de 11 de julio.

En palabras del máximo intérprete de la Constitución, «esta discordancia [de redacción] carece de la pretendida relevancia constitucional por dos motivos: porque la norma aplicada por la Administración fue la vigente en el momento de los hechos y porque, en cualquier caso, la norma previa erróneamente citada por el órgano judicial en su labor revisora para integrar el tipo aplicado en nada contenía una regulación materialmente distinta a la que había sido aplicada por la Administración. En efecto, en primer lugar ningún reproche de retroactividad desfavorable se realiza al acto sancionador en sí. La tacha no se dirige al modo de sancionar, sino al modo en que argumenta el órgano judicial cuando revisa, para confirmarla, la legalidad del acto sancionador, sin que pueda considerarse que la sentencia ahora recurrida haya sustituido la norma sancionadora finalmente aplicada, de modo que la misma sea finalmente otra y anterior en su vigencia al momento de los hechos sancionados».⁵⁷

Otro de los errores que puede cometer un juez en la aplicación del derecho sucede cuando decide una cuestión que en sus elementos subjetivos y en sus elementos objetivos ha adquirido la calidad de cosa juzgada. Esto también se produce cuando el juez supone equivocadamente que hay cosa juzgada sobre un determinado asunto no habiéndola y decide en consecuencia. Como se recordará, la cosa juzgada «se exterioriza desde dos ópticas diferentes: una recogida en la máxima *non bis in idem*, que evita el nuevo conocimiento en juicio de una pretensión ya resuelta anteriormente por sentencia, y otra, que atañe a la vinculación del juez de un proceso posterior a aceptar las posiciones jurídicas efectuadas en el precedente [...] Como frontera objetiva de la cosa juzgada, exige [el artículo 1252 del Código Civil] la más perfecta identidad entre las cosas, las causas y las personas de los litigantes».⁵⁸

Un ejemplo del primer caso es una sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 2 de Cáceres de 28 de junio de 1996, en los autos 161/1996 y que decidió sobre los mismos agentes e

57. STC, 129/2005, de 23 de mayo.

58. STS, 401/1998, de 6 de mayo.

idéntico objeto pero en un sentido contrario que la sentencia del Juzgado de lo Social de Cáceres n.º 1, auto 270/1993 de 23 de febrero de 1994, que ya estaba firme. A juicio del Tribunal Supremo, «la conclusión del razonamiento es que la sentencia de 28 de junio de 1996 del Juzgado de lo Social de Cáceres n.º 2 ha incurrido en error judicial, craso o palmario de acuerdo con los criterios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal [...] dañoso para los intereses del recurrente [...] Este error ha consistido, en suma, en no haber apreciado en ninguna de sus dos vertientes el principio de cosa juzgada, alegado y expuesto por las dos partes que hoy reclama, con infracción flagrante de una norma básica del ordenamiento jurídico».⁵⁹

Un ejemplo del segundo caso sucede cuando el Tribunal de Alzada equivoca los datos de la sentencia que le ha sido elevada respecto a la cosa juzgada para su consideración, errando de ese modo en su decisión. Así lo ha afirmado el Tribunal Constitucional al señalar que «la fundamentación jurídica de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, partiendo de los hechos probados declarados en la sentencia de instancia, incurrió en un error patente [...] y relevante [...] al afirmar que [...] los actores plantearon idéntica pretensión a la del caso de autos —reclamación de salarios—, cuando lo cierto es que —como se desprende de las actuaciones— en aquella ocasión se demandó al Fondo de Garantía Salarial para que abonase a los actores el porcentaje [...] de la indemnización por extinción de sus contratos de trabajo [...] el error en que incurrió el Tribunal fue determinante de la decisión adoptada al constituir el soporte básico de su *ratio decidendi*, puesto que la revocación de la sentencia de instancia se debió exclusivamente a la apreciación de cosa juzgada, sobre una base de hecho errónea [...] *resulta claro que la equivocación es atribuible únicamente al órgano judicial y no al error o negligencia de la parte actora* [...]».⁶⁰

Otro de los errores usuales cometidos por los tribunales españoles es la no aplicación, cuando su aplicación es preceptiva, de

59. STS, de 13 de noviembre de 1997 (RJ, 1997/9032).

60. STC, 43/2002, de 25 de febrero. La cursiva es mía.

la normativa de la Unión Europea, del derecho extranjero y de la costumbre.

Algunas veces los jueces españoles aplican el derecho nacional cuando en realidad deberían haber aplicado el derecho comunitario. Y aunque «lejano queda ya por fortuna el día —según lo afirmado por Albert Font i Segura— en el que el Tribunal Supremo desestimaba una cláusula de sumisión a los tribunales de Frankfurt am Main bajo el argumento de que no existía una conexión entre tales tribunales y el negocio en cuestión, al amparo del artículo 10.5 del Código Civil [...] no es menos cierto que un análisis de la jurisprudencia permite advertir que no siempre se aplica el régimen correspondiente, cometiendo el error de aplicar una norma cuando era de aplicación otra».⁶¹

Esto fue lo que sucedió con una sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña donde se aplicó la LOPJ en lugar del Reglamento comunitario 44/2001 que correspondía, dado el domicilio del demandado en un Estado miembro de la Unión Europea. El caso es el de una empresa alemana, con una sucursal en España, que es demandada en este país por su agente por resolución unilateral del contrato. Éste tenía por objeto perseguir la promoción de la ventas de los productos de dicha empresa en la zona del Caribe. La demanda se podía presentar en España y ser sus tribunales competentes debido a que el objeto litigioso se originó en la mencionada sucursal española, pero esto no supone que la ley aplicable fuera la española. En realidad, la demanda era contra la casa matriz, que detentaba la personería jurídica aunque las notificaciones se pudieran realizar en la sucursal. Por todo ello, la competencia quedaba regida por el citado reglamento comunitario y no por la LOPJ, como erróneamente sostuvo la Audiencia Provincial de La Coruña.⁶²

61. Véase Albert Font i Segura, «La competencia de los tribunales españoles en materia de contratos internacionales», *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 2, 2006, pp. 392 y 394, respectivamente.

62. SAP La Coruña, de 12 de noviembre de 2004. Citada y analizada por Albert Font i Segura, «La competencia de los tribunales españoles en materia de contratos internacionales», *op. cit.*, especialmente las pp. 82 y 100.

Por otra parte, como se sabe, la consideración del derecho extranjero y su aplicabilidad por parte de los jueces nacionales ha generado no poca polémica y no sólo en términos doctrinales, sino también respecto a la evolución marcada por la jurisprudencia. La disputa gira en torno a si el derecho extranjero ha de ser considerado como un hecho a todos los efectos: invocación de las partes, pruebas a cargo de los litigantes, imposibilidad de que el juez haga valer conocimientos privados acerca del mismo, etcétera, o si, por el contrario, el derecho extranjero es derecho a los efectos jurisdiccionales, merece el trato de tal y se debería incluir en el aforismo *iura novit curia*. Frente a estas dos posiciones irreconciliables surge, como casi siempre ocurre, una tercera posición que asume el principio *iura novit curia* de un modo atenuado. No reproduciré aquí el debate planteado, que me alejaría en demasía de mis preocupaciones. Asumiré dogmáticamente las tesis que sostienen una forma atenuada del *iura novit curia* respecto al derecho extranjero y trataré de mostrar algún ejemplo de error judicial bajo este supuesto.⁶³

La aplicación del derecho extranjero estaba regulada, en el derecho español, en el antiguo artículo 12.6 del Código Civil, hasta su reforma en el año 2000, materia que pasó a ser regida por el artículo 281 de la LEC.⁶⁴ Su interpretación no es pacífica, pero el Tribunal Supremo ha entendido que: «Aunque, en sentido genérico se habla, en efecto, de la prueba del derecho extranjero, criterio que responde en España a una tradición legal de la Ley 18, título 14 de la partida 3ª, la evolución doctrinal y jurisprudencial nunca equiparó en sentido estricto la prueba del derecho extranjero con la prueba de los hechos, pues se ha entendido que no son supuestos idénticos la justificación o acreditamiento de la norma extranjera y la prueba de los hechos. Se ha hecho notar, en

63. Para un detallado análisis de las posiciones acerca de la aplicación del derecho extranjero, sus debilidades y fortalezas, consúltese, por todos, Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, *Iura Novit Curia y la aplicación judicial del derecho*, Valladolid, Lex Nova, 2000, especialmente las pp. 88-110.

64. LEC, artículo 281, «[...] el derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación [...]».

ese sentido, que el “*iura novit curia*”, aun atenuado respecto al derecho extranjero, no se excluye como principio en cuanto al conocimiento de las normas no nacionales, si bien las partes deben cooperar con el juez en la busca de la norma extranjera suministrándole los medios de conocimiento, de manera que más que una actividad probatoria en sentido estricto se trata de una colaboración entre las partes y el órgano. En nuestro sistema procesal vigente [...] el artículo 12.6 del Código Civil deja claro que la norma extranjera se “acredita”; b) que en su función aplicadora el juzgador se puede valer de cuantos instrumentos de averiguación considere oportunos. El termino acreditar no está empleado de manera vulgar sino en sentido técnico, lo cual significa que no es necesario que la verificación o comprobación del contenido y vigencia de la norma extranjera se ajuste a las reglas de la prueba rigurosa, sino que responde a los postulados más abiertos de la prueba denominada doctrinariamente “libre”, o, en otras palabras, prueba que presupone la libertad de medios probatorios (siempre que sean lícitos y se obtengan por medios no prohibidos) y la libertad de valoración o apreciación. Si el juzgador, con la aportación de las partes, no se considera suficientemente ilustrado, debe y puede actuar de oficio e investigar la norma aplicable [...]».⁶⁵

Y de acuerdo con esto, en una reciente sentencia el Tribunal Supremo sostiene que en lo que se refiere a la aplicación de la ley extranjera hay que distinguir dos aspectos. El primero consiste en que en la determinación de la ley aplicable según la norma de conflicto se puede utilizar cualquier medio de prueba para demostrar la vigencia, el contenido y la interpretación de la norma aplicable. El segundo, una vez que las partes han demostrado al juez cuál es el derecho aplicable, éste no puede tratarlo como un hecho y ha de emplear las técnicas adecuadas para su correcta interpretación y aplicación. Y concluye que «la ley aplicable puede ser infringida, inaplicada, etcétera, y no se debe hacer diferencia entre derecho extranjero y derecho nacional una vez que se ha

65. STS, 157/1997, de 3 de marzo.

demostrado que el primero es el aplicable al caso sometido al juzgador [...]».⁶⁶

Por todas estas razones, un juez o tribunal comete un error cuando obstaculiza o deja de colaborar con las partes en la prueba del derecho extranjero que éstas aducen, como fue el caso de una ciudadana de nacionalidad armenia que instó un proceso de separación matrimonial de su cónyuge de igual nacionalidad. En primera instancia, en la sentencia se aduce que la actora, la señora Ch., no probó debidamente el derecho armenio aplicable al caso, al adjuntar un ejemplar de un Código Civil ruso —en ese momento, 1994, vigente en la República de Armenia— y una traducción simple que ni siquiera aparecía firmada. Debido a ello, el juez de Primera Instancia rechazó la demanda.

Interpuesto el recurso, se interesó a la Audiencia para que librase el oficio al Ministerio de Asuntos Exteriores de la República de Armenia para que remitiese la traducción del Código de Justicia para los ciudadanos de la URSS de 1987, libro III, capítulo XXVI, a través de las oficinas de cooperación internacional del Ministerio de Justicia. Una vez recibida la comisión rogatoria se pudo observar que los textos enviados y traducidos no se correspondían con los solicitados, ya que hacían referencia a un contenido muy distinto sin conexión con la regulación de las separaciones matrimoniales.

Consciente de este error, la actora solicita una segunda comisión rogatoria a la que la Audiencia hace lugar, pero ésta se extravía. Pasado un tiempo, y a pesar de las manifestaciones de este dato por parte de la actora que no puede ser omitido por la Audiencia, se dicta sentencia que confirma la de Primera Instancia.

Se recurre en amparo y el Tribunal Constitucional sostiene que «si bien es cierto que es doctrina de uso habitual entre los órganos judiciales ordinarios que el derecho extranjero es un “hecho” que debe ser probado por quien lo alegue [...] no lo es menos que en el apartado sexto del artículo 12 del Código Civil se dice que para la aplicación de ese derecho, “el juzgador se podrá

66. STS, de 4 de julio de 2006 (Rec. 2421/1999).

valer de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas” [...] es obligado considerar que la frustración de la práctica de la prueba sobre el derecho extranjero es imputable a la actitud de la Audiencia provincial, quien no dio ninguna razón para celebrar la vista y dictar sentencia antes de la devolución de la segunda comisión rogatoria, sin que por tal se pueda tener el simple hecho, por otra parte evidente, de que no se pudo practicar dicha prueba como consecuencia, obviamente, de no haberse devuelto la tantas veces citada segunda comisión rogatoria [...]».⁶⁷

Otro de los errores en la aplicación del derecho consiste en aplicar inadecuadamente, o dejar de aplicar cuando ello es preceptivo, normas consuetudinarias. En el derecho español, la costumbre se puede aplicar en el supuesto de que la ley haga una remisión a ella o en el de ausencia de ley aplicable al caso. Pero «conviene subrayar que el papel de la costumbre no se circunscribe a aquellos supuestos en que actúa independientemente de la ley; es decir, regulando aspectos nunca contemplados por el legislador, cosa cada día más difícil habida cuenta de que el derecho actual tiende a estar presente en todas las áreas de la vida humana; es más [...] hoy resulta difícilmente concebible una costumbre jurídica verdaderamente independiente o, por mejor decir, una aplicación de la costumbre disociada de la aplicación de los conceptos legales. Por eso, en realidad, la verdadera importancia de la costumbre viene dada por los numerosos casos en que la ley remite a la costumbre o es necesario recurrir a ella para dotar de significado a una disposición normativa, a una voluntad negocial, etcétera».⁶⁸

En nuestro sistema jurídico, la equivocación más flagrante consiste, naturalmente, en aplicar normas de la costumbre que son *contra legem*, dado el sistema de fuentes y de jerarquía entre ellas establecidas en el artículo 1.1 del Código Civil.

67. STC, 10/2000, de 17 de enero.

68. Véase Jerónimo Betegón, Marina Gascón, Juan Ramón de Páramo y Luis Prieto, *Lecciones de teoría del derecho*, Madrid, McGraw Hill, 1997, pp. 312-313.

Pero éste no es el único error jurisdiccional debido a una falta de acierto en la correcta jerarquización de las normas. El Tribunal Supremo, al confirmar la sentencia de fecha 22 de marzo de 1988 de la Audiencia Territorial de Valladolid, que afirmaba que el sistema de reparto de los montes se debía efectuar como se realizaba hasta el presente, por la simple condición de vecino cabeza de familia, con casa abierta en la localidad y no de acuerdo a una ordenanza dictada por el Ayuntamiento de Espinoza de Villagonzalo en contra de aquella costumbre sostuvo «que ha de entenderse que la costumbre tiene prioridad sobre la ordenanza local. Éste es el orden que dibuja el Texto refundido de 1986 —artículo 75.2— y aunque el hoy vigente Reglamento de bienes en su artículo 95 incluye en primer término las ordenanzas y después las normas consuetudinarias, hay que entender, como ya se ha dicho, que la primacía es la señalada, tanto por el rango legal del Texto refundido como por los antecedentes históricos de la figura que se examina».⁶⁹

Éstos son algunos de los supuestos más notables de error judicial en lo que respecta a la aplicación del derecho. Ahora cabe analizar los errores concernientes a los fundamentos fácticos de las decisiones judiciales.

d) Errores en el fundamento de hecho

Los errores de carácter fáctico que pueden cometer los jueces son, fundamentalmente, de dos tipos. El primero refleja una discordancia entre lo afirmado y la realidad. Para decirlo de un modo simple: los enunciados fácticos que se formulan son falsos. El segundo está vinculado a la prueba y se produce al margen de si lo afirmado en la sentencia es verdadero. Se comete este tipo de error cuando las decisiones judiciales infringen los límites intrínsecos o extrínsecos de la prueba.

Existen errores de hecho, en el primero de los sentidos, cuando en los fundamentos de hecho se afirma la existencia de un es-

69. STS, de 10 de julio de 1989 (RJ, 1989/5738).

tado de cosas que, efectivamente, no ha acaecido, o se omite algún dato fáctico con relevancia jurídica que efectivamente ocurrió. Estos errores se producen cuando se establece judicialmente que alguien realizó una acción que no se le puede imputar o que no hizo una acción que en realidad sí realizó. Un buen ejemplo de esta situación lo constituye la persona que ha sido condenada por un delito que no cometió.

Son innumerables los casos que se cuentan de personas condenadas por un delito que no cometieron o de personas absueltas que sí delinquieron. El caso del crimen de Cuenca puede servir para ilustrar este tipo de error. Brevemente expuesto, el 21 de agosto de 1910, José María Grimaldos, pastor, conversando con León Sánchez, mayoral de finca, a quien le unía una buena amistad, le comentó que con las cerca de 300 pesetas que contaba pensaba marcharse a unos baños cercanos. En el acto conversacional también estaba presente Gregorio Valero, guardia de monte, que no tenía una especial relación de amistad con Grimaldos.

Grimaldos se marchó de su pueblo, Tresjuncos, y después de más de 20 días de ausencia y sin tener noticias suyas, los lugareños comenzaron a pensar que, debido a la codicia, Sánchez y Valero habían dado muerte al pastor. Ambos fueron detenidos ante la denuncia de los familiares de Grimaldos y tras ser indagados fueron puestos en libertad por falta de pruebas.

La familia del ausente, transcurridos tres años desde la desaparición de Grimaldos sin saber nada de él —al menos así se aducía— y aprovechando la llegada de otro juez a la circunscripción judicial, presentó una nueva denuncia. Al igual que en la ocasión anterior, Sánchez y Valero fueron detenidos e interrogados por la guardia civil, pero esta vez, mediante indecibles torturas. Valero fue el primero en confesar que habían matado a Grimaldos y Sánchez corroboró el relato poco tiempo después.

A ambos se les conminó que dijeran en qué lugar habían enterrado el cadáver. En el cementerio afirmaron, señalando una tumba, pero una vez abierta y exhumados los restos se apreció que pertenecían a una persona joven, mujer, que había muerto hacía aproximadamente dieciocho años.

Dado que el cadáver no fue encontrado en el camposanto se especuló que tras el crimen Sánchez y Valero habían descuartizado a Grimaldos y sus restos dados como comida a los cerdos para que así desaparecieran.

Instaurado el proceso, en las actas del juicio se hizo un detallado análisis de la situación en la que se encontraban los tres involucrados en el momento del supuesto crimen; se decía por ejemplo que Valero estaba sentado junto al hogar, en la Casa de la Vega, y que Grimaldos fue a sentarse junto a la lumbre aunque finalmente decidió hacerlo en el umbral de la vivienda, como anticipando el fatal desenlace. En ese momento Sánchez le habría agredido con un garrote, situación que aprovechó Valero para abalanzarse contra él y asestarle varias puñaladas. Luego lo habrían trasladado a las cochiqueras y se habrían desembarazado de los restos.

León Sánchez y Gregorio Valero fueron condenados a dieciocho años de prisión, de los cuales cumplieron doce. El primero lo hizo en el penal de Cartagena, el segundo en Valencia, en San Miguel de los Reyes.

Tuvieron que pasar todavía dos años más después de ser licenciados de la prisión para que, por un medio indirecto, se tuviera noticias de que José María Grimaldos estaba vivo. El cura de un pueblo cercano pedía al cura de Tresjuncos una copia de la partida bautismal del supuesto desaparecido porque éste iba a contraer nupcias. Primero se produjo el asombro, luego cundió el escándalo. Apersonada la supuesta víctima ante las autoridades competentes, se constató el error judicial. Los condenados eran inocentes, la muerte que se les había imputado nunca ocurrió. El relato fáctico en la sentencia que condujo al fallo condenatorio fue, simplemente, una invención. Grimaldos, sencillamente, se había ausentado de su pueblo.⁷⁰

En la historia judicial se pueden encontrar muchísimos casos similares a éste, de condenados por crímenes que no cometieron.

70. Para un relato y análisis muy detallado del crimen de Cuenca, de donde se extrae esta sinopsis, y de otros errores judiciales véase Luis Jiménez de Asúa, *Crónica del crimen*, La Habana, Jesús Montero, 1950, 4.^a ed., pp. 49 y ss.

Tal vez no haya una injusticia institucional mayor que sufrir prisión o incluso la pérdida de la vida por un delito que no se cometió.

Este tipo de error judicial puede estar o no emparentado con las pruebas que obran en el expediente judicial.⁷¹ Tal vez el juez, debido a las pruebas con las que cuenta, declare como probados hechos inexistentes o, al revés, declare como no probados hechos que ocurrieron. En este sentido la existencia (o ausencia) de pruebas no invalida el error.

Un supuesto de error diferente al presentado sucede cuando, más allá de si lo afirmado en los fundamentos de hecho coincide (o no) con la realidad que motivó el proceso, el juez probó (o no lo hizo) adecuadamente sus afirmaciones de carácter fáctico. Aquí se puede hablar de errores en la prueba. En todo caso, en el derecho español, para que este tipo de errores adquiriera relevancia jurídica a efectos indemnizatorios o casacionales es necesario que el error en la apreciación de la prueba tenga significación suficiente como para modificar el fallo de la sentencia.⁷²

Según una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo español, los errores en los fundamentos de hecho pueden ser internos y externos. Los primeros se cometen cuando el juez realiza una valoración inexacta, defectuosa o inaceptable de los hechos o de las pruebas obrantes en el expediente. Los segundos suceden cuando por causas extraprocesales se conocen nuevos hechos o aparecen nuevas pruebas que hacen que los dichos del juez sean palmariamente inexactos.⁷³

Los errores internos en los fundamentos de hecho de las sentencias se verifican cuando se dan por probados hechos que no lo están. O se dan por no probados hechos que están probados. También ocurre cuando no se probó algo que se debía probar o cuando se probó algo que no se debía probar. Muchos de estos

71. Para la relación entre prueba y verdad, véase el excelente trabajo de Jordi Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad*, *op. cit.*

72. STS, 27/4/1995.

73. Véase Luis Esteban Delgado del Rincón, *Constitución, Poder Judicial y responsabilidad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 423. De los segundos, y por todos, vale el ejemplo del crimen de Cuenca.

errores se producen en el caso de admisión de pruebas indebidas, de inadmisión de pruebas debidas, de valoraciones indebidas o de falta de valoración de las pruebas.

La admisión de prueba indebida. Uno de los supuestos de error probatorio lo constituye la admisión o valoración como medio probatorio de la llamada prueba ilícita. La prueba ilícita es aquella obtenida con violación de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional español ha mantenido la inadmisión de dicha prueba y, si la admisión ocurriera, la improcedencia de su valoración y de su eficacia en el proceso.⁷⁴ Según el Tribunal Constitucional español, «la valoración como prueba de lo que legalmente no puede tener carácter de tal es sin duda el mayor error de hecho que en la apreciación de las pruebas cabe imaginar [...]».⁷⁵ En realidad, esta posición es congruente con el artículo 11.1 de la LOPJ que establece: «No surtirán efectos la pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violando los derechos o libertades fundamentales».

Pero este tipo de prueba ilícita se debe distinguir de la prueba irregular o ilegal, ya que esta última sí que puede tener efectos probatorios bajo determinadas circunstancias. El Tribunal Supremo español, en el marco de la causa de un delito contra la salud pública, en el transcurso de cuya investigación se realizó un registro a varias habitaciones de una pensión con transgresión de la cláusula que garantiza el derecho a la inviolabilidad del domicilio sostuvo que «aunque no es que el registro sea irregular sino que es ilícito desde su inicio, pues desde el primer momento se violó la intimidad domiciliaria de cada una de las habitaciones. La ilicitud de la prueba no puede, entonces, convalidarse por otros medios, al contrario de lo que acontece si el acto sólo es irregular por defectos procesales, pues entonces caben, no sin ciertas cautelas y límites, otras posibilidades probatorias [...]».⁷⁶

74. STC, 114/1984, de 29 de septiembre. Citada y analizada por Joan Picó i Junoy, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 1996, pp. 313-314.

75. STC, 56/1982, de 26 de julio.

76. STS, 4/4/1995 (RJ, 1995/2810).

Esto supone que una prueba obtenida irregularmente se puede convalidar a efectos probatorios si es confirmada por otras actuaciones distintas. Esto sucedió con motivo de la imputación de un delito de tenencia ilícita de armas. Con el fin de probar dicho delito se hizo un registro domiciliario en virtud de una diligencia de entrada y registro con mandamiento judicial, en el que se halla una escopeta. En dicho registro no se encontraba presente el secretario judicial, como es perceptivo por ley, artículo 569 de la Lecrim. Esta circunstancia lleva aparejada la nulidad de lo actuado y enerva el valor probatorio del material requisado. Sin embargo, dado que el propio acusado reconoció, tanto en el atestado policial como en el juicio oral, ser el poseedor de dicha arma, esto permitió dar por probado que el acusado era el poseedor del arma hallada en el registro y cuyas características se señalan en el relato fáctico de la sentencia. Esto es, la prueba irregular, dada la ausencia del secretario judicial en el registro, quedó confirmada por otro medio probatorio independiente como fue la declaración del imputado.

Pero si un juez otorgara valor probatorio a evidencias obtenidas de forma irregular sin ninguna corroboración ulterior por otros medios diferentes, cometería un error que permitiría casar la sentencia.

Por otra parte, la mera irregularidad en el proceso no implica necesariamente una causa para que se considere infringido el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho al juez predeterminado por la ley. Así lo sostuvo el Tribunal Constitucional, para quien la no comunicación a las partes del nombre del magistrado ponente en una sentencia no es causa suficiente como para que se perciba la vulneración del artículo 24 de la CE.⁷⁷

Inadmisión de pruebas debidas. La jurisprudencia del Tribunal Supremo se muestra consolidada respecto a los requisitos que ha de reunir un medio probatorio para ser considerado indebidamente inadmitido. El primero es que las partes hayan propuesto

77. STC, 230/1992. Esta irregularidad constituye un error en el encabezamiento de la sentencia, que ya fuera señalado con anterioridad.

la prueba en tiempo y forma. El segundo es que la prueba sea pertinente y relevante. El tercero es que, frente a la inadmisión de la prueba, la no suspensión del juicio para su práctica o la no realización de su práctica se haya hecho constar la protesta. El cuarto es que la prueba no haya devenido imposible.

El caso que se presenta para ilustrar un error judicial por inadmisión de una prueba debida es, narrado sucintamente, el siguiente. La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valencia dictó sentencia con fecha 3/12/2004 en la que condenó al acusado como autor de un delito de violación y de un delito de detención ilegal, sobre la base de los siguientes hechos probados. Ambos, víctima y supuesto agresor, eran sordomudos, aunque la primera con una mayor capacidad para la expresión. Y habían mantenido una relación sentimental que en el día de los hechos que motivó el proceso ya estaba fenecida. Se considera probado que el día 15 de enero de 2002 el condenado por el tribunal *a quo* sometió sexualmente con violencia a la víctima, pero la denuncia no se llevó a cabo hasta el mes de septiembre del mismo año, sin que en ese lapso hubiera habido impedimento alguno para hacerlo.

En el juicio se solicitaron dos pruebas. La primera documental: se requería a la Consejería de Bienestar Social valenciana el envío de la historia clínica, informes médicos o cualquier otro documento que obrare en poder de esa administración en relación con el diagnóstico de la víctima de «alteración de la conducta por trastorno adaptativo de etiología psicogénea». La segunda un informe pericial psiquiátrico donde se hiciera constar la personalidad y el perfil psicológico de la víctima, si hubiese padecido trastornos psicológicos y en su caso un tratamiento seguido.

El rechazo del tribunal *a quo* a admitir esas pruebas se basó en el dato de que la prueba pericial ya había sido practicada por la unidad médico-forense según constaba en autos y por constar la documental solicitada también en autos.

Sin embargo, el Tribunal de casación imputa al tribunal *a quo* que la pericial obrante en autos es un informe dado por una psicóloga y no por un psiquiatra o neurólogo y que la documental citada no comprendía la historia clínica u otros informes que die-

ran cuenta de la calidad psiquiátrica de la víctima. «Así las cosas, no se puede aseverar que los medios probatorios propuestos y denegados fueran impertinentes, innecesarios o imposibles, y sí que guardaban relación con el temario procesal, y muy particularmente con la credibilidad de las declaraciones de la afectada en razón a un cabal conocimiento de cuál sea su completa personalidad; conocimiento útil aunque sólo sea para que, en una ulterior depuración, como la presente, del resultado procesal obtenido, el Tribunal de casación pudiera llevar a cabo el control de racionalidad en la ponderación probatoria, ponderación que condujo a que el tribunal *a quo* reputara desvirtuada la presunción de inocencia [...] La denegación de los medios probatorios ha encerrado vulneración de los derechos reconocidos en el artículo 24 a la no indefensión y a las pruebas pertinentes y ha impedido un adecuado control de la presunción de inocencia [...].»⁷⁸ Por todo lo expresado, el tribunal *a quo*, al negar indebidamente la admisión de las pruebas solicitadas cometió un error, ya que esa actitud condujo a que se diera por probado algo que no lo estaba.

Admitidas las pruebas, ahora interesa su valoración, pero con carácter previo a tal tarea el juez ha de formular una o varias hipótesis acerca de cómo sucedieron los hechos que motivan el proceso para poder decidir si reciben corroboración o refutación por el material probatorio existente en autos. En este proceso, complejo y diverso, el juez puede cometer distintos tipos de errores.

e) *Error en la construcción de las hipótesis fácticas y en la valoración de las pruebas*

Una vez fijados, aunque sea de un modo provisional, los límites del litigio y ofrecidas y producidas las pruebas, el juez tiene que formular una (o varias) hipótesis que pueda(n) ser contrastada(s)

78. STS, 465/2006, de 5 de abril.

a través de la apreciación de las pruebas existentes. En esta etapa los errores judiciales admiten una serie de causas que ahora están vinculadas directamente con los aspectos epistémicos de la construcción y corroboración (o refutación) de las hipótesis que aparecerán en los fundamentos de hecho de las sentencias.

Tal como se sostuvo con anterioridad, existen diversos sistemas jurídicos que indican al juez algunos criterios normativos para la elaboración de sus hipótesis. En un sistema acusatorio puro (o mixto, pero que así lo estableciera), el juez debe seguir las hipótesis planteadas por las partes y, de ese modo, construir la suya.

Si el juez se apartara por defecto o por exceso o por plantear cuestiones distintas a las enunciadas por los litigantes sobre los elementos fácticos que motivan el proceso y sobre aquellos que los prueban, incurriría en un error de incongruencia. En ningún caso sus hipótesis se podrían alejar de lo afirmado y probado por las partes, aunque sin tomar en consideración cuál de ellas lo afirmó o probó.

Ahora bien, al margen de dicho error por incongruencia, la sentencia dictada por el juez puede estar materialmente equivocada al no coincidir con la realidad. Las hipótesis sobre los hechos generadores del proceso ofrecidas por los litigantes pueden ser falsas y, en consecuencia, el rechazo de las tesis del demandante no podría probar la verdad de las hipótesis afirmadas por el demandado, y viceversa. En estos supuestos el juez, al seguir lo afirmado y probado por cualquiera de las partes que se muestran como alternativas exhaustivas y excluyentes, siempre puede estar condenado a cometer un error desde el punto de vista material. A este tipo de error material ya me he referido antes.

Por otra parte, en un sistema de corte inquisitivo el juez, al formular sus hipótesis, sin estar obligado a tomar en consideración lo afirmado por las partes, se puede alejar de lo que acaeció realmente, lo que le podrá conducir a errores materiales en sus decisiones, al igual que en el caso anterior.

Pero éstos no son los únicos errores que pueden cometer los jueces en esta etapa del razonamiento forense. Como no existe un método unánimemente aceptado para la formulación de hi-

pótesis (excepto en un sistema acusatorio puro, que exija del juez aceptar fielmente las hipótesis de los litigantes), el juez puede enunciar hipótesis que sean ilógicas por contradictorias, que resulten inaceptables porque se apartan de las leyes de la naturaleza o de los conocimientos científicos bien afianzados o porque chocan contra máximas de experiencia corrientes. También yerran si sus hipótesis resultan estrafalarias o simplemente no toman en consideración los aspectos centrales sometidos a su jurisdicción. Y asimismo se equivocan cuando se abstienen de formular y analizar hipótesis secundarias pero relevantes sobre cuestiones vinculadas con la principal. Y es indudable que el juez también obra desacertadamente cuando deja de plantear hipótesis alternativas posibles, de acuerdo con las circunstancias del caso, a las sostenidas *ab initio*.

Sólo presentaré, para ilustrar lo afirmado, un par de ejemplos. En el primero señalaré los errores que se habrían cometido de no haberse analizado las posibles hipótesis relevantes que estaban en juego. En el segundo mencionaré el error cometido por el juzgador al omitir el examen de hipótesis alternativas a la asumida en la sentencia pero que eran igualmente probables.

En el primer supuesto, la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia con fecha 13 de febrero de 2000 contra Eugenio... basada en los siguientes hechos probados.⁷⁹ El acusado, Eugenio..., asistió a una fiesta de fin de temporada que el hotel, donde trabajaba como camarero, ofrecía a sus empleados. El acusado, guiado por el ánimo de obtener un beneficio ilícito abandonó la fiesta alrededor de las 4 horas de la madrugada y se dirigió a la zona de apartamentos munido de un carrito de equipajes. Allí observó que el apartamento número 98 estaba con la puerta abierta y que en él se encontraba dormida María Luisa, de 68 años de edad. Eugenio, con deseos de satisfacer sus apetitos sexuales comenzó a desnudar a la mujer, a quien golpeó repetidamente en el rostro y tiró varias veces al suelo para vencer su resistencia. Se colocó sobre ella y le introdujo los dedos en la

79. STS, 822/2005, de 23 de junio, que reproduce los hechos probados. Aquí se ofrece un resumen de los mismos por razón de brevedad.

zona genital con fuerza e insistencia, lo que produjo en la víctima erosiones en dicha zona. Con el fin de acabar con la vida de María Luisa, una vez que la inmovilizó, le rodeó la cabeza con el pantalón y le oprimió la garganta hasta causarle la muerte. Luego el acusado se lavó las manos, corrió las cortinas y cerró la puerta del apartamento no sin antes apropiarse de doscientos marcos y de diez mil pesetas. Inmediatamente después se desplazó a su domicilio en un ciclomotor de su propiedad.

El cadáver de la víctima fue encontrado a las 8 horas por empleados del hotel. Presentaba múltiples lesiones en la cabeza, brazos y genitales. El rostro estaba cubierto de sangre procedente de los orificios nasales, tumefacto, con erosiones, contusiones y herida contusa. También el área genital aparecía con restos de sangre. En la vulva se apreciaron las siguientes lesiones de carácter traumático: pequeña fisura de unos 3 mm. en la horquilla interlabial, equimosis en labio menor izquierdo y cuatro fisuras en el introito vaginal; los dos primeros centímetros de vagina presentaban múltiples equimosis de pequeño tamaño en toda la circunferencia.

Eugenio fue condenado por: a) un delito de homicidio a doce años de prisión e inhabilitación absoluta durante el tiempo que dure la condena; b) un delito de agresión sexual a cuatro años de prisión e inhabilitación especial para el derecho a sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; c) un delito de robo con violencia a la pena de dos años de prisión e inhabilitación especial para el derecho a sufragio pasivo por el tiempo que dure la condena. Y al pago a los herederos de María Luisa de ochenta mil pesetas en concepto de indemnización y asimismo al pago de las costas.

La defensa de Eugenio presentó un recurso de casación ante el Tribunal Supremo sobre la base de distintas hipótesis alternativas a las ofrecidas como hechos probado que, de haber prosperado, no sólo habrían modificado el sino de la condena, sino que habrían mostrado también el error de la Audiencia.

En resumen y para lo que aquí nos interesa, Eugenio sostiene que no puede ser condenado a un delito por robo ya que la violencia que se utilizó no estaba dirigida al apoderamiento patri-

monial. Este argumento no podía prosperar, ya que la violencia ejercida, tal como se señala en los hechos probados, tenía también ese objetivo. En palabras del Tribunal Supremo, «el acusado entró en el apartamento de la víctima con ánimo de apoderarse de algo de valor, surgiendo entonces otras intenciones, aunque ello no implica que abandonara su inicial designio. La violencia empleada inicialmente contra la mujer tenía como finalidad doblegar su resistencia a la agresión sexual, aunque también a cualquier otra actuación posterior que hubiera despertado una reacción de resistencia de la víctima. Y la que desarrolla seguidamente, mediante la cual se causa la muerte que no era precisa para obtener la satisfacción de sus intenciones sexuales, también estaba orientada a facilitar el apoderamiento de los objetos que encontrara en su lugar, conforme a su intención inicial, como efectivamente ocurrió tras finalizar su agresión. Dadas las circunstancias del hecho, ejecutado en un hotel cuyas habitaciones inmediatas podían estar ocupadas, era esperable alguna resistencia de la víctima al apoderamiento que el acusado pretendía, con lo que la fuerza desplegada por éste facilitó claramente la ejecución del apoderamiento posterior».

El recurrente también planteó que no había tenido la intención de matar, ya que había actuado bajo la influencia del alcohol ingerido durante la fiesta y afirmó también que la agresión sexual había ocurrido una vez que la víctima yacía muerta, por lo que no existió un delito de agresión sexual, puesto que en esas circunstancias era un delito imposible.

La intención de matar es un hecho, pero de la conciencia, subjetivo y por ello no se puede probar directamente sino a través de inferencias. Dado los aspectos fácticos probados, que muestran una elevada dosis de violencia, más las reglas de experiencia tanto corrientes como científicas permite pensar razonadamente y con un alto índice de probabilidad de ser verdadera que el acusado había tenido el ánimo de matar. Según el Tribunal Supremo, «en el hecho probado del que necesariamente hemos de partir, se dice que el acusado rodeó la cabeza de la víctima con su pantalón y le comprimió fuertemente el cuello con las manos causándole la muerte por estrangulación. Afirma el Tribunal [sentenciador]

que el acusado decidió acabar con la vida de la mujer, inferencia que resulta razonable dada su conducta, pues no se puede deducir que tiene una intención diferente quien comprime el cuello de una persona tan fuertemente y durante tanto tiempo que llega a causarle la muerte».

El argumento de que la agresión sexual no se produjo porque la víctima ya estaba muerta cuando el acusado le introdujo sus dedos en la vagina y en el ano tampoco podía prosperar debido a que los dictámenes periciales muestran claramente que las lesiones y el sangrado, que como su consecuencia ocurrió, encontrados y probados sobre todo en la zona vaginal, se hicieron en vida.

Y en cuanto a los supuestos efectos provocados por la ingesta de alcohol no era una hipótesis sostenible sobre la base de las pruebas periciales y del razonamiento del juzgador *a quo*. No se podía deducir una intoxicación etílica que mermara la capacidad de culpabilidad del sujeto de manera que afectara la comprensión del hecho que el acusado estaba cometiendo. Según lo aducido por el Tribunal Supremo, «el Tribunal [*a quo*] tiene en cuenta la prueba pericial de los médicos forenses que en el juicio oral informaron que el acusado no presenta ninguna patología que merme sus facultades intelectivas y volitivas [...] Por tanto, aunque en los hechos probados no se haga referencia expresa a la cuestión, esto resulta justificado toda vez que en la fundamentación jurídica se excluye cualquier posible afectación relevante de sus facultades que pudiera influir en su capacidad de culpabilidad».

En este caso, el detallado y prolijo relato de hechos probados de la sentencia impugnada en casación denota que la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife actuó con suma diligencia al analizar las posibles hipótesis relevantes para el caso (algunas de ellas invocadas por la defensa de Eugenio en casación), haciendo no sólo una evaluación prueba por prueba sino también en su conjunto. De no haberlo hecho de ese modo habría incurrido en error, cuya consecuencia más inmediata habría sido la posible casación de su decisión.

El segundo supuesto se puede considerar como un ejemplo de los errores en los que incurre un juez al dejar de tener en cuenta hipótesis relevantes para el caso sometido a su jurisdicción. El

Tribunal Supremo casa una sentencia de la Audiencia por la que se condena a Carlos C. B., por un delito de robo con fuerza en las cosas, a la pena de un año y un mes de prisión menor.⁸⁰ En la sentencia casada se declaraba probado que Carlos, obrando solo o en compañía de otros, rompió la luna de un bar y se apoderó de un aparato de vídeo. Luego Carlos vendió dicho aparato a un tercero afirmando que era de su propiedad, ya que era agente de importación. Incautado el aparato, fue devuelto a su dueño y Carlos fue condenado.

El Tribunal Supremo en casación afirmó que había quedado demostrado que Carlos estaba en posesión del aparato de vídeo de la víctima, pero que las pruebas obrantes en juicio no permitían inferir que se hubiera apoderado del mismo mediante la ruptura de la luna del bar. «En efecto, de una premisa que sólo expresa que éste vendió las cosas a otro coprocesado (que finalmente fue absuelto), no es posible aducir que, además, las obtuvo forzando la puerta y fracturando la luna de la entrada del bar [...] También la experiencia indica que el recurrente puede haber entrado en posesión de las cosas por haberlas recibido de otro y sin necesidad de haber cometido por sí mismo el robo. Entre todas las hipótesis imaginables que pueden fundarse en la prueba de esta causa, no cabe duda que la del robo cometido por el acusado no sólo es una más, sino la más perjudicial para él, y no aparece sostenida por ninguna razón que le otorgue preferencia sobre las otras.» No haber apreciado las otras hipótesis posibles en este caso, como la señalada por el propio Tribunal Supremo, indujo a error a la Audiencia.

Con su hipótesis, ya formulada, acerca de cómo sucedieron los hechos que resultan relevantes para el proceso y con el material probatorio a su disposición, el juez tiene que proceder a la apreciación de las pruebas para examinar si dicha hipótesis resulta contrastada o si, por el contrario, es refutada por ellas.

Esta operación de apreciación de la prueba consta de dos etapas, como muy bien señala Juan Montero Aroca. En la primera,

80. STS, de 21 de enero de 1988 (RJ, 1988/408).

el juez ha de tratar de entender cuál es el contenido ofrecido por el medio probatorio, ha de procurar conocer qué es lo que ha dicho el testigo, cuál es el significado del documento que obra en autos, qué es lo que afirma la parte en confesión en juicio o cuál es la conclusión de la prueba pericial ofrecida. En la segunda, el juez ha de valorar cuál es el valor probatorio de esas piezas de pruebas respecto a las hipótesis planteadas.

El juez puede cometer errores en ambas etapas. Los errores de observación y de percepción del juez corresponden típicamente a la primera etapa. Los errores de inferencia, ya sea a partir de una prueba individualmente considerada, ya sea a partir de la evaluación conjunta de la prueba, son paradigmáticos de la segunda etapa. Los errores cometidos en la primera etapa se ven reflejados necesariamente en la segunda de ellas, lo que a la inversa no sucede.⁸¹

En la primera etapa de la apreciación probatoria, el juez puede cometer errores manifiestos de observación y de percepción. En realidad, que se cometan tales errores en la práctica judicial no es algo inhabitual. Son muy conocidos los errores a que puede conducir una observación y una percepción inadecuadas de un determinado estado de cosas. Las causas de que esto ocurra son múltiples y de muy variada naturaleza. Se pueden deber a alteraciones físicas o fisiológicas del observador, como es el caso de quien padece alguna discapacidad sensorial; o deberse al propio acontecimiento observado, ya sea porque es excepcional, ocurre demasiado rápido o es de una enorme complejidad; se pueden, en fin, deber a prejuicios sociales que pesan sobre el observador, entre otras muchas causas.

Daniel González Lagier ha identificado cuatro fuentes de dudas vinculadas a los errores en la observación y percepción de los hechos. La primera está vinculada con nuestro sistema sensorial, en tanto seres humanos, de percibir los objetos del mundo. Dos individuos, uno invidente y otro que no lo es, pueden percibir sensorialmente el mundo de manera distinta. La segunda se rela-

81. Véase Juan Montero Aroca, *La prueba en el proceso civil*, op. cit., pp. 331 y ss.

ciona con la posibilidad de sufrir ilusiones. Éstas se producen cuando los diferentes sentidos con los que contamos componen una percepción de la realidad que resulta incoherente. La tercera fuente de dudas son las alucinaciones, esto es, la percepción a través de nuestros sentidos de propiedades de un objeto que no pertenecen a él. Y la cuarta la define la red conceptual, nuestro conocimiento personal, la experiencia vivida, los recuerdos, etcétera, con la que analizamos los objetos del mundo y que a veces hace que las propiedades que percibimos de un objeto externo se vean influidas por ella.⁸²

Obviamente, a su vez la intermediación entre esta red conceptual con la que observamos y percibimos y los objetos del mundo externo puede generar distintos problemas. En primer lugar, no todos los individuos poseen el mismo sustrato cultural o personal ni, por lo tanto, pueden interpretar los objetos del mundo del mismo modo. En segundo lugar, a través de esta red conceptual tal vez sea posible dos o más interpretaciones del mundo no compatibles. Y posiblemente no esté claro cuál es el orden de preferencias de dichas interpretaciones. Y, finalmente, las interpretaciones de los hechos se pueden realizar a diferentes niveles de profundidad o de abstracción, lo que aumenta la complejidad de las operaciones que se deben realizar para observar y percibir los objetos externos.⁸³ De cualquier modo hay que subrayar que, salvo casos excepcionalmente simples, la representación del mundo externo que se obtiene depende tanto de lo observado y de lo percibido directamente por los sentidos como de la interpretación de lo observado y percibido. Esto es así en el ámbito de lo cotidiano, en el científico y, por supuesto, también en el jurídico.

Las dudas e inconvenientes que se pueden presentar en la observación y la percepción de los hechos han sido analizadas con detenimiento en los últimos tiempos en el ámbito de la psicología forense, especialmente con respecto a la prueba testifical. En

82. Véase Daniel González Lagier, *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, op. cit., pp. 27-29.

83. *Ibíd.*, pp. 30-32.

este campo, los ejemplos que se pueden suministrar de errores en la percepciones de los deponentes son abundantes.

También en el ámbito jurídico los errores en la percepción han sido estudiados en las víctimas de delitos. Esto se produce especialmente, aunque no de forma exclusiva, en los delitos de agresión sexual. Éste fue el caso de Donald Thomson, acusado de haber violado a una mujer. Ésta le identificó claramente como su violador en una rueda de reconocimiento. Pero Thomson, en el momento en que se cometió la violación, estaba participando en un programa televisivo con representantes del Comité Australiano de Derechos Civiles y un comisionado de la policía. No podía ser él. La investigación posterior demostró que la mujer había sido agredida mientras veía el programa en el que participaba Thomson y que había fusionado su imagen con la de su agresor real.⁸⁴ La equivocación era palmaria, pero a Thomson no le salvó de más de un inconveniente judicial y de la pérdida de prestigio social.

Pero a pesar de la existencia de trabajos científicos acerca de los errores de la percepción y la observación de testigos y de víctimas, rara vez se ha dicho algo, acaso casi nada, sobre tales errores en jueces y magistrados. Cuestión extraña si se toma en consideración los efectos que esas equivocaciones pueden entrañar.

Los errores en la percepción y la observación de los jueces pueden afectar a todo tipo de pruebas. Un error manifiesto de la observación de un documento presentado como prueba documental en un proceso es el siguiente: en un juicio declarativo de menor cuantía de reconocimiento total de dominio, los actores afirmaron que les pertenecían dos plazas de aparcamiento por herencia legadas por sus padres, que las habían adquirido junto a la vivienda principal, si bien no disponían de las escrituras correspondientes a dichas parcelas de aparcamiento (aunque sí de la vivienda principal). Afirmaron también que habían ocupado pacífica e ininterrumpidamente esas plazas en concepto de due-

84. Citado por José Luis Calvo Cabello, «La valoración de la prueba en el juicio oral», en Joaquín Delgado García (dir.), *La prueba en el proceso penal*, Madrid, CGPJ, 1996, p. 432.

ños desde su adquisición. Las plazas de garaje habían sido adquiridas por los fallecidos por compraventa y como prueba se adjuntaba una fotocopia del contrato al haber extraviado el original. Como prueba testifical se ofreció y produjo la declaración del vendedor de las plazas de que la firma obrante en la fotocopia era suya.

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 4 de Alcobendas dictó sentencia el 4 de febrero de 1997, donde se desestima la pretensión de los actores sobre la base de que «el contrato privado en virtud del cual se mantiene que fue adquirida la propiedad de las dos plazas de garaje no se aporta a estos autos por mantener los actores su extravío, sólo contando con una fotocopia de anexo al mismo. Analizado tal anexo no consta firma alguna ni existe seguridad de que este documento formara parte del extraviado».⁸⁵

Presentado el preceptivo recurso, la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid decidió desestimarla sobre la misma *ratio decidendi* el 7 de julio de 2001. En su sentencia se aducía que la declaración de los actores recurrentes «contenía una sorprendente afirmación palmariamente contraria a la evidente realidad de las cosas, cual es que obran dos firmas estampadas en la fotocopia del anexo que presentan con la demanda como documento n.º 3 (folio 24), cuando lo cierto es que, como también constata la juzgadora de la anterior instancia, ningún vestigio de firma existe en el documento referido, lo que priva de rebote de toda eficacia a la declaración testifical del representante legal de la vendedora (folio 137), que inexplicablemente reconoce una firma inexistente, proyectando sobre toda la pretensión la sospecha de que se trata de una prefabricación artificiosa de la prueba de un hecho inexistente, por lo cual [...] el presente recurso debe ser desestimado».⁸⁶

El Tribunal Constitucional, instado en amparo, al declarar la nulidad de la sentencia de la Audiencia, no pudo sino manifestar

85. Citada por la STC, 6/2006, de 16 de enero, por la cual se concede el amparo a los actores por infracción de su derecho a la tutela judicial efectiva.

86. *Ibid.*

su extrañeza ante tal resolución, ya que las firmas negadas repetidamente por los jueces *a quo* y *ad quem* se mostraban existentes, aunque ocultas por el cosido de autos. Ésta fue la causa del error, en ningún caso atribuible a los actores, aunque éstos no consignaran en sus alegaciones el lugar donde habían sido depositadas las firmas (el margen izquierdo del documento).

Las contundentes declaraciones, tanto de la instancia *a quo* como de la instancia *ad quem* sobre los hechos, «analizado tal anexo no consta firma alguna», «afirmación palmariamente contraria a la evidente realidad de las cosas», «ningún vestigio de firma existe en el documento referido» y de la inferencia probatoria que extrae «la sospecha de que se trata de una prefabricación artificiosa de la prueba de un hecho inexistente», hacen suponer que los jueces cometieron un más que lamentable error en la observación y percepción de la prueba documental, de dañinas consecuencias para los actores.⁸⁷ Una cuidadosa observación del documento lo habría advertido fácilmente.

Otro de los errores muy comunes en la percepción de los jueces que esta vez afecta a la fiabilidad de los testigos se produce con motivo de la observación de los comportamientos gestuales de los deponentes. Se parte de la idea de que existe una relación causal entre decir mentiras o verdades y reacciones fisiológicas no controlables por la voluntad. En efecto, ha sido una práctica habitual, y lo sigue siendo aunque afortunadamente cada vez son más los jueces conscientes de este error, aceptar que la confiabilidad de un testigo se amerita por su comportamiento, entre otros elementos, en el momento de prestar declaración. Así, por ejemplo, «entre las conductas tradicionalmente asociadas a la mentira están las siguientes: manos en continuo movimiento, aumento de los movimientos oculares, dilatación de la pupila, encogimiento de hombros, evitación del contacto visual, etcétera. Otras variables sensibles al problema de las diferencias indivi-

87. Aunque no sea más que en forma de tiempo invertido. La demanda se presentó el 20 de octubre de 1995 y la sentencia del Tribunal Constitucional fue del 16 de enero de 2006. Y los gastos ocasionados por litigar en dos instancias adicionales que debieron ser innecesarias, la Audiencia y el TC.

duales son las derivadas de los aspectos prosódicos del lenguaje: tardanza en responder a las preguntas, gran número de pausas al hablar y alteraciones en el tono de voz».⁸⁸

Pero este tipo de comportamiento se puede producir al margen de si el testigo dice mentiras o verdades. Tal vez su personalidad sea del tipo descrito, que padezca tics nerviosos o que el estado de estrés producido por una situación altamente simbólica y formal que le aqueja le conduzca a tales comportamientos. Las causas de los movimientos gestuales y de las emisiones prosódicas pueden ser diversas y ninguna de ellas vinculada causalmente con la verdad o falsedad de sus dichos.

Muchos jueces incluso asocian (equivocadamente) el principio de inmediación en el proceso penal no a un mecanismo propio del sistema acusatorio que permite la discusión directa entre los implicados sino a la posibilidad de apreciar esos comportamientos en los testigos. También lo hace parte de la doctrina para negar la posibilidad de que enalzada el tribunal *ad quem* pueda valorar de un modo diferente y mejor la prueba testifical que el tribunal *a quo*. Ésta parece ser la opinión de Francisco Muñoz Conde al sostener: «Es un hecho absolutamente admitido que la esencia de la prueba testifical consiste en su inmediación. La prueba testifical requiere que el juez o tribunal examine con especial atención las características de la persona que declara y las circunstancias que permiten fijar su credibilidad [...] En la sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial [un caso que el autor analiza], ésta, sin haber tenido la percepción visual y directa de las declaraciones de los testigos y de las intransferibles sensaciones percibidas en una declaración —lo que se dice, lo que se calla, las contradicciones al declarar, los titubeos, y todo lo que se ha dado en llamar *Psicología del testimonio*—, llega a la firme convicción, que el juez de lo Penal, actuando en conciencia y habiendo percibido directamente las declaraciones no pudo tener, de que efectivamente el acusado es responsable en concepto de

88. Véase María Alonso-Quecuty, «Psicología forense experimental: el testigo deshonesto», en Jorge Sobral y otros, *Manual de psicología jurídica*, Barcelona, Paidós, 1994, p. 143.

autor de un delito de alteración del orden, convirtiéndose en un problema puramente argumentativo de lógica formal lo que es un acto emocional lógico material de valoración de algo que se ha percibido directamente por una persona».⁸⁹

Pero asumir posiciones como ésta genera errores epistémicos que una adecuada comprensión del problema ayudaría a solventar. Por una parte, la inmediación, como afirma Perfecto Andrés Ibáñez, no es un método epistémico, sino una forma de poner al juez y a las partes en contacto con las fuentes de prueba y con el material probatorio. «La inmediación, aunque condición *sine qua non* de la calidad del enjuiciamiento, no es de por sí garantía de acierto en el juicio, en contra de lo que a veces parece postularse en alguna jurisprudencia. Ningún proceso ha gozado de tanta *inmediación* como el inquisitorial ni ha producido tantos y tan graves errores».⁹⁰

Por otra parte, si los jueces no toman en consideración los aspectos más básicos de cualquier manual moderno al uso de psicología forense a este respecto y dejan que la confiabilidad de un testigo dependa de su aspecto externo cometen una grave equivocación. Sufrirían lo que se ha dado en llamar un «error debido a la idiosincrasia del emisor»,⁹¹ con todas las consecuencias negativas que esto comporta.

Los errores en la observación y la percepción que pueden cometer los jueces se pueden ilustrar con muchísimos ejemplos. Y no sólo con respecto a las pruebas documentales y testificales, sino también en la mala comprensión de lo que se sostiene en los dictámenes periciales y los que suceden, por supuesto, en la prueba de reconocimiento judicial. Esta última se caracteriza porque el juez observa directamente a través de sus sentidos, o con la ayuda de instrumentos adecuados, los estados de cosas so-

89. Véase Francisco Muñoz Conde, «La búsqueda de la verdad en el proceso penal», *op. cit.*, pp. 75 y 78, respectivamente.

90. Véase Perfecto Andrés Ibáñez, «Sentencia penal: formación de los hechos, análisis de un caso e indicaciones prácticas de redacción», *op. cit.*, p. 174.

91. Véase María Alonso-Quecuty, «Psicología forense experimental: el testigo deshonesto», en Jorge Sobral y otros, *Manual de psicología jurídica*, *op. cit.*, p. 143.

licitados por las partes y que constituyen el objeto de dicha prueba: lugares, cosas o personas.

Los errores que puede cometer el juez en la prueba de reconocimiento judicial se pone de manifiesto si se piensa en el valor que adquiere el acta que se levanta con motivo de la producción de dicha prueba para el tribunal de alzada que se pudiera interesar por medio de un recurso.⁹² Ese acta tiene el valor de un documento público y por ello adquiere categoría de plena prueba sobre sus aspectos formales o extrínsecos del reconocimiento, tales como las personas que participaron, el día y la hora en que se llevó a cabo y el objeto que se perseguía. También es plena prueba acerca de ciertos datos materiales o intrínsecos como las preguntas o acotaciones formuladas por los que intervienen en el reconocimiento. Pero el acta no tiene de ningún modo el valor de plena prueba sobre su contenido. «Es decir, en el acta se da fe de que los sujetos que intervienen en el reconocimiento, durante el mismo, manifestaron lo que allí consta; pero no acredita —porque no puede hacerlo— que esas percepciones sean indubitables, ya que —como es obvio— pudieron ser apreciadas con error. Téngase presente que, por su propia naturaleza, la dación de fe no puede alcanzar a todo aquello que suponga valoración.»⁹³

Además de estos errores de observación y de percepción: el juez no vio un objeto relevante para el proceso, no percibió el olor nauseabundo al estar resfriado, etcétera, obviamente puede cometer errores por la infracción de normas procesales en la redacción del acta como no transcribir las acotaciones de las partes o no permitir que éstas firmen aquélla.

En cualesquiera de estos casos, y en muchísimos otros que se pudieran analizar, de errores judiciales en la observación y en la

92. Artículo 358 de la Leciv., «1. Del reconocimiento judicial practicado se levantará por el Secretario Judicial acta detallada, consignándose en ella con claridad las percepciones y apreciaciones del Tribunal, así como las observaciones hechas por las partes y por las personas [...] 2. También se recogerá en acta el resultado de las demás actuaciones de prueba que se hubieran practicado en el mismo acto del reconocimiento judicial [...]».

93. Véase Sara Aragonese Martínez y otros, *Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil*, Madrid, Colex, 2004, p. 191.

percepción de la prueba el contenido de la prueba queda desvirtuado, con su consiguiente influencia negativa en su valoración y, *a posteriori*, en la decisión judicial.

Pero los problemas acerca del conocimiento de los hechos no acaban aquí. Pudiera ser que, debido a su bagaje cultural, sus experiencias, sus emociones o incluso sus prejuicios el juez yerre en la presentación de los mismos asignando propiedades a los hechos donde no las hay o, por el contrario, negándoselas. Esto sucede con frecuencia en aquellos hechos que resultan más sensibles a la valoración moral, como en los delitos contra la libertad sexual.

Juan J. Ruiz Rico muestra múltiples sentencias donde el relato de los hechos que el juez hace constar en sus sentencias está sesgado por sus propios conocimientos, y también prejuicios. Así, en una sentencia de la Audiencia Provincial de Lérida de 17 de febrero de 1989, (instaurada ya la democracia), ratificada luego por el Tribunal Supremo, en un caso de agresión sexual, donde un empresario abusó de su empleada de 17 años que vestía en ese momento una minifalda y que, en opinión de los jueces, constituía un elemento de provocación sexual, se decía: «[...] ya que aquí ciertamente el acusado aprovechó su condición de patrono y jefe laboral ante la ofendida, que era una trabajadora de su empresa, aun cuando ciertamente ésta, con su específico vestido, en cierta forma y acaso inocentemente, provocó este tipo de reacción en el empresario que no pudo contenerse en su presencia [...]».⁹⁴ De más está decir que mantener la tesis de que el uso de una minifalda (hecho externo no discutible) tiene la propiedad de incitar o de provocar la lascivia que conduce a la agresión sexual (esto es como el juez percibe la realidad y «ve» a la minifalda) y, por lo tanto, la acción del agresor resulta justificada jurídicamente o parcialmente excusada, no es únicamente disparatado desde el punto de vista epistémico, sino también que es inmoral.

94. Véase Juan J. Ruiz-Rico, *El sexo de sus señorías*, Madrid, Temas de hoy, 1991, p. 17.

Ahora bien, una vez que el juez ha fijado las hipótesis acerca de los hechos que serán corroboradas o refutadas por las pruebas y ha conocido el contenido de las mismas se abre la etapa de la valoración de la prueba propiamente dicha. De lo que aquí se trata es de realizar un razonamiento, muchas veces complejo, que permita corroborar o refutar las hipótesis en juego. Este razonamiento está constituido por una serie de inferencias articuladas donde es posible distinguir entre la inferencia completa y cada una de las inferencias probatorias parciales que conducen a ella.⁹⁵

En esta segunda etapa de apreciación de la prueba, esto es, en la valoración de la prueba estrictamente hablando, se pueden cometer errores tanto en la valoración individual como en la valoración conjunta de la prueba. En ambos casos, la inferencia que el juez realiza de los medios de pruebas producidos en el proceso son equivocadas y conducen a fallos revisables por la instancia superior. Estos fallos se resumen en que se da por probado aquello que no lo está o no se da por probado aquello que sí lo está.

Estos errores inferenciales pueden ser de dos tipos: deductivos o inductivos. En ambos casos, a partir de los enunciados acerca de los hechos que han sido objeto de pruebas se extraen consecuencias que no se siguen necesariamente en el primer supuesto o que no siguen probablemente en el segundo.⁹⁶

Existen múltiples ejemplos que muestran un error de carácter deductivo en la valoración individual de la prueba. Sólo señalaré algunos de ellos con un objetivo meramente ilustrativo.

Se produce un error inferencial de carácter deductivo cuando la valoración que el juez hace del informe pericial es contradictoria, ilógica o disparatada. Por todos estos motivos conviene citar, como ejemplo, la STS de 6 de abril de 2000 [R] 2000/2971: «[...] el ataque a la valoración de la prueba pericial a cargo de los órganos judiciales de las instancias sólo procede, conforme ha reite-

95. Véase Daniel González Lagier, *Quaestio Facti*, *op. cit.*, p. 55.

96. Tal vez sea ocioso recordar que, de acuerdo con el método deductivo, si las premisas son verdaderas la conclusión también lo es. Por el contrario, las conclusiones obtenidas a través de métodos inductivos no ofrecen certeza, sino sólo conocimientos probables.

rado la doctrina jurisprudencial, a efectos de poder acoger el desacierto denunciado, si resulta que las conclusiones obtenidas lo han sido al margen de las pruebas llevadas a cabo, o se presentan ilógicas con acreditada incoherencia o irracionalidad entre sí, y también si se alcanzan conclusiones absurdas, disparatadas, extrañas al proceso, por lo que su censura casacional cabe si se dan dichos supuestos, que vienen a representar un fallo deductivo atentatorio con intensidad a la sana crítica».⁹⁷

Y también se producen errores lógicos cuando se cometen falacias de atinencia, por ejemplo en la evaluación de las preguntas formuladas a los testigos o en la práctica de la confesión en juicio. De esto dejó constancia el Tribunal Superior de la Provincia de Córdoba —República Argentina— cuando valoró negativamente una prueba que el tribunal *a quo* había aceptado y meritado positivamente. El Tribunal Superior sostuvo que, en realidad, lo que se había tomado como confesional había sido el fruto de la respuesta a una pregunta compleja, esto es, a una pregunta cuya respuesta, cualquiera que ésta fuera, implica la respuesta a una pregunta anterior que no había sido formulada. La pregunta en cuestión en la absolución de posiciones fue: «Para que jure que es cierto que hizo la pertinente denuncia en dicha compañía no bien tuvo conocimiento del siniestro donde estaba involucrado su automóvil». Cualquiera que fuera el signo de la respuesta dada a esta cuestión supone que la parte reconoce el hecho de que el automóvil de su propiedad estaba involucrado en el accidente, cuestión ésta sobre la cual precisamente radicaba una parte de la prueba. El tribunal *a quo*, al valorar positivamente esta prueba, agravó a la parte deponente porque dicha valoración se basó en un error lógico.⁹⁸

97. Sentencia citada por Ángel Vicente Illescas Rus, *La prueba pericial en la ley 1/2000, de Enjuiciamiento civil*, Madrid, Aranzadi, 2002, p. 451. También aparecen diversos supuestos de errores en la valoración judicial de la pericia con abundante citas jurisprudenciales. *Ibíd.*, especialmente en pp. 438 y ss.

98. Véase Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba, «Almada, Isidro c/ César Carrera y otro», Ordinario Recurso de Casación 35/01, de 19 de agosto de 2003.

Por otra parte, los errores inferenciales de carácter inductivo también son frecuentes en el quehacer jurisdiccional. Un razonamiento inductivo tiene un efecto amplificador, ya que su conclusión va más allá de sus premisas. A través del él se puede ir del pasado hacia el futuro, de lo particular a lo general, de lo particular a lo particular. El conocimiento que se ofrece a través de este razonamiento sólo es probable y falible. «En la actualidad, por lógica inductiva no se entiende ya aquella lógica que establece reglas para concluir en un enunciado o ley universal a partir de enunciados singulares de observación, sino aquella teoría lógica que se ocupa de averiguar el grado de confirmación, de soporte o apoyo evidencial que tiene una hipótesis en relación con una evidencia. Todas las hipótesis y teorías interesantes tienen carácter inductivo en el sentido de que todas tienen carácter “ampliativo” respecto a los datos en que se apoyan.»⁹⁹

En muchísimas ocasiones, la instancia juzgadora sólo puede realizar un razonamiento inductivo en apoyo de las hipótesis que sostienen sus decisiones. En la práctica jurisdiccional, su uso está plenamente avalado tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo.¹⁰⁰ Así sucede en el caso de la prueba de las intenciones.¹⁰¹ En este tipo de razonamiento ha de aparecer probado un hecho del cual se parte y la conexión, que ha de ser razonada y razonable, con el hecho que se aceptará inductivamente como probado. Por ejemplo, respecto a la prueba del ánimo de matar, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha manifestado pacífica en el sentido de que «para afirmar la existencia del ánimo

99. Véase Diego Aísa Moreu, *El razonamiento inductivo en la ciencia y en la prueba judicial*, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1977, p. 21.

100. Según STS, 732/2006, de 3 de julio, «[...] es necesario acudir a un juicio de inferencia para afirmar la presencia sobre la base de un razonamiento inductivo construido sobre datos fácticos debidamente acreditados. Esta inferencia debe aparecer de modo expreso en la sentencia y debe ser razonable, de tal manera que la conclusión obtenida acerca de la intención del sujeto surja naturalmente de los datos disponibles [...]».

101. Ni siquiera la confesión del reo, que otrora fuera considerada la reina de las pruebas, escapa al razonamiento inductivo al necesitar el apoyo de otras pruebas para su correcta valoración, ya que éste puede mentir, ser traicionado por sus recuerdos, etcétera.

propio del delito de homicidio, se deben tener en cuenta los datos existentes acerca de las relaciones previas entre agresor y agredido; del comportamiento del autor antes, durante y después de la agresión, lo que comprende las frases amenazantes, las expresiones proferidas, la prestación de ayuda a la víctima y cualquier otro dato relevante; del arma o de los instrumentos empleados; de la zona del cuerpo a la que se dirige el ataque; de la intensidad del golpe o de los golpes en que consiste la agresión, así como de las demás características de ésta; de la repetición o reiteración de los golpes; de la forma en que finaliza la secuencia agresiva; y en general de cualquier otro dato que pueda resultar de interés en función de la peculiaridades del caso concreto [...] A estos efectos tienen especial significación el arma empleada, la forma de la agresión y el lugar del cuerpo al que ha sido dirigida».¹⁰²

En otras ocasiones la prueba inductiva se utiliza para probar la participación culpable en delitos, por ejemplo, contra la salud pública, destruyendo la presunción de inocencia. Valga un caso como ilustración de ello. Según sentencia de la Audiencia Provincial de Melilla, agentes del cuerpo nacional de la Policía, adscritos al Grupo de estupefacientes, tras las sospechas inducidas por el acusado, Farid M., le sometieron a un registro hallándose bajo sus ropas seis bolsitas que contenían cocaína que poseía con la intención de destinarla al consumo de otras personas, ocupándosele 5.000 pesetas procedentes de venta ilícita. Se constató que la droga intervenida, una vez analizada, era de tres gramos y de una pureza del 57 %. El valor de la droga era de aproximadamente 30.000 pesetas.

Por todo ello se le condenó a una pena de cuatro años y seis meses de prisión, a la multa de 30.000 pesetas, al comiso de la sustancia y el dinero intervenido y al pago de las costas por ser autor responsable de un delito contra la salud pública concurriendo la agravante de reincidencia y la atenuante de drogadicción.¹⁰³

102. STS, 822/2005, de 23 de junio.

103. Versión resumida de hechos probados de la sentencia de la Audiencia Provincial de Melilla, reproducidos por STS, 1405/2000, de 19 de septiembre, por la que se entiende en el recurso de casación presentado oportunamente por Farid M.

En la casación interpuesta en tiempo y forma por el acusado, Farid M., se sostienen dos argumentos. El primero es que la sustancia intervenida era para consumo propio y que, por lo tanto, su posesión constituía una conducta atípica. El segundo es que no existían pruebas de cargo directas del tráfico de drogas por lo que se infringía su derecho a la presunción de inocencia con las sanciones establecidas. El Tribunal Supremo rechazó ambas pretensiones sobre la evaluación de las inferencias realizadas por el tribunal sentenciador.

En primer lugar, la presunción de inocencia se puede enervar mediante pruebas indirectas. De no ser así, en casos en que resulta difícil la prueba plena y directa se abrirían espacios de impunidad. En el asunto en cuestión, el acusado escondía en su ropa interior seis bolsitas casi idénticas, que intentó sacar cuando estaba rodeado de varias personas, eventualmente compradores, que huyeron ante la presencia policial. El acusado era consumidor de heroína y no de cocaína, tal como lo acredita el médico que le atendió. Mal podía entonces ser esta última sustancia para consumo propio. Todo ello sumado a máximas de experiencias corrientes, como el comportamiento de los supuestos compradores o la constancia con que suelen declarar los acusados de este tipo de delitos de que el material intervenido es para propio consumo. Esto permite afirmar que la hipótesis de que la droga incautada a Farid M. era para su venta y, por lo tanto, su acción subsumible en la norma sancionadora aplicada recibía el apoyo empírico suficiente como para considerarla correcta.

Los indicios también son utilizados generosamente en sede forense en materia de reconocimiento de paternidad en los procesos de filiación. La negativa del supuesto padre a realizar las pruebas de ADN, junto a otros elementos de juicio, como la prueba de la relación que existió en el momento de la concepción entre los supuestos padres, hacen surgir suficientes elementos de apoyo como para pensar que el hombre demandado en reconocimiento de paternidad es padre del niño en cuestión.

Así parece establecerlo también el Tribunal Supremo cuando, en una ya numerosa jurisprudencia, sostiene los siguientes argumentos para establecer que una negativa a someterse a pruebas

biológicas presupone no una *ficta confesio*, pero sí un elemento muy importante para el reconocimiento de la paternidad que se postula.

Se aduce en primer lugar como criterio general que en el derecho de familia actual se presta un interés preponderante a la filiación, potenciándose los intereses familiares y sociales frente a intereses estrictamente individuales, como el de la intimidad y la integridad. En segundo lugar, que la persona de la que se postula el reconocimiento de la paternidad, si bien es sujeto en el proceso también es objeto del mismo y su cuerpo pasa a ser considerado objeto de la prueba pericial sobre el que se han de realizar las pruebas biológicas y antropológicas. En tercer lugar, la negativa a permitir tal reconocimiento haría ilusorio el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que no hay otro medio de la suficiente y similar confianza como para probar la paternidad que se demanda. En cuarto lugar, si la confiabilidad de esta inducción no se aceptara se produciría una situación de injusticia, puesto que la parte no cooperante en el proceso sería la beneficiada.¹⁰⁴

En un caso que se puede considerar tipo, el juez analiza el material probatorio que obra en autos tendiendo sobre todo a determinar las relaciones sexuales durante el tiempo de la concepción sobre cuya paternidad se discute, constata, a través de la negativa del supuesto padre a facilitar las pruebas biológicas y antropológicas, e infiere la intención obstruccionista del demandado, e incluso de fraude a la ley, que pretende desplazar la carga de la prueba que sólo él puede producir a la contraparte, pese a la fiabilidad de la prueba médico-biológica. Por todo ello, en casación se suelen ratificar las sentencias de instancia que declaran probadas las relaciones paterno-filiales basadas en la inferencia aquí comentada al afirmarse que «acreditadas las relaciones sexuales en el tiempo hábil para la concepción y las reiteradas negativas del demandado a someterse a las pruebas biológicas solicitadas por la contraparte y a no haber suministrado la absoluta e irrefutable de no ser el padre como sostenía en su escrito de

104. Por todas, véase STS, de 14 de julio de 1988 (RJ, 1988/5690).

contestación y a través de todo el proceso, procede concluir [...] confirmando el fallo (que reconoce la paternidad)». ¹⁰⁵

Pero a pesar de su uso y de su evidente utilidad, las inferencias inductivas forenses no están exentas de errores y por ello pueden ser causa de innumerables injusticias. Desde el punto de vista formal, el juez se equivoca si no expresa adecuadamente el razonamiento por el cual, dados los hechos probados en la causa, presume que otros también están probados dado el nexo existente entre ellos. Desde el punto de vista material, la prueba por indicios no puede ser arbitraria, irracional o absurda. Lo es cuando los hechos de los cuales se parte no están debidamente acreditados (o los enunciados que a ellos se refieren son falsos) o cuando no existe una vinculación sostenible entre dichos hechos y aquellos que se presumen probados, ya sea porque infringen las reglas de la lógica o de la experiencia científica o corriente, o bien porque el conjunto de las conclusiones del razonamiento es contradictorio o absurdo. Veamos un ejemplo.

La Audiencia Provincial de Valencia dictó sentencia condenatoria con fecha 21 de enero de 2004 contra Ramón, basado en los siguientes hechos que se consideraron probados. El 4 de abril de 1998, Ramón, seguido por tres individuos con aspecto de toxicómanos se dirigieron a la calle Valeriola de Valencia donde el acusado entregó a una mujer un envoltorio pequeño a cambio de 5 euros. Este hecho motivó la actuación de agentes de la policía nacional, y ante su intervención la mujer tiró disimuladamente el envoltorio a la calle. Esta acción no impidió que se aprehendiera del suelo tal envoltorio como así también la cantidad de dinero de la mano del acusado. «Una vez analizado el envoltorio resultó contener 0,06 g de cocaína. Tras someter a un registro al acusado le fueron intervenidos 5,66 g de hachís y 73,70 euros de otras ventas.» ¹⁰⁶

105. *Ibíd.* En términos semejantes, STS de 15 de marzo de 1989 (RJ, 1989/2054).

106. STS, 283/2005, de 4 de marzo, que cita textualmente el único fundamento de hechos probados de la sentencia de la Audiencia de Valencia.

Ramón fue condenado a una pena de 4 años de prisión y multa de 15 euros. Valorados los argumentos esgrimidos por el acusado en casación, el Tribunal Supremo les hizo lugar por error en la inferencia inductiva del tribunal sentenciador. Las razones aducidas respondían a diferentes criterios.

La primera es que la cantidad aprehendida era tan pequeña que se encuentra probablemente en los límites de lo que la Sala Segunda del Tribunal Supremo considera como una dosis psicoactiva mínima. Esto no fue comprobado por la Audiencia, ya que no se estableció el grado de pureza de la sustancia intervenida. Y esto hace que no sea de aplicación, según jurisprudencia reiterada, el artículo 368 del C. P. en virtud de la aplicación del cual Ramón fue condenado.

La segunda es que la cantidad de hachís en posesión del acusado no permite inferir su disposición al tráfico, acción sobre la cual la Audiencia ni siquiera ofrece ninguna motivación. «Asimismo, es incorrecto haber supuesto en los hechos probados que los 73,70 euros que tenía el recurrente en su poder eran “producto de otras ventas”, dado que en el fundamento jurídico primero de la sentencia recurrida no se especifica sobre qué bases se ha llegado a la conclusión de que el acusado había realizado antes otras ventas. En efecto, de acuerdo con el contenido del mencionado fundamento jurídico, la Audiencia ha llegado, mediante un razonamiento inductivo a la conclusión de que el acusado había realizado otras transacciones similares, pero sólo se remite a las declaraciones de los policías que vieron la venta que fundamentó la inculpación. Ello pone de manifiesto que con la prueba de un hecho se pretende probar otros por vía de conjeturas sin apoyo fáctico, lo que comporta un manifiesto apartamiento de las máximas de experiencia y de los principios de la lógica, ya que se realiza un razonamiento inductivo sin haber establecido la pluralidad de hechos que permitiría tal razonamiento.»¹⁰⁷

Otro error en la apreciación individual de la prueba consiste en no tomar en consideración determinadas máximas de expe-

107. STS, 283/2005, de 4 de marzo.

riencia. Esto es así, por ejemplo, cuando, sin otras pruebas que la avale, se otorga plena validez probatoria a la declaración de un coimputado en materia penal desvirtuando de ese modo la presunción de inocencia del inculcado por esos dichos.

Asumir que los coimputados suelen declarar para inculcar a otros con el objeto de autoexculparse o de obtener una atenuación de la pena y que, dada la especial situación procesal del declarante, el principio de contradicción puede operar en tales casos sólo de forma muy limitada es una regla de experiencia.¹⁰⁸

Por eso constituye una doctrina muy firme, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, que «las declaraciones de un coimputado, por sí solas, no permiten desvirtuar la presunción de inocencia constitucionalmente reconocida, de modo que para que pueda fundarse una condena en tales declaraciones sin lesionar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, es preciso que se adicione a las mismas algún dato que corrobore mínimamente su contenido».¹⁰⁹ Si un juez dicta sentencia condenatoria basándose sólo en la declaración de uno o de varios coimputados yerra en su cometido, ya que declara como probado algo que no lo está.

Además, a veces los errores de valoración de la prueba se producen porque no se tiene en cuenta que se suele necesitar algún tipo de prueba específica para probar un hecho, como es el caso de la prueba pericial para mostrar la idoneidad de un arma para disparar, que es esencial en un supuesto de delito de tenencia ilícita de armas. Un juez que considera como válida una diligencia policial sin solicitar la prueba pericial, donde se hace constar que la escopeta que encontraron en un registro funcionarios policiales está en perfecto estado de funcionamiento, se equivoca. Este tipo de error provoca la ausencia de actividad probatoria al res-

108. STS, 1552/2004, de 23 de diciembre.

109. STC, 65/2003, de 7 de abril. Según esta misma decisión tampoco constituye plena prueba si varios coimputados coinciden en sus dichos. Así, «que la condena se funde exclusivamente en las declaraciones de más de un coimputado no permite considerar desvirtuada la presunción de inocencia del condenado [...]». Ambos párrafos de la STC se citan en la STS, 1552/2004, de 23 de diciembre.

pecto. Así lo establece el Tribunal Supremo en STS, 412/1992, de 28 de febrero, al afirmar: «La comprobación de la idoneidad del arma para el disparo necesita una serie de pruebas cuya realización constituye propiamente una prueba pericial, para la que si bien no es necesario especiales conocimientos técnicos, ya que basta con la comprobación de su funcionamiento realizando las oportunas pruebas en una galería de tiro, sí es necesario hacer una serie de comprobaciones sobre los mecanismos que accionan y hacen funcionar el arma [...] No ha existido una pericia realizada con arreglo a las prescripciones legales que permita asegurar la conclusión de que la escopeta se encontraba en condiciones de funcionamiento y, en consecuencia, no encontramos una base probatoria que nos permita afirmar que ha quedado a salvo el principio constitucional de presunción de inocencia». Valorar el atestado policial como si fuera una prueba pericial es un claro error cometido por el Tribunal sentenciador, puesto que no prueba un hecho relevante que se debía probar.

Por todo ello, el juez ha de ser muy cuidadoso en la evaluación de las pruebas consideradas individualmente. «El juzgador no debe dejarse engañar por la aparente confiabilidad de una argumentación, sino someter a probatura si los distintos fragmentos de la prueba indiciaria resisten un análisis severo. Tampoco deberá tratar de derivar demasiadas conclusiones de un solo indicio. A veces se atribuye, con cierta despreocupación, un valor excesivo a determinadas señales. Se puede pretender demasiado del material probatorio por diversos motivos; ello puede deberse, entre otras razones, a una falta de entrenamiento del juzgador en el manejo de la prueba indiciaria.»¹¹⁰

Ahora bien, una vez que el juez ha valorado individualmente la prueba, en el sentido de que conoce su contenido y ha constatado el apoyo que reciben sus hipótesis de cada una de las pruebas individualmente consideradas, debe apreciar las pruebas en su conjunto. La valoración conjunta de la prueba es preceptiva, ya que sólo un examen de esa naturaleza puede advertir si las

110. Erich Döhring, *La prueba. Su práctica y apreciación*, trad. cast. de Tomás Banzhaf, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, p. 340.

pruebas son, entre sí, compatibles, resultan complementarias o si, por el contrario, conducen a lagunas o contradicciones.¹¹¹

Sin embargo, a veces la valoración en conjunto de la prueba constituye una práctica rechazable y ha sido fuente de numerosos errores. Forma parte de una práctica viciada de los tribunales cuando se utiliza para hurtar la valoración individual que merece cada una de las pruebas producidas en el proceso. La jurisprudencia se muestra unánime al subrayar este aspecto. La STS, 1579/2003, de 21 de noviembre, así parece atestiguarlo cuando, casando una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que condenaba a un padre por abuso sexual en las personas de sus dos hijas menores de 4 y 7 años de edad, recriminaba la actividad motivadora de la Audiencia sentenciadora afirmando: «[...] el tribunal sentenciador [...] en lugar de hacer frente a la responsabilidad que se desprende del artículo 120.3 CE y concordantes se ha limitado a eludirla. Así, se refugia en una cómoda y evasiva “valoración conjunta de la prueba” que no informa lo más mínimo sobre el contenido y las peculiaridades de ésta, de la que ofrece una imagen irreal de linealidad y coherencia, a pesar de que se caracteriza por una notable complejidad, es internamente contradictoria y no puede dejar de suscitar perplejidades a quien se enfrente a la misma con rigor intelectual y para hacerla objeto de una apreciación en conciencia verbalizable, justificada y apta para ser intersubjetivamente valorada [...] Nada de esto se halla en el peculiar fundamento de la decisión que se examina, de la que lo único que se obtiene es que el tribunal ha decidido de una determinada manera [...] *porque sí*».¹¹²

En segundo lugar, la valoración conjunta de la prueba es errónea cuando no se advierten lagunas o contradicciones entre el

111. La obligatoriedad de la valoración conjunta de la prueba surge del artículo 218. 2 *in fine* de la LECiv: «[...] La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto [...]».

112. STS, 1579/2003, de 21 de noviembre. Magistrado ponente Perfecto Andrés Ibáñez: sentencia magníficamente estructurada y razonada que debería servir como modelo de trabajo para los jueces noveles (y no tan noveles).

material probatorio cuando las hay o, por el contrario, se afirma que existen allí donde son inexistentes. Y sin duda cuando la propia valoración adolece de contradicciones o lagunas.

Además, en la apreciación de la prueba se producen errores cuando se aplican estándares de prueba inadecuados. Los estándares de prueba son los criterios o pautas que se utilizan para determinar si una hipótesis probatoria ha recibido o no suficiente apoyo como para ser corroborada. En general se ha sostenido que en materia penal esos estándares son más exigentes o más rígidos que en las otras ramas del derecho. El argumento para sostener estos distintos criterios de exigencias probatorias es que los valores, bienes y garantías en juego en materia penal son más importantes que en materia civil. Esto permitiría entender casos como el de O. J. Simpson en Estados Unidos, citado en páginas anteriores, que mereció una condena en sede civil pero que, sobre la base de los mismos hechos, resultó absuelto en la jurisdicción penal.

En la jurisdicción civil se suele seguir como estándar de prueba la probabilidad prevalente, mientras que en materia penal se sigue el criterio de la prueba más allá de toda duda razonable. En el primer caso, según Michele Taruffo, el juez ha de resolver la incertidumbre que le plantea el inicio de la causa escogiendo la hipótesis que con un mayor grado de probabilidad resulte corroborada racionalmente por las pruebas existentes.¹¹³

Esto supone que el juez es capaz de diferenciar entre un grado de probabilidad de corroboración de una hipótesis alto (por encima del 75 %), medio (entre 75 y 60 %) y bajo (entre 60 y 50 %) a través de las pruebas procesalmente disponibles. Si una hipótesis recibe una corroboración menor a la del 50 % se puede considerar no corroborada y, por lo tanto, no tiene valor —o tiene un valor negativo— a efectos de la probabilidad prevalente. Esto permitiría, a su vez, no sólo la comparación entre los diversos grados de apoyo que reciben hipótesis opuestas, sino tam-

113. Véase Michele Taruffo, «Conocimiento científico y estándares de prueba judicial», *Jueces para la democracia*, n.º 52, 2005, pp. 63 y ss., a quien seguiré en esta cuestión.

bién que la decisión que el juez pueda tomar al respecto sea racional.¹¹⁴

En el ámbito civil, al depender por completo de lo establecido por el sistema jurídico, se puede pedir estándares de prueba alto, medio o bajo para determinados casos o incluso un estándar más exigente que el de la prueba prevalente. En parte, esto se debe a que algunos bienes en juego en materia civil son lo suficientemente importantes como para merecer una tutela más afinada. Por ejemplo, en la República Argentina, una de las causales para solicitar el divorcio vincular es el adulterio del cónyuge. Pero al tratarse de actos carnales con persona distinta del cónyuge realizados usualmente en la intimidad, resulta difícil corroborarlo mediante pruebas directas y plenas. De tal modo que la jurisprudencia admite la prueba mediante presunciones o indicios calificados. Así, se dice: «Es cierto que la causal de adulterio se configura por las relaciones sexuales íntimas con tercero la torna de muy difícil prueba, y que ello autoriza a admitirse cuando concurre presunciones basadas en indicios suficientes, empero deben tratarse de presunciones graves y conducentes al convencimiento que excluya cualquier duda razonable, y no meramente interpretaciones extensivas que no encuentren adecuado sustento en la realidad». O se afirma, «a los fines de probar el adulterio, basta la concurrencia de un conjunto de presunciones graves, precisas y concordantes que, apoyándose en hechos seriamente demostrados, formen una convicción segura en el ánimo del juez».¹¹⁵

114. *Ibíd.*, p. 69. No se puede dejar de subrayar que la asignación de porcentajes matemáticos es discrecional. No se trata, pues, de una cuantificación estadística. El propio Taruffo lo admite. Pero resulta útil a efectos pedagógicos. «Entonces, es lícito utilizar indicaciones numéricas, pero siempre y cuando quede claro que son formas para expresar diferentes grados de confirmación probatoria, aunque no impliquen ninguna cuantificación numérica de estos grados y, sobre todo, que no puedan ser objeto de cálculo según las reglas de la probabilidad cuantitativa.» (p. 69).

115. CNCiv., Sala A, 15 de junio de 1989, E. D., 136-187 y CNCiv., Sala D, 3 de agosto de 1981, E. D. 95-686, citadas por Horacio G. López Miró, *Probar o sucumbir. Los tres grados del convencimiento judicial y la regla procesal del onus probandi*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, pp. 310 y 311, respectivamente.

Las mismas Cámaras en lo Civil exigen un estándar de prueba más elevado en los casos de demencia. Así, por ejemplo, se acepta casi con unanimidad que «la prueba de demencia pública y notoria debe ser concluyente, insospechable y decisiva, lo que será apreciado por el juez». Y como tal, «la prueba de nulidad del acto otorgado por quien no fuera declarado insano debe ser concluyente, insospechable y decisiva».¹¹⁶

A la vez se exige un rigor menor en los estándares de prueba a los ya citados en casos de justificación de los ingresos de una persona a los efectos de fijar la prestación alimentaria. Así, «no es necesario que la justificación de los ingresos del alimentante resulte de prueba directa, pues basta para su apreciación la meramente indiciaria, toda vez que no se trata de la demostración exacta del patrimonio sino de contar con un mínimo de elementos que permitan ponderar su capacidad económica, la cual dará pautas necesarias para estimar el *quantum* de la pensión en relación con sus posibilidades».¹¹⁷

En España la legislación, la jurisprudencia y la doctrina han sido incapaces de ofrecer criterios exactos para la formulación y valoración de los estándares de prueba en materia civil. Esto entorpece grandemente, aunque no imposibilita, la tarea de determinar si se ha cometido un error en la aplicación de un estándar de prueba. La casuística es amplia y variopinta, pero al menos sirve para ilustrar los casos más palmarios y groseros de esa forma de valoración errónea.

En sede penal, el estándar de prueba que se exige es que se pruebe el hecho delictivo más allá de toda duda razonable. No está muy claro, sin embargo, cuándo se está en presencia de una «duda razonable» o cuándo ésta no existe. Aquí tampoco vale un cálculo estadístico. Se trata, más bien, de un criterio indeterminado «que expresa un principio general que debe ser caracterizado por el juez en cada caso en particular».¹¹⁸ Sin embargo, «sigue

116. *Ibíd.*, p. 218.

117. *Ibíd.*, p. 381.

118. Véase Michele Taruffo, «Conocimiento científico y estándares de prueba judicial», *op. cit.*, p. 72.

siendo verdadero que la adopción del criterio de la prueba más allá de toda duda razonable corresponde a una exigencia política y moral fundamental, por la cual una sentencia de condena, debería ser emitida únicamente cuando exista una certeza práctica de la culpabilidad del imputado, aun cuando esta exigencia no pueda traducirse en determinaciones analíticas del grado de prueba que corresponde, en cada caso, a este nivel de certeza».¹¹⁹

Así, en materia penal se exige, por ejemplo, que para enervar la presunción de inocencia exista prueba de cargo, y por tanto no es suficiente que se hayan practicado pruebas, sino que éstas tienen que generar certeza acerca de la culpabilidad del acusado. En ese sentido tampoco basta la existencia de meras sospechas para la condena, sino que el juez o tribunal debe condenar si tiene esa convicción, más allá de toda duda razonable. Según Perfecto Andrés Ibáñez, «el sistema punitivo conoce una sola forma de dar respuesta constitucionalmente válida a los efectos penalmente relevantes: es la fundada en el respeto de la presunción de inocencia como regla de juicio. Y ésta exige que cualquier condena tenga como fundamento una convicción de culpabilidad más allá de toda duda razonable, racionalmente formada y argumentada de manera convincente a partir de datos probatorios bien adquiridos».¹²⁰

Esta prueba de cargo se puede inferir a partir de indicios, como ya se ha afirmado. Según el Tribunal Constitucional, «es necesario que el órgano judicial explicita no sólo las conclusiones obtenidas sino también los elementos de prueba que conducen a dichas conclusiones y el *iter* mental que le ha llevado a entender probados los hechos constitutivos del delito, a fin de que pueda enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido y constatarse que el tribunal ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia y, una vez alegada en casación la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, al Tribunal Supremo incumbe analizar no sólo si ha existido actividad probatoria, sino si ésta

119. *Ibíd.*

120. STS, 397/2006, de 6 de abril, magistrado ponente.

puede considerarse de cargo, y, en el caso de que exista prueba indiciaria, si cumple con las mencionadas exigencias constitucionales». ¹²¹

Sobre esta base, el Tribunal Constitucional concede el amparo de un ciudadano condenado erróneamente por la Audiencia Provincial de Barcelona por un delito de parricidio a dieciocho años de prisión. Dicha decisión había sido confirmada por el Tribunal Supremo instado en casación, sobre la base de que en el proceso de autos hubo actividad probatoria y que la valoración de la prueba correspondía por completo, de forma libérrima y omnímoda, al tribunal de instancia. Por esas razones, aunque el Tribunal Supremo reconoce la ausencia de testigos, que la prueba pericial no resulta de cargo y que el acusado siempre afirmó su inocencia, dada la valoración realizada por el tribunal de instancia confirmó la sentencia.

Pero el Tribunal Constitucional recrimina al Tribunal Supremo, porque «se limita a enumerar las diligencias de pruebas que obran en la causa, practicadas tanto en la fase sumarial como en el juicio oral. Prescinde por completo de su contenido exculpatorio o inculpatorio, incluyendo diligencias de contenido intrascendente; no indica qué hechos pueden calificarse de indicios ni analiza si están suficientemente probados, ya que no cabe construir certezas sobre la base de simples probabilidades, y, finalmente, no hace referencia alguna al proceso mental —que ha de ser razonado— que le habría permitido apreciar la existencia del enlace preciso y directo a que el propio Tribunal se refiere, conduciéndole a estimar probados los hechos constitutivos del delito y, en consecuencia, a considerar desvirtuada la presunción de inocencia». ¹²²

Este caso muestra que tanto el tribunal sentenciador como el Tribunal Supremo, utilizaron un estándar de prueba inadecuado en el razonamiento que conduce a la determinación de la llamada prueba de cargo. El aspecto poco exigente de la argumentación del Tribunal Supremo hace errónea su posición, ya que no

121. STC, 229/1988, de 1 de diciembre.

122. *Ibíd.*

supera la fuerza que posee, en un Estado democrático, el principio de presunción de inocencia.

Lo que he afirmado hasta aquí sólo sirve como elemento ilustrativo acerca de las múltiples formas que puede asumir un error judicial respecto a la prueba de los hechos. Ahora conviene incidir en la posibilidad que tienen jueces y magistrados de cometer errores en la calificación.

f) Errores en la calificación

Los errores en la calificación suceden cuando no se ha subsumido correctamente la situación fáctica que se considera probada en el proceso, en el supuesto de hecho de una norma. Para quienes sostienen que la calificación jurídica involucra una operación conceptual, los fallos cometidos en esta sede han de ser puramente lógicos.

Un ejemplo de error en la calificación es el mencionado en la STS, 439/2000, de 26 de julio (RJ, 2000/7921) que casa una sentencia de la sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña debido a que en lugar de aplicar el artículo 138 del Código Penal de 1995 (delito de homicidio) aplicó indebidamente el artículo 142 del mismo texto (homicidio imprudente). El relato fáctico es, sucintamente narrado, el siguiente. El acusado, tras discutir con la víctima, le asestó al menos seis puñaladas con un machete cuya hoja tenía entre 40 y 50 cm y que afectaron a la cabeza y extremidades de la víctima, una de las cuales le seccionó la arteria femoral; además le propinó un fortísimo golpe en la cabeza que le provocó el hundimiento del parietal y luego abandonó a la víctima en un charco de sangre. «La mera lectura del relato fáctico —dice el Tribunal Supremo— es manifiestamente expresiva de que nos encontramos ante una acción inicial dolosa, que se proponía directa y voluntariamente, al menos lesionar gravemente a la víctima al agredirla repetidamente con un cuchillo, por lo que el hecho en ningún caso debió ser jurídicamente calificado por homicidio imprudente [...] calificación jurídica manifiestamente errónea que prescinde totalmente del desvalor de la

acción lesiva dolosa y trastoca indebidamente la deliberada voluntad de agredir, con independencia del resultado, en simple “infracción de los deberes de cuidado”, como pretende la sentencia de instancia [...] En consecuencia, la alternativa jurídica que se plantea, descartado el homicidio imprudente que constituye un error de calificación [...] debe resolverse entre el homicidio doloso y el concurso entre lesiones dolosas agravadas por la utilización del arma y homicidio imprudente, en función de la apreciación o no de la concurrencia de *animus necandi*, o expresado de otra manera, en función de que se estime que el dolo del autor, al menos eventual, abarca o no la posibilidad de resultado de muerte, cuando realizó su reiterada agresión armada a la víctima.»

g) Errores en el fallo

Los errores en el fallo se producen cuando el juzgador decide más allá, por defecto o por exceso, de lo solicitado por las partes o del objeto del juicio. En ese sentido, según el Tribunal Supremo, STS, 978/1998, de 27 de octubre, «es doctrina jurisprudencial reiterada la que proclama que para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido (*ultra petita*), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (*extra petita*) y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (*citra petita*), siempre y cuando el silencio judicial no puede razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige para ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de demanda y, en su caso, de contestación y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito. También puede apreciarse vicio de incongruencia en aquellas sentencias que prescinden de la causa de pedir y fallan conforme a otra distinta, al causar indudable indefensión, que no ampara el principio *iura novit curia*.» Estos tipos de incongruencia se traducen en una vulneración del principio de contradicción y en una infracción al derecho de defensa. Para no

incurrir en esos defectos, el juez no debe modificar, salvo que esté legalmente autorizado, los términos del debate, y se debe ajustar al objeto del proceso.¹²³

b) Errores por ausencia de motivación

Un rasgo típico de las decisiones judiciales en nuestro sistema constitucional es, como ya se ha visto, que éstas estén motivadas. Si el juez no motiva sus decisiones, lo hace de un modo insuficiente o de una manera contradictoria o ilógica, comete un error.

Es una constante de los máximos tribunales españoles, tanto del Constitucional como del Supremo, señalar estos defectos como inhabilitadores de los textos judiciales (con excepción de las providencias). En la jurisprudencia de ambos órganos juzgadores se suelen encontrar expresiones como «ausencia de motivación», «motivación insuficiente», «motivación contradictoria» o «motivación ilógica» y en no pocas ocasiones esas mismas expresiones se tratan como si fueran sinónimos.

A nadie escapa, sin embargo, que no indica lo mismo la ausencia de motivación que una motivación ilógica, aunque no se sepa discernir con claridad qué significa ausencia de motivación por contraste con motivación insuficiente o dónde están los límites entre una motivación contradictoria y una motivación ilógica.

Para tratar de señalar algunas diferencias entre estas categorías me valdré de la distinción mencionada por Juan Igartua Salaverría, que la toma de P. Chiassoni, entre motivación en sentido formal y motivación en sentido material. La primera está conformada por las expresiones lingüísticas que aparecen en los fundamentos de hecho y de derecho de las sentencias. La segunda expresa las razones que justifican el fallo. La primera es condición necesaria pero no suficiente para la segunda.¹²⁴

123. Joan Picó i Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, J. Bosch, 1997, p. 68.

124. Véase Juan Igartua Salaverría, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional, op. cit.*, p. 204.

La ausencia de motivación supone la carencia total o casi total de fundamentos en el documento judicial. Exige la ausencia de la motivación en sentido formal, lo que también conlleva la de sentido material. Una sentencia que careciera totalmente de motivación y contara únicamente con el fallo sólo tendría la apariencia de una decisión judicial y debería ser revocada a través de los canales impugnativos existentes. El juez que dictare una resolución como ésta podría incluso incurrir en delito de prevaricación.¹²⁵

En el resto de los casos de motivación incorrecta existe una motivación en sentido formal pero no en el material o sustancial, y esto puede suceder tanto respecto a las cuestiones de hecho como a las de derecho. Éste sería el caso que adolece de una motivación insuficiente, que padece el vicio de una incongruencia omisiva o fallo corto y que se produce cuando se omite dar una respuesta motivada a algunas de las cuestiones jurídicas planteadas por las partes. El «silencio sobre las pretensiones procesales ejercitadas [...] genera una no deseada denegación técnica de justicia causante de indefensión, en la medida en que no resuelve lo verdaderamente planteado en el proceso».¹²⁶

Por ejemplo, para que se dé la circunstancia de una sentencia omisiva con relevancia constitucional se ha de constatar, al menos, que: «[...] a) si el silencio de la resolución judicial constituye una auténtica lesión del artículo 24.1 CE, o si, por el contrario, puede razonablemente interpretarse como una desestimación tácita o, incluso, por remisión, suficiente para satisfacer las exigencias derivadas del citado derecho constitucional [...]; b) si efectivamente se ha planteado la cuestión cuyo conocimiento se afirma eludido por el tribunal [...]; c) y, por último, si la incongruencia omisiva apreciada causó un efectivo perjuicio de los derechos de defensa de quien se queja en amparo [...]».¹²⁷

Esto sucede también cuando en los fundamentos de hecho se hace una mera mención genérica y estereotipada de la prueba existente, sin ninguna valoración y sin mención de su carácter in-

125. Arts. 446 y 447 del CP.

126. STC, 34/2000, de 14 de febrero.

127. *Ibíd.*

criminator (en materia penal). O cuando se utilizan «comodines» expresivos que son redundantes respecto a los hechos y que, por lo tanto, no sirven como prueba.

En casos como éstos, el Tribunal Supremo ha entendido que «la Sala de instancia realmente no sólo ha eludido entrar a conocer y decidir el problema suscitado en torno a las cuestiones planteadas, vulnerando así el rango constitucional que —en virtud de lo dispuesto en el artículo 24.1 de la CE— adquiere la incongruencia omisiva, sino que ha incumplido también el deber de motivación de las resoluciones judiciales proclamado en el artículo 120.3 de la Carta Magna».¹²⁸

No es inusual que una motivación insuficiente aparezca en la explicación de la graduación de la pena que se impone, y no sólo en materia penal. Por todo ello citaré un ejemplo, la STS, 1116/2005, de 18 de octubre, que afirma que «la Audiencia estimó la concurrencia de dos circunstancias atenuantes, una de ellas muy cualificada [...] que le permitían reducir la pena en dos grados. Consecuentemente, el tribunal *a quo* debió motivar adecuadamente la pena que correspondía imponer, apoyando su decisión en las razones por las que señalaba la pena aplicable dentro de un límite determinado. La falta de motivación impone la casación de la sentencia [...]».

También se ha sostenido que una resolución judicial con contradicciones internas o errores lógicos, esto es, con una motivación contradictoria o ilógica carece de fundamento. La razón es obvia: de dos enunciados contradictorios se sigue cualquier conclusión. Así, cualquier decisión, al margen de su contenido, estaría justificada si sus motivaciones fueran contradictorias. O dicho en otras palabras: ningún fallo quedaría fundado si las premisas motivantes que le preceden fueran contradictorias. Según el Tribunal Constitucional, a pesar de que la aplicación de la legalidad corresponde a los tribunales ordinarios, «ello no obsta para que, en determinados supuestos, pueda estar justificado el análisis mismo del razonamiento judicial en esta vía de amparo constitucional, porque la inadecuación o el error en tal razona-

128. STS, 658/2001, de 16 de abril.

miento pueda eventualmente traducirse en una decisión lesiva de un derecho fundamental. Así ocurre en los casos en que la resolución judicial contiene contradicciones internas o errores lógicos que hacen de ella una resolución manifiestamente irrazonable por contradictoria y, por eso, carente de motivación».¹²⁹

Todos estos casos de sentencias con carencia de motivación, de fallo corto o de motivación contradictoria o ilógica han de ser distinguidos de aquellos casos donde la motivación es escueta y concisa. Como ya dije, la motivación en un sistema de justicia liberal tiene por objeto transmitir a las partes involucradas en el proceso y al ciudadano en general las razones tanto fácticas como normativas que avalan el fallo. Esto hace que la labor del juez no se base en un mero decisionismo sino que se adecue al imperio de la ley. Para que las sentencias cumplan este objetivo no existe, sin embargo, una «extensión prefijada» en la motivación, es decir, no es necesario que el juez responda a todos los aspectos de la causa, sino sólo que se entienda adecuadamente el porqué de la decisión judicial.¹³⁰ Así las cosas, el Tribunal Constitucional ha repetido numerosas veces que una motivación escueta y concisa no deja de ser una motivación.¹³¹

Como tampoco dejan de serlo aquellas que tienen una motivación implícita. La motivación implícita es la que se puede deducir o está implicada en la motivación expresa que el juez deja

129. STC, 184/1992, de 16 de noviembre.

130. Así parece reconocerlo el propio Tribunal Constitucional, en la sentencia de 10 de junio de 1994, recurso de amparo 2297/1989, cuando afirma que «no existe norma alguna en nuestras Leyes de enjuiciamiento que imponga *a priori* una determinada extensión o un cierto modo de razonar. La motivación ha de ser suficiente [...] ha de poner de manifiesto la *ratio decidendi* con una imprescindible coherencia lógica, al margen de la pureza estilística o el rigor de los conceptos, ni conlleva tampoco un paralelismo servil del razonamiento que sirve de fundamento a la sentencia con el esquema discursivo de los escritos forenses donde se contienen las alegaciones de los litigantes. Finalmente, no implica una argumentación pormenorizada de todos los aspectos planteados por las partes siempre que permita conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales determinantes de la decisión».

131. STC, 65/1987, de 13 de mayo. En todo caso siempre ha de hacer referencia a la *causa petendi*, al *petitum* y a las argumentaciones fácticas y jurídicas sustanciales de los litigantes.

plasmada en la propia decisión judicial.¹³² No son pocos quienes se oponen a legitimar este tipo de motivación. No obstante, en diversas ocasiones el Tribunal Constitucional ha manifestado su aceptabilidad. Así, por ejemplo, afirma: «Es cierto que esta escueta motivación no contiene manifestación expresa del juicio valorativo que ha conducido al juez a señalar dicha cuantía máxima, ni hace ninguna referencia específica a secuelas derivadas del accidente, ni a daños morales; esto, sin embargo, no nos puede conducir a considerar que la resolución judicial carezca de motivación suficiente, puesto que los datos de hecho consignados en la misma, contemplados en relación con los que obran en el proceso y en la sentencia de la cual es consecuencia, revelan de manera suficiente, aunque sea implícita, las razones y el discurso lógico que determinaron la decisión judicial».¹³³

Y lo mismo sucede, respecto a su aceptabilidad, en los casos donde la motivación de las decisiones judiciales contienen remisiones a otras decisiones que bien pueden ser jurisdiccionales o administrativas.¹³⁴ Existe una remisión cuando el juez trata de justificar una parte de su resolución reenviando a una justificación previa que puede estar dentro del propio expediente o fuera de él. Tiene que ser, pues, una remisión sobre un aspecto parcial de la causa y no sobre la totalidad de la misma, ya que eso implicaría una carencia de motivación. «El juez de instrucción —dice el Tribunal Constitucional— se limitó a asumir en su integridad la sentencia del Juzgado de Distrito, sin añadir nuevos fundamentos y efectuando así una motivación por remisión, sobre cuya validez, en abstracto, ya se ha pronunciado este Tribunal [...] señalando que una fundamentación por remisión no deja de

132. La motivación implícita se suele diferenciar de la omisión de pronunciamiento y de la desestimación tácita. Véase Ignacio Colomer Hernández, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, op. cit., pp. 85 y ss.

133. STC, 122/1991, de 3 de junio.

134. Si bien en general se admite que las remisiones a las motivaciones de otro texto jurisdiccional son aceptables bajo ciertas condiciones, existen más dudas y los autores son más cautos con las remisiones a documentos o motivaciones de carácter administrativo.

serlo ni de satisfacer la exigencia contenida en el derecho fundamental que se invoca [...]»¹³⁵

Sin embargo, no es suficiente que el juez mencione de una manera simple o formal el documento al cual se hace la remisión, sino que es necesario que haga una valoración tanto de los aspectos similares entre las situaciones que cabe justificar y a la que se hace el reenvío, y de las razones que justifican la aceptación de la argumentación que apoya la resolución a la que se reenvía. De no ser así, habría problemas de justificación.¹³⁶

Tanto las sentencias de motivación escueta y de motivación implícita como aquellas avaladas por remisiones no pueden ser consideradas erróneas, aunque conviene no abusar de ellas, por prudencia técnica, ya que sus límites respecto a una sentencia omisiva son demasiado tenues.

Un caso especial de error judicial. La prisión provisional injusta

El artículo 294.1 de la LOPJ establece que tendrán derecho a indemnizaciones quienes, habiendo sufrido prisión preventiva, luego sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o debido a esa misma causa se haya dictado auto de sobreseimiento libre en la medida en que esa prisión preventiva les haya producido perjuicios. La cuantía indemnizatoria se fijará (inciso 2) atendiendo al tiempo de prisión preventiva padecido y a las consecuencias personales y familiares. Y el inciso 3 remite a los procedimientos para solicitar la indemnización ante el Ministerio de Justicia.

En parte, el tratamiento específico de esta forma de error judicial que supone una prisión preventiva injusta se explica porque tradicionalmente se ha intentado mostrar que en materia penal los errores constituyen el arquetipo del error judicial y en

135. STC, 27/1992, de 9 de marzo.

136. Véase Ignacio Colomer Hernández, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, op. cit., pp. 400 y ss.

parte por la significación que tiene a todos los efectos haber estado en prisión. De hecho, al hablar de error judicial siempre aparece en mente el caso del capitán Alfred Dreyfus en Francia y, entre nosotros, el caso Grimaldos, conocido como el crimen de Cuenca.

Es más, en algunos sistemas jurídicos el único error judicial que da un derecho reconocido a indemnización es el de la injusta privación de libertad.¹³⁷

Hay que aclarar de inmediato, sin embargo, que la catalogación de la prisión provisional injusta o indebida como un caso especial de error judicial resulta curiosa, ya que no satisface las notas esenciales del error judicial en su sentido restringido, tal como aquí se ha definido. Así, estrictamente hablando en el derecho español habría dos formas autónomas de presentar el error judicial: aquella que puede ser identificada a través de su sentido restringido y la que corresponde a la prisión provisional injusta. Con esta advertencia consideraré este supuesto como un caso especial de error judicial considerado éste en un sentido amplio.

En España, la privación de libertad con carácter provisional está legislada en los artículos 502 y ss. de la Ley de enjuiciamiento criminal. En ellos se establece que cabrá dictar prisión provisional si en la causa consta que se ha producido un hecho que pudiera ser un delito, que aparezcan motivos suficientes para creer que el sujeto que sufrirá la prisión preventiva es penalmente responsable y que la pena que corresponde al supuesto delito sea superior a la de prisión menor (seis años y un día) o si fuera menor el juez considerase adecuado dictar esa medida dados los antecedentes del sujeto que la sufrirá, la circunstancia del hecho o la alarma social producida.

Si se dieran los dos primeros requisitos, el juez también podrá dictar un auto decretando la prisión provisional si el sujeto no comparece a las citaciones judiciales o bien si el juez lo considerare oportuno.

137. Como ya se dijo, éste no es el caso del derecho español. Pero sí parece ser el caso del artículo 10 del Pacto de San José de Costa Rica.

En todos los casos, el retenido en prisión provisional tiene el derecho a que su causa sea considerada de forma prioritaria y con especial diligencia. Y el juez, tribunal o fiscal serán responsables de que el retenido no padezca privación de libertad provisional más allá de lo estrictamente necesario (artículo 504 de la Lecrim).

La prisión preventiva no durará más de tres meses si el delito es de arresto mayor (entre un mes y un día y seis meses), un año si la pena es de prisión menor (de seis meses y un día a seis años) y dos años cuando la pena es superior a la prisión menor (más de seis años y un día). En estos dos últimos casos la prisión provisional se podrá prorrogar hasta dos y cuatro años respectivamente si se estima que en ese plazo la causa no podrá ser juzgada y si existe peligro de que el sujeto se sustraiga a la acción de la justicia.

Quien ha sufrido privación de libertad provisional tendrá derecho a indemnización si se dicta sentencia absolutoria debida a la inexistencia del hecho. «Inexistencia de hecho» puede tener aquí dos significados. El primero, que no acaeció en la vida real el acontecimiento por el cual se sufrió prisión. El segundo, el acontecimiento ocurrió pero no era constitutivo de delito. Según el Tribunal Supremo, haciendo lugar a una casación y otorgando la indemnización por haber sufrido una prisión preventiva injusta, sostuvo que «la acción realizada por el recurrente no resulta inculpada en el tipo penal por lo que no puede existir en los hechos reproche penal por inexistencia de tipicidad ya que en los hechos en los que tuvo participación el recurrente carecen de relevancia penal y no fue absuelto por falta de pruebas de su participación en los hechos, sino porque éstos no constituían delito alguno [...] al no ser los hechos constitutivos de delito se está ante un caso de inexistencia objetiva del hecho imputado, que no es otro que la conducta penalmente tipificada que en el presente caso no ha existido, ya que hecho imputado y tipo penal son conceptos coincidentes en supuestos como el que nos ocupa».¹³⁸

138. STS, de 27 de abril de 2005 (RJ, 2005/4977).

También tendrá derecho a indemnización quien haya sido sobreseído en la variante de su tipo libre y no en la del provisional. En el sobreseimiento libre, los efectos son iguales a la sentencia absolutoria y éste opera si no existen indicios racionales de que se hayan producido los hechos que originaron la causa, que esos hechos no sean constitutivos de delito o cuando los procesados aparecen exentos de responsabilidad. Sólo en el primer caso se tiene derecho a indemnización.¹³⁹

Parece claro, por otra parte, que éstos no son los únicos supuestos, ya que el alzamiento del procesamiento con revocación de la prisión preventiva produce los mismos efectos que los supuestos anteriormente citados. Al menos eso se desprende de lo sostenido por el Consejo de Estado al afirmar que «el auto de levantamiento del procesamiento es idéntico materialmente al auto de sobreseimiento libre, y que la explicada diferencia de *nomen iuris* no puede obstar para la aplicación del artículo 294 de la LOPJ».¹⁴⁰

La regulación española, como se puede apreciar, es excesivamente restrictiva en el reconocimiento de la indemnización por error judicial por imposición de una privación de libertad provisional. Como prueba de ello basta señalar el escaso número de casos reconocidos a pesar de la enorme porción de población reclusa que padece la prisión provisional.

Fuentes y causas de error judicial

En el caso de error judicial las equivocaciones, las irregularidades o los daños ocasionados a un particular por las decisiones de un juez en el cumplimiento de su función jurisdiccional pueden ser atribuibles al juez en general y a su comportamiento técnico en

139. Para un análisis detallado de estas cuestiones, véase Juan Montero Aroca, *Responsabilidad del juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial*, op. cit., pp. 136 y ss.

140. Citado por Pablo García Manzano, «Responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia», *Poder Judicial*, n.º esp. V, 1986, p. 194.

particular o, por el contrario, no les pueden ser atribuidos como causa de tales defectos.

Señalar este aspecto es importante, no sólo para el deslinde de responsabilidades personales del juzgador, si las hubiera, sino también para evaluar el rendimiento técnico del juez como profesional del derecho y, de ese modo, tomar las medidas oportunas para mejorar sus habilidades y competencias.

El juez puede cometer errores como consecuencia de su acción delictiva, ya sea dolosa o culposa. Pero también puede producirlos debido a su desconocimiento o incompetencia personal. Estos supuestos ameritan la imputación de responsabilidad en sus diferentes niveles, penales, civiles o disciplinarios unos, técnicos y morales otros.

En cambio, hay una serie de errores en los que puede incurrir el juez que no son achacables a su impericia, su negligencia o su malicia. En estos casos no se niega que haya error; únicamente se rechaza, a través del mecanismo de las excusas, la posibilidad de imputación, en alguno de sus diferentes niveles, de responsabilidades personales.

En lo que sigue analizaré algunos supuestos de errores jurisdiccionales atribuibles al juez y otros no atribuibles al mismo.

Errores judiciales atribuibles al juez

Son numerosos los supuestos en los cuales el juez es directamente responsable de los errores judiciales. Son situaciones que por descuido o impericia, si se excluyen los casos dolosos, se podrían haber evitado con una mayor atención, dedicación, formación o destreza profesional. No resulta inusual que en las sentencias de reconocimiento de error judicial se haga mención a la falta de cuidado y de esmero del órgano sentenciador que incurrió en tales defectos.

En general se puede afirmar que los errores en el encabezamiento de las decisiones judiciales son atribuibles al juez o magistrado, como así también los errores de interpretación y selección de la norma aplicable, ya que, por una parte, el juez ha de

conocer suficientemente la causa como para saber cuáles son las personas involucradas, los motivos del litigio y lo que se pide y, por la otra, el juez tiene la obligación de conocer el derecho. Y conocer el derecho supone el conocimiento de cuál es la norma aplicable al caso individual sometido a su jurisdicción. De hecho, cuando se imputa al juez un error en la interpretación del derecho siempre se supone que ha aplicado mal una norma. Así parece entenderlo también el Tribunal Supremo al afirmar que, «tanto gramatical como jurídicamente, interpretar un precepto legal exige haberlo aplicado; y la interpretación errónea supone una aplicación de la normativa realizada con desconocimiento o conocimiento equivocado de su verdadero sentido y alcance; tales terminantes conceptos, de constante explicitación por la doctrina de esta Sala, a tanto equivalen como a decir, según también lo ha dicho la misma jurisprudencia, que si el juzgador de instancia no ha hecho uso de una norma, ni explícita ni implícitamente, no es posible atribuir a su sentencia errónea interpretación de la misma [...]».¹⁴¹

La responsabilidad del juez en la interpretación y aplicación del derecho se extiende incluso a aquellos casos donde las partes se equivocan al señalar el derecho que les ampara. El juez, basándose en el principio *iura novit curia*, aun constreñido por el sistema acusatorio, debe aplicar la disposición correctamente interpretada aunque se aparte de las aducidas por los litigantes, siempre que respete la causa *petitum* y el *petitum*.

En ese sentido se puede coincidir con el Tribunal Supremo cuando sostiene que «el error en la interpretación o aplicación del derecho consiste en el desconocimiento palmario del ordenamiento jurídico y por ello la patente falta de aplicación de una norma diáfananamente aplicable al caso o en la conculcación arbitraria de la misma».¹⁴²

Los motivos y causas por los cuales se puede imputar a un juez la responsabilidad técnica por estos tipos de errores judiciales son diversos. Sólo presentaré algunos ejemplos muy generales.

141. STS, de 22 de septiembre de 1983 (RJ, 1983/4269).

142. STS, de 9 de abril de 2002 (RJ, 2002/4947).

En determinados supuestos, los jueces siguen prácticas viciadas aplicadoras del derecho que causan verdaderos perjuicios al justiciable, como es la muy conocida tendencia a decretar el sobreseimiento provisional cuando lo que corresponde es decretar el sobreseimiento libre. Dicha práctica ya fue denunciada por el Tribunal Constitucional en repetidas ocasiones, que sirvieron de base, junto a consideraciones doctrinarias, para la reforma del Código Penal de 1995. A pesar de ello, este tipo de error se sigue produciendo. En STS de 26 de enero de 2005 se dice que «en el presente caso, no obstante la literalidad del sobreseimiento adoptado, lo acordado realmente es un sobreseimiento libre, el único posible con la ya declarada naturaleza de la sentencia absolutoria que supone los razonamientos del auto recurrido, lo que nos permite concluir que siendo la resolución de sobreseimiento libre la única que es equiparable a sentencia absolutoria anticipada, produciendo el mismo efecto de cosa juzgada material igual que aquella [...] Que no obstante acordarse el sobreseimiento provisional y archivo [por la Audiencia Provincial], se está en presencia de una práctica abusiva a hacer pasar por provisional lo que es un sobreseimiento definitivo con los efectos equivalentes a sentencia anticipatoria justificada [...]».¹⁴³

En errores como éste, la propia práctica profesional llevada a cabo de un modo mecánico, siguiendo la estela de prácticas precedentes, sin un atisbo de reflexión sobre la propia actividad profesional, es la que conduce a jueces y magistrados a cometer errores. Si la práctica profesional es fuente de modelos de comportamientos que tienden a ser adoptados por los profesionales noveles y seguidos por la inercia que da la repetición por parte de los profesionales ya con experiencia, una práctica que resulta viciada, también tendrá un impacto nocivo para casos futuros.

Algunas veces los errores judiciales en la interpretación y aplicación del derecho se cometen porque quien dicta la resolución equivocada es un juez sustituto que debido a las prisas, al escaso conocimiento de las causas o a su inexperiencia yerra en

143. STS, de 26 de enero de 2005 (RJ, 2005/1164).

su cometido. Éste fue el caso de una jueza sustituta que dictó un auto ordenando la cancelación de una hipoteca sin dejar constancia de la total liquidación del crédito hipotecario y sin contar con el preceptivo consentimiento del acreedor hipotecario. El Tribunal Supremo entendió, ante esta circunstancia, que «efectivamente no parece correcto el auto que ordena la cancelación [...] Mas ello, que debe proclamarse por su verdad, no supone que deba reputarse de grave el comportamiento conculcador del artículo 82 del citado texto hipotecario [...] La gravedad de la culpa o negligencia ha de medirse no atendiendo al resultado acaecido con ella, sino —como expresa el párrafo primero del artículo 1104 del Código Civil— “a la naturaleza de la obligación y corresponde a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”. No puede menos de valorarse como leve la culpa de las demandadas desde tal perspectiva axiológica, porque con relación a doña María Elena M. B., encargada del Juzgado de Primera Instancia de Chantada (Lugo), cuya única función fue resolver un recurso de reposición contra el auto acordado por una magistrada-juez del Juzgado de primera Instancia n.º 7 de Vigo, actualmente por sustitución con motivo de la jubilación de su titular en el Juzgado de igual clase n.º 1, que estimaba a ésta con mayor preparación y competencia y se limitó a la confirmación de una resolución dictada por una magistrada. En cuanto a doña Concepción E. R., debe juzgarse su actuación enmarcada en una sustitución y bajo una presión de trabajo producida por la prórroga de jurisdicción. No se trata de una actuación única y aislada, sino de enjuiciar su conducta a efectos de señalar con mayor o menor gravedad en el contexto de la llevanza de dos Juzgados con mucho trabajo. No se debe contemplar la conducta reducida sólo a su escasa intervención en el asunto, sino desde la llevanza de dos Juzgados, el propio y el ajeno, por la sustitución motivada por la jubilación del compañero. Desde dicha perspectiva y reconociendo que no fue correcta la resolución cancelatoria, no alcanza en la circunstancialidad de toda imprudencia la calificación de grave».¹⁴⁴

144. STS, 473/2000, de 10 de mayo.

En situaciones como ésta no sólo se aprecia el error técnico en el dictado de un auto, sino también, y lo que es aún más grave, el criterio profesional que le condujo a ese resultado. En efecto, parece ser que la causa del yerro fue que la propia jueza sustituta creyó que confirmando una decisión de la jueza-magistrada actuaba con corrección debido a que la sustituida tenía «mayor preparación y competencia». Si se siguiese siempre este criterio, los daños al justiciable serían incalculables.

Los errores de interpretación se pueden deber asimismo a que el juez desconoce por completo cuál es la norma que se sigue del texto jurídico dotado de autoridad que tiene que interpretar, o utiliza criterios pintorescos para decidir los casos que se sitúan en la zona de penumbra de la significación normativa. Esto puede estar motivado por su desconocimiento de las propuestas dogmáticas para situaciones similares, por ignorancia de los criterios interpretativos aplicables, por sus propios prejuicios personales que le obnubilan el entendimiento o por una manifiesta desidia o falta de interés, bien sea porque supone que el caso que enjuicia es un «caso más» que no merece su atención, bien porque no asigna mayor preponderancia a su profesión.

Por otra parte, los errores en la ponderación también son atribuibles al juez. Estos errores pueden estar motivados bien porque el juez desconoce cuáles son los factores que entran en contradicción: regla o medida política frente a principio o principio frente a principio, o bien porque fracasa al realizar las operaciones necesarias para activar esos elementos. Así, puede ser que se equivoque al realizar los juicios de necesidad, idoneidad o proporcionalidad porque desconoce los elementos fácticos involucrados o que dicho desconocimiento le conduzca a realizar un cálculo de consecuencias incorrecto. Y sin duda se puede deber a que la ética normativa que propugna le lleve a establecer una priorización de principios no aceptable; aquí los prejuicios del juez pueden tener un papel central para la explicación del sesgo de sus decisiones.

La falta de conocimiento de la realidad social en que se opera también puede servir como hilo conductor para comprender ciertos desatinos del juez al operar con normas de fin,

como cuando traba embargos o impone fianzas desproporcionadas.

En cuanto a la inadecuada aplicación del derecho, el juez siempre es responsable. Tal vez, y con matices, con la excepción de la aplicación del derecho extranjero o de la costumbre, que necesitan ser probadas por la parte que las aduce, pero que una vez probadas es responsabilidad del juez su correcta interpretación y aplicación. Y con la única salvedad de que en más de una ocasión el tribunal juzgador debería hacer uso de la potestad con que le dota la ley para aplicarlas. Así lo sostiene el Tribunal Supremo cuando en STS, de 4 de noviembre de 2004 (RJ, 2005/1056) afirma: «Pudo también el TSJ o el propio Juzgado de lo social, en su día, antes de resolver sobre las pretensiones planteadas, utilizar las facultades de averiguación que en este punto y de forma potestativa le confiere el número segundo del artículo 281 de la LEC en el que se dice “el derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación”, pero esta naturaleza potestativa de la utilización de tales facultades de indagación determina que ahora no pueda entenderse que se haya producido la infracción del referido precepto, aunque se recuerde de esta forma la existencia de tal posibilidad como alternativa querida por el legislador para resolver estos casos».

En lo que respecta a la prueba de los hechos, muchos de las equivocaciones que se cometen en este ámbito son atribuibles al juez o magistrado. Es de su completa responsabilidad, por ejemplo, admitir o utilizar pruebas ilícitas.

Incluso en algunas ocasiones el juez hace uso de pruebas ilícitas cuando él es el causante de dicha prueba, como cuando infringe la dignidad de una de las personas que intervienen en el proceso, como testigo, por ejemplo. Puede ser que lo haga mediante un exceso o abuso de autoridad o mediante una falta grave de consideración.¹⁴⁵ El juez también es responsable cuando

145. Esto supondría, por otra parte, una falta disciplinaria grave, según el artículo 418.5 de la LOPJ.

valora la prueba obtenida ilícitamente. El Tribunal Supremo, con cierto aroma a «regañó», sostuvo que «no puede sino sorprender que el Tribunal *a quo* haya declarado la ilegalidad de las intervenciones telefónicas y luego utilice sus resultados en contra de la acusada [...] la prueba ilegalmente obtenida no puede servir como elemento de corroboración de las manifestaciones de un coimputado. Cuando el artículo 11.1 de la LOPJ dice que las pruebas obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales “no surtirán efecto”, quiere decir, precisamente, que no surtirán efecto, es decir, que no prueban ni corroboran otras pruebas. Con otras palabras: la corroboración de las manifestaciones del coimputado sólo pueden ser legales, porque en un Estado de Derecho no hay lugar para la ilegalidad».¹⁴⁶

También es obligación de un juez o magistrado no admitir una prueba irregular o negarse a valorarla si no resulta confirmada por otra prueba independiente, y bajo determinadas circunstancias. Y, además, comete un desliz si admite pruebas inadmisibles o se niega a admitir pruebas que son pertinentes y relevantes (y no devienen imposibles).

El juez yerra asimismo en materia probatoria cuando fracasa en la comprensión del contenido del medio probatorio utilizado, como en el caso de los errores de percepción analizados u obra con desacierto en la valoración de las pruebas, ya sea que lo haga respecto a una de ellas o en su conjunto. Y fracasa de igual modo cuando aplica un estándar de prueba equivocado.

Los errores en la prueba pueden ser debidos a diversos motivos. En primer lugar, a cierta impericia en la formulación de las hipótesis fácticas por desconocimiento acerca de cómo es el mundo, por ignorancia de las máximas de experiencia científicas o corrientes o, simplemente, por carecer de la habilidad necesaria.

Si bien es cierto que los jueces no son científicos, uno de sus objetivos es averiguar la verdad acerca de lo que motiva el proceso y, por ello, han de estar preparados, como se verá más adelante, al menos para comprender el asunto del cual entienden en vir-

146. STS, 41/2003, de 24 de enero.

tud de su competencia. Y han de poseer los rudimentos gnoseológicos sobre la manera en que se prueban los hechos.

Un desconocimiento de la «realidad» a la que pertenece el caso individual que le toca juzgar y de las circunstancias que le rodean puede hacer que el juez decida desacertadamente en materia de hechos. Además, ese desconocimiento provocará dificultades para valorar la prueba —y no únicamente la pericial— y para determinar si corrobora o no la hipótesis inicial.

Y no es necesario subrayar que el juez actúa con infortunio, debido a su propia impericia, cuando decide calificar ciertos hechos de forma inadecuada. Ni tampoco señalar que los errores en la graduación de la pena siempre pueden ser imputados al juez. «Las reglas generales derivadas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 y la mención expresa del artículo 120.3 de la Constitución imponen una fundamentación suficiente para cumplir con las finalidades antes dichas. Esta exigencia de motivación se extiende a la pena impuesta, que, como hemos dicho, constituye una de las decisiones de mayor trascendencia para el reo. También el Código Penal, en el artículo 72, en la redacción dada al mismo por la LO 15/2003 exige que los jueces y tribunales razonen en la sentencia el grado y la extensión concreta de la pena impuesta [...]»¹⁴⁷

Tampoco debe dejar de señalarse que el juez es responsable de los errores que aparecen en la justificación interna, ya que el carácter lógico de la misma sólo se puede imputar a quien la realiza.

En lo que respecta a los errores en la motivación por ausencia de ella, por fallo corto o por motivación ilógica o irrazonable, deben ser atribuidos exclusivamente al juez, ya que la motivación, tanto en sentido formal como en sentido material, depende del juez o magistrado.

Y en cuanto a los errores materiales de la sentencia, esto es, cuando existe discordancia entre el fallo y la realidad de lo acaecido, a veces se debe a la culpa o impericia profesional del juez y a veces a factores externos a éste que le llevan irremediamente

147. STS, 822/2005, de 23 de junio.

al error, ya sea por razones procesales o de prueba. Eso también sucede en los supuestos de la prisión preventiva injusta.

En el caso de la prisión provisional injusta resulta meridianamente claro que «pueden darse supuestos de comportamientos del juzgador, en los que por dolo o negligencia y aún sin constituir delito, se decreta la prisión sin que concurren las circunstancias objetivas o subjetivas que la justifican en el proceso».¹⁴⁸

Éstos son algunos ejemplos y causas por las cuales se puede imputar a un juez o magistrado lo que se ha calificado como error judicial en sentido amplio. No son los únicos, sin duda, pero al menos espero que sean suficientes para ilustrar la idea de responsabilidad profesional que cabe predicar de todo juez o magistrado.

Errores judiciales no atribuibles al juez

Existe un sinnúmero de situaciones en las cuales el juez puede incurrir en errores pero que, sin embargo, no se pueden atribuir a su persona, por dolo o culpa, ni a sus capacidades técnicas. Llevado por las circunstancias un juez, incluso dotado de los conocimientos técnicos adecuados y obrando con la diligencia debida, se puede ver arrastrado a prestar el servicio jurisdiccional de una forma equivocada, ineficaz e ineficiente.

En un sistema acusatorio, el resultado del acto jurisdiccional que no se ajusta a lo establecido por el sistema jurídico aplicable o que se basa en consideraciones fácticas equivocadas tal vez no se pueda imputar a una carencia de solidez profesional o de actuación del juez, ya que esa decisión puede haber estado sustancialmente influida por la destreza de uno de los abogados, la habilidad para presentar sus propios argumentos, la desidia de una de las partes, la presentación de pruebas desde una u otra perspectiva, etcétera. Lo paradójico de esta situación es que el sistema jurídico basado en el principio acusatorio admite (como si

148. Véase Perfecto Andrés Ibáñez y Claudio Movilla Álvarez, *El Poder Judicial*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 361.

fuera correcto) este tipo de decisión a pesar de su incorrección legal o fáctica.

El sistema acusatorio propugna que los hechos no controvertidos o los hechos admitidos por las partes no sean sometidos a pruebas. Esto supone que si en el proceso ambas partes están de acuerdo sobre hechos relevantes, o si en la contestación de la demanda o en la reconversión de la misma se admiten hechos afirmados por la parte contraria, el juez tiene la obligación de no admitir los medios de prueba ofrecidos respecto a ellos.¹⁴⁹ Esto implica que en el fallo se han de considerar como probados sin que el juez pueda hacer nada para impedirlo, aun cuando piense que sea injusto.

Sin embargo, las partes pueden haber acordado maliciosamente afirmar como existentes hechos que no existen u ocultar acontecimientos efectivamente acaecidos con el objeto de perjudicar a un tercero u obtener un beneficio mutuo. Esto sucede con harta frecuencia cuando empresario y trabajador pactan afirmar una situación fáctica que conduzca a la declaración de un despido improcedente para que el trabajador cobre el seguro por desempleo, cuando en realidad la rescisión del contrato fue voluntaria.

En situaciones como ésta el juez no tiene forma de conocer la verdad de lo acaecido. Sus sentencias serán materialmente equivocadas porque su relato fáctico en los fundamentos de hecho no se corresponderá con la realidad, pero este error no se le puede imputar, ya que se trata de un defecto del sistema acusatorio. «El sistema acusatorio es sólo un mito, porque parece justificar resultados cuando no lo hace. En un sistema acusatorio, se supone que un resultado es justo aun cuando no se base en méritos sustantivos. El hecho es que el sistema acusatorio no puede justificar resultados. La razón es, paradójicamente, que justifica cualquier resultado, esto es, que justifica todos los resultados igualmente bien. El sistema acusatorio asume, sin pruebas, los hechos sobre los cuales depende el fundamento. Asume, sin preguntarse, que la parte que pierde era la menos efectiva en su propia defensa; la

149. Hay que señalar que ésta es una cuestión empírica. Nada impide que el sistema jurídico permita la investigación judicial sobre los hechos no controvertidos.

ineficacia se equipara simplemente con la derrota. Es la versión del traje a rayas de “avergonzar a la víctima”.»¹⁵⁰

Esto, que es propio de la jurisdicción civil, también puede suceder en la jurisdicción penal. A veces no se puede imputar al juez ninguna responsabilidad en casos de prisión preventiva injusta, ya que «sin existir ninguna clase de dolo o culpa y desde el plano de la más absoluta objetividad e imparcialidad, en razón del razonable juicio de conciencia en la apreciación de los indicios, se dicta auto de prisión para una persona que después resulta absuelta o es condenada a menor pena que la prisión sufrida».¹⁵¹

Tampoco se puede imputar al juez la admisión y valoración de una prueba ilícita o irregular si esto no surge de los datos que obran en el expediente o porque no ha sido aducido por las partes. El juez no tiene mecanismos para saber si un detenido ha sido sometido a apremios ilegales si el afectado no lo denuncia, si nada consta en el reconocimiento médico que así lo haga pensar y ni siquiera se menciona ese aspecto en el juicio oral. Aun cuando sus fallos queden sesgados por estas circunstancias y por eso resulten equivocados, no puede asignarse a la culpa, dolo o mala preparación técnica del juez.

Otra de las causas que exonera de responsabilidad tanto al juez como al Estado por error judicial es que ésta se deba a fuerza mayor,¹⁵² es decir, si estas deficiencias se han producido por la ocurrencia de acontecimientos imprevisibles e irresistibles. La inevitabilidad de lo que acontece por fuerza mayor hace que decaiga cualquier intento de responsabilizar por daños al juez y también al Estado, puesto que se quiebra la relación de causalidad exigible entre la actividad jurisdiccional y el daño ocasionado.¹⁵³

De igual modo, se debe evitar la indemnización por error judicial si la parte supuestamente perjudicada ha obrado con culpa

150. Véase Lea Brilmayer, «Wobble, or the Death of Error», *Southern California Law Review*, vol. 59, 1986, p. 376.

151. Véase Perfecto Andrés Ibáñez y Claudio Movilla Álvarez, *El Poder Judicial*, *op. cit.*, p. 361.

152. Véase el artículo 106.2 de la CE.

153. Soy consciente de que la doctrina no es pacífica respecto al enervamiento de la responsabilidad del Estado por causa de fuerza mayor; sin embargo, éste no es el supuesto que aquí interesa.

o dolo. Aquí también se rompe el vínculo causal entre el supuesto perjuicio sufrido y la acción jurisdiccional. Y en estos casos tampoco hay que olvidar que nadie puede invocar su propia culpa en defensa de sus derechos.

Algunas consideraciones adicionales

En este capítulo se ha intentado mostrar que los jueces pueden errar en sus decisiones, pero esto no debe ser motivo de sorpresa. Como en toda acción humana, la acción de los jueces no es infalible, aunque sea la última instancia de decisión en el sistema jurídico e implique la solución definitiva al litigio. Pero la definitividad, una vez más, no se debe confundir con la infalibilidad.

Tal como ya se ha señalado, la Constitución española estableció el derecho de una persona a ser indemnizada si fuese perjudicada por un error judicial. Cuando esta norma fue promulgada, en 1978, los profesionales de la abogacía y los colegios de abogados brindaron por lo que suponían una norma destinada a ser un remedio eficaz contra los errores y las malas prácticas judiciales y, en general, el inadecuado servicio de justicia que se prestaba a la sociedad española de entonces. Pero pronto esas expectativas se vieron frustradas, dado el sentido sumamente restringido asumido tanto por el legislador como por la jurisprudencia.

La novedad de la institución del error judicial, la indemnización a la que daba lugar y su rango constitucional supusieron un avance importante respecto a la situación anterior, al menos desde el punto de vista teórico. Pero no hay que olvidar que la configuración de esta institución no resulta muy diferente al deber previamente existente que tenía el Estado de resarcir patrimonialmente a quien fuera dañado por sus acciones, regulado primero por la Ley de expropiación y luego por la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado.¹⁵⁴

154. Luis Martín Rebollo, *Jueces y responsabilidad del Estado*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 12.

En realidad, la responsabilidad del Estado-juez no es sino un aspecto más de la responsabilidad del Estado en su conjunto, que ya se había establecido antes de fijarse el marco constitucional. «Se trata, en efecto, de un extremo básico en lo que se refiere a las exigencias de un Estado de Derecho. Si el juez es el garante del principio de legalidad, aplica el derecho y controla a la Administración, si constituye, en definitiva, una de las piezas fundamentales del sistema político que conocemos con ese nombre, por no decir la más importante, el derecho debe regular las garantías necesarias frente a los eventuales errores judiciales, siempre posibles en toda obra humana —y la aplicación del derecho lo es en su más alto grado—, y frente al funcionamiento anormal del propio Poder Judicial.»¹⁵⁵

Si la constitucionalización del deber estatal de indemnizar a quien fuera perjudicado por error judicial fue recibido con beneplácito por abogados y juristas en general, su carácter excesivamente restringido generó sorpresas.

A pesar de todo ello, en los últimos tiempos han comenzado a aparecer sentencias donde se reconoce el error judicial con mayor asiduidad. Las equivocaciones que puede cometer un juez son muchas. Para señalarlas he distinguido entre un sentido amplio de error judicial y un sentido restringido. El primero hace referencia a toda equivocación en la tarea de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Parte de la existencia de una, o de varias, respuesta(s) correcta(s) y califica como error todo apartamiento de ella(s). El sentido restringido del error judicial, en cambio, supone que el desajuste entre lo ordenado por el derecho y la decisión judicial ha de ser general, evidente. El error debe ser tan incontrovertible que prive totalmente de sentido a esa decisión judicial. Dado el nivel de la equivocación, a ese error es, casi, como negarle el carácter de decisión judicial. Por ello, cualquier equivocación no es, en este sentido restringido, un error judicial.

Los sistemas jurídicos actuales, incluso con tradiciones diferentes, distinguen estos dos sentidos de error judicial y lo hacen

155. *Ibíd.*, p. 18.

para salvaguardar, de alguna manera, a través de su noción restringida, la labor del juez atendiendo al argumento de la falibilidad humana, evitar un cúmulo de críticas al Poder Judicial y no asumir el pago de indemnizaciones por cualquier yerro en la actividad de juzgar. Pero aun cuando se sostuviera que el error judicial no puede dar lugar a una tercera instancia de revisión, lo que supone asignarle necesariamente un carácter restrictivo a los efectos indemnizatorios, no es menos cierto que las limitaciones de los supuestos que dan lugar a las indemnizaciones respectivas es gradual y que el criterio jurisprudencial hasta ahora seguido en España es demasiado cerrado y no siempre justificado.

Para mostrar dos ejemplos de los distintos sentidos de error judicial en el derecho comparado. La primera cita que presento corresponde al juez Oliver Holmes en el caso *Chicago Life Insurance vs. Cherry* (244 US 25): «[...] siempre que se cita una sentencia errónea contra un demandado, éste se ve privado de su propiedad cuando en rigor no debía haber ocurrido así; pero cualquiera sea el fundamento, si la equivocación no es tan grosera que aparezca como algo inconcebible dentro de una racional administración de justicia, la misma no es otra cosa que imperfección humana y no una denegación de derechos constitucionales». La segunda pertenece a la Corte Suprema de la República Argentina: «La tacha de arbitrariedad no procede por meras discrepancias acerca de la apreciación de la prueba producida o de la inteligencia atribuida a preceptos de derecho común, así se estimen esas discrepancias legítimas y fundadas. Esta tacha no tiene por objeto la corrección, en tercera instancia, de sentencias equivocadas o que se estimen tales, sino que atienden sólo a los supuestos de omisiones de gravedad extrema en que, a causa de ellas, las sentencias quedan descalificadas como actos judiciales (244: 384)».¹⁵⁶

Aquí se siguió, como hilo conductor para tratar la cuestión del error judicial, los yerros que jueces y magistrados pueden cometer en las sentencias. La tipología de errores judiciales que se

156. Ambas citas extraídas de Genaro Carrió, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria. op. cit.*, pp. 30 y 29, respectivamente.

ha propuesto es a título simplemente ejemplificativo. Dadas las múltiples formas que pueden adquirir los errores, es posible que una clasificación exhaustiva de ellos sea irrealizable. Como señala el lógico De Morgan, «no hay nada similar a una clasificación de las maneras en que los hombres pueden llegar a un error, y cabe dudar de que pueda haber alguna».¹⁵⁷

Pero la idea de que el juez pueda cometer errores debido a su propia falibilidad humana o a su propia incapacidad técnica o moral no ha de suponer olvidar que el ideal de un juez profesional es que no cometa errores. Si una de las facetas de un buen quehacer profesional es el cumplimiento de las reglas y de las técnicas que constituyen su oficio, un mal técnico nunca sería un buen profesional. O presentado de otra manera, un juez que cometiera numerosos errores sería un mal técnico en la tarea de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado, es decir, un mal profesional, que es lo mismo que decir un mal juez. Para establecer una comparación ilustrativa basta pensar en un cirujano que cometa muchos errores: sean éstos importantes o no, ningún paciente querría someterse a una intervención quirúrgica realizada por él.

Por eso es importante detectar los ámbitos y al menos las formas más generales con que los jueces se equivocan. Tal detección posibilitaría que se tomaran medidas para prevenir las conductas y decisiones desafortunadas, ineficaces o ineficientes, para remediarlas si fuera posible o para que den lugar a indemnización si han producido daños. En cualquier caso, esa detección resulta imprescindible si se quiere establecer modelos técnicos ideales de buen comportamiento jurisdiccional, adiestrar al personal en los mejores métodos y criterios para operar en derecho y, en definitiva, contribuir a que la impartición de la justicia sea mejor, es decir, tenga una mayor calidad.

Es obvio, por otra parte, que las sentencias no conforme a derecho y, por lo tanto, los errores que surgen de ellas pueden ser debidas, en la mayoría de los casos, al dolo o a la culpa del juez o magistrado o bien a su incapacidad técnica, tal como ya dijimos.

157. Citado por Irving Copi, *Introducción a la lógica*, trad. cast. de Néstor A. Míguez, Buenos Aires, Eudeba, 1987, p. 81.

En este libro se ha dejado de lado el análisis de la actuación dolosa del juez. En otro lugar ya me ocupé de este tema y allí me remito.¹⁵⁸

Sólo añadiré unas acotaciones (pocas) al respecto. El delito de prevaricación consiste en dictar una sentencia, u otra decisión judicial, a sabiendas de que es injusta.¹⁵⁹ La idea de lo injusto supone que esa decisión es formal o materialmente contraria al derecho y obviamente también incluye el caso en que la motivación de dichas decisiones son contrarias a las reglas y prácticas que las rigen. En su vertiente dolosa, el juez o magistrado debe ser consciente de lo injusto de su decisión y, en su versión negligente (artículo 447 del CP), debe haber obrado con un grado de displi-cencia o desidia que demuestre desinterés o ignorancia supina, ya que en este supuesto se exige que la decisión sea «manifiestamente injusta».

Pero en cualquier caso, «jamás será prevaricación una interpretación posible pero malévol, sino que siempre habrá que tomar en consideración (a efectos penales) las interpretaciones imposibles de cualquier ley o potestad».¹⁶⁰

Ahora bien, los errores judiciales imputables a quienes detentan la facultad de juzgar y de hacer cumplir lo juzgado se pueden deber a acciones u omisiones de jueces y magistrados, actuando éstos individualmente o formando un agente colectivo al constituirse en salas o tribunales colegiados. No prestaré atención, sin embargo, a los problemas que subyacen al análisis de un tribunal colegiado.

El juez puede cometer errores en todas las etapas donde ejerce la actividad jurisdiccional, desde que toma conocimiento de la causa en virtud de su competencia, hasta que se haya ejecutado la sentencia. Y los puede cometer sobre aspectos procesales y sus-

158. Véase Jorge F. Malem Seña, *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona, Gedisa, 2002.

159. Artículo 446 del Código Penal español.

160. Véase Gonzalo Quintero Olivares, «Delitos contra la Administración de justicia», en Gonzalo Quintero Olivares y José Manuel Valle Muñiz (comps.), *Comentario a la parte especial del Derecho Penal*, Madrid, Aranzadi, 2007, p. 1.283.

tanciales, formales y materiales. Estos errores pueden versar sobre cuestiones normativas o fácticas y ser imputados al juez o magistrado bajo ciertas condiciones y no sólo por su dolo o culpa.

El deber constitucional de motivar las decisiones judiciales impuso, por otra parte, una exigencia mayor a la ya existente obligación de motivación preconstitucional. Si motivar quiere decir tanto fundar con razones dichas decisiones como formular lingüísticamente esas razones de un modo claro, puesto que también tienen como destinatario al público en general, el juez no sólo se ha de preocupar por justificar sus decisiones tanto interna como externamente, sino que las debe expresar adecuadamente.

Aquí sólo he señalado algunas de las maneras más comunes de cometer un razonamiento equivocado, tanto en la justificación interna como en la externa de las premisas de una sentencia. Al hacerlo he puesto de manifiesto la amplia panoplia de posibles errores en los que puede incurrir un juez, desde errores de carácter lógico, deductivos e inductivos, formales e informales, a errores en la construcción de las hipótesis empíricas que éste formula para explicar los hechos relevantes respecto al proceso.

Las precauciones que debe tomar el juez para evitar los errores no se deben ceñir a las ya enunciadas. Existe todo un cúmulo de cuestiones colaterales a las que no he podido prestar atención en razón del espacio de este texto. Algunas de ellas se verán más adelante. Para poner un ejemplo, uno de los problemas que genera la prueba ilícita es qué cabe hacer para que el juez no se vea contaminado tras haber estado en contacto con dicha prueba. «Los jueces no pueden limitarse a declarar expresamente la exclusión de la prueba inconstitucional, sino que es preciso además que hagan un serio y tremendo esfuerzo de desvinculación psicológica frente a la misma. Los miembros del órgano judicial ante el que se haya practicado una prueba inconstitucional tienen la enorme responsabilidad de hacer frente a la influencia que dicha prueba puede ejercer de hecho sobre la formación de la convicción, toda vez que está en juego su propia imparcialidad.»¹⁶¹ Si

161. Luis Gálvez Muñoz, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales*, Madrid, Aranzadi, 2003, p. 223.

el juez no está alerta con respecto a este tipo de contaminación cometerá incontables errores.

Lo mismo sucede con las cautelas que debe tener el juez cuando formula sus decisiones. Como ya se ha señalado, «la motivación siempre ha de ir acompañada de una técnica gramatical correcta, con el mejor estilo literario posible, huyendo siempre del barroquismo en la redacción, el fárrago, la dispersión, el mimetismo y el lenguaje confuso o equívoco, reiterativo o superfluo, lo que no concuerda con la regla ideal de una buena motivación en la sentencia».¹⁶²

En este sentido, uno de los errores más comunes en que pueden incurrir los jueces y magistrados surge porque utilizan formas lingüísticas inapropiadas que generan dudas acerca de cuál es el sentido de sus decisiones. A veces esas dudas se producen porque el juez se aparta de ciertas formas de uso en el foro muy consolidadas. Que este tipo de cuestiones pueda dar lugar (o no) a la revocación de la sentencia es una cuestión que debe ser analizada caso por caso. Como un ejemplo de la utilización de una fórmula lingüística utilizada en una sentencia que no se consideró suficiente para enervarla, véase la sentencia del Tribunal Supremo 584/1999, de 25 de junio: «Constituye una desmesurada invocación de preceptos básicos (artículos 359 y 369 de la LECIV y artículo 248 de la LOPJ) por la misma razón de que en el fallo, en vez de emplearse la terminología ya decantada en el *usus fori* de estimación parcial de la demanda, se utiliza la expresión (evidentemente menos técnica y precisa) de “en lo fundamental”. Como esto constituye un reparo en tono menor y no supone contradicción en la sentencia [...]». Pero este ejemplo no debe hacer pensar que, en otros casos, el uso de fórmulas no habituales e incomprensibles para la transmisión del mensaje que se desea enviar en la sentencia no constituya un error.

Tampoco querría dejar de señalar los problemas que se producen en la redacción de los textos judiciales cuando se utilizan modelos o formatos-tipo predefinidos. En efecto, el uso de las

162. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, «Motivación de las sentencias penales», *Poder Judicial*, n.º esp., XI, p. 44, 1987.

nuevas tecnologías permite la utilización de modelos o formularios para la redacción de las decisiones judiciales.

Tal vez debido a la existencia de un número considerable de casos que son muy parecidos en sus aspectos fácticos y, por lo tanto, en su calificación jurídica o tal vez a que los jueces padecen una carga excesiva de trabajo, o quizá a cualquiera otra causa como la comodidad, la necesidad de resolver con rapidez cuestiones simples o por influjo de la mera rutina y hasta por desinterés, la verdad es que los jueces motivan cada vez más sus decisiones haciendo uso de formularios preestablecidos o siguiendo un formato previo de su propia elaboración. El uso de estos formatos estandarizados de sentencias ha sido aceptado, bajo determinadas circunstancias, por el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones.¹⁶³

Sin embargo, el uso de formularios para la motivación de las sentencias no está exento de peligros y supone la evidente posibilidad de caer en errores manifiestos. El primero supone el olvido por parte del juzgador de que siempre tiene que resolver un caso individual, que puede tener peculiaridades no advertidas si sólo se piensa en resolverlo mediante formularios. El segundo es que pueda incurrir en una omisión de pronunciamiento y en un vicio de incongruencia al no justificar todos los extremos del fallo. El tercero es que el juez, al usar el formulario, atente contra la exigencia de exhaustividad en sus decisiones al no responder a todas las pretensiones de las partes, ya que los modelos estereotipados quizá no se adecuen exactamente a todas las posibles cuestiones que están en litigio. Todo esto abona la idea de que el juez debe usar con mucha cautela los formularios para redactar sus sentencias, sin olvidar que incluso en algunos casos su uso ha de estar prohibido. Así lo establece el Tribunal Constitucional

163. Por todas, véase la STC, 169/1996, de 29 de octubre. Allí se dice: «En relación con el uso en las resoluciones judiciales de modelos impresos o formularios estereotipados, reiteradamente hemos señalado que su utilización, aunque desaconsejable por ser potencialmente contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, no implica necesariamente una falta o insuficiencia de la motivación [...] pues peticiones idénticas pueden recibir respuestas idénticas sin que la reiteración en la fundamentación suponga ausencia de ésta».

cuando sostiene que los formularios no se podrán utilizar en la resolución de recursos contra sentencias penales condenatorias ni en los supuestos en que sea necesaria una motivación reforzada.¹⁶⁴

Por todas, quizá valga como cita la STC, 97/1996, de 10 de junio: «Este Tribunal ha declarado que la utilización de modelos predefinidos o formatos de resolución por parte de los órganos jurisdiccionales no supone, en sí mismo, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, aunque se trate de una práctica que suscita evidente riesgo cuando no se trata de una serie de casos idénticos. Por ello mismo, es constitucionalmente admisible siempre que la resolución jurisdiccional esté suficientemente motivada y que atienda congruentemente al núcleo de las pretensiones de las partes [...] cuando se aplica indebidamente un modelo o formato-tipo de sentencia, con el resultado de que la motivación contenida en el mismo no responde congruentemente con el objeto del proceso, no sólo se produce una incongruencia constitucionalmente relevante desde la perspectiva del artículo 24.2 de la CE sino que, además, la resolución judicial adquiere caracteres de irracionalidad y produce una genuina denegación técnica de justicia [...]».

Quizá lo más importante al mostrar los errores judiciales sean las conclusiones que se puedan obtener para diseñar mecanismos con objeto de proceder a su prevención. El próximo capítulo estará destinado a señalar qué conocimientos y habilidades deberían tener los jueces y magistrados para no cometer errores.

164. Ignacio Colomer Hernández, *La motivación de las sentencias...*, op. cit., p. 382.

3. La formación profesional del juez

Introducción

Hasta aquí he analizado la labor que debe cumplir un juez o magistrado en el cumplimiento de la función jurisdiccional, esto es, en la actividad de juzgar y de hacer cumplir lo juzgado mediante resoluciones debidamente motivadas. Asimismo he examinado qué tipo de errores se pueden cometer en esa tarea. Corresponde ahora, en cambio, referirnos a los conocimientos, habilidades y herramientas que han de tener jueces y magistrados para ejecutar de un modo técnicamente adecuado las acciones profesionales que les corresponden.

La tarea de enunciar este conjunto de saberes, competencias e instrumentos que capacitaría al juez para ser técnicamente diestro no es sencilla. La formación del juez, ya sea cuando es novel y apenas inicia su andadura profesional, ya sea cuando es veterano y ha de realizar cursos de perfeccionamiento, no goza de consenso. Las razones para la discrepancia son diversas, pero tal vez se podrían resumir diciendo que todas son parasitarias de las diferentes concepciones que se tienen acerca de cuál es la figura del juez y de cuál es su papel dentro de la sociedad. No es lo mismo el juez que cumplía su profesión en el Estado-gendarme de finales del siglo XIX, que el juez que desarrolla sus quehaceres en un Estado social a comienzos del siglo XXI.¹

1. Para analizar los diferentes modelos de juez, véase Dieter Simon, *La independencia del juez*, trad. cast. de Carlos Jiménez-Castillo, Barcelona, Ariel, 1985.

Por ese motivo, tal vez convendría precisar que el modelo de juez que se supone en este libro es el de un profesional de la justicia que incardina su labor en un Estado constitucional, cuya Carta Magna establece una serie de derechos y deberes fundamentales. Un juez, además, que no es un funcionario del Estado con un poder omnímodo, sino que ha de llevar a cabo su función dentro de lo establecido por el llamado «sistema del juez».

En este contexto, «un factor indispensable para que el juez cumpla el propio papel con independencia (es decir sin resultar condicionado cultural y profesionalmente por otros) es su capacidad profesional. Un juez que no esté capacitado profesionalmente no puede cumplir su tarea y no tiene credibilidad alguna ni frente a las partes ni frente a la sociedad [...] Una magistratura profesional requiere una formación profesional adecuada, formación inicial y formación permanente [...]».²

Poner el acento en la labor profesional del juez y, por ende, en los aspectos técnicos de la misma es relevante en la medida en que supone que para ser realizada adecuadamente se debe estar en posesión de unos conocimientos, unas habilidades y unas competencias no secundarias sino altamente especializadas. Por tanto, si el juez pretende ser un profesional de la justicia debe tener un dominio sobre un conjunto de conocimientos y habilidades superiores al del hombre de la calle.

La exigencia constitucional de que los jueces motiven sus decisiones supone para éstos un deber perentorio cuyo cumplimiento implica realizar una serie de actividades y procedimientos no fáciles de llevar a cabo, como ya se destacó. Los errores judiciales ya señalados muestran, a su vez, determinadas limitaciones en la acción de jueces y magistrados. Excluidas aquellas sentencias erróneas, sean indemnizables o no, o no atribuibles al juez, queda un amplio repertorio de errores judiciales fruto de la impericia, la falta de conocimiento o incluso la desidia de quienes ejercen la actividad jurisdiccional.

2. Véase Franco Ippolito, «La formación de los magistrados», *Jueces para la democracia*, n.º 50, 2004, p. 21.

Una formación profesional adecuada tendería a disminuir esos errores y a elevar el nivel técnico de las decisiones jurisdiccionales. Hacia ese objetivo se deberían dirigir todos los esfuerzos para mejorar la formación inicial y la formación continua de jueces y magistrados.

Poner el acento en la formación del juez no resulta baladí, sobre todo si se piensa que el jurista que surge de las Facultades de Derecho de nuestro país no está siempre capacitado para cumplir esa función. Existen muchas razones que pueden explicar esta situación, algunas bien conocidas. Sin embargo, no voy a analizar esta cuestión ya que me alejaría en demasía del objeto de este libro. Sólo señalaré que si la persona que ocupa el cargo de juez no reúne los fundamentos profesionales para cumplir con su labor, el deber de las autoridades responsables es tomar las medidas necesarias para la solución de este problema.

En lo que sigue presentaré, de forma sucinta, algunos de los conocimientos básicos que debería tener un juez o magistrado para el cumplimiento adecuado de su tarea profesional.

Formación en derecho

El sistema del juez, ya mencionado, establece que los jueces y magistrados han de decidir motivadamente aplicando el derecho. Esto supone, al menos, que el derecho es previo al momento de ejercer la jurisdicción y que, además, es conocido por dichos jueces y magistrados. Supone también que los jueces y magistrados usan las normas jurídicas como razón para su decisión.³

Por tanto el juez tiene el deber de conocer el derecho que debe aplicar. Así lo señala el aforismo latino *iura novit curia* y así parece aceptarlo el Tribunal Constitucional que, en la STC 20/1982, de 20 de mayo, sostiene que «los tribunales no tienen

3. Tal vez suceda que el juez desconozca el derecho aplicable, resuelva el contencioso sometido a su consideración de acuerdo con una corazonada y casualmente esa decisión sea conforme al sistema del súbdito. No prestaré atención a este supuesto.

necesidad, ni tampoco obligación, de ajustarse en los razonamientos jurídicos que les sirven para motivar sus fallos a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes y pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, pues la tradicional regla encarnada en el aforismo *iura novit curia* les autoriza para ello».

Y si se acepta que el conocimiento del derecho puede ser vulgar, técnico o científico, es evidente que el conocimiento profesional del derecho que se debe exigir al juez es el conocimiento técnico del mismo.⁴ El conocimiento técnico del derecho aparece en «los aplicadores del derecho u operadores jurídicos organizados, es decir, en quienes pronuncian el derecho con efectos prácticos inmediatos de mayor o menor alcance (jueces, abogados, legisladores, notarios, burócratas...)».⁵

Naturalmente, no existe una distinción tajante entre el conocimiento técnico y el conocimiento científico. La técnica ya supone cierto conocimiento científico que sirve de base a su ejecución, mientras que el trabajo técnico se transforma a su vez en objeto del conocimiento teórico que así tiene la posibilidad de modelarlo, modificarlo, mejorarlo o sustituirlo.⁶ De ahí se infiere que un elemento relevante para mejorar la técnica jurídica en manos del juez pasa por su conocimiento de la ciencia del derecho. Por tanto, el conocimiento de la dogmática jurídica se transforma en un imperativo técnico básico. Si el juez quiere ser un buen técnico jurídico, a su vez tiene que ser un buen dogmático.

Pero la expresión «conocimiento del derecho» es ambigua. Se puede referir tanto al conocimiento de las formulaciones normativas aparecidas en los textos dotados de autoridad (y respecto a la costumbre y los principios implícitos de las formulaciones a través de las cuales éstos son expresados), como a las normas que dichos textos expresan.

4. Para estos tres tipos de conocimiento, véase Francisco Javier Ezquiaga Ganasas, *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*, Valladolid, Lex Nova, 2000, pp. 134-137.

5. Véase Juan Antonio García Amado, «Sobre los modos de conocer el derecho», *DOXA*, n.º 11, 1992, p. 201.

6. *Ibid.*, pp. 202 y ss.

Los jueces han de conocer las formulaciones lingüísticas mediante las cuales se expresan las fuentes del derecho. Por tanto, en este sentido ha de conocer los textos. Aquí, el conocimiento del lenguaje en el que se manifiestan los textos es central. Normalmente, para conocer el derecho el juez ha de acudir a los textos aparecidos en los distintos boletines oficiales del Estado, pero esto no es necesario. El juez puede acudir a otro medio menos seguro, cual es los diferentes formatos donde aparecen comercialmente dichos textos, sabiendo que aquí la posibilidad de errata y, por lo tanto, la inseguridad de conocer lo expresado por el derecho es mayor. En tercer lugar, el juez puede acudir a lo afirmado por la dogmática jurídica, aunque con la prevención de que lo sostenido teóricamente por los diferentes autores puede ser falso y por ello constituir un medio de conocimiento cuya fiabilidad tampoco es absoluta. Pero cómo ha llegado a conocer el juez las formulaciones normativas es una cuestión que al derecho no le interesa. «Desde el punto de vista práctico el intérprete necesita diferentes tipos de medios de información. Por ejemplo, una colección de las leyes, compilaciones de textos, colecciones de precedentes, etcétera. Sobre la base de este material, el intérprete trata de identificar los textos relevantes para encontrar la solución o para justificarla.»⁷ A diferencia de lo que sucede con el conocimiento de los hechos en el proceso, al que únicamente se puede llegar mediante los mecanismos procesales establecidos, respecto al derecho funciona la ciencia privada del juez, esto es, el juez puede acceder al conocimiento del texto jurídico dotado de autoridad por los medios que sea.

El conocimiento de los textos por el juez, sin importar cómo ha llegado éste a él, debe ser, por eso mismo, independiente de su prueba, o de su mención, por las partes que incurren en el proceso, excepto lo que sucede con la costumbre o el derecho extranjero que también se aducen mediante expresiones lingüísticas, las que sí deben ser acreditadas por los litigantes, con las prevenciones ya apuntadas.

7. Aulis Aarnio, *Lo racional como razonable*, trad. cast. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, CEC, 1991, p. 122.

Pero el conocimiento de los textos jurídicos dotados de autoridad no colma el principio *iura novit curia*. Los jueces deben conocer las normas jurídicas que utilizan como razón para resolver el caso individual sometido a su jurisdicción. El conocimiento de las normas plantea algunos problemas ya analizados en los capítulos precedentes. No volveré sobre ellos ahora. Sólo recordaré que las normas son el significado de las formulaciones normativas y que si se acepta una teoría intermedia de la interpretación, al menos para los casos claros, en los niveles significativos centrales de dichas formulaciones, existe una interpretación donde el consenso acerca del significado de la formulación normativa es generalizado y que, por lo tanto, el juez debe saber.

En ese sentido, en la vinculación que existe entre una formulación normativa y una norma es importante distinguir «entre el descubrimiento de un significado existente y la adjudicación (total o parcial) de un significado nuevo. La primera actividad es empírica a pesar de que los significados no son entidades empíricas. El significado de una expresión está dado por el uso común del lenguaje corriente o del lenguaje jurídico, o bien por la intención del autor de la expresión (en nuestro caso, de la autoridad normativa que ha dictado la norma). Los dos pueden ser investigados y eventualmente determinados con métodos empíricos».⁸

Aquí no es el lugar adecuado para establecer cuál de los dos criterios (seguir el uso común del lenguaje corriente o jurídico o seguir la intención de la autoridad normativa) debe prevalecer en contextos en los cuales sus soluciones interpretativas aparecen como contradictorias. No existe un orden lexicográfico entre estos criterios. El Tribunal Supremo español parece que en general se decanta por dar prioridad al primero de ellos, junto con el criterio sistemático, sobre la intención del legislador. Al decidir en un litigio sobre la medición de una superficie edificable sostuvo, de acuerdo con las ordenanzas municipales de El Campello, que «el artículo 69 no está orientado sólo a la medición horizontal, distancias de medianeras, etcétera, de los cuerpos salientes, sino

8. Eugenio Bulygin, «Dogmática jurídica y sistematización del derecho», en C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, op. cit., p. 470.

también a su cómputo “a efectos de cálculo de superficie de techo edificable”. Ésta es también la expresión —“superficie de techo edificable”— del artículo 62.4, de donde deriva que la función del artículo 69.2b) es precisamente la de originar una matización del artículo 62.4, cuando existen cuerpos salientes. Éste es el sentido que reflejan los preceptos examinados al margen de la voluntad de sus redactores, pues es bien sabido que en la interpretación de las normas ha de prevalecer la *mens legis* sobre la *mens legislatoris*.⁹

De todos modos, para saber cuáles son las normas en estos casos fáciles el juez, además de comprender el lenguaje natural y el jurídico, ha de estar atento a la jurisprudencia y a la dogmática jurídica. Aquí el manejo de la jurisprudencia resulta esencial, ya que permite que el juez sepa cuáles son las soluciones que los tribunales han dado a problemas similares a los que él tiene que resolver y cuáles son las razones que han aducido para ello. Pero este conocimiento no ha de implicar un seguimiento ciego del precedente; es posible que el juez quiera, por razones teóricas o justificatorias, modificar la jurisprudencia hasta ese momento vigente y utilizar los recursos interpretativos que la teoría jurídica le permite. En este supuesto el conocimiento de estos recursos es imprescindible. El juez ha de conocer los criterios interpretativos y argumentativos que pone a su disposición la teoría del derecho y la dogmática jurídica.¹⁰

Así, el conocimiento de la dogmática es indispensable. En el primer supuesto porque indica cuáles son los usos que suelen tener las formulaciones normativas y en el segundo porque muy a menudo la dogmática jurídica realiza juicios de *lege ferenda* que pueden servir de guía al juez para apartarse de, o intentar modificar, la jurisprudencia hasta ese entonces vigente.

En los casos difíciles, esto es, por lo que aquí nos interesa, donde no existe consenso acerca de la interpretación de las formulaciones normativas, el juez debe utilizar diferentes técnicas

9. STS, de 14 de noviembre de 1990 (RJ, 1990/8825).

10. Alguien podría pensar que este tipo de conocimientos y de habilidades siempre es imprescindible para el cumplimiento de la tarea profesional del juez. Incluso en los casos claros, para saber si se adhiere o no al consenso generalizado. Pero esto no invalida lo que antes hemos afirmado.

para resolver la cuestión sometida a su consideración,¹¹ desde los diferentes criterios interpretativos tradicionales hasta la moderna teoría de la argumentación, pasando siempre, como sucede también con los casos fáciles, por una correcta sistematización del material jurídico.

El conocimiento de estas técnicas no es sencillo. Cada criterio interpretativo requiere una serie de saberes básicos que no siempre coinciden. No se necesita saber lo mismo si se utiliza el criterio histórico en la interpretación de un texto jurídico que si se usa el criterio sistemático. Y la teoría de la argumentación también exige el conocimiento de un cúmulo de operaciones y estrategias difícilmente obvias.¹²

La idea de que el juez conoce el derecho parece suponer también que es capaz de operar adecuadamente con los materiales jurídicos relevantes. En este ámbito, para seguir con el esquema planteado en capítulos precedentes, se debe tomar en consideración qué exige cada pieza del derecho para que, en manos de un juez, funcione adecuadamente.

Cuando básicamente se opera con normas de acción, los criterios interpretativos tradicionales, junto con reglas de experiencia y un modo de razonar por subsunción suelen ser suficientes. Naturalmente, si se utiliza el argumento histórico se han de conocer o indagar los trabajos preparatorios de la disposición que cabe interpretar, como los debates en la sede parlamentaria, las leyes anteriormente derogadas al respecto, los precedentes a veces muy remotos y otras inmediatos, etcétera; o bien se debe conocer o investigar la voluntad concreta del legislador histórico, según como se conciba a su vez dicho criterio interpretativo.¹³ To-

11. Para un análisis conceptual de lo que es un caso difícil véase, entre nosotros, el texto de Pablo Navarro, «Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho», *DOXA*, n.º 14, 1993.

12. Para un examen detallado de la presentación y las exigencias de una teoría de la argumentación jurídica véase Manuel Atienza, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.

13. Por todos, véase Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, *op. cit.*, pp. 353 y ss.

das estas cuestiones son empíricas. Si se utiliza el argumento sistemático, esto es, aquel que establece que en un caso de duda se ha de interpretar un texto de acuerdo con el sistema jurídico del cual forma parte, se debe tener conocimientos en parte empíricos, para determinar cuáles son los sistemas realmente existentes y en parte conceptuales o clasificatorios. En cualquier caso, éstos y otros criterios son utilizados por los intérpretes para resolver los diferentes problemas interpretativos de las reglas de acción.

En cambio, para trabajar con las reglas de fin la situación es un poco diferente. Aquí el razonamiento debe ser finalista, ya que dado cierto estado de cosas, el derecho exige a su intérprete y aplicador que cumpla con el fin perseguido sin indicarle, de un modo completo, los medios que tiene para hacerlo. Por ese motivo, en supuestos como éste el juez suele disponer de cierta discrecionalidad.¹⁴

No obstante, esta discrecionalidad no está presente en todos los casos en que se trabaja con normas de fin, ya que a veces es posible pensar en la necesidad de alcanzar esos fines hasta cierto punto. Según Isabel Lifante, en estos casos no basta con que existan diversos medios para alcanzar el fin fijado por el derecho, sino que el operador de este tipo de normas ha de maximizar el fin previsto a través del medio que escoja. Se deben optimizar los recursos disponibles para lograr el fin propuesto y quien opera con este tipo de reglas se hace responsable de ello.¹⁵ Para poder operar con este tipo de reglas y hacerlo justificadamente habrá que añadir, a esa regla de fin, «premisas fácticas acerca de las circunstancias concretas del caso y acerca de la adecuación, dadas esas circunstancias, de los medios adoptados para conseguir los fines prescritos; pero también habrá que añadir premisas valorativas que lleven a considerar que la decisión adoptada es la que opta por el que cabe considerar como el “mejor” de los medios disponibles (en el sentido no sólo de que es el que maximiza el resultado, sino que lo hace afectando lo menos posible a los inte-

14. Véase Manuel Atienza, *El derecho como argumentación*, op. cit., p. 167.

15. Véase Isabel Lifante, «Dos conceptos de discrecionalidad jurídica», *DOXA*, n.º 25, 2002, pp. 433 y ss.

reses en juego). Por ello se puede decir que aquí ya no estamos ante una actividad meramente aplicativa del derecho, sino que, junto a ella, aparece una actividad de desarrollo y concreción del derecho (que se podría ver como intermedia entre la creación del derecho y su aplicación)». ¹⁶ Como se ha podido advertir, para trabajar con este tipo de reglas es necesario conocer cómo es el mundo, al menos respecto a las cuestiones que aparecen como jurídicamente interesadas, hay que conocer las relaciones causales y las vinculaciones de medio a fin y hay que tener algún criterio para valorar cuál es el «mejor» medio para alcanzar los fines previstos, si es que existen varios.

Y los razonamientos con reglas de acción y con reglas de fin han de diferenciarse del razonamiento que tiene lugar cuando se opera con principios en sentido estricto que potencialmente están en conflicto. Aquí hay que ponderar. «La aplicación de los principios supone, por ello, una operación en dos fases: en la primera se convierte el principio (o los principios) en reglas: esto es a lo que en sentido estricto se le puede llamar ponderación; luego, en una segunda fase, la regla creada se aplicará según alguno de los dos anteriores modelos: el subsuntivo o el finalista.» ¹⁷

No existe un consenso generalizado acerca de cómo se realiza la acción de ponderar. Hay quienes sostienen que no existe ningún protocolo para ponderar y que, en consecuencia, en caso de colisión de principios solo existe la discrecionalidad del intérprete como criterio de solución. En esta línea se encontraría, por ejemplo, Riccardo Guastini. ¹⁸ Otros, en cambio, como Robert Alexy, tratan el mecanismo de la ponderación en fases, controladas cada una de ellas por criterios racionales expresables. ¹⁹ Final-

16. *Ibíd.*, p. 434.

17. Manuel Atienza, *El derecho como argumentación*, *op. cit.*, p. 168. En realidad, se suele distinguir entre los principios en sentido estricto y las directrices. Dado que los primeros son típicamente aplicados por el juez y los segundos por la clase política (p. 174), aquí me referiré exclusivamente a los primeros.

18. Véase Riccardo Guastini, *Distinguiendo*, trad. cast. de Jordi Ferrer, Barcelona, Gedisa, 2003.

19. Se puede consultar, entre las obras de Alexy que se refieren a esta cuestión, Robert Alexy, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, trad. cast. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2005.

mente otros, como Ronald Dworkin, piensan que existe la posibilidad de una ponderación basada en reglas y fundamentada pero sin que exista la posibilidad de formular esas reglas.²⁰ Dada la disparidad de opiniones y el objetivo que aquí me he propuesto, no parece que éste sea el mejor lugar para hablar extensamente de la ponderación entre principios en sentido estricto. Sólo mencionaré brevemente, a nuestros efectos, cuál es la posición que el Tribunal Constitucional español ha establecido a lo largo de su práctica jurisprudencial. Para la exposición de este punto seguiré la presentación que hace Luis Prieto Sanchís del mismo.

Según Prieto, «la ponderación ha sido objeto de una elaboración jurisprudencial y doctrinal bastante cuidadosa. En España, el Tribunal Constitucional viene haciendo uso desde época temprana del juicio de ponderación, si bien parece que hasta la sentencia 66/1995 no fijó con nitidez las concretas exigencias o pasos que comprende y que pueden resumirse en cuatro».²¹

Así, el Tribunal Constitucional exigiría que el fin perseguido por la medida que se desea mantener o autorizar para que pueda superar, en ese caso concreto, un principio con el que entra en colisión, sea un fin constitucionalmente legítimo. En caso contrario no habría ninguna posibilidad de ponderación. En segundo lugar, la ponderación requiere que la medida que se toma en contra del principio que se le opone sea adecuada o idónea para el fin previsto. En tercer lugar, la medida que se toma ha de ser necesaria, esto es, no puede ser sustituida por otra mejor o que resulte menos gravosa o restrictiva del principio que se le opone. Y, en cuarto lugar, se debe formular un juicio de proporcionalidad donde se muestre que la afectación de un principio sólo se justifica por la satisfacción del otro al que se le da prioridad (para ese caso concreto).²²

20. Véase Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, *op. cit.*

21. Véase Luis Prieto Sanchís, «El juicio de ponderación constitucional», en Francisco Laporta (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, CEPC, 2003, p. 239.

22. *Ibíd.*, pp. 240-242.

De este modo, en la acción de ponderación se exigiría, según el Tribunal Constitucional, que el juez tuviera conocimientos acerca de la realidad, también conocimientos técnicos de medio a fin, reales o esperados, y estar familiarizado con la propia práctica de la ponderación para que su juicio cada vez sea más ajustado.

El conocimiento del derecho por parte del juez se complica si se toma en consideración que el derecho contiene algunas disposiciones con contenido valorativo. Para interpretar y aplicar estas disposiciones se pueden seguir dos procedimientos, según sea la posición que se adopte. El primero, muy presente en la dogmática, sobre todo la penal, sostiene que esas disposiciones han de ser interpretadas a la luz de las valoraciones socialmente existentes. Así, las disposiciones jurídicas con contenido valorativo remitirían a la moral social, es decir, a las prácticas colectivas realmente existentes. Esta línea de pensamiento la sigue Jescheck, por ejemplo, al afirmar: «La vinculación del juez a la ley en estos supuestos se manifiesta en que el legislador no admite una valoración personal, sino que parte de la existencia de valoraciones ético-sociales, a las que el juez está subordinado».²³

Por tanto, se trataría de conocer, mediante procedimientos estadísticos, sociológicos o de otro tipo, qué piensa la gente sobre el aspecto evaluativo involucrado y aceptar esa evaluación como criterio interpretativo. Aquí, la tarea del intérprete o del juez es puramente descriptiva.

La segunda posición sobre la interpretación de las disposiciones con contenido valorativo asume, por el contrario, que el propio juez es quien debe realizar una evaluación y supone que el juez ha de llevar a cabo un razonamiento moral cuyo resultado colapsará en la interpretación que hará de la disposición jurídica en cuestión. Para interpretar cláusulas como la que prohíbe los tratos crueles y degradantes, el juez debería razonar moralmente. Y para hacerlo, tal vez le sería de ayuda contar con conocimientos de ética normativa y de metaética. El juez debería conocer las grandes teorías de la justicia, sus desarrollos más recientes

23. Citado por Enrique Bacigalupo, *La técnica de resolución de casos penales*, Madrid, Colex, 2.^a ed., 1995, p. 87.

y las consecuencias que se derivan de adoptar una u otra posición al respecto.

Ahora bien, el juez debe conocer el derecho que resulta aplicable al caso planteado, aunque sea de manera provisional, desde el mismo momento en que entra en contacto con el expediente de la causa, es decir la demanda, por ejemplo. En esta etapa procesal, la palabra «caso» se debe entender en un sentido amplísimo, como problema que se debe resolver. Desde el punto de vista de la visión de un abogado, pero que se podría trasladar *mutatis mutandis* a la perspectiva de un juez, el problema o caso, según Genaro Carrió, se caracterizaría por lo siguiente: es posible que haya varias soluciones normativas para ese problema; además, puede suceder que ese problema no se pueda describir con todo detalle y que en la cuestión que cabe dilucidar se encuentren involucrados asuntos muy complejos donde se entremezclan valores morales, intereses económicos, criterios políticos, etcétera. Puede ser, incluso, que al tratarse *prima facie* de una laguna normativa el derecho no otorgue ninguna solución al caso planteado.²⁴ Pero con todas estas prevenciones y con las cautelas debidas, el juez ha de formular una o varias hipótesis provisionales acerca de cuál es el derecho que resulta aplicable, y para ello debe conocerlo. El juez también ha de estar atento a la posible respuesta de la parte demandada, ya que su visión de cuál es el derecho definitivamente aplicable tal vez sea distinto al sugerido inicialmente, debido a la consistencia de la contestación de la demanda o, posteriormente, a la aportación de las pruebas. En todos estos momentos procesales el juez tiene que saber cuál es la solución posible al problema planteado. Si así no sucediera, sería incapaz de comprender la cuestión que se le plantea en cada momento e igualmente incapaz de dirigir el proceso.

Y naturalmente, el juez ha de saber cuál es el derecho aplicable en el momento de dictar sentencia, es decir, en el acto mediante el cual da la solución al conflicto. Señalar estas distintas etapas del conocimiento que se supone que el juez debe tener

24. Véase Genaro Carrió, *Cómo estudiar y argumentar un caso*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, pp. 30 y ss.

acerca del derecho es importante porque hay quienes piensan, equivocadamente, que en esta última etapa el conocimiento del magistrado es más importante, al ser la etapa definitiva.

Pero todo lo que he dicho no puede oscurecer el hecho de que las normas jurídicas no se encuentran aisladas, sino que forman un sistema y que todo conocimiento del derecho supone la tarea de su sistematización. «Si una condición necesaria del conocimiento del derecho es la sistematización del material jurídico, entonces la tarea sistematizadora sería un deber técnico para aquellos que tienen que usar las normas jurídicas y, en especial, para los jueces que deben (en sentido normativo) resolver los casos mediante la aplicación de normas jurídicas.»²⁵

Formación en materia de hechos

En la mayoría de los procesos que tratan, los jueces deciden, en virtud de su competencia, sobre casos individuales que resultan controvertidos. Los motivos de la controversia pueden ser de diferente naturaleza. Algunos versan sobre la interpretación de la norma aplicable, otros sobre la calificación jurídica y muchos sobre los aspectos fácticos que provocan la controversia y que después deberán ser probados.

Por eso es muy importante que los jueces estén capacitados en la mecánica de probar los hechos, que no es precisamente una tarea sencilla, tal como quedó demostrado en páginas precedentes.

Conviene recordar que para probar los hechos hay que comenzar formulando una hipótesis acerca de qué es lo que merece ser probado. Pero como ya se dijo, no existe un método establecido para la formulación de hipótesis.

En un sistema acusatorio, las bases que tiene el juez para formular la hipótesis inicial de trabajo provienen de los datos afirmados por las partes en la demanda y en la contestación de la demanda. En realidad, si la disputa versa sobre hechos, el juez debería

25. Pablo Navarro, «Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho», *op. cit.*, p. 249.

tener en mente las hipótesis presentadas por ambas partes y la propia, si es que posee alguna, siempre que respete la causa de lo solicitado y lo que se solicita. En este paso, el juez ya debe tener dos tipos de conocimientos distintos: el primero es normativo, puesto que sus hipótesis fácticas han de estar vinculadas a las posibilidades de ser subsumidas en una norma sustancial y, además, han de ser sometidas a prueba según el sistema jurídico-procesal. Aquí el conocimiento del derecho resulta básico. El segundo está relacionado con el objeto mismo del proceso, con los datos controvertidos sobre los que versa el litigio, que pueden ser hechos pasados (Juan mató a Pedro), hechos presentes (el edificio amenaza desplomarse por ruinoso) o la posibilidad de producción de hechos futuros (se establece una indemnización por lucro cesante). Aquí el conocimiento de cómo es el mundo resulta indispensable.

Qué tipo de conocimiento y «cuánto» conocimiento acerca del mundo debe tener un juez es una cuestión discutible. Dado su carácter técnico, al juez se le debe suponer un mayor conocimiento que aquel que se podría esperar en un ciudadano común, es decir, cabría exigir que el juez tenga una visión del mundo más ajustada que un ciudadano ordinario, aun cuando se circunscriba a las cuestiones que atañen a aquella parcela de la realidad que cae bajo su competencia; en ese sentido, debería saber más que «un lector atento de periódicos».

El juez ha de ser consciente del alcance de su propia «ciencia privada», esto es, de los conocimientos que tiene para comprender el problema que se le plantea y, si éstos son insuficientes, debe tener la humildad de apelar a opiniones expertas, dentro de las posibilidades ofrecidas por el sistema jurídico. Cuanta más «ciencia privada» posea el juez, tanto mejor para desarrollar su labor. Así, un juez cuya competencia sean los delitos financieros debe conocer bien el sistema bancario, su estructura y funcionamiento. Un juez que ha de decidir sobre la adopción de niños debe ser conocedor de la psicología infantil y la sociología de la familia en un nivel superior al del ciudadano común, aunque menor al de los expertos en esas materias.

En esta primera etapa, el juez debe evitar hacer un recorte incondicionado de hipótesis. Cuantas más hipótesis relevantes ten-

ga respecto al objeto principal del proceso y más hipótesis accesorias posea, también relevantes, será mejor para el proceso de averiguar la verdad.

Y este conocimiento que se supone que debe tener el juez, también es importante en la etapa de la valoración de la prueba. En esta instancia se abre un abanico de cuestiones que requieren saberes muy generales y también muy específicos.

Entre los saberes más generales se encuentra conocer los aspectos más básicos de la filosofía de la ciencia que le permitan formular juicios plausibles sobre los hechos que se debaten en cada causa y sobre aquellos datos fácticos que servirán para el tratamiento de la prueba. El juez debe saber qué es una hipótesis y cómo operan los métodos hipotético-deductivo e hipotético-inductivo, al menos en sus versiones más simples. Debe tener ideas básicas acerca de qué es una teoría, cómo funciona y cuáles son sus límites. Y también los suficientes rudimentos epistémicos como para distinguir, en su quehacer, el contexto de descubrimiento del contexto de justificación, aunque ambos carezcan de perfiles nítidos.

El juez debe saber, además, que no existe un único concepto de verdad y que la adopción de uno de ellos genera numerosas consecuencias para su labor, aunque en este libro se haya defendido que el concepto de verdad más útil para cumplir con la función judicial sea el de verdad como correspondencia. Asimismo, en su acervo cultural al juez le cabe advertir que existe una serie de categorías y de conceptos controvertidos de cuyo uso dependerá, en parte, cuál sea su decisión para cada caso concreto. Los conceptos de intención o de causalidad pueden servir como ilustración de este extremo. Si se asume la causalidad, por ejemplo, como una vinculación necesaria o como una vinculación suficiente o como una vinculación necesaria y suficiente entre dos estados de cosas, se manifestarán consecuencias distintas para adscribir responsabilidades. Tal vez no sea posible seguir una única noción de causalidad, pero al menos el juez debe saber que tiene que tomar una decisión al respecto y qué se sigue de ella.²⁶

26. Para un análisis de estas cuestiones, véase Daniel González Lagier, *Quaestio Facti*, *op. cit.*, especialmente el cap. III.

Y también debe tener conocimientos sobre cómo funciona el método inductivo. Debe saber que las conclusiones que se obtienen por este método sólo son probables y, por lo tanto, ha de reflexionar acerca del impacto que esto tiene para la práctica jurídica. Y aunque la lógica inductiva permita «inventar» hipótesis explicativas a partir de hechos individuales, el juez debe tener presente que la inducción no permite probar la verdad con certeza sino solo en su grado de probabilidad.

Obviamente, también debe tener nociones de cómo se corroboran o se refutan enunciados acerca de hechos y tener criterios claros de justificación. Y en el proceso de corroboración o de refutación de hipótesis debe saber que en él se produce nuevamente un mecanismo de retroalimentación y de control mutuo entre las hipótesis que maneja y los criterios justificativos. Esto no quiere decir que el juez deba modificar a su antojo los enunciados fácticos para que puedan ser subsumidos en un caso genérico normativamente establecido. Tampoco quiere decir que tiene que modificar la interpretación de la disposición jurídica hasta el extremo de que su alcance permita denotar el caso particular. Quiere decir que el juez tal vez deba variar las hipótesis hasta ese momento mantenidas y formular otras a la luz de la aparición de nuevas pruebas. Estas nuevas hipótesis deben mostrar la posibilidad de ser subsumidas en algún supuesto de hecho normativo, y así sucesivamente. Por todo ello, el juez debe estar atento tanto a las cuestiones puramente fácticas como a las normativas.

Pero estos saberes generales no deben hacer olvidar que el juez también debe contar con unos saberes y unas técnicas específicas que contribuirán a que corrobore o refute (pruebe) mejor los enunciados acerca de los hechos que son objeto de discusión en cada proceso.

Estos conocimientos específicos dependen por completo del ámbito competencial de cada juez. Así, un juez de lo civil probablemente deba tener un conocimiento y unas herramientas diferentes de un juez penal o administrativo. Y dentro de las grandes ramas del derecho también es posible hacer divisiones respecto a lo que cada especialidad exigiría. Un juez de familia no tiene por qué saber lo mismo en materia de hechos que un juez de ejecución

hipotecaria. Ni un juez especializado en delitos económicos ha de tener idéntico adiestramiento que un juez encargado de conocer asuntos vinculados con la delincuencia juvenil o las pandillas callejeras. «En otras palabras, el juez no tiene por qué ser un científico, pero sí necesita una buena preparación epistemológica —articulada en función de las características de las distintas áreas del saber científico que entren en juego— si quiere estar en condiciones de valorar la fiabilidad científica de las pruebas presentadas.»²⁷

Aquí la casuística es importante. Sin embargo, habrá quienes piensen que no es necesario que el juez tenga este tipo de conocimiento especializado, ya que cuando su ciencia privada no le basta, el derecho le permite utilizar el recurso de los peritos para que le informen sobre aquello que debe saber para la resolución del conflicto jurídico planteado.

Pero aceptar sin más esta tesis presenta algunos inconvenientes, aunque se reconozca que la prueba pericial es y debe ser utilizada en determinados supuestos. Según Michele Taruffo, si el juez no conoce ni siquiera los rudimentos de los conocimientos que se supone que deben aportar los peritos, no podrá distinguir entre los aspectos científicos del razonamiento de éstos de los aspectos pseudocientíficos. Es decir, no podrá distinguir entre lo verdadero y lo falso de los enunciados periciales. También tendrá dificultades para elegir al perito, ya que no contará con criterios para distinguir aquel que está mejor preparado que otro para llevar a cabo el peritaje. Mientras que, al mismo tiempo, un juez desconocedor del tema no podrá formular preguntas adecuadas al perito, ni podrá valorar la prueba pericial tal como lo exige la legislación. «Un juez que desconozca totalmente la materia científica sobre la cual versa la consulta, difícilmente se puede servir de una manera adecuada de la colaboración del perito.»²⁸

Y por fin queda el espinoso tema de los conocimientos que debe tener el juez para utilizar adecuadamente un estándar de

27. Véase Michele Taruffo, «La prueba científica en el proceso civil», en Jordi Ferrer Beltrán, Marina Gascón Abellán, Daniel González Lagier y Michele Taruffo (comps.), *Estudios sobre la prueba*, México, UNAM, 2006, p. 185.

28. *Ibíd.*, pp. 178 y ss. La cita está en la p. 182.

prueba. En este punto, básicamente debe tener conocimientos jurídico-normativos y una gran cultura acerca de lo que significan los valores constitucionales aplicados al proceso.

Formación en lógica

Uno de aspectos que tal vez genera menos discusión respecto a la formación de los jueces es que deben tener algunos conocimientos en lógica. El término «lógica» es polisémico y especialmente en el ámbito jurídico, ya que se ha utilizado como sinónimo de racionalidad, razonabilidad, legalidad, evidencia, sentido común, etcétera. Pocas palabras como «lógica» han sido utilizadas en el discurso jurídico con tantos significados distintos como persuasivos. Calificar un determinado estado de cosas como «lógico» adquiere un claro sentido positivo.

A pesar de los distintos significados que tiene, aquí por «lógica» entenderé un tipo de argumento o razonamiento formal cuya validez no depende de su contenido. A través de los métodos y de las reglas de la lógica se pretende distinguir el razonamiento que es correcto del que no lo es, partiendo de al menos una premisa para llegar a una conclusión. En este sentido, la lógica constituye un modelo acerca de cómo se debe razonar (lógicamente). Así, las reglas de la lógica se asemejan a las reglas del lenguaje o a las de un juego, como las del ajedrez, por ejemplo, y determinan qué es lo que se puede, debe o no se puede hacer si se quiere pensar lógicamente.²⁹

Los argumentos lógicos pueden ser deductivos o inductivos. Ambos tipos de razonamientos ofrecen razones para la conclusión que se obtiene a partir de una o más premisas, pero con una diferencia: en un razonamiento lógico deductivo, si las premisas son verdaderas la conclusión también lo será. O lo que es lo mismo, no es posible que las premisas sean verdaderas y la conclusión no lo sea. Aquí se habla de razonamiento «válido» («inválido»

29. Para esta similitud véase Georg von Wright, *Norma y acción*, trad. cast. de P. García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1979.

do») o «correcto» («incorrecto»). Como ya dije, en cambio, el razonamiento inductivo permite afirmar que si dos o más premisas son verdaderas, sólo probablemente lo será su conclusión. Aquí se habla de razonamiento probable.

El conocimiento de la lógica deductiva es importante para el razonamiento jurídico en varios aspectos. En primer lugar, porque dado que la justificación interna de las decisiones judiciales es una justificación lógica, el conocimiento de sus reglas debería impedir, o al menos dificultar, que se cometan errores en ese ámbito. En segundo lugar, la lógica es importante para llevar a cabo la tarea de sistematización del derecho que, como ya dijimos, es uno de los sentidos que adquiere la actividad de interpretar el derecho. En tercer lugar, la lógica también es relevante para evitar la utilización de categorías dogmáticas autocancelatorias en la justificación externa de carácter normativo. Como señala Enrique Bacigalupo, «la consistencia lógica de la argumentación requiere, básicamente, no argumentar sobre la base de proposiciones o conceptos autocontradictorios. Tal sería el caso si se sostuviera que la antijuricidad es una relación puramente objetiva (en el sentido de limitada a una comparación de los aspectos exteriores del hecho y del derecho) y luego se afirma que en el hurto o en la injuria la antijuricidad depende del ánimo de lucro o del *animus injuriandi* respectivamente. En una construcción de tal naturaleza faltará consistencia lógica pues afirma en una parte de la proposición lo que niega en otra».³⁰

También es necesario tener presente las reglas de la lógica, porque cabe evitar que las contradicciones aparezcan en el uso de las categorías dogmáticas. Si se usa un criterio clasificatorio, éste tiene que ser coherente con dicho uso. Por ello se cometen incoherencias en el «sistema dogmático cuando cuestiones correspondientes a una categoría del sistema (por ejemplo la tipicidad) se resuelven por ejemplo mediante consideraciones que tienen que ver con la culpabilidad. Tal sería el caso frecuente en las sentencias de los juicios de faltas por imprudencia, sean de jueces de

30. Véase Enrique Bacigalupo, *La técnica de resolución de casos penales. op. cit.*, p. 61.

distrito o de jueces de instrucción, en las que se excluye, por ejemplo la relación de causalidad sobre la base de consideraciones que demuestran que el autor no tuvo en sus manos, en el caso concreto, emplear su capacidad para evitar el hecho».³¹

En cuarto lugar, la lógica es importante en la actividad probatoria, puesto que no es necesario probar enunciados sobre hechos que son deducidos de otros que sí han sido probados. En palabras de Jerzy Wróblewski, «probar hechos “deducidos” de otros hechos probados no es necesario cuando se trata de una “deducción” en el sentido lógico del término. Pero si esta “deducción” fuese concebida de otra manera, esta disposición estaría en contradicción con los principios de la prueba».³²

En quinto lugar, tener conocimientos en lógica también es relevante para evitar, detectar o eliminar falacias. Las falacias son argumentos incorrectos pero que, a pesar de ello, debido a su forma y contenido, también son psicológicamente persuasivos. No existe una clasificación generalmente aceptada de las falacias. Irving Copi las divide en formales e informales, y a las segundas en falacias de atinencia y falacias de ambigüedad. «No hay un modo seguro para evitar las falacias. Evitar las falacias de atinencia requiere una vigilancia constante y la conciencia de las muchas maneras en que la inatinencia se puede filtrar. A este respecto es útil nuestro estudio acerca de los diferentes usos del lenguaje [...] Las falacias de ambigüedad pueden ser muy sutiles. Las palabras son resbaladizas y la mayoría de ellas tiene toda una variedad de sentidos o significados diferentes. Allí donde se confunden estos significados diferentes, en la formulación de un razonamiento, éste es falaz. Para evitar las diversas falacias de ambigüedad debemos tener presente con toda claridad las significaciones de los términos que usamos [...]»³³

31. *Ibíd.*, pp. 61-62.

32. Véase Jerzy Wróblewski, *Sentido y hecho en el derecho*, trad. cast. de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría, México, Fontamara, 2001, p. 242.

33. Véase Irving Copi, *Introducción a la lógica*, *op. cit.*, p. 116. Para el análisis de las falacias informales consúltese asimismo Anthony Weston, *Las claves de la argumentación*, trad. cast. de Jorge F. Malem Seña, Barcelona, Ariel, 1994.

En sexto lugar, los conocimientos en lógica contribuyen a que el razonamiento sea más ordenado y más claro. Quien ha sido capacitado en el razonamiento lógico tiende a huir de las expresiones farragosas y en ningún caso confunde la oscuridad con la profundidad.

Hasta aquí se ha hecho referencia a la relevancia de tener conocimientos sobre lógica deductiva. Aunque es cierto que existe un consenso casi generalizado en que no se deben cometer errores lógicos en el razonamiento en general y en el razonamiento jurídico en particular, no todos están de acuerdo en que los juristas, y especialmente los jueces, deban tener una formación y capacitación específicas en lógica.

Para llegar a tal conclusión se suele decir que todas las personas, aun sin tener una capacitación especializada en las reglas de la lógica, las usan sin mayores dificultades a pesar de que no tengan conciencia de ellas. Si así no lo hicieran tendrían numerosos problemas epistémicos y también pragmáticos; basta pensar en una persona que dijera «llueve y no llueve» al mismo tiempo y que tiene que decidir si sale a la calle llevando (o no) un paraguas. El uso de las reglas de la lógica, como el de las del lenguaje, se aprenderían por imitación y ese aprendizaje también sería suficiente para la formación del jurista.

Se puede sostener, sin embargo, que la cuestión es un tanto más compleja, sin negar cierta plausibilidad a dicha afirmación, por una parte porque no es verdad que todos utilicen adecuadamente las reglas de la lógica. Se cometen errores lógicos y más a menudo de lo que cabría pensar y mucho más en el ámbito judicial. Por la otra, el juez y en general el jurista es un técnico y, por lo tanto, se le ha de suponer un plus de dominio sobre la herramienta con la cual opera mientras ejecuta sus labores. Y la lógica es una de ellas. Al aumentar el control sobre dicha herramienta incrementa, naturalmente, su rendimiento. Por eso el juez ha de tener conocimientos de lógica: «dada la misma agudeza intelectual innata, la persona que ha estudiado lógica tiene mayor posibilidad de razonar correctamente que aquella que nunca ha pensado en los principios generales implicados en esa actividad. Ello se debe a varias razones. Ante todo un estudio adecuado de la ló-

gica la enfocará tanto como un arte como una ciencia, y el estudiante deberá hacer estudios concernientes a todos los aspectos de la teoría que aprende. Aquí, como en todo, la práctica ayuda a perfeccionarse. En segundo lugar, una parte tradicional del estudio de la lógica consiste en el examen y en el análisis de los métodos incorrectos de razonamiento en general, o sea de las falacias. Esta parte de la materia no sólo da una visión más profunda de los principios del razonamiento en general, sino que el conocimiento de esas trampas nos ayuda positivamente a evitarlas. Por último el estudio de la lógica suministrará al estudiante ciertas técnicas y ciertos métodos de fácil aplicación para determinar la corrección o incorrección de muchos tipos diferentes de razonamientos, incluso los propios. Y cuando es posible localizar fácilmente los errores, es menor la posibilidad de que se cometan».³⁴

Aceptada la conveniencia de que el juez posea una formación específica en materia de lógica, la pregunta que surge es «cuánta lógica» ha de saber un juez. Las opiniones al respecto no son unánimes y los diseños institucionales para instrumentalizar dichas opiniones tampoco. Existen escuelas de formación judicial y cursos de perfeccionamiento judicial que nunca han implementado cursos de «lógica para magistrados», mientras otras como el Consejo de la Magistratura de la República del Paraguay han dictado cursos muy avanzados y completos.

Es obvio que cuanto más conocimiento de la disciplina de la lógica tenga un juez, más exacta y ajustada tenderá a ser su forma de argumentar. No obstante, un juez no es un filósofo, ni un especialista en lógica y, por ello, sólo ha de tener los conocimientos suficientes de lógica elemental como para ejercer su profesión, la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, con competencia técnica. Por eso tal vez sería exigible que en primer lugar tuviera conocimientos de algunas cuestiones muy básicas del lenguaje, como el de las propiedades de los lenguajes naturales, de los lenguajes técnicos y de los lenguajes formalizados. También debería tener información sobre el lenguaje de la lógica: qué significa, por

34. Véase Irving Copi, *Introducción a la lógica*, *op. cit.*, p. 4.

ejemplo, «implicación», «inferencia» o «conclusión» y sus respectivas relaciones. Y luego capacitación en lógica proposicional y en lógica de predicados.³⁵

Habría que prestar una especial atención a las falacias, fuente de error muy común en el razonamiento jurídico.

Conocimiento de la realidad

A lo largo de estas páginas se ha subrayado repetidamente que el juez tiene que conocer la realidad que le rodea para poder desarrollar adecuadamente su labor profesional. Nadie estaría dispuesto a discutir esta aseveración. El conocimiento de la realidad es necesario para la interpretación de las disposiciones legales e imprescindible para operar con ciertos argumentos interpretativos, como el de la voluntad del legislador, y para adecuar las normas «a la realidad».³⁶

El conocimiento de la realidad también es importante para establecer los hechos que se consideran probados. Si los jueces desconocen los aspectos más generales y básicos de la realidad que les circunda, difícilmente podrán dar nada por probado. «En cierto sentido» —afirma Michele Taruffo— «la prueba es el nexo entre los discursos que se hacen en el proceso y los acontecimientos del mundo real [...]».³⁷

Pero el consenso que existe acerca de la necesidad por parte del juez de conocer la realidad no está exento de dificultades cuando se trata de establecer qué tipo de conocimiento es exigible al juez, qué grado de conocimiento se le ha de suponer y cuáles son las medidas para asegurar dicho conocimiento.

35. Ése es el camino seguido por José Juan Moreso en su *Lógica, argumentación e interpretación del derecho*, Barcelona, UOC, 2006, pp. 47 y ss.

36. Véase, por ejemplo, el artículo 3.1 del Código Civil español: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas».

37. Véase Michele Taruffo, «Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad», *Discusiones*, n.º 3, 2003, p. 39.

La expresión «conocimiento de la realidad» es vaga y ambigua. Y no sólo porque «realidad» se pueda entender de distintos modos, sino porque esa «realidad» se puede conocer de muy diferentes maneras. Se sabe que una determinada «parcela de la realidad» se puede reconstruir epistémicamente de modos muy diversos, no sólo porque la descripción de la realidad depende del nivel de abstracción con que se quiera indagar, sino también porque dependerá del nivel cultural de quien la describa y de los objetivos que se persigan. Y la cuestión se complica aún más si cabe si lo que se tiene que describir «como realidad» no es tanto estados de cosas sino acciones e instituciones.³⁸

Acaso ésa sea la primera lección que un juez debe aprender. Sin embargo, para tener la flexibilidad necesaria con que conocer la «parcela de la realidad» que precisa para desarrollar su labor, el juez debe tener, en algunos casos, conocimientos especializados que no se aprecian, ni es exigible que así se haga, en el ciudadano común.

La propia idea de «realidad» es compleja, y más cuando se refiere al conocimiento que de ella debe tener un juez, ya que puede versar sobre el mundo físico, sobre el orden social o sobre el contexto institucional.

El conocimiento del juez sobre el mundo físico es básico. El juez debe conocer las máximas de experiencia corrientes y profesionales que le permitan realizar su labor, debe saber cómo opera el principio de causalidad y tener un conocimiento más o menos amplio de aquellos estados de cosas que tienen algún interés en el momento en que ejerza la jurisdicción. Un juez de menores, por ejemplo, ha de estar en posesión de ciertos conocimientos acerca de la «realidad psicológica del menor» y por tanto tener conocimientos sobre psicología infantil.

El conocimiento sobre distintos aspectos del orden social en el que vive el juez también le resultará imprescindible. El juez no puede ser un profesional aislado del mundo que le rodea, con total ignorancia de su entorno.

38. Para analizar todas estas dificultades véase Daniel González Lagier, *Quaestio Facti*, op. cit.

Por ejemplo, un juez cuya competencia verse sobre el derecho de familia debe conocer cuál es la «realidad de la familia» que impera en la sociedad en que opera, debe saber si hay estructuras familiares monoparentales y cuáles son los inconvenientes que esto plantea, si es que plantea alguno, para los niños adoptados, cuál es la implantación de los matrimonios de personas del mismo sexo o de parejas de hecho, etcétera. Debe saber, asimismo, cuál ha sido la evolución de la familia en los últimos tiempos y los problemas que esto implica para establecer cómo se comportan los diferentes modelos familiares en una sociedad multicultural. Sin una adecuada comprensión de esta «parcela de la realidad», un juez de familia difícilmente podrá realizar una tarea técnicamente correcta.

Por ese motivo no debe extrañar que para la preparación de la especialización de juez de menores, por ejemplo, se establezcan cursos que versan sobre «metodología interdisciplinar; derecho de familia sustantivo y procesal; derecho penal en sus aspectos sustantivo y procesal y criminología; introducción a la pedagogía y a la psicología infantil y juvenil; sociología aplicada a la problemática de los menores y servicios sociales y servicios comunitarios; y organización, competencias y coordinación con los juzgados de menores».³⁹ Ésta, naturalmente, es una muestra no exhaustiva de aquellos aspectos que el juez debe conocer para prepararse técnicamente de un modo eficaz.

Además el juez debe conocer la realidad social porque actúa en un medio social donde sus decisiones impactan con consecuencias que en muchos casos van más allá de la mera resolución del conflicto individual planteado. Debe ser consciente de la tarea que realiza y de los efectos políticos, económicos y sociales que provoca con sus decisiones. Si desconociera la realidad social, ni siquiera podría saber cuáles son los efectos de su accionar.

Y asimismo debe conocer la realidad institucional en que desarrolla su tarea. Un juez cuya competencia sea los delitos económicos no puede desconocer cómo operan las entidades credi-

39. Véase Antonio González-Cuéllar García, «Formación y perfeccionamiento de jueces y magistrados», *Poder Judicial*, n.º esp., V, 1986, p. 105.

ticias. Si es juez en delitos electorales debe estar al día respecto a cómo se vinculan los partidos políticos con los grupos de intereses y hasta qué punto existen intermediaciones entre lo político y lo económico. ¿Cómo, si no, podría juzgar con acierto sobre financiación irregular de los partidos políticos? Y lo mismo sucede con el conocimiento que debe tener el juez respecto al funcionamiento de las instituciones estatales en sus diversos niveles. Su ignorancia le incapacitaría para tratar cuestiones de competencia o de constitucionalidad.

Naturalmente, el juez debe tener un conocimiento mejor que aquel que posee un ciudadano común sobre la «parcela de la realidad» en la que recae su competencia. Su saber, no hay que olvidarlo, es un saber técnico y por lo tanto superior al de un buen lector de periódicos. Esto no supone, y no sería exigible, que el juez sea una especie de sabio del Renacimiento. Sólo supone que tenga una sólida cultura general y conocimientos específicos sobre aquellas materias en que se interesará en virtud de su competencia. Ésta es una de las razones que aconseja que la competencia jurisdiccional sea cada vez más especializada.

Conocimiento en materia lingüística

El lenguaje natural es la herramienta más perfecta que tienen los seres humanos para comunicarse entre sí. Dicha herramienta se aprende a utilizar oralmente de modo casi imperceptible, por un proceso imitativo, sin reflexionar sobre las reglas que rigen el uso de ese instrumento. Quizá por eso mostró extrañeza la reina Isabel de Castilla, como señala Strawson, cuando se le presentó la primera gramática española, obra de Antonio de Nebrija. La reina se preguntaba para qué servía esa gramática si ella y el resto de los castellanos ya sabían hablar dicha lengua.⁴⁰ «En algún sentido, ellos ya sabían hablar castellano, hablaban un castellano gra-

40. Citado por José Juan Moreso, «Notas sobre filosofía analítica y hermenéutica», en Lucía Triolo (comp.), *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, Turín, Giappichelli, 2001, p. 218.

matalmente correcto precisamente porque el castellano gramaticalmente correcto era aquello que ellos hablaban. Ahora bien, aunque en un sentido se podía decir que conocían la gramática de su idioma, en otro sentido no la conocían. Sus prácticas lingüísticas seguían perfectamente el sistema de reglas y principios que estaba en la base de la gramática de Nebrija, sin embargo, aunque su práctica mostraba que observaban tales reglas y principios sin esfuerzo, de ello no se sigue que, con esfuerzo o sin él, fueran capaces de decir cuáles eran esas reglas y principios.

La enseñanza que se puede extraer de esta historia es la siguiente: la capacidad de hacer algo no comporta necesariamente la capacidad de decir *cómo* logramos realizar esa actividad. El dominio de una práctica no conlleva el dominio sobre la teoría de esa práctica.»⁴¹

Además, tener competencia para expresarse oralmente en una lengua natural no significa que se tenga igual competencia para manifestarse en esa misma lengua pero a través de la escritura. Como señala Lázaro Carreter, «de modo extremado, pero no incierto, puede afirmarse que todo ciudadano instruido, para poder serlo, ha tenido que aprender dos lenguas, la hablada y la escrita. Porque aprender a escribir no consiste en aprender la escritura, sino en adquirir unas reglas gramaticales y un léxico más complejos, más rigurosos y, por tanto, más inviolables que los del código oral. Todos tenemos conciencia de ello [...]».⁴²

Por esa razón, la disposición técnica para moverse con habilidad entre los entresijos del lenguaje escrito se logra con aprendizaje y capacitación. No es algo natural y, sin duda, no se debe dar por supuesta. Y no conviene olvidar que «el desajuste entre los dos tipos de competencia (la oral y la escrita) no cesa de crecer, y es sabido cómo la segunda, la de escribir, se va retrasando si no se ejercita, hasta el punto de que muchos adultos quedan para siempre en una fase infantil. Conocemos todos a muchas personas,

41. *Ibíd.*

42. Véase Fernando Lázaro Carreter, «El lenguaje periodístico, entre el literario, el administrativo y el vulgar», en F. Lázaro Carreter y otros, *Lenguaje en periodismo escrito*, Madrid, Fundación Juan March, 1977, p. 26.

con carrera universitaria incluso, y con actividades que implican el uso profesional de la palabra, incapaces de conseguir, escribiendo, la eficacia comunicativa que logran al hablar. Dicho de otro modo, escriben mal. La facultad de escribir no se corresponde, por tanto, con la aptitud oral. Precisa de un aprendizaje más reflexivo, más consciente y, en muchos casos, muy largo».⁴³

Este principio sirve para todas las personas y profesiones. De hecho, la mejora de la competencia lingüística de los jueces se presenta como un imperativo técnico irrenunciable a la luz de las consideraciones ya expuestas.

La capacitación del juez en el uso del lenguaje natural y técnico del derecho adquiere una importancia capital para llevar a cabo dos tareas distintas, aunque relacionadas. La primera, se vincula a la interpretación de la ley. El juez debe saber qué es lo que la ley establece. Con ese objetivo, el primer criterio que ha de seguir para interpretar un texto legal es el de su sentido literal, esto es, ha de seguir el significado estándar o habitual de los términos y hacerlo de acuerdo con las reglas sintácticas de la lengua. El segundo se relaciona con la formulación de la sentencia. En ambas tareas el juez se comporta como lingüista en el sentido de que realiza análisis y operaciones que normalmente hacen los lingüistas, aunque muchas veces sin poseer los conocimientos lingüísticos necesarios para ello.

Además, es evidente que las palabras pueden adquirir diferentes significados en contextos distintos. A veces, para entender lo que expresa un texto, hay que prestar atención al contexto conversacional donde aparece. Y esto adquiere una relevancia especial para la práctica jurídica. La exactitud en el uso de las palabras que se supone en un texto pericial referido a una prueba de ADN no se ha de suponer, en cambio, en un atestado policial donde se recogen los dichos de personas involucradas en un hecho determinado. El juez no puede desconocer las cuestiones pragmáticas vinculadas con el lenguaje.

Conocer los problemas más generales incluidos en los aspectos pragmáticos del lenguaje no solo contribuiría a disponer de

43. Véase Fernando Lázaro Carreter, «El idioma del periodismo, ¿lengua especial?», *op. cit.*, p. 26.

un mayor control de la palabra como instrumento de trabajo, sino que evitaría ciertas situaciones de indefensión producidas por la falta de competencia lingüística. Un ejemplo típico es el de un extranjero que no entiende la lengua mediante la cual se lleva a cabo su interrogatorio o su procesamiento,⁴⁴ aunque éste sólo es un caso extremo. El juez debe ser capaz de entender el lenguaje y la situación en que se produce la emisión de un mensaje de un marginado o de una persona no instruida. Aquí no se trata de una cuestión semántica, sintáctica o de un uso excesivo de expresiones técnicas. El tema es un poco más complejo en la medida en que está vinculado a las habilidades que tienen las personas para afrontar diversas situaciones y esto depende de su educación, del entorno en que viven, de la clase o grupo social al que pertenecen, etcétera. Los jueces deben desarrollar una sensibilidad exquisita y tener un especial cuidado por comprender adecuadamente los mecanismos comunicativos que existe en las declaraciones testimoniales o periciales, en la absolución de posiciones o mientras se produce la prueba confesional. En cierto modo, la seguridad jurídica de los involucrados en el proceso depende del conocimiento y control, por parte del juez, de los aspectos pragmáticos del lenguaje.

Sin embargo, «las reglas pragmáticas no son innatas y por lo tanto deben aprenderse desde la infancia, pero estas reglas no se enseñan, en general, cuando se aprende un idioma, ni son estudiadas, ni les prestan demasiada atención los miembros de los sectores burocráticos».⁴⁵

44. Para evitar estos problemas se suele establecer disposiciones como el artículo 143.1 de la Ley de enjuiciamiento civil, que regula la intervención de intérpretes. «1) Cuando alguna persona que no conozca el castellano ni, en su caso, la lengua oficial propia de la comunidad autónoma hubiese de ser interrogada o prestar alguna declaración, o cuando fuere preciso darle a conocer personalmente alguna resolución, el tribunal, por medio de providencia, podrá habilitar como intérprete a cualquier persona conocedora de la lengua de que se trate, exigiéndosele juramento o promesa fiel de traducción [...]».

45. Véase María Laura Pardo, *Derecho y lingüística. Cómo se juzga con palabras. Análisis lingüístico de sentencias judiciales*, 2.^a ed., Buenos Aires, Nueva Visión, 1996, p. 43.

No hay duda que la capacidad para utilizar el lenguaje oral y sobre todo escrito como una herramienta descriptiva, prescriptiva y pragmática puede y debe ser mejorada mediante una educación adecuada. Esto se aplica también a los jueces, que deberían poseer conocimientos amplios sobre los aspectos semánticos, sintácticos y pragmáticos de la lengua que utilizan en su profesión.

Paralelamente se debería hacer un esfuerzo mayor por solucionar los errores más visibles y generales del lenguaje forense. Se debería desarrollar y proponer una especie de libro de estilo del lenguaje forense tanto oral como escrito, ya como guía de seguimiento voluntario, ya como regla imperativa. Los consejos de las magistraturas, los tribunales superiores, las asociaciones profesionales de jueces y las instancias educativas deberían tomar buena nota de ello y no hacer, como sucede en muchos casos, dejación clara de funciones.

Ahora bien, que los jueces deban tener un mayor conocimiento y una mejor aptitud lingüística no significa que deban asumir las exigencias lingüísticas de su profesión como literatos. El juez debe evitar que su estilo sea el propio de la literatura. La literatura, según George Steiner, «es lenguaje liberado de su responsabilidad suprema de información [...]; las responsabilidades supremas de la literatura, su razón de ser ontológica, se encuentran fuera de su utilidad inmediata y de su verificabilidad».⁴⁶ Entre las profesiones que hacen uso de la palabra como su herramienta básica, nada más alejado de la literatura que la tarea del juez. En este sentido, el juez está sometido a ciertas servidumbres estilísticas impuestas por su oficio. De todas ellas destaca la objetividad de su texto, aunque esto se ha de medir como un ideal que nunca se alcanzará por completo, ya que es imposible que del texto judicial queden erradicados todos los rasgos subjetivos de quienes los formulan.

Las palabras no se pueden usar con libertad literaria en el derecho. La sentencia judicial, que es un texto revestido de autori-

46. Citado por F. Lázaro Carreter, «El lenguaje periodístico, entre el literario, el administrativo y el vulgar», *op. cit.*, p. 11.

dad, tiene como finalidad solucionar una controversia y no debe verter dudas acerca de cuáles han sido las razones normativas y fácticas que la fundamentan. Para contribuir a la pacificación de la vida social, la sentencia debe tratar de ser suficientemente persuasiva como para que la parte que no ve satisfecha sus pretensiones en el proceso la acepte y acate. Por ese motivo se formula como si fuera la única sentencia jurídicamente correcta, aunque sólo sea una entre otras posibles, igualmente aceptables. De ahí que se utilicen ciertas palabras y fórmulas lingüísticas y estilísticas aptas para alcanzar ese objetivo.⁴⁷

Además, como que el espacio que tiene el juez para argumentar es muy limitado, esto evita la tentación de que se exprese como si fuera un novelista o un poeta. Sus escritos deben ser concisos y coherentes. Ha de huir de las adjetivaciones excesivas y del uso de metáforas. Y no se debe referir a mundos imaginarios o a cuestiones para las que carece de estricta competencia jurídica. Decididamente, el juez no se puede comportar como un literato, aunque comparta con él la necesidad del conocimiento de la lengua que utiliza en su trabajo.

Naturalmente, los análisis lingüísticos son de suma importancia en la labor judicial, pero no hay que olvidar que sólo son una parte del trabajo del juez. Como nos recuerda el juez Holmes, «no estudiamos etimología, sino derecho».⁴⁸ Y tampoco conviene olvidar que no existe ninguna relación necesaria entre el análisis lingüístico y los principios de justicia. Por ejemplo, a veces hacer una interpretación literal del texto de la ley conduce a conclusiones jurídicamente dudosas o éticamente inaceptables. Así es posible observar que los jueces se apartan de la interpretación literal de la ley o incluso que utilizan criterios lingüísticos contradictorios en contextos similares. En estos casos el juez se com-

47. Este aspecto ha sido señalado repetidamente como un dato negativo. Se le asocia con una función ideológicamente enmascaradora de la tarea de juzgar y de hacer cumplir lo juzgado. Detrás de un lenguaje pretendidamente objetivo desde el punto de vista legal, valorativamente neutral e impersonal, se escondería un simple acto de ejercicio de poder estatal. Aquí no prestaré atención a esta cuestión.

48. Citado por David Mellinkoff, *The Language of the Law*, Boston, Little, Brown and Co, 7.^a ed., 1990 p. vii.

porta como un mal lingüista, pero tal vez no como un mal jurista.⁴⁹ Conocer la lengua mediante la cual se expresa el derecho y a través de la cual se han de formular las decisiones judiciales es una condición necesaria para una buena práctica forense, aunque no suficiente.

Algunas consideraciones adicionales

En el siglo XXI la tarea del juez se presenta sumamente compleja. Nadie duda de ello y existen varias razones que parecen explicar ese consenso. En primer lugar, constituciones que atribuyen derechos individuales a los ciudadanos y que hacen que el juez sea su garante. La constitución, además, contiene una serie de principios que hace que el juez deba realizar una tarea interpretativa y de aplicación del derecho diferente a si operara sólo con reglas. La existencia de una constitución obliga, por otra parte, a que todo el conjunto de disposiciones jurídicas sean evaluadas a partir de ella. En segundo lugar, existe una multiplicidad de sistemas jurídicos que operan coetáneamente y que dificulta la tarea de aplicar el derecho, no sólo porque rige un ordenamiento europeo que el juez tiene la obligación de conocer, sino también porque existe un ordenamiento autonómico e incluso otro local, de carácter municipal, lo que produce un entramado normativo cada vez más complicado. Y, en tercer lugar, porque los ciudadanos necesitan del juez como la última autoridad para resolver problemas, aunque algunos no siempre deberían caer bajo su competencia, porque tienen un eminente carácter político.⁵⁰

Así, el juez español debe ser un juez de la legalidad, en el sentido de que debe estar sujeto a la ley, ser un juez constitucional que, como tal, ha de juzgar conforme a criterios constitucionales, ser un juez que vele por un exquisito respeto hacia los derechos

49. Esto es obvio. Para un análisis más detallado véase Lawrence Solan, *The Language of Judges*, Chicago, The University of Chicago Press, 1993, pp. 6 y ss.

50. Véase, por ejemplo, Rafael Jiménez Asensio, «Abogados y jueces», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 439, 18 de mayo de 2000, pp. 3 y ss.

humanos, que conozca el derecho comunitario y que esté atento a la permanente internacionalización del derecho y, en fin, ser un juez autónomo, que no puede olvidar la particularidad del subsistema jurídico con el que tiene que convivir.⁵¹

Por todo ello en España, en virtud del sistema del juez vigente, los jueces tienen la obligación de conocer el derecho y en toda su extensión. Por ello el juez debe tener una sólida formación constitucional, ya que como afirma Luis Prieto Sanchís, «si la Constitución es una norma de la que nacen derechos y obligaciones en las más diversas esferas de relación jurídica, su conocimiento no puede quedar cercenado para la jurisdicción ordinaria [...] la justicia constitucional verdaderamente indispensable no es la del Tribunal Constitucional, sino la de la jurisdicción ordinaria».⁵²

En el ámbito del derecho constitucional resulta obligado para un juez realizar un especialísimo acercamiento a la regulación de los derechos fundamentales. Aquí no sólo basta conocer el texto constitucional, sino comprender la jurisprudencia constitucional y también la legislación y jurisprudencia europeas al respecto. «El juez debería tener un conocimiento cabal de las líneas jurisprudenciales básicas que, sobre cada derecho en particular, haya ido delineando la jurisprudencia constitucional, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, en su caso, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.»⁵³ Por todo ello es a todas luces insuficiente la importancia asignada al derecho constitucional y a los derechos fundamentales tanto en el concurso de acceso a la carrera de juez como en la Escuela Judicial en España.⁵⁴

51. Véase Rafael Jiménez Asensio, «El acceso a la judicatura en España: evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio», CGPJ, *El acceso a la función judicial. Estudio comparado*, Manuales de Formación Continuada, n.º 13, Madrid, 2004, pp. 165-166.

52. Citado por Perfecto Andrés Ibáñez, «Derecho y justicia en el siglo XXI. Más difícil todavía», *Jueces para la democracia*, n.º 48, 2003, pp. 33 y 30, respectivamente.

53. Véase Rafael Jiménez Asensio, «El acceso a la judicatura en España: evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio», *op. cit.*, p. 173.

54. La preeminencia en materia penal y civil en los temas que constituyen la base del concurso de acceso sobre el derecho constitucional es manifiesta y en

El juez, a su vez, debe conocer la legislación de la Unión Europea y estar preparado para la cooperación judicial internacional, en un contexto donde las relaciones privadas y también las estatales adquieren paulatinamente un mayor nivel de transnacionalidad.

Los jueces españoles deben estar preparados para moverse dentro del espacio judicial europeo. «Dentro del mismo se engloban tanto las iniciativas de promoción del conocimiento mutuo recíproco de los sistemas legales, los programas de medidas de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, los instrumentos internacionales dirigidos a la aproximación de legislaciones sustantivas y procesales, la ejecución y cumplimiento de resoluciones judiciales, como las concretas acciones consistentes en el despacho y ejecución de solicitudes de asistencia entre órganos judiciales.»⁵⁵

Para moverse con soltura en este espacio judicial europeo es necesario manejar ciertas herramientas como el Atlas Judicial Europeo, los formularios de asistencia en la redacción de solicitudes de cooperación judicial o el Prontuario de Auxilio Judicial Internacional.⁵⁶ Todas estas herramientas están disponibles en formato electrónico en las páginas del Consejo General del Poder Judicial y del Ministerio de Justicia españoles, entre otras. Su utilización supone que se está familiarizado con determinadas técnicas informáticas.

El juez español, al ser un juez de la legalidad, debe conocer a fondo las normas del derecho español y decidir de acuerdo con el

la Escuela Judicial se dedican «veinte clases al estudio de las sentencias más representativas dictadas por el Tribunal Constitucional y que pueden afectar a un juez en relación con los derechos fundamentales [...]». Véase «La formación teórico-práctica del juez de ingreso», *El mundo judicial*, n.º 3, junio de 2001. Disponible en Internet, www.apmagistratura.com/apm/deliberación.

55. Véase Javier Parra García, «Instrumentos para facilitar la labor de los operadores jurídicos en materia de cooperación jurídica internacional: Red Judicial Europea en materia civil y mercantil (RJECM), Red Judicial Española (REJUE), Atlas Judicial Europeo, Prontuario de Auxilio Judicial Internacional», *Práctica procesal*, n.º 28, junio de 2006, p. 49.

56. *Ibíd.*, pp. 53 y ss.

sistema de fuentes, a pesar de la inflación legislativa en la que se vive y con todo lo que esto comporta. Sus decisiones sólo estarán justificadas si están conforme con las normas jurídicas y para tomar este tipo de decisiones es necesario que el juez conozca estas últimas. Que el juez español sea un juez de la legalidad supone, además, que tiene el deber de obedecer al derecho y que, por lo tanto, no se puede amparar en su conciencia para no aplicar el derecho que conoce.⁵⁷

Otro de los elementos que contribuye a incrementar la complejidad de la tarea del juez es el problema de la prueba. Como he dicho, el juez se puede enfrentar a una serie de cuestiones de hecho muy diferentes, desde simples acciones individuales a complejos acontecimientos con intrincadas implicaciones técnicas.

Y si bien las cuestiones de prueba se relacionan con las normas jurídicas que las regulan, también están ínsitamente vinculadas con consideraciones acerca de cómo es el mundo. Por eso el juez debe tener una serie de conocimientos técnicos que le permita establecer qué fue lo que acaeció y que motivó el proceso.

Para ello debe contar con conocimientos específicos. Cuanto más específica sea la competencia material del juez, más específicos serán los conocimientos técnicos en materia de hechos que el juez debe tener. Así, sólo por poner ejemplos más que evidentes, un juez que decida en el ámbito penal ha de tener conocimientos en balística o, si decide en cuestiones referentes a lo penal-económico, debe tener conocimientos de contabilidad y sobre cómo funcionan las entidades crediticias. Un juez con competencia en materia de quiebras ha de saber contabilidad, etcétera.

Si el juez desconoce todos estos datos hasta el punto que eso le impida mantener un diálogo con las partes, con los testigos o con los peritos, en materia de pruebas se encontrará a expensas de lo que digan sus peritos. De hecho sus decisiones —acerca de la prueba de los hechos— quedarán en manos de éstos.

57. Francisco de Blasco Gasco, «Sobre la necesidad de formación de los jueces», *Jueces para la democracia*, n.º 38, julio de 2000, p. 20; citando a Rafael de Asis Roig, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Madrid, 1995.

Aquí no se trata de negar la prueba pericial, ni de disminuir su valor probatorio, cuando lo tenga; se trata de tomar los recaudos necesarios para que el juez no quede inerme frente a cuestiones técnicas. Un juez que desconozca lo que es una «transferencia de autoridad» en términos psicológicos no estará en condiciones de saber, al menos en ese punto, si el test psicológico realizado a un menor ha sido llevado a cabo con garantías metodológicas. Su desconocimiento pone en entredicho su capacidad para evaluar dicha prueba.

Los conocimientos que aquí se han señalado son los más elementales y generales que todo juez debe poseer, pero no deben ser considerados como suficientes ni exhaustivos. Cada especialización genera sus propias reclamaciones cognoscitivas.⁵⁸ Además siempre se trata de conocimientos abiertos, que requieren una permanente actualización sobre cuestiones tan distintas como las atinentes a las reformas legislativas o a los cambios jurisprudenciales, o el conocimiento sobre un derecho comunitario e internacional cada vez más cambiante. El juez se debe perfeccionar también continuamente sobre ciertas metodologías judiciales, como dirigir una audiencia, hablar en público, saber escuchar a menores o interrogar correctamente; y estar atento a la realidad social e institucional necesariamente cambiante que le rodea. Al menos así lo manifiesta la intención que tiene la planificación de los cursos para la formación continua de la Escuela Nacional de la Magistratura francesa.⁵⁹

En definitiva, hoy «la profesionalidad exigida no se puede limitar al saber jurídico tradicional. Un juez que —por poner sólo un ejemplo— no sabe leer el balance de una empresa, no tiene la aptitud profesional requerida para verificar el cumplimiento de la ley en el campo económico, nacional e internacional. El juez

58. Enumerar cada una de estas reclamaciones es una tarea ardua e importante al mismo tiempo para diseñar los mecanismos de elección, de especialización y de perfeccionamiento de los jueces. Pero esta tarea excede las posibilidades de este libro, y más si se piensa que desde aquí se aboga por una mayor especialización de la jurisdicción.

59. Véase «Escuela Nacional de la Magistratura», *Poder Judicial*, n.º 68, 2002, pp. 487-488.

actual necesita también una cualificación interdisciplinaria integrada con aportaciones de diferentes sectores de las ciencias y, en general, del saber». ⁶⁰

Así, el juez debe tener los suficientes conocimientos normativos, fácticos y lógicos que le permitan ejercer su profesión adecuadamente. Esto no sólo es algo deseable, sino una exigencia de constitucionalidad. «Las condiciones constitucionales del modelo de selección judicial obligan, a partir de una nueva idea de tecnicidad que sintetice las exigencias de conocimiento normativo con las necesidades de comprensión de los fenómenos sociales, que responda, a la postre, a lo que Cappelletti denominó como la concepción tridimensional del derecho, que permita abarcar la identificación del problema social que la intervención judicial pretende resolver; en segundo lugar, la respuesta o solución normativa aplicable y, por último, las consecuencias o resultados que sobre la sociedad se derivan de la decisión que se adopte.» ⁶¹

Por ello el juez no ha de tener únicamente una sólida formación técnica básica, sino también una sólida formación profesional. Esto implica que debe reflexionar sobre el papel que desempeña el juez en el Estado y en la sociedad y pensar acerca de cuáles son sus deberes morales y las reglas deontológicas que le rigen. Y además tener conciencia de qué esperan los ciudadanos de él.

Y sobre todo el juez ha de ser consciente de sus propios límites, ya que los jueces, al valorar las pruebas, y no únicamente la testifical, por ejemplo, se pueden ver influidos por sus propios prejuicios o concepciones filosóficas, de tal modo que vean sesgadas determinadas apreciaciones de un modo inconsciente. Esto es puramente idiosincrásico. «Un juez, sin darse cuenta de ello, tiene un fuerte sentimiento de antagonismo hacia un testigo porque éste tiene nariz respingona, o un tic facial, o luce una corbata de moño, o usa anteojos, o es pelirrojo, o italiano, o masón

60. Véase Franco Ippolito, «La formación de los magistrados», *op. cit.*, p. 21.

61. Véase J. Hernández García y A. Saiz Arnaiz, «La selección y formación inicial de los jueces en España: algunas reflexiones críticas para un debate necesario (aunque inexistente)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XIII, n.º 568, p. 5.

o católico, o habla con acento sureño. Otro juez, también sin advertirlo, puede tener una predisposición a favor de un testigo que tenga cierta apariencia o peculiaridad. Los jueces, como observadores-de-testigos, son no fungibles y sus singulares reacciones son no transferibles.»⁶²

En ese sentido, los jueces han de adoptar una actitud de autocontención, de serena reflexión para que sus deberes de imparcialidad no se vean afectados. El conocimiento de sí mismos y de sus propios sesgos ideológicos también forman parte del conocimiento profesional exigido.

El juez es, en nuestro sistema jurídico, un profesional del derecho. Esto es, como requisito necesario para ocupar su cargo está el de ser licenciado en Derecho. Ha de ser un egresado de una Facultad de derecho universitaria.⁶³

Uno de los objetivos que tiene una Facultad de Derecho estándar es que sus estudiantes lleguen a «pensar como juristas». Algunos de ellos no lo lograrán jamás. No lo harán aquellos que por alguna razón, más o menos comprensible, abandonan los estudios. Y tampoco lo harán muchos de aquellos que alcanzan su graduación, que incluso trabajan como abogados en despachos profesionales de éxito u ocupan cargos en la magistratura. Seguramente serán capaces de resolver problemas simples, asesorar adecuadamente en los casos usuales y dictar sentencias correctas en los supuestos menos complejos, pero no lo serán de reflexionar acerca de lo que están haciendo exactamente. Aprenden la práctica y la llevan a cabo de una forma plana, pero mantienen una posición vergonzante respecto a la teoría.⁶⁴ Y sin una buena teoría difícilmente se puede mejorar una práctica.

Esta situación se puede agravar, en parte, si se piensa que en los sistemas jurídicos pertenecientes al *civil law* los jueces son escogidos bien por designación de los otros poderes del Estado

62. Véase Jerome Frank, *Derecho e incertidumbre*, trad. cast. de Carlos Bidegain, México, Fontamara, 1993, p. 57.

63. Algo que no sucede en Francia, por ejemplo.

64. Véase Ruggero Aldisert, *Logic for Lawyers*, Nueva York, Clark Boardman Co., 1990, p. 1.

bien por concurso y, por lo tanto, su socialización, su aprendizaje definitivo de la profesión y su especialización se realiza una vez que se ha accedido al cargo. En estos sistemas el reclutamiento de los jueces se suele hacer, por lo general, entre personas jóvenes, recién licenciadas y sin prácticamente ninguna experiencia laboral en materia jurídica. Esto supone un claro déficit en formación y capacitación para el ejercicio de la función jurisdiccional.

Además, en sistemas jurídicos como el español tienden a ser jueces generalistas, ya que en el desarrollo de su oficio suelen ejercer en distintas competencias, civiles, penales, administrativas y en diferentes niveles jerárquicos. Al menos en los primeros años de su oficio suelen cambiar a menudo de destino y, por ese motivo, su formación específica para el cargo que en cada momento ostentan se debilita.⁶⁵

Por esa razón, no sólo es importante la formación inicial de los jueces para ejercer su profesión, sino también la formación continua. Esta formación es relevante para la calidad global de la administración de justicia. «Efectivamente, el papel que desempeñan los jueces en la administración de justicia hace que su funcionamiento dependa de una manera fundamental de su competencia profesional y por lo tanto del modo en que son elegidos. Cualquier mejora que se haga en la organización de los tribunales será insuficiente si los jueces que trabajan en ellos carecen de la necesaria cualificación profesional o de un perfil socio-psicológico adecuado.»⁶⁶

En todo caso, cuando se piensa en la formación del juez habría que recordar las palabras de Luis Jiménez de Asúa, cuando afirmaba que «los problemas penales no pueden seguir manejados por el empirismo y la oratoria» y que «en las pesquisas del delito, en las acusaciones y defensas y en los fallos de los tribunales, se precisa más ciencia y mejor técnica».⁶⁷

65. Véase Carlo Guarnieri, «El acceso a la magistratura: problemas teóricos y análisis comparado», CGPJ, *Manuales de Formación Continuada*, n.º 13, Madrid, 2001, pp. 20 y ss.

66. *Ibid.*, p. 24.

67. Véase Luis Jiménez de Asúa, *Crónica del crimen*, *op. cit.*, pp. 116.

4. Consideraciones finales

La figura del juez raramente ha alcanzado niveles tan elevados de visibilidad como en la actualidad. Las causas de esta visibilidad son diversas. Entre las más importantes figuran las siguientes: el desarrollo de los medios de comunicación, que llegan a amplios sectores de la población y que a menudo tratan temas judiciales, la propia actuación de determinados jueces que buscan cierto protagonismo ante dichos medios, la naturaleza de los procesos judiciales, que hace que su conocimiento tenga interés para los ciudadanos, y el conocimiento de algunas sentencias cuyos contenidos suelen chocar con la moral social. Sin olvidar los errores judiciales que provocan tanta conmoción popular. Además, en el moderno Estado constitucional el juez, según los sistemas jurídicos y de una manera destacable en las instancias judiciales más elevadas, tiene la posibilidad de ejercer el control de constitucionalidad sobre la actuación de los poderes políticos y, en ese sentido, participar indirectamente en el debate institucional sobre el contenido de las políticas estatales; esto provoca que en más de una ocasión se centre la atención pública en la persona del juez y en su papel institucional.

El protagonismo que hoy ha llegado a tener la figura del juez hace que su examen se deba realizar con atención, con minuciosidad y también con cierta cautela.

Ahora bien, cualquier análisis acerca de lo que cabría denominar como «cuestiones judiciales» en general y de la figura del juez en particular debe hacer referencia al «sistema del juez». Esta cuestión no es tan obvia como pudiera parecer a primera vista, ya que incluso en el Estado constitucional se admiten distintas estructuras institucionales y, por lo tanto, diversas formas de entender la función judicial. Y, además, los ajustes que genera la interrelación entre los diferentes deberes del juez establecidos por dicho sistema no suelen ser fáciles. Siempre se debe estar atento para advertir las posibles inconsistencias entre estos deberes, las incompatibilidades entre los objetivos que se persiguieron al sancionarlos o las lagunas existentes.

Por otra parte, se debe tener presente que bajo la superficie del ejercicio de la potestad jurisdiccional subyace una concepción del poder determinada. No es por casualidad que en el Antiguo Régimen, con una concepción autocrática y autoritaria del poder, a los jueces hasta se les prohibiera motivar las sentencias. Si el poder del gobernante no podía ser puesto en duda, tampoco lo podía ser el poder de los jueces que actuaban por delegación de aquél. Y hasta tal punto era así que históricamente es posible encontrar ejemplos donde el sistema jurídico imponía penas de prisión para quien apelara una decisión jurisdiccional y que más tarde su pretensión fuera rechazada por el tribunal de alzada.

Pero la democracia modifica sustancialmente esta concepción del ejercicio del poder. Por una parte, en la democracia es notoria la preocupación por la limitación y control de cualquier instancia de poder y, por la otra, sobre todo a partir de «los ordenamientos constitucionales de la segunda posguerra, cabe registrar una consistente expansión del papel del derecho con la consiguiente ampliación, también, del papel de la jurisdicción».¹

Esta aparente contradicción en el Estado constitucional actual no hace sino reflejar que la democracia trata de establecer una serie de controles recíprocos entre las diferentes estructuras estata-

1. Véase Andrés Ibáñez, P., «Democracia con jueces», *Claves*, n.º 128, diciembre de 2002.

les, a la vez que la positivización de los derechos humanos o fundamentales en textos constitucionales provoca que el aparato judicial se transforme en un árbitro no sólo ya de conflictos individuales, tal como se le viera en el siglo XIX, sino también de desavenencias que exceden ese marco a través del control de constitucionalidad y que lo sumergen de lleno, aunque sea indirectamente y como legislador negativo, en el diseño de la sociedad. Hoy muchos de los deberes del juez que son receptados en el «sistema del juez» responden al paso del juez del siglo XIX al juez actual. Y nunca está de más subrayar que estos deberes se imponen al juzgador en garantía de los derechos del justiciable, y que así se deben entender e interpretar.

De ese modo, el juez se transforma en un agente que pone límites al poder político y a la acción de los particulares cuando intentan invadir el ámbito de los derechos de los ciudadanos. Por ello, entre otras consideraciones se suele decir que el juez actual es un juez constitucional.

Pero el juez actual también es un juez de la legalidad, entendida ésta tanto desde una perspectiva formal como material; y de acuerdo con el diseño institucional, ha de resolver los conflictos que llegan a su conocimiento reconociendo una línea divisoria entre lo decidible políticamente y lo que corresponde de manera exclusiva a la función judicial. De ahí que los jueces tengan el deber de decidir en todos los casos conforme a derecho y que deban motivar sus decisiones.

Esta (¿aparente?) tensión entre ser juez de la Constitución y juez sometido a la ley tal vez no tenga una fácil solución. Ya hemos dicho, además, que a veces los deberes impuestos al juzgador por el «sistema del juez» son de imposible cumplimiento coetáneo. Obsérvese el caso de una laguna normativa, según el conocido análisis efectuado por Alchourrón y Bulygin. En este supuesto, si el juez decide el caso de laguna cumpliendo con su obligación de decidir en todos los casos que se le presentan en su jurisdicción y que son de su competencia, no puede cumplir con la obligación de hacerlo conforme a derecho por la inexistencia de norma aplicable, dado la definición de laguna normativa. Por el contrario, si se abstiene de resolver el caso porque no

existe una norma preexistente aplicable, resuelve conforme a la obligación de fundar en derecho sus decisiones, pero incumple su deber de resolver en todos los casos.²

Por otra parte, la discrecionalidad que tienen los jueces en el ejercicio de sus funciones introduce un elemento en alguna medida distorsionante del esquema institucional, ya que, favorecido por la estructura propia del lenguaje jurídico o por la técnica legislativa utilizada, los límites materiales entre lo decidible políticamente y lo justiciable y entre lo que es conforme a derecho y no lo es se vuelven tenues al depender de la particular visión del juzgador.

Naturalmente, desde el punto de vista formal alguien podría aducir que la actuación discrecional, sea administrativa, legislativa o judicial, siempre se mueve dentro del ámbito de la legalidad y que, por definición, su límite externo es la arbitrariedad.³ Pero aun aceptando esa precisión no se podría dejar de reconocer que en contextos de gran discrecionalidad y también por definición, el límite material entre discrecionalidad y arbitrariedad admite desplazamientos que provocan que los trazados de la línea divisoria entre ambos dependan de la figura del juzgador de turno más que de cualquiera otra consideración. Esto otorga a la persona del juez un lugar ciertamente determinante en el contexto jurídico.

Sólo debemos dirigir una mirada hacia el problema de la prueba para mostrar esta afirmación. Si el derecho se quiere transformar, efectivamente, en un instrumento que dirija la conducta humana, las sentencias han de hacer referencia al hecho históricamente acaecido que causa el litigio; es necesario que los enunciados fácticos que aparecen en la motivación acerca de los hechos sean verdaderos. Sin embargo, dice Michele Taruffo, «esto implica, por parte del juez, una serie de decisiones y elecciones que en gran medida son discrecionales y no están directa y rigurosa-

2. Véase C. Alchourrón y E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., pp. 214 y ss.

3. Véase Alejandro Nieto, *El arbitrio judicial*, op. cit., p. 358. Tal como señala el profesor Nieto, éste es uno de los sentidos de la arbitrariedad.

mente determinadas por normas jurídicas, en particular respecto a la relevancia de las pruebas, la credibilidad de medios de prueba (por ejemplo de los testigos), la valoración de la aceptabilidad de cada prueba concreta, la valoración conjunta de todas las pruebas disponibles y, por último, el juicio final sobre la verdad o falsedad de los hechos».⁴

En la medida en que los jueces tengan discrecionalidad, los cauces para que el juez traslade sus preferencias idiosincrásicas a sus decisiones permanecen, en mayor o menor sentido, abiertos. «A despecho de las cautelas que tome al efecto el juez [en la motivación], es casi imposible evitar que en el discurso jurídico se le deslicen expresiones que reflejan su ideología, su cultura, su conciencia institucional o corporativa o sus prejuicios, de tal suerte que un lector experimentado —sin necesidad de ser un psicólogo profesional— puede acceder a los rincones ocultos de la personalidad del juez que éste no ha pretendido desvelar pero que ilumina indirectamente, como también puede reconstruir a veces con estos datos la estructura psicológica del juez y las causas reales de la sentencia. Cuando en la motivación se califica, a la homosexualidad de enfermedad, por ejemplo, o se alude a la “única religión verdadera”, el juez, aun sin proponérselo, está realizando un autorretrato ideológico que probablemente contribuya de manera eficaz a la inteligencia del discurso motivador y a la explicación de la parte dispositiva. Aquí se ve muy claro que el tribunal ha bajado por un momento la guardia dejando al descubierto un punto vulnerable; quien así piensa sobre las condiciones sexuales, es lógico que decida como realmente lo hizo.»⁵

Si esto es así, la persona que ocupa el cargo de juez desempeña un papel importante para resolver, al menos, un tipo determinado de casos. Esto comportaría que las decisiones judiciales pudieran ser diferentes en casos similares, ya que dependerían de aspectos personales del juzgador. Para evitar esta desagradable consecuencia que infringiría, entre otros derechos, el de igualdad ante la ley y el de la tutela judicial efectiva, existen diversos me-

4. Véase Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, op. cit., p. 521.

5. Véase Alejandro Nieto, *El arbitrio judicial*, op. cit., p. 161.

canismos. Éstos no eliminan obviamente dicho problema, sino que contribuyen a restringir las posibilidades de que el juez vier-ta en el proceso y en el fallo judiciales sus apreciaciones y puntos de vista personales.

El primero de estos recursos es la exigencia de la motivación de las decisiones judiciales, a la que ya hice referencia en capítulos anteriores. Como se explicó en este libro, la exigencia constitucional de que las decisiones judiciales han de ser motivadas implica que éstas deben estar justificadas, esto es, han de estar avaladas por razones.

Afirmar que la justificación de una sentencia, tomada como paradigma de una decisión jurisdiccional, deba estar justificada tanto interna como externamente, forma parte de una teoría del derecho «estándar». Y también que esta última, la justificación externa, lo debe ser desde un punto de vista normativo y fáctico.

En capítulos precedentes se ha puesto de manifiesto los escollos que se deben superar para que los jueces justifiquen adecuadamente sus decisiones: problemas de interpretación y de aplicación en materias normativas, cuestiones de prueba y de sus límites epistémicos y normativos en cuestiones fácticas.

La finalidad de la motivación es tanto endoprocesal como extraprocesal, como nos recuerda Michele Taruffo. Desde el punto de vista endoprocesal, la motivación trata de evitar la arbitrariedad, ofrece razones a las partes que participaron en el proceso y facilita el control de la actividad jurisdiccional al dotar de argumentos para los recursos. Desde una perspectiva extraprocesal, la motivación de las decisiones jurisdicciones es una muestra de la responsabilidad del juez que ofrece las explicaciones y razones de su decisión y cumple a su vez una tarea de pedagogía social, contribuyendo así a aumentar la confianza del ciudadano. Y sobre todo, la motivación señala la sumisión del juez a la Constitución y a la ley. Como afirma el Tribunal Constitucional, «si bien la razón última que sustenta este deber de motivación, en tanto que obligación de exteriorizar el fundamento de la decisión, reside en la interdicción de la arbitrariedad y, por lo tanto, en la necesidad de evidenciar que el fallo de la resolución no es un sim-

ple y arbitrario acto de voluntad del juzgador en ejercicio de un rechazable absolutismo judicial, sino una decisión razonada en términos de derecho».⁶

Pero todas estas funciones de la motivación, y otras más que pudieran surgir, no se podrían cumplir si las decisiones judiciales no se expresan en un lenguaje inteligible, claro y preciso. A veces los jueces hacen gala de un estilo lingüístico enrevesado, barroco y confuso. La exigencia de que las sentencias sean concisas, claras y precisas, respondiendo a las reglas de la lengua ordinaria en la que se expresan, no tiene una finalidad estética, sino que es una exigencia constitucional.

Pero en la tarea de tomar decisiones jurisdiccionales motivadamente los jueces no están exentos de cometer errores. Hoy parece que el hecho de que los jueces se equivocan es algo universalmente aceptado en nuestra cultura jurídica. Para que una decisión sea errónea tiene que haber una, o varias, que sea(n) correcta(s) y que le sirva(n) de referencia. Pero no toda decisión equivocada es indemnizable por el Estado. Por eso aquí se distinguió entre un sentido amplio y un sentido restringido de error judicial.

Y no todo error judicial puede ser imputado al juez. La maquinaria estatal exime a veces a los jueces de responsabilidad por sus acciones.

La distinción entre qué tipos de errores son o no atribuibles al juez es importante en la medida que permite advertir qué formación, inicial y continua, es necesaria para que los jueces puedan desarrollar adecuadamente su labor. Si los jueces son profesionales del derecho han de ser técnicos cuyos conocimientos les permitan desarrollar su trabajo sin cometer errores, o con los mínimos errores posibles.

Guiados por ese supuesto se mostró cuáles son los conocimientos más básicos que cualquier juez debería tener. Pero esto no es suficiente. El juez ha de tener, respecto a los ámbitos competenciales donde ejerce la jurisdicción, unos conocimientos específicos.

6. STC, 131/2000, de 16 de mayo.

En un mundo donde la técnica impone una especialización cada vez mayor, la respuesta del poder judicial también ha de ser estructurarse a través de una fragmentación competencial cada vez mayor. Urge la especialización de los jueces. Y no sólo, como se pudo apreciar, respecto al conocimiento normativo, sino también respecto al conocimiento de los hechos. Un juez del siglo XXI no puede ser un juez generalista como lo era en el siglo XIX; debe ser un juez altamente especializado.

El segundo elemento que contribuiría a que las decisiones judiciales se uniformicen es la dogmática jurídica, que con sus descripciones de los significados de las palabras de la ley en los casos claros y sus recomendaciones de soluciones en los casos en donde el texto de la ley requiere que se adscriban ciertos significados evitando otros disminuye la posibilidad de que el juez decida en consideración a prejuicios personales y en contra de los criterios sostenidos por la comunidad científica.⁷ El tercer elemento es la obligación que se impone a los jueces inferiores de seguir la jurisprudencia de las instancias superiores bajo determinados supuestos.⁸ El cuarto es la propia profesión de juez y la moral profesional correspondiente, que actúan como estructuras de contención frente a los impulsos personales del juzgador.

En efecto, el ideal profesional haría que los jueces se esforzaran por alcanzar altas cotas de conocimientos científicos y técnicos. La formación permanente y la actualización de los conocimientos es una exigencia ineludible del buen profesional. Esto haría que el juez no sólo conociera «el estado de la cuestión» de las áreas de su competencia en cada momento, sino que se enfrentara a sus propias actitudes y creencias con un bagaje intelectual más refinado. Un juez intelectualmente mejor preparado es un juez menos proclive a imponer sus prejuicios en las decisiones que tome.

Hasta qué punto estos mecanismos dirigidos a evitar que hayan sentencias judiciales excesivamente disímiles respecto a los

7. Para un análisis de las funciones de la dogmática jurídica véase A. Calsamiglia, *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel, 1986.

8. Esto depende por completo de los sistemas jurídicos concretos.

mismos casos en un sistema jurídico dado y en un tiempo determinado pueden chocar con la debida independencia e imparcialidad que deben regir la actuación judicial y la autonomía profesional del juez es algo que no dilucidaré aquí en detalle. Eso dependerá de los arreglos institucionales a los que se llegue. Pero, de todos modos, no conviene olvidar que la moral individual del juez siempre desempeñará un papel de importancia distinta, según cada caso, en sus decisiones.

Además, todos estos criterios uniformadores contribuyen a generar la necesaria confianza del ciudadano en sus magistrados. «Esta idea de confianza en los tribunales será, sin duda, capital en la configuración del derecho al juez imparcial, aunque sus potencialidades tampoco han servido para estimar la vulneración del derecho en aquellas ocasiones en que la nota de confianza ha mostrado claros signos de desfallecimiento. Pues tal como se verá de inmediato, esta confianza en los tribunales está imbricada de forma plena con las apreciaciones y temores que un ciudadano, en su fuero interno, pueda tener en torno a la presunta parcialidad de quien lo juzga, lo cual conduce siempre al difícil punto de considerar en qué casos tales temores son fundados, o por emplear las palabras de la sentencia en el caso Piersack, en qué momento se acredita que existen razones legítimas que deban conducir a la abstención del juzgador; pues al fin y a la postre, quien aprecia en primer lugar esas razones no es otro que quien debe juzgar.»⁹ La idea de profesión judicial y el propio comportamiento como profesional del derecho del juez promocionan la confianza en la justicia.

Hasta aquí la caracterización de la labor judicial considerada como el ejercicio de una profesión. Hoy al juez ya no se le puede considerar como un misionero o como una persona dotada de cualidades cuasisacerdotales que capta de forma prerracional, en un instante, cuál es la decisión justa que debe alcanzar en un determinado caso. El juez es un profesional del derecho.

9. Véase Rafael Jiménez Asensio, *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, op. cit., p. 188.

Esta caracterización no es irrelevante. Como profesional, el juez contrae muchos compromisos. Algunos conciernen a la práctica científica y técnica que implica el ejercicio de cualquier profesión. Otros a los objetivos sociales que tiene su profesión. Y no pocos están vinculados a su propio comportamiento, incluso en ámbitos no judiciales: «El judicial no responde, obviamente, a la tópica imagen de poder bueno *per se* que durante tanto tiempo ha difundido de sí mismo. Está sujeto a idénticos riesgos de degradación que el ejercicio por cualesquiera otra instancia y toda su bondad posible depende del juego eficaz de las garantías, que son formas institucionalizadas de legítima desconfianza frente al juez. Por tanto, es claro que sin garantías procesales —que a su vez presuponen las orgánicas— no hay ejercicio del poder judicial constitucionalmente aceptable. Del mismo modo que sin un poder judicial que ocupe el espacio que la Constitución le asigna no podrá haber democracia efectiva, es decir, de sujetos con derechos».¹⁰

10. Véase Perfecto Andrés Ibáñez, «Democracia con jueces», *op. cit.*

Bibliografía

- Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable*, trad. cast. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, CEC, 1991.
- Abel Lluch, Xavier, «Reflexiones sobre la iniciativa probatoria del juez civil», en Xavier Abel Lluch y Joan Picó i Junoy (comps.), *Problemas actuales de la prueba civil*, Barcelona, Bosch, 2005.
- Abel Lluch, Xavier y Joan Picó i Junoy (comps.), *Problemas actuales de la prueba civil*, Barcelona, Bosch, 2005.
- Aisa Moreu, Diego, *El razonamiento inductivo en la ciencia y en la prueba judicial*, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1977.
- Alcaraz Varó, Enrique y Brian Hughes, *El español jurídico*, Barcelona, Ariel, 2002.
- Alchourrón C. y E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974.
- *Análisis lógico y derecho*, Madrid, CEC, 1991.
- Aldisert, R., *Logic for lawyers*, Nueva York, Clark Boardman, 1990.
- Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos fundamentales*, trad. cast. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2005.
- Almagro Nosete, José, *Responsabilidad judicial*, Córdoba, El Almenadro, 1984.
- Alonso-Quecuty, María, «Psicología forense experimental: el testigo deshonesto», en Jorge Sobral y otros, *Manual de psicología jurídica*, Barcelona, Paidós, 1994.
- Andrés Ibáñez, Perfecto, *Justicia/Conflicto*, Madrid, Tecnos, 1988.
- «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», *DOXA*, n.º 12, 1992.
- (ed.), *La experiencia jurisdiccional: del Estado legislativo de derecho al Estado constitucional de derecho*, Madrid, Cuadernos de derecho judicial, CGPJ, 1999.

- «Sentencia penal: formación de los hechos, un análisis de un caso e indicaciones prácticas de redacción», *Revista del Poder Judicial*, n.º 57, 2000.
- «Democracia con jueces», *CLAVES*, n.º 128, diciembre de 2002.
- «Derecho y justicia en el siglo XXI. Más difícil todavía», *Jueces para la democracia*, n.º 48, 2003.
- Andrés Ibáñez, P. y C. Movilla Álvarez, *El Poder Judicial*, Madrid, Tecnos, 1986.
- Aragoneses Martínez, Sara y otros, *Cien cuestiones controvertidas sobre la prueba en el proceso civil*, Madrid, Colex, 2004.
- Atienza, Manuel, «¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?», *La crisis del derecho y sus alternativas*, CGPJ, 1995.
- *Cuestiones judiciales*, México, Fontamara, 2001.
- *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.
- Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel, 2004.
- Atria, Fernando y otros, *Lagunas del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- Bacigalupo, Enrique, *La técnica de resolución de casos penales*, Madrid, Colex, 1995.
- Barreiro, Alberto Jorge, «La motivación en la individualización judicial de la pena», *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, Cuadernos de formación continuada, n.º 4, CGPJ, 1999.
- Bayo Delgado, Joaquín, «La formación básica del ciudadano y el mundo del derecho. Crítica lingüística del lenguaje judicial», *Revista de Llengua i Dret*, n.º 25, julio de 1996.
- «El lenguaje forense: estructura y estilo», *Estudios de derecho judicial*, CGPJ, 2000.
- Betegón, Jerónimo, Marina Gascón, Juan Ramón de Páramo y Luis Prieto, *Lecciones de teoría del derecho*, Madrid, McGraw Hill, 1997.
- Blasco Gasco, Francisco, «Sobre la necesidad de formación de los jueces», *Jueces para la democracia*, n.º 38, 2000.
- Brlmayer, Lea, «Wobble, or Death of Error», *Southern California Law Review*, vol. 59, 1986.
- Bulygin, Eugenio, «Sentencia judicial y creación del derecho, en C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, CEC, 1991.
- «Dogmática jurídica y sistematización del derecho», en C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, CEC, 1991.

- Bunge, Mario, *La investigación científica*, trad. cast. de M. Sacristán, Barcelona, Ariel, 1969.
- *La ciencia. Su método y su filosofía*, Buenos Aires, Ediciones Siglo XX, 1981.
- *Epistemología*, Barcelona, Ariel, 1990.
- Cabañas García, Juan Carlos, *La valoración de la prueba y su control en el proceso civil*, Madrid, Trivium, 1992.
- Calvo Cabello, José Luis, «La valoración de la prueba en el juicio oral», en Joaquín Delgado García (dir.), *La prueba en el proceso penal*, Madrid, CGPJ, 1996.
- Calsamiglia, Alberto, *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel, 1986.
- Carrió, Genaro, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1967.
- *Cómo estudiar y argumentar un caso*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987.
- Casares, Julio, *Diccionario ideológico de la lengua castellana*, Barcelona, Gustavo Gili, 1990.
- Castellón Alcalá, Heraclia, *El lenguaje administrativo. Formas y usos*, Granada, La Vela 2000.
- Colomer Hernández, Ignacio, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003.
- Copi, Irving, *Introducción a la lógica*, trad. cast. de Héctor Migues, Buenos Aires, Eudeba, 1987.
- Couture, Eduardo, *Estudios de derecho procesal civil*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1989.
- Culp Davis, Kenneth, *Discretionary Justice. A Preliminary Inquiry*, University of Illinois Press, 1969.
- Curie, David, «Separating Judicial Power», *Law and Contemporary Problems*, vol. 61, n.º 3, 1998.
- Damaska, Mirjain, *Las caras de la justicia y el poder del Estado*, trad. cast. de Andrea Morales Vidal, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1986.
- Delgado García, Joaquín (dir.), *La prueba en el proceso penal*, Madrid, CGPJ, 1996.
- De Blasco Gasco, Francisco, «Sobre la necesidad de formación de los jueces», *Jueces para la democracia*, n.º 38, julio de 2000.
- De la Oliva, Andrés y M. Fernández, *Derecho procesal civil, II*, Madrid, Editorial del Centro de Estudios Ramón Areces, 1996.

- De Miguel, Elena, «El texto jurídico-administrativo: análisis de una orden ministerial», *Círculo*, n.º 4, noviembre de 2000. También disponible en Internet.
- De Otto, Ignacio, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989.
- De Prieto de Pedro, Jesús, *Lenguas, lenguaje y derecho*, Madrid, Civitas, 1991.
- Díez José y C. Ulises Moulines, *Fundamentos de filosofía de la ciencia*. Barcelona, Ariel, 1997.
- Díez-Picazo, Luis María, *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Madrid, Civitas, 1991.
- Döhring, Erich, *La prueba. Su práctica y su apreciación*, trad. cast. de Tomás Banzahp, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986.
- Duarte, Carles y Anna Martínez, *El lenguaje jurídico*, Buenos Aires, A-Z Editora, 1995.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. cast. de M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984.
- Esteban Delgado del Rincón, Luis, *Constitución, Poder Judicial y responsabilidad*, Madrid, CEPC, 2002.
- Etxebarría Arostegui, Maitena, «El lenguaje jurídico-administrativo: propuestas para su modernización y normalización», *Revista española de lingüística*, vol. 27, n.º 2, 1997.
- Etxebarría Guridi, José Fco., *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003.
- Ezquiaga Ganuzas, Javier, *La argumentación de la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*, México, Trife, 2006.
- *Iura Novit Curia y la aplicación judicial del derecho*, Valladolid, Lex Nova, 2000.
- Fernández Rodríguez, Tomás, «Principios y reglas: la discrecionalidad administrativa y la judicial», en Perfecto Andrés Ibáñez (ed.), *La experiencia jurisdiccional: del Estado legislativo de derecho al Estado constitucional de derecho*, Madrid, Cuadernos de derecho judicial, CGPJ, 1999.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, trad. cast. de P. Andrés y otros, Madrid, Trotta, 4.ª ed., 2000.
- Ferrer Beltrán, Jordi, *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- Ferrer Beltrán, M. Gascón, D. González Lagier y M. Taruffo, *Estudios sobre la prueba*, México, UNAM, 2006.

- Font i Segura, Albert, «La competencia de los tribunales españoles en material de contratos internacionales», *Revista jurídica de Catalunya*, n.º 2, 2006.
- Frank, Jerome, *Derecho e incertidumbre*, trad. cast. de Carlos Bidegain, México, Fontamara, 1993.
- Gálvez Muñoz, Luis, *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales*, Madrid, Aranzadi, 2003.
- García Amado, Juan, «Sobre el modo de conocer el derecho», *DOXA*, n.º 11, 1992.
- García Figueroa, Alfonso, «De lo que el derecho dice a los jueces», *Jueces para la democracia*, n.º 36, noviembre de 1999.
- García Manzano, Pablo, «Responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de justicia», *Poder Judicial*, n.º esp. V, 1986.
- Gascón, Marina, *Los hechos en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- Gascón, Marina y Alfonso García Figueroa, *La argumentación en el derecho*, Lima, 2.ª ed., 2005.
- Gimbernat Ordeig, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1999.
- Gimeno Sendra V., *Constitución y proceso*, Madrid, Tecnos, 1988.
- Gimeno Sendra V. y otros, *Los procesos penales*, t. 1, Barcelona, Bosch 2000.
- Goded Miranda, Manuel, «La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia», *El Poder Judicial*, vol. 1. Madrid, Instituto de Estudios fiscales, 1983.
- Gold, Victor, «Jury Wobble: Judicial Tolerance of Jury Inferential Error», *Southern California Law Review*, vol. 59, 1986.
- González-Cuellar García, Antonio, «Formación y perfeccionamiento de Jueces y Magistrados», *Poder judicial*, n.º esp. V, 1986.
- González Lagier, Daniel, «Hechos y argumentos», *Jueces para la democracia*, n.º 46, marzo de 2003.
- *Quaestio Facti. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción*, Bogotá, Temis, 2005.
- Guarnieri, Carlo, «El acceso a la magistratura: problemas teóricos y análisis comparado», *Manuales de formación continuada*, n.º 13, Madrid, CGPJ, 2001.
- Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. cast. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, Porrúa, 2004.
- *Distinguiendo*, trad. cast. de Jordi Ferrer, Barcelona, Gedisa, 2003.

- Hart, Herbert, *El concepto de derecho*, trad. cast. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeleto-Perrot, 1963.
- Hernández García J. y A. Saíz Arnaiz, «La selección y formación inicial de jueces en España: algunas reflexiones críticas para un debate necesario (aunque inexistente)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XIII, n.º 568.
- Hernández Marín, Rafael, *Las obligaciones básicas de los jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- Hernández Martín, Valeriano y otros, *El error judicial. Procedimientos para su declaración e indemnización*, Madrid, Civitas, 1994.
- Igartua Salaverría, Juan, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Madrid, CEPC, 2003.
- Iglesias, Marisa, *El problema de la discreción judicial.*, Madrid, CEPC, 1999.
- Illescas Rus, Ángel, *La prueba pericial en la ley 1/2000, de enjuiciamiento civil*, Madrid, Aranzadi, 2002.
- Ingram, Peter, «Procedural Equality», en S. Guest y A. Milne (eds.), *Equality and Discrimination: Essays in Freedom and Justice*, Stuttgart, Franz S. Verlag, 1985.
- Ippolito, Franco, «La formación de los magistrados», *Jueces para la democracia*, n.º 50, 2004.
- Jiménez Asensio, Rafael, *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, Madrid, Aranzadi, 2002.
- «Abogados y jueces», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 439, 2000.
- «El acceso a la judicatura en España: evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio», *El acceso a la función judicial. Estudio comparado*, Manuales de formación continuada, n.º 13, Madrid, CGPJ.
- Jiménez de Asúa, Luis, *Crónicas del crimen*, La Habana, Jesús Montero Editor, 1950.
- Klimosvky, Gregorio, *Las desventuras del conocimiento científico*, Buenos Aires, A-Z Editores, 1955.
- Laporta, Francisco, «La creación judicial y el concepto de derecho implícito», *Revista Jurídica. Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 6, 2002.
- Larkins, Christopher, «Judicial Independence and Democratization: A Theoretical and Conceptual Analysis», *The American Journal of Comparative Law*, vol. XLIV, n.º 4, 1996.
- Lázaro Carreter, Fernando, «El idioma del periodismo, ¿lengua especial?», en Pedro García Domínguez y Alberto Gómez Font (comps.),

- El idioma español en las agencias de prensa*, Madrid, Fundación Germán Sánchez Ruipérez, 1990.
- «El lenguaje periodístico, entre el literario, el administrativo y el vulgar», en F. Lázaro Carreter y otros, *Lenguaje en periodismo escrito*, Madrid, Fundación Juan March, 1977.
- Lifante, Isabel, «Dos conceptos de discrecionalidad jurídica», *DOXA*, n.º 25, 2002.
- Llewellyn, K. N., *Belleza y estilo en el derecho*, trad. cast. de José Puig Brutau, Barcelona, Bosch, 1953.
- López de Sancho Sánchez, José y Esther Nieto Moreno, «El lenguaje forense. Análisis pragmático del acto comunicativo judicial», *Lenguaje forense. Estudios de derecho judicial*, n.º 32, 2000.
- López Miró, Horacio G., *Probar o sucumbir. Los tres grados del convencimiento judicial y la regla procesal del onus probandi*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.
- Malem Seña, Jorge F., *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona, Gedisa, 2002.
- Martín Rebollo, Luis, *Jueces y responsabilidad del Estado*, Madrid, CEC, 1983.
- Mellinkoff, David, *The Language of the Law*, Boston, Little Brown and Co., 1990.
- Mendonca, Daniel, «Errores judiciales», *Cuadernos de derecho público*, n.º 4, mayo-agosto de 1998.
- *Las claves del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2000.
- Montero Aroca, Juan, *Responsabilidad civil del juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial*, Madrid, Tecnos, 1988.
- *La prueba en el proceso civil*, Madrid, Civitas, 1996.
- Moreso Mateos, José Juan, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, CEC, 1997.
- «Notas sobre filosofía analítica y hermenéutica», en Lucia Triolo (comp.), *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, Turín, Giappichelli, 2001.
- *Lógica, argumentación e interpretación del derecho*, Barcelona, UOC, 2005.
- Moreso Mateos, José Juan y Pablo Navarro, «Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas», *Isonomía*, n.º 5, octubre de 1996.
- Moreso Mateos, José Juan y José M^a Vilajosana, *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- Muñoz Conde, Francisco, «La búsqueda de la verdad en el proceso penal», *Revista de derecho y proceso penal*, n.º 1, 1999.

- Navarro, Pablo, «Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho», *DOXA*, n.º 14, 1993.
- *Los límites del derecho*, Bogotá, Temis, 2005.
- Nieto, A., *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000.
- Nino, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 1983.
- Ortells Ramos, Manuel, «Origen histórico del deber de motivar las sentencias», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, n.º 4, 1977.
- Pardo, María Laura, *Derecho y lingüística. Cómo se juzga con palabras. Análisis lingüístico de sentencias judiciales*, 2.ª ed., Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión, 1996.
- Parra García, Javier, «Instrumentos para facilitar la labor de los operadores jurídicos en materia de cooperación jurídica internacional: Red Judicial europea en Materia Civil y Mercantil (RJECM), Red Judicial Española (REJUE), Atlas Judicial Europeo, Prontuario de Auxilio Judicial Internacional», *Práctica procesal*, n.º 28, 2006.
- Picó i Junoy, Joan, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 1996.
- *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, Bosch, 1997.
- Prieto Sanchís, Luis, «El juicio de ponderación constitucional», en Francisco Laporta (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, CEPC, 2003.
- Quintero Olivares, Gonzalo, «Delitos contra la administración de justicia», en G. Quintero Olivares y José Valle Muñiz (comps.), *Comentario a la parte especial del Código Penal*, Madrid, Aranzadi, 2007.
- Redondo, Cristina, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid, CEC, 1996.
- Ricós Vidal, Amparo, «La pasiva con se agentiva en los textos jurídico-administrativos: su incidencia pragmática», *Hesperia. Anuario de Filología Hispánica*, n.º 1, 1998.
- Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. cast. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1974.
- Ruiz Manero, Juan, «Algunas concepciones del derecho y sus lagunas», en Fernando Atria y otros, *Lagunas en el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- Ruiz Rico, Juan, *El sexo de sus señorías*, Madrid, Temas de Hoy, 1991.
- Sánchez Moreno, María del Carmen, *Aproximación al lenguaje jurídico*, Padua, Cleup Editrice, 1996.

- Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio, «Motivación de las sentencias penales», *Poder Judicial*, n.º esp. XI, 1987.
- Simon, D., *La independencia del juez*, trad. cast. de C. Ximénez-Carri-
llo, Barcelona, Ariel, 1985.
- Sobral, Jorge y otros, *Manual de psicología jurídica*, Barcelona, Paidós,
1994.
- Solan, Lawrence, *The Language of Judges*, The University of Chicago
Press, 1993.
- Stein, Friederich, *El conocimiento privado del juez*, trad. cast. de An-
drés de la Oliva, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.
- Tarello, Giovanni, *L'interpretazione delle legge*, Milán, Guiffrè, 1980.
- Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, trad. cast. de Jordi Ferrer,
Madrid, Trotta, 2002.
- «Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba», *Discusio-
nes*, año III, n.º 3, 2003.
- «Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad»,
Discusiones, n.º 3, 2003.
- «Conocimiento científico y estándares de prueba judicial», *Jueces
para la democracia*, n.º 52, 2005.
- «La prueba científica en el proceso civil», en Jordi Ferrer y otros,
Estudios sobre la prueba, México, UNAM, 2006.
- Vernengo, Roberto, *La interpretación jurídica*, México, UNAM, 1977.
- von Wright, Georg, *Norma y acción*, trad. cast. de P. García Ferrero,
Madrid, Tecnos, 1979.
- Weston, Anthony, *Las claves de la argumentación*, trad. cast. de Jorge
Malem, Barcelona, Ariel, 1994.
- Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación
jurídica*, trad. cast. de A. Azurza, Madrid, Civitas, 1985.
- *Sentido y hecho en el derecho*, trad. cast. de Francisco Ezquiaga Ga-
nuzas y Juan Igartua Salaverría, México, Fontamara, 2001.

CLA•DE•MA
Filosofía del Derecho

Colección dirigida por
Ernesto Garzón Valdés y Jorge F. Malem Seña

En la actualidad, la filosofía del derecho ya no es un discurso hermético y reservado a los especialistas de cada una de sus parcelas. Además, las modernas herramientas de análisis no sólo abren nuevos accesos metodológicos a los juristas mismos, sino que inciden también en cuestiones que afectan las responsabilidades acerca de toda nuestra civilización, como son las transgresiones de los derechos humanos o la desproporción entre el crecimiento de la riqueza y su necesaria distribución. La colección pretende contribuir al debate que se está desarrollando en la Filosofía del derecho en el ámbito de lengua castellana con la publicación de obras y recopilaciones de ensayos de autores internacionales, cuyos planteamientos merecen una mayor difusión en nuestra área cultural. La intención es ofrecer un panorama lo más amplio posible y dar preferencia a propuestas abiertas a la discusión teórica más que presentar soluciones definitivas.

JORGE F. MALEM SEÑA *La corrupción*

JORGE F. MALEM SEÑA *Globalización, comercio internacional y corrupción*

ROBERT MCKIM Y *La moral del nacionalismo*
JEFF MCMAHAM (compiladores) Volumen I

ROBERT MCKIM Y *La moral del nacionalismo*
JEFF MCMAHAM (comp.) Volumen II

TOM CAMPBELL *La Justicia*

PABLO E. NAVARRO *La relevancia del derecho*
Y MARÍA CRISTINA REDONDO Ensayos de filosofía jurídica, moral
(compiladores) y política

JOSEPH RAZ *La ética en el ámbito público*

THOMAS NAGEL *La última palabra*

ANDREI MARMOR *Interpretación y teoría del derecho*

REX MARTIN *Un sistema de derechos*

DANIEL MENDONCA *Las claves del derecho*

AULIS AARNIO, *La normatividad del derecho*
ERNESTO GARZÓN VALDÉS
Y JYRKY UUSITALO (compiladores)

MICHAEL J. SANDEL *El liberalismo y los límites de la justicia*

BRIAN BARRY *Teorías de la justicia*



gedisa

