



# JUSTICIA & Razón

VOLUMEN II NÚMERO 1

FEBERO/ABRIL 2006

ISSN: 1991-5292

EL FENÓMENO DE LA  
VIOLENCIA DOMÉSTICA

SARAH AETAGRACIA VERAS ALMÁNzar

LA TEORÍA DE LA  
ARGUMENTACIÓN JURÍDICA  
COMO UN NUEVO ENFOQUE  
DEL DERECHO APLICADO  
A LA ACTIVIDAD JUDICIAL

JUAN CARLOS SOCORRO MARRERO

ÉTICA JUDICIAL:

EL PARADIGMA DEL BUEN JUEZ

IGNACIO SANCHO GARGALLO

MANEJO DE LAS TÉCNICAS DE LOS  
INTERROGATORIOS DIRECTO Y  
CONTRAIINTERROGATORIO EN EL  
PROCESO PENAL DOMINICANO

ESTHER AGELÁN CASASNOVAS



ESCUELA NACIONAL  
DE LA JUDICATURA

República Dominicana

# JUSTICIA & Razón

VOLUMEN II NÚMERO 1

FEBRERO - ABRIL 2006

ISSN: 1991-5292

Impreso en Santo Domingo  
Una publicación de la  
Escuela Nacional de la Judicatura.  
República Dominicana.  
Hecho el depósito de ley.

Portada:  
Vega Grupo Creativo  
Diagramación:  
Vega Grupo Creativo  
Corrección:  
Juan Manuel Prida

INDICE

4

## EL FENÓMENO DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

SARAH ALTAGRACIA VERAS ALMANZAR

SARAVERAS@HOTMAIL.COM

ABUSO DEL ESPIONAJE

ABUSO DEL NINOTERAPIA

VIOLENCIA FAMILIAR

MALTRATO

8

## LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA COMO UN NUEVO ENFOQUE DEL DERECHO APLICADO A LA ACTIVIDAD JUDICIAL

JUAN CARLOS SOCORRO MARRERO

JUEZSOCORO@YAHOO.ES

RAZONAMIENTO

ENFOQUE

MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES

ACTIVIDAD JUDICIAL

30

## ÉTICA JUDICIAL: EL PARADIGMA DEL BUEN JUEZ

IGNACIO SANCHO GARGALLO

IGNACIO.SANCHO@UPF.EDU

INTEGRIDAD

COMPORTAMIENTOS DEL JUEZ

MODELO DE CONDUCTA

VIRTUDES JUDICIALES

INFLUENCIAS

43

## MANEJO DE LAS TÉCNICAS DE LOS INTERROGATORIOS DIRECTO Y CONTRAINTERROGATORIO EN EL PROCESO PENAL DOMINICANO

ESTHER AGELAN CAVASNOVAS

EAGELAN@HOTMAIL.COM

ACCUSÓN Y DEFENSA

FUNCIÓN JUDICIAL

JURADO

PRUEBA

RESPONSABILIDAD PENAL



## ESCUELA NACIONAL DE LA JUDICATURA

**República Dominicana**

Teléfono: (809) 686-0672

Fax: (809) 686-1101

Dirección: César Nicolás Penson  
No. 59, Gazcue, Santo Domingo,  
República Dominicana.

Email: [info@enj.org](mailto:info@enj.org)

Pág. Web: [www.enj.org](http://www.enj.org)

### Consejo Directivo

Mag. Jorge A. Subero Isa  
Presidente

Mag. Darío Fernández  
Miembro

Mag. Erick Hernández-Machado  
Miembro

Mag. William Encarnación  
Miembro

Dr. Juan Manuel Pellerano  
Miembro

Dr. Julio César Terrero  
Miembro

Luis Henry Molina Peña  
Secretario

### Dirección

Luis Henry Molina  
Director

Gervasia Valenzuela  
Subdirectora

Mag. Yokaury Morales  
Coordinadora Técnica

Mariloy Díaz  
Especialista

Silvia Furniel  
Analista

### Capital Humano

Joddy Hernández  
Analista

### Formación y Capacitación

Nora Rubirosa  
Gerente

Rosa Ma. Cruz  
Especialista

Glenys Linares  
Analista

Ellys Coronado  
Analista

Dilcia Melo  
Analista

Carla Cabral  
Analista

### Comunidad Jurídica

Ney De la Rosa  
Gerente

Maria Bobadilla  
Analista

Katia Ysaiguez  
Analista

### Gestión Administración y Finanzas

Alicia Tejada  
Gestora

Adriano Franciso  
Especialista

Jairo Jiménez  
Analista

Giselle Mojica  
Analista

### Gestión de Información y Atención al Usuario

Jacqueline Díaz  
Gestora

Luis M. Pérez  
Especialista

Glennys Díaz  
Analista

Mary Carmen Barrera  
Analista

José L. Rodríguez  
Analista

Maurys Santana  
Analista

## PRESENTACIÓN

La Escuela Nacional de la Judicatura, siguiendo con su misión de contribuir a la excelencia de la administración de justicia, se complace en poner a disposición de la comunidad jurídica nacional e internacional el relanzamiento de su revista Justicia & Razón, como un espacio para mantener la divulgación y discusión de corrientes de pensamiento.

En esta oportunidad, contamos con la participación de la Mag. Sarah Veras, Juez Presidente del Segundo Tribunal Colegiado del Distrito Nacional, quien en su artículo el Fenómeno de la violencia doméstica destaca que este hecho constituye uno de los grandes males que afectan a nuestra sociedad, no sólo por las formas en que se manifiesta, sino también porque sus principales víctimas son las mujeres y los niños.

El Dr. Juan Socorro, Juez Titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de San Bartolomé de Tirajana (Gran Canaria), aborda el tema de la Teoría de la argumentación jurídica como un nuevo enfoque del derecho aplicado a la actividad judicial, resaltando las ventajas que la misma ofrece al permitir la utilización consciente y recurrente, ante un problema concreto, de un "cuadro argumental" o modelo justificativo para fundar los razonamientos o decisiones de los jueces.

La ética judicial: el paradigma del buen juez, es tratada por el Dr. Ignacio Gargallo, Presidente de la sección 15 (mercantil) de la Audiencia Provincial de Barcelona, donde pone de relieve la preocupación por la excelencia moral en la actividad profesional y destaca la evidente conexión existente entre el orden jurídico y el moral en los actos o comportamientos del juez en el ejercicio de su función o con ocasión de ella.

La Mag. Esther E. Agelán Casasnovas, Juez Presidente del Primer Tribunal Colegiado del Distrito Nacional, enfoca el Manejo de las técnicas de los interrogatorios directo y el contra-interrogatorio en el proceso penal dominicano, destacando que la entrada en vigor del Código Procesal Penal dominicano el 27 de septiembre de 2004 ha presentado un cambio sustancial en la presentación de la prueba, especialmente la testimonial y pericial, en el juicio o debate.

Estos valiosos aportes pueden encontrarse también en nuestra dirección electrónica [www.enj.org](http://www.enj.org) y esperamos que los mismos contribuyan al debate de los temas presentados y sirvan de estímulo a otros servidores de la justicia, tanto dominicanos como extranjeros, para que ofrezcan su participación en este órgano de divulgación, como forma de enriquecer el debate jurídico.

1

## EL FENÓMENO DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA



**MAG. SARAH VERAS**

Jefa Presidente del Segundo Tribunal Colegiado del D.N. Ingresó a la Carrera Judicial en el año 2001. Licenciada en Derecho - Magro Cum Laude - Universidad Nacional de San Marcos, en Derecho U.M. de la Universidad de Puerto Rico, especialidad en Derecho Procesal Penal y Clínica de Litigación y Red: Post Grados en Derecho Civil-Crimin, San Francisco de Macoris, Post Grados en Procedimiento Civil, POF/M, Participante en el curso La Reforma del Proceso Penal, Los Sistemas Procesales Penales, organizado por la Escuela Judicial de Centroamérica y El Caribe; Juan Carlos L. en Sistemática. Ha participado en cursos y seminarios impartidos por distintas instituciones nacionales como la SCJ y el Colegio de Abogados, incluyendo más de 15 seminarios y progresivos de capacitación impartidos por la ENJ de la cual es docente y coordinadora en los Programas de Formación de Aspirantes y de Formación Continua, en las materias de Derecho Procesal Penal, Técnicas de Manejo de Audiencias y Medición Familiar. Asesora en la elaboración de material didáctico de Proceso Penal ENJ. Docente en la Universidad Nacional, UNAB y UNEFA, en la Escuela del Ministerio Público, y facilitadora en diplomados, talleres y seminarios sobre Derecho Procesal Penal.

*La violencia doméstica puede ser catalogada como un "cáncer" que corroe nuestra sociedad. Primero aparecen los síntomas - amenazas e intimidación - y luego se desarrolla la enfermedad - maltrato físico y psicológico- es por esto que para combatirla o prevenirla es preciso adentrarnos en su dinámica.*

*De acuerdo al Departamento de Niños, Niñas y Adolescentes y la Procuraduría General de la República, en el año 2002 se registraron 9 mil 673 casos de violencia doméstica. El Departamento de Abusos Sexuales de la Policía de Santo Domingo reportó un aumento de un 105 (%) en el 2002 (3,334 casos) con relación al 2001; el Departamento de la Familia y Menores del Distrito Nacional registró un incremento de 4.8 (%) (4,863 casos en el año 2002), entre otros ejemplos. Este fenómeno ha ido en aumento en los últimos años.*

**L**a violencia doméstica puede ser catalogada como un "cáncer" que corroe nuestra sociedad. Primero aparecen los síntomas- amenazas e intimidación- y luego se desarrolla la enfermedad- maltrato físico y psicológico- es por esto que para combatirla o prevenirla es preciso adentrarnos en su dinámica.

En el presente escrito, luego de ciertos aspectos introductorios relacionados con el mismo, señalaremos brevemente en qué consiste la denominada naturaleza cíclica de la violencia doméstica, las etapas en que se manifiesta, para luego destacar algunas de las teorías que tratan de explicar por qué el fenómeno se observa mayormente contra la mujer. Veamos

la parte conceptual: **CONCEPTUALIZACIÓN.** La **violencia** ha sido definida como toda acción u omisión innecesaria y destructiva de una persona hacia otra, que da lugar a tensiones, vejaciones u otros síntomas similares.

Se diferencia de la agresividad en que esta última es una respuesta adaptadora y forma parte de las estrategias de afrontamiento de los seres humanos a las amenazas externas, pues gracias a esta conducta se puede salir airoso de situaciones peligrosas.<sup>1</sup> En otras palabras, se vislumbra la agresividad como un mecanismo de defensa. Además, la violencia puede constituir tanto una acción como una inacción.

Por su parte la Ley 24-97,<sup>2</sup> ley dominicana contra la violencia intrafamiliar, define la misma de la siguiente forma: "Todo patrón de conducta mediante el empleo de fuerza física, o violencia psicológica, verbal, intimidación o persecución, contra uno o varios miembros de la familia o contra cualquier persona que mantenga una relación de convivencia, contra el cónyuge, ex-cónyuge, conviviente o pareja consensual, o contra la persona con quien haya procreado un hijo o una hija para causarle daño físico o psicológico a su persona o daño a sus bienes, realizado por el padre, la madre, el tutor, guardián, cónyuge, ex-cónyuge, conviviente o ex -conviviente o pareja consensual o persona bajo cuya autoridad, protección o cuidado se encuentra la familia. De acuerdo a estas definiciones la violencia doméstica o intrafamiliar puede consistir en maltrato físico, psicológico, incluyendo también el abuso sexual.

La violencia doméstica constituye uno de los grandes males que afectan a nuestra sociedad, no sólo por las formas en que se manifiesta, sino también por sus principales víctimas- mujeres y niños. Pero, para entender las repercusiones del mismo, es necesario adentrarnos en su dinámica, pues como veremos la violencia doméstica, no está conformada por actos aislados, sino que consiste en un proceso de intimidación deliberado, con el que se pretende obligar a la víctima a actuar de acuerdo a la voluntad del agresor.<sup>3</sup> Este proceso intimidatorio, del cual es víctima la mujer, ha sido denominado científicamente como "naturaleza cíclica de

1. Pedro de Torres y Francisco Javier Ochoa, La Violencia Doméstica, pág.17 (1996).

2. Art. 309-2, Ley 24-97 de Enero de 1997, conocida como Ley Contra la Violencia Doméstica o Intrafamiliar. En adelante Ley 24-97.

3. Ivette Ramos Buonomo, La Violencia Doméstica y las Determinaciones Judiciales Sobre Custodia y el Derecho de Visitación de Menores en Puerto Rico, 56 Rev. Col. Abog. 96, pág. 93 (1995).



la violencia doméstica". Leonore Walker<sup>4</sup> fue la primera investigadora en proponer dicha naturaleza cíclica y en identificar tres etapas que configuran tal ciclo:

• **La primera etapa:** se caracteriza por el hecho de que la tensión se va acumulando en la medida en que el hombre tiende a reaccionar negativamente a cualquier frustración que pueda confrontar en su vida, puede llegar a agredir verbal y físicamente en respuesta de lo que considera una actuación indebida- real o imaginaria- por parte de la mujer.<sup>5</sup> En esta etapa mantiene el control sobre sus acciones, se excusa y luego actúa con docilidad. Como hemos visto, en esta etapa es que se inicia el proceso de intimidación, comenzando con pequeños incidentes por parte del agresor o molestándose por situaciones normalmente insignificantes hasta llegar a la segunda etapa.

• **En la segunda etapa,** es en la que el maltrato físico y emocional se manifiesta a plenitud. Veamos: Esta etapa se caracteriza por violencia física, verbal y emocional y sexual dirigida contra la mujer y en contra de los hijos e hijas. Aquí el agresor ataca destructivamente por cualquier detalle: que la comida no esté lista a tiempo, que la ropa no esté bien planchada. En esta etapa las mujeres se sienten afortunadas por el hecho de que el incidente no haya sido peor y minimizan la gravedad de las heridas. Parece ser que esta etapa del ciclo es la más peligrosa por la descarga de violencia con la que el agresor arremete contra la víctima e hijos, pues en esta destapa toda la agresividad acumulada.

• **En la última etapa,** que podemos decir es la que cierra el círculo, el agresor muestra arrepentimiento, "llora, implora, utiliza terceras personas para que intercedan por él..." El agresor ofrece justificaciones de su comportamiento, culpando, entre otras cosas, a los celos y a la bebida, y le pide a la víctima que lo ayude a cambiar. Más adelante volverá a repetirse la primera etapa y así sucesivamente.

Entendemos que la tercera etapa es una de las más delicadas, y debe ser tomada en cuenta cuando se pretenda someter un asunto relacionado con supuestos de violencia doméstica a mediación, pues puede entenderse, tanto por la víctima, el mediador e incluso el propio victimario, que la violencia es un asunto del pasado sin percatarse de que la pareja podría estar ya envuelta en el ciclo. Por otra parte, es crucial también este periodo porque el mismo constituiría una oportunidad para la víctima zafarse, por así decirlo, de la situación violenta en que se encuentra.<sup>6</sup> Son muchos los factores que pueden influenciar a la mujer a que continúe con la relación, el principal que visualizamos son las manifestaciones de arrepentimiento, búsqueda del perdón con lo que el agresor trata de manipular a la víctima para que siga con él. Por otra parte, son los propios familiares y amigos los que tratan de interceder por él para que la mujer vuelva, alegando el mantenimiento de la unidad familiar, para que los hijos e hijas se crien con sus padres, y otra serie de presiones que hacen que esta

reanude la relación y entonces inicia de nuevo el ciclo violento. Por presión familiar para que lo perdone y le dé una nueva oportunidad, la mujer suele intentar olvidarse de lo de lo acontecido... a partir de allí, el ciclo se seguirá repitiendo indefinidamente, a no ser que logre romperse de alguna forma o que culmine en la muerte por asesinato o suicidio de la mujer victimizada o del agresor.<sup>7</sup>

**LA MUJER, PRINCIPAL VICTIMA DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA.** Ciertamente, existen casos en que la violencia doméstica ha sido dirigida contra hombres, pero los casos de maltrato hacia la mujer son cuantitativa y proporcionalmente mayores; las estadísticas así nos lo demuestran.<sup>8</sup> En la Ley 24-94, de República Dominicana señala: "... la mujer dominicana es

**La violencia doméstica constituye uno de los grandes males que afectan a nuestra sociedad, no sólo por las formas en que se manifiesta, sino también por sus principales víctimas- mujeres y niños.**

reanude la relación y entonces inicia de nuevo el ciclo violento. Por presión familiar para que lo perdone y le dé una nueva oportunidad, la mujer suele intentar olvidarse de lo de lo acontecido... a partir de allí, el ciclo se seguirá repitiendo indefinidamente, a no ser que logre romperse de alguna forma o que culmine en la muerte por asesinato o suicidio de la mujer victimizada o del agresor.<sup>7</sup>

4. Leonore Walker, *The Battered Woman* (1996). Citada en el Informe de la Comisión Especial del Tribunal Supremo de Puerto Rico para Investigar el Discrimen por Razon de Género en los Tribunales, pág. 324 (1995). En adelante, Informe Comisión Judicial Especial.

5. Id.

6. Véase Rhode Island Bar Journal, Article Speaking out. "I Married A Monster: The Horrors Of Domestic Violence", 51 FEB. R.I.B.J. 29 (2003). La historia real de un miembro anónimo del Rhode Island Bar Association, ex-victima del ciclo de violencia doméstica.

7. Informe Comisión Judicial Especial, pág. 326.

8. De conformidad con el Departamento de Servicios Sociales de Puerto Rico, durante el año fiscal 93-94, se informaron en Puerto Rico 18.000 incidentes de violencia doméstica. En el 93(%) de los casos las víctimas fueron mujeres. Oficina de Administración de Tribunales, Revista Forum, pág. 3, (1994-1997).

4. Leonore Walker, *The Battered Woman* (1996). Citada en el Informe de la Comisión Especial del Tribunal Supremo de Puerto Rico para Investigar el Discrimen por Razon de Género en los Tribunales, pág. 324 (1995). En adelante, Informe Comisión Judicial Especial.

5. Id.



objeto de violencia, que corresponde a los poderes públicos sancionar... que la dignidad de la mujer dominicana hace perentoria la existencia de disposiciones legales que definan, tipifiquen y sancionen adecuadamente infracciones que la afecten directamente, con la finalidad de resguardarla y proteger su persona y sus bienes, con una legislación adecuada y eficaz." En esta parte presentamos algunas teorías que tratan de explicar por qué la violencia doméstica va dirigida principalmente contra la mujer. Veamos: La teoría del **PATRIARCADO** definido como: "sistema de estructuras y prácticas sociales mediante las cuales se mantiene la subordinación, opresión y explotación de las mujeres por parte de los hombres,"<sup>9</sup> ha justificado que los hombres sean violentos contra las mujeres.<sup>10</sup> "En su concepción contemporánea, el término se refiere a la manifestación e institucionalización del dominio de los hombres sobre las mujeres y sobre los niños y las niñas de la familia y la extensión de ese dominio a la sociedad en general."<sup>11</sup> Por otro lado, se ha dicho que la violencia doméstica que exhiben los hombres contra las mujeres es producto de la construcción socio histórica de los géneros, esto es, de las formas en que diferentes sociedades en diversos lugares y épocas históricas han estructurado las relaciones entre hombres y mujeres.<sup>12</sup> En otras palabras, las costumbres sociales y culturales por las cuales se nos ha inculcado que el hombre es el "jefe de la familia" a quien hay que respetar sin importar lo arbitrario de sus decisiones, son las que han fomentado que este, con el fin de mantener ese "poder," trate de doblegar a la mujer. Es por ello, que se ha señalado que: "La violencia contra la mujer y la violencia intrafamiliar son problemas socioculturales que atentan contra los derechos humanos y ponen en peligro el desarrollo de la sociedad."<sup>13</sup> "El maltrato hacia las mujeres es una manifestación del dominio del hombre que se ha expresado en términos de funciones

de poder y supremacía en el caso de éste, y de concepciones de inferioridad, debilidad y subordinación, en el de la mujer..."<sup>14</sup>

De otra parte, la teoría **PSICOPATOLÓGICA** trata de explicar que la violencia contra la mujer se debe a anormalidades o desórdenes en los individuos. Así, las personas son violentas a causa de aberración, deficiencia o enfermedad mental, problemas intra síquicos, psicológicos o biológicos, que constituyen factores causantes de la violencia.<sup>15</sup> Como hemos visto, estas teorías tratan de explicar por qué la violencia doméstica se da mayormente contra la mujer, mas de acuerdo a lo antes observado, son los factores socio históricos, que incluyen la teoría del patriarcado, los predominantes. No obstante, la mujer no es la única víctima

**Ciertamente, existen casos en que la violencia doméstica ha sido dirigida contra hombres, pero los casos de maltrato hacia la mujer son cuantitativa y proporcionalmente mayores; las estadísticas así nos lo demuestran.**

directa del fenómeno antes dicho, también lo son los hijos e hijas que viven en este ambiente violento, situación que se extiende aun antes de estos nacer.

Así, estudios realizados en los Estados Unidos,<sup>16</sup> señalan que la violencia física contra la mujer aumenta considerablemente cuando esta está embarazada: "los actos de agresión del hombre suelen dirigirse

contra el vientre de la mujer"<sup>17</sup> Los efectos de la violencia doméstica sobre los hijos e hijas se manifiestan de múltiples formas- violencia física, psicológica y aun abuso sexual.<sup>18</sup> No es de extrañar que, en consecuencia, exista una correlación clara entre la violencia doméstica, el maltrato de menores y la delincuencia juvenil.<sup>19</sup> Un estudio de 1985 del Departamento de Servicios a la Juventud de Massachussets encontró que los menores que se crían en hogares donde se practica la violencia doméstica tienen una mayor probabilidad (74%) de cometer crímenes contra la persona y son 26 veces más propensos a cometer violación sexual. En 1988, el Boston City Hospital de-

14. Informe Comisión Judicial Especial, pág. 322.

15. Diana Valle Ferrer, "La violencia Contra la Mujer en la Familia" Revista Forum, Número Especial, Años 10-13 (1994-1997) 22. Citada por Ruth Ortega-Vélez, Compendio de Derecho de Familia, JTS, Pág. 118 (2000).

16. Sarah M. Buel, Natural College Family Violence, N.T.A., Rescuing The Victims of Family Violence, Citada por la Comisión Especial Tribunal, pág. 320.

17. Id.

18. Wilse Dons G. Knudson, Efectos Post Traumáticos del Abuso de Menores, Forum, pags. 55 et Seq. (1994-97). Véase además, los temas relativos al Síndrome de la Mujer Maltratada y del Niño maltratado Explicado en Ernesto L. Chaziza Aponte, Tratado de Derecho Probatorio, pág. 547 y 556 (1991).

19. Ramos Buzaromo, Supra nota 69, a la pág. 96.

9. Ivette Ramos Buonomo, Discrimen Por Género en las Determinaciones Judiciales de Custodia, Patria Protesad y Pensión Alimentaria, 69 Rev. Jur. UPR 1055, (2000).

10. Id.

11. Id.

12. Informe Comisión Judicial Especial, pág. 318.

13. Ley 24-97 Exposición de motivos.



terminó que en el 60% de los casos de maltrato a menores, la madre también era víctima de maltrato en el hogar.<sup>20</sup>

La situación de la República Dominicana en cuanto al auge de la violencia doméstica no dista mucho de la situación padecida en otros países. Las cifras nos lo demuestran, pues se ha reportado un aumento en la cantidad de estos casos. De acuerdo al Departamento de Niños, Niñas y Adolescentes y la Procuraduría General de la República, en el año 2002 se registraron 9 mil 673 casos de violencia doméstica.<sup>21</sup> El Departamento de Abusos Sexuales de la Policía de Santo Domingo reportó un aumento de un 105 (%) en el 2002 (3,334 casos) con relación al 2001; el Departamento de la Familia y Menores del Distrito Nacional registró un incremento de 4.8 (%) (4,863 casos en el año 2002),<sup>22</sup> entre otros ejemplos. Este fenómeno ha ido en aumento en los últimos años. Finalmente, esperamos que este escrito sirva como un modo de reflexión del fenómeno de la violencia doméstica con el fin de prevenirla y combatirla. ■

## BIBLIOGRAFÍA

BUONOMO, Ivette, "La Violencia Doméstica y las Determinaciones Judiciales Sobre Custodia y el Derecho de Visitación de Menores en Puerto Rico", En: **Revista del Colegio de Abogados**, 96, pág. 93. 1995

CHIESA, Ernesto. **Tratado de Derecho Probatorio**. Santo Domingo : Editora Corripio, 1991. 613p.

Comisión Judicial Especial para Investigar el Discrimen por Género en los Tribunales de Puerto Rico. **El Discrimen por Razón de Género en los Tribunales**. San Juan, Puerto Rico. 1995.

KNUDSON, Doris. Efectos Post Traumáticos del Abuso de Menores, **Revista Forum**, 55. 1994-97.

Periódico Listín Diario [Santo Domingo], 24 de Febrero de 2003. [en línea] Disponible en: [Http://www.listindiario.com.do](http://www.listindiario.com.do) [Marzo 2003].

RAMOS, Ivette. "Discrimen Por Género en las Determinaciones Judiciales de Custodia, Patria Protestad y Pensión Alimentaria". **Revista Jurídica Universidad De Puerto Rico**. 69 (4): 1055-1125, 2000

República Dominicana [Leyes] **Ley No. 24-97 Contra la Violencia Intrafamiliar** de Enero de 1997.

Rhode Island Bar Journal, Speaking out Column, "I Married A Monster: The Horrors of Domestic Violence", 51-FEB. 29. 2003

TORRES, Pedro y OCHOA, Francisco. **La Violencia Doméstica**. 1996

VALLE Diana. "La violencia Contra la Mujer en la Familia" **Revista Forum**, Número Especial, 10-13 (22).

## PARA CITAR ESTE ARTÍCULO

VERAS, Sarah. "El Fenómeno de la Violencia Doméstica": **Revista Justicia y Razón**-Escuela Nacional de la Judicatura, 1 : (1) : 4-7, febrero - abril 2006.

20. Id.

21. Periódico Listín Diario, 24 de Febrero del 2003. Disponible en: [Http://www.listindiario.com.do](http://www.listindiario.com.do) Visitada en: Marzo 2003.

22. Id. 6 de Marzo 2003

## LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA COMO UN NUEVO ENFOQUE DEL DERECHO APLICADO A LA ACTIVIDAD JUDICIAL



DR. JUAN C. SOCORRO

Jefe Titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número Cuatro de San Bartolomé de Nagua (Gran Canaria), ingresó a la Carrera Judicial, por oposición, en el año 2001. Licenciado en Derecho por la Universidad de las Palmas (Gran Canaria). Ha participado en diversos cursos organizados por el Servicio de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial de España en Valencia, Barcelona, Sevilla y Madrid sobre aspectos relacionados con la función judicial interdisciplinaria y con la calidad y las últimas reformas legislativas (juicios rápidos y violencia doméstica, Ley Orgánica del Poder Judicial y legislación mercantil). Posee una especialidad Universitaria de la Universidad de Alicante (Cátedra de D. Manuel Atienza), tras superar con la máxima calificación, el Curso de Postgrado en Argumentación Jurídica. Premio de Estudios Jurídicos "Floro Cansino" para estudiantes de Derecho, otorgada por el Colegio de Abogados de las Palmas, en el año 1989, y premio especial de fin de carrera al mejor trabajo doctrinal concedido por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de las Palmas (Gran Canaria) en el año 1991. Consultor para el diseño y desarrollo de material didáctico de Argumentación Jurídica, en la ENJ, Año 2006.

*Si tomamos la definición que de argumentación da cualquier diccionario de la lengua española, observaremos que la misma alude a la acción de argumentar, es decir, la tarea consistente en dar argumentos, lo que equivale a proporcionar razonamientos para demostrar algo.*

*Trasladada esa idea al mundo jurídico, y, en especial, a la actividad de los jueces, la argumentación aparece como una actividad necesaria para resolver un problema jurídico que se plantee en nuestro trabajo cotidiano.*

*Lo que explica la importancia de la materia consistente en la argumentación jurídica, por encima de factores de naturaleza teórica, o pedagógica, es la exigencia de que, en los modernos Estados de Derecho, sus poderes públicos (y, en particular, su Poder Judicial - los jueces y magistrados que lo componen-) lleven a cabo una adecuada tarea justificativa de sus decisiones.*

### **L**a Teoría de la Argumentación Jurídica como un Nuevo Enfoque del Derecho Aplicado a la Actividad Judicial.

**I. Argumentación y argumentación jurídica.** Un concepto. Si tomamos la definición que de argumentación da cualquier diccionario de la lengua española, observaremos que la misma alude a la acción de argumentar, es decir, la tarea consistente en dar argumentos, lo que equivale a proporcionar razonamientos para demostrar algo. El profesor Atienza<sup>1</sup>, citando a Lorenzen, señala que argumentar

es un acto de lenguaje que sólo cabe efectuar en determinadas situaciones; en concreto, en el contexto de un diálogo (con otro o con uno mismo) cuando aparece una duda o se pone en cuestión un enunciado, y aceptamos que el problema se ha de resolver por medios lingüísticos (sin recurrir, por lo tanto, a la fuerza o a la coacción física). Trasladada esa idea al mundo jurídico, y, en especial, a la actividad de los jueces, la argumentación aparece como una actividad necesaria para resolver un problema jurídico que se plantee en nuestro trabajo cotidiano. Aludo a la nota de "necesidad", vinculada a la acción de argumentar, en el sentido de exigencia constitucional que es seguida expondré.

### **II. La teoría de la argumentación como una visión del mundo del derecho.**

El interés por el tema de la argumentación jurídica es creciente en los últimos años. En España se va a iniciar en la Universidad de Alicante el próximo mes de mayo el tercer curso de postgrado conducente a la obtención del Título de Especialista en Argumentación Jurídica. La iniciativa de este pionero curso, para cuya asistencia, como el año pasado, han presentado solicitudes más de doscientos juristas (la mayoría jueces y magistrados) de toda iberoamérica, ha sido seguida por otros países, de lo que es ejemplo Inglaterra (en donde Neil MacCormick prepara un curso de contenido similar), Argentina, o la consultoría sobre argumentación jurídica que desarrolla la Escuela Nacional de Judicatura de la República Dominicana en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial español, en el marco del Proyecto de Fortalecimiento del Poder Judicial dominicano. Lo que explica la importancia de la materia consistente en la argumentación jurídica, por encima de factores de naturaleza teórica, o pedagógica, es la exigencia de que, en los modernos Estados de Derecho, sus poderes públicos (y, en particular, su Poder Judicial - los jueces y magistrados que lo componen-) lleven a cabo una adecuada tarea justificativa de sus decisiones. En las sociedades democráticas sus ciudadanos no sólo demandan que sus poderes públicos estén sujetos a la Constitución y al resto de cada ordenamiento jurídico, sino que las personas que integren dicho poderes sepan razonar y argumentar las decisiones que afectan a su vida. Todo ello ha contribuido a producir un cambio en la manera de ver el derecho, que supone una superación

1. ATIENZA, Manuel, en "Hacia una teoría de la argumentación jurídica", artículo publicado en la Revista Doxa (1990).



de las dos más importantes concepciones o enfoques del derecho existentes a lo largo del siglo veinte: el normativismo positivista y el iusnaturalismo. Frente a la concepción positivista del derecho, representada en el pasado siglo, esencialmente, por Kelsen, Hart, y, en el ámbito iberoamericano, por Genaro Carrió, y Carlos Alchourron y Eugenio Bulygin, entre otros autores, que concibe el derecho como un conjunto de normas, una realidad, previamente dada, que ha de ser descrita y contemplada, realidad cuyo elementos son enunciados normativos o no (aunque, preferentemente, normas, tipos de normas), que estudia el derecho desde fuera, como una estructura, y que persigue describir neutralmente la realidad (el esqueleto de la misma, formado por normas), el enfoque del derecho como argumentación entiende éste de manera diferente tanto desde el punto de vista de su concepto como desde la perspectiva de sus elementos integrantes, forma de estudio, y metodología y objetivos.

Como sintetiza Atienza<sup>2</sup>, para el enfoque del derecho como argumentación, éste se concibe como una actividad, una práctica compleja; sus elementos no son sólo las normas, sino también las diversas fases de esa actividad, y su finalidad es contribuir a la realización de la misma. Según dicho autor, teóricos como Neil MacCormick o Robert Alexy comparten, desde la llamada "teoría estándar de la argumentación jurídica", al menos, dos notas que me parece importante destacar aquí: la primera es que el derecho es una realidad dinámica, que consiste no sólo en un conjunto de normas, pues es una práctica social compleja que incluye, además de éstas, valores, procedimientos, agentes, etc. La segunda idea que me parece trascendente resaltar es que dicha teoría llama la atención sobre la necesidad, en los modernos Estados Constitucionales, de tratar de justificar adecuadamente las decisiones. Estas dos notas no son incompatibles ni debieran de separarse de las sostenidas por autores encuadrados dentro de la llamada concepción iusnaturalista del derecho (en el siglo pasado, Legaz y Lacambra, Giorgio del Vecchio, Gustav Radbruch, Finnis, entre otros), que destacan, como noción básica del derecho, la idea de justicia, y resaltan que la validez del derecho depende no del propio derecho positivo, sino de ciertos valores de carácter suprapositivo.

Lo que queremos destacar aquí es que el enfoque del derecho como argumentación constituye otro punto de vista, no necesariamente contrapuesto a la visión positivista o iusnaturalista de lo jurídico, que supera ambas, y que parte de una nota básica de una sociedad democrática, como comprobaremos a continuación: la exigencia de justificar, dar buenas razones, y argumentar jurídicamente las decisiones que afectan a los ciudadanos.

### III. La argumentación jurídica en una sociedad democrática.

Uno de los valores superiores de todo ordenamiento jurídico en un Estado democrático es la libertad. El art. 8.2 b) de la Constitución Política de la República Dominicana de 25 de julio de 2002 señala que nadie puede ser cohibido en su libertad "sin orden motivada". Dicho precepto señala también, en el apartado f), que está prohibido el traslado de cualquier detenido de un establecimiento carcelario a otro lugar "sin orden escrita y motivada". Con ello queremos resaltar que este texto constitucional es plenamente consciente de la importancia de la justificación jurídica de las decisiones del poder público, al menos las que afectan a tan importante valor.

También lo es la Constitución Española de 1978. Su art. 120.3, ubicado dentro del Título VI, dedicado al "Poder Judicial", establece que "las sentencias serán siempre motivadas". La nota de la buena motivación, predicable no sólo de las sentencias, sino también de otras resoluciones judiciales (los autos), es también una exigencia con trascendencia en el régimen disciplinario de los jueces y magistrados españoles. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 417.15 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, modificada por la L.O. 18/2003, de 23 de diciembre, constituye una falta disciplinaria muy grave "la absoluta y manifiesta falta de motivación de las resoluciones judiciales que la precisen, siempre que dicha falta haya sido apreciada en resolución judicial firme. Si la resolución inmotivada no fuese recurrible, será requisito para proceder a la denuncia de quien fue parte en el procedimiento".

El texto constitucional español, como el dominicano, resalta la necesidad de dar motivos para decidir. Con frecuencia se ha vinculado el deber de motivación con el derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales

2. ATIENZA, Manuel, en "El Derecho como argumentación", publicado por la Editorial Ariel 11ª edición, febrero de 2006.



en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, que en la Constitución Española se consagra en el art. 24. Esto es así hasta el punto de que se ha llegado a afirmar que este derecho se satisface primordialmente mediante una sentencia de fondo, que resuelva las pretensiones controvertidas, y que se encuentre jurídicamente fundada.

Para conocer cuándo una resolución proveniente de un poder del Estado (en este caso, el Poder Judicial) cumple con lo que podríamos llamar un "nivel mínimo de argumentación jurídica", que satisfaga la necesidad antes apuntada, podemos atender a la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional español núm. 55/1.987, de 13 de mayo. Esta sentencia parte de una triple delimitación negativa de lo que constituye una buena argumentación jurídica. Así, una correcta justificación de una decisión judicial no supone: 1º) el triunfo de las pretensiones o de las razones de quien reclama; 2º) la interna corrección, desde el punto de vista jurídico, de la fundamentación de la resolución; 3º) tampoco una extensa relación de razones para la decisión, porque "una motivación escueta y concisa no deja (...) de ser tal motivación". Ello alude a la nota de la suficiencia de los argumentos para considerar, desde un punto de vista material, que colman aquel nivel mínimo justificativo. Éste no se alcanzará en muchos casos con la sola calificación o encaje de unos hechos declarados probados en una norma jurídica.

A continuación, el Tribunal Constitucional español resaltó el fundamento último de argumentación de la decisión.

Con ella se pretende que el proceso de aplicación del derecho no permanezca en el secreto o en el anonimato, sino que quede explicitado y reciba la necesaria y suficiente publicidad. Además, con la exteriorización de las razones de la resolución se satisface el derecho que tiene todo ciudadano en un estado democrático de derecho a conocer, por ejemplo, en el caso concreto del proceso penal, lo que justifica el porqué resulta condenado o, en su caso, absuelto.

A partir de aquellas premisas y del fundamento de la motivación de las decisiones que ha sido resaltado, el supremo intérprete de la Constitución Española indicó cuándo una resolución judicial estaba, en el caso concreto, mínimamente argumentada. Así, lo está cuando permite el control de otros órganos

judiciales, su crítica, y cuando muestra el esfuerzo del juez por lograr una aplicación del derecho vigente libre de toda arbitrariedad. La decisión judicial se debe dirigir a lograr el convencimiento no sólo del directamente afectado por la misma (el obligado, el condenado o el responsable de una conducta que pueda imponer), sino también de las otras partes del proceso, respecto de su corrección y justicia sobre los derechos de un ciudadano.

La decisión dictada por un miembro del poder judicial será jurídicamente argumentada si permite conocer la manera en que debe inferirse de la ley la resolución judicial, y expone las consideraciones que fundamentan la subsunción de un hecho bajo las disposiciones legales que aplica. Se alude con ello a uno de los modos de razonar propios de la actividad judicial: el llamado razonamiento subsuntivo o argumentación subsuntiva o clasificatoria, al que más adelante se hará referencia. De esta manera se garantiza al ciudadano el aspecto justificativo de su derecho a la efectividad de la tutela judicial, y, con ello, se dota de mayor legitimidad a la función jurisdiccional en un Estado Democrático de Derecho como el que proclaman nuestros textos fundamentales.

Lo expuesto se ha de enlazar con la importancia que tiene la teoría de la argumentación jurídica en el trabajo cotidiano de los jueces.

**IV. Argumentación jurídica y actividad judicial.** La teoría de la argumentación jurídica proporciona al jurista, en general, y al Juzgador, en particular, extraordinarias ventajas. La primera que queremos resaltar es que permite, ante un problema concreto, la utilización consciente y recurrente de un "cuadro argumental" o modelo justificativo para fundar sus razonamientos, y con ello, al final, sus decisiones o pretensiones. Llamamos en este caso "cuadro argumental" a aquel conjunto integrado por las formas básicas del razonamiento justificativo de los jueces, y por las clases de argumentos jurídicos utilizados en la práctica de éstos.

Con frecuencia, los jueces decidimos racional y justificadamente sin ser conscientes de modo pleno de que utilizamos técnicas argumentativas que han sido descritas por los modernos autores de la llamada "teoría estándar de la argumentación jurídica". En estos supuestos se tratará, en la mayoría de las ocasiones, de los llamados "casos fáciles", en contraposición a los conocidos como "casos difíciles" (hard cases), en la terminología de



Ronald Dworkin<sup>3</sup>. También se argumenta en los llamados "casos complejos", como los que denomina el magistrado y profesor universitario argentino Mario Alberto Portela<sup>4</sup>. Lo importante es reconocer que no sólo ante los primeros, sino, especialmente, ante estos últimos casos, el juzgador dispone de "armas argumentativas" para decidir, de modo que con ello colme con su tarea el nivel mínimo de razonamiento justificativo de sus decisiones que se le exige en una sociedad democrática. Por ello resulta muy satisfactorio para el juez el conocer y aplicar "conscientemente", para resolver los conflictos que ante él se plantean, alguna de las formas o estructuras de justificación que describen los teóricos de la doctrina de la argumentación, y alguna de las clases o técnicas de argumentar que han sido construidas por ésto.

El profesor Atienza<sup>5</sup> ha señalado la existencia de tres formas básicas de razonamiento justificativo de los jueces: la argumentación subsuntiva, el razonamiento finalista, y la ponderación. De acuerdo con el modelo subsuntivo de argumentar, una decisión judicial puede estar racionalmente justificada si responde a la estructura del argumento deductivo del tipo *modus ponens*, es decir, según la regla que dice que, si se tiene una proposición de la forma "si p entonces q" y otra de la forma "p", de ahí se puede pasar a una nueva proposición: "q". Con ello se quiere resaltar que resulta frecuentísimo el que el juzgador se encuentre ante un problema que tiene su solución en una norma jurídica, cuyo presupuesto fáctico coincide con el acontecimiento sometido a examen. En ese caso, afirmando (poniendo) la realidad del antecedente, el presupuesto fáctico de la norma, se afirma (ponens) el consecuente, es decir, el efecto jurídico que la norma atribuye a ese supuesto de hecho.

En otras ocasiones la adecuada justificación de la decisión judicial puede hallarse atendiendo a los fines que persiga una norma jurídica. Si con la respuesta jurídica que se de al problema enjuiciado se satisface plenamente ese fin, la cuestión estará argumentada, y se habrá dado

una explicación racional al ciudadano ante las diversas soluciones que planteaba el problema (p.ej., como en el caso examinado por el citado autor, la atribución de la guarda y custodia de un menor a alguno de los progenitores en conflicto en un supuesto de crisis familiar).

Otra forma de razonamiento judicial, de frecuente utilización por los tribunales constitucionales, es la ponderación.

Ésta parte, como presupuesto, de la ausencia de una norma jurídica (una situación de laguna normativa) para resolver el supuesto enjuiciado, o, ante la realidad de la norma, de la incompatibilidad de ésta con los valores y los principios del sistema (lo que se ha denominado una "laguna axiológica"). En este caso la tarea argumentativa consistirá en establecer o definir un conjunto de reglas (a veces, una "constelación de reglas") a partir de unos principios ideológicos o valores, y, a continuación, en aplicar dichas reglas en el caso concreto según el modelo subsuntivo o finalista de argumentar que se ha expuesto. En este supuesto la solución judicial del caso dependerá de: 1º) la definición, en bruto, de los principios o valores contrapuestos; 2º) la atribución de la prioridad a un principio sobre otro, lo que resulta la operación más delicada, y 3º) el establecimiento de una regla que constituirá la base a partir de la cual decidir según el modelo subsuntivo o finalista de argumentar.

En el proceso que postulamos, de utilización consciente en nuestro trabajo de las armas que proporciona la teoría de la argumentación jurídica, resulta provechoso para el juez conocer las formas o clases de argumentación. Una distinción sencilla es la que separa los argumentos normativos (los que fundan una decisión en normas) y no normativos. Por otra parte, es tradicional la clasificación, que cita Atienza, de Giovanni Tarello, que aludió en una obra<sup>6</sup> publicada en el año 1.974 a quince clases de argumentos jurídicos, entre los cuales destacan el histórico, el teleológico, el sistemático, el de la equidad, o el argumento de autoridad, frecuentemente utilizado por los abogados en sus escritos para convencer al juzgador de la bondad de sus razones por haber sido empleadas previamente por un tribunal superior. Los juzgadores también empleamos usualmente este tipo de argumentos para reafirmar una tesis cuando la misma se

3. Un interesante artículo que sintetiza la filosofía de este autor fue publicado, con el título "Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin", por María Lourdes Santos Pérez en la Revista Doxa (Cuadernos de Filosofía del Derecho Núm. 26).

4. PORTELA, Mario Alberto, en "La independencia de los jueces en los casos complejos", artículo difundido durante el Congreso Mundial de Filosofía del Derecho celebrado en Granada en el mes de mayo de 2005. El autor se refiere a los "casos complejos" como aquellos en los que, en síntesis, está sometido a una especial presión de la opinión pública, o de los grupos de poder.

5. En la obra ya citada titulada "El Derecho como argumentación".

6. TARELLO, Giovanni, en "Diritto, enunciati, usi. Un'indagine analitico-linguistica della problematica giuridica in una serie di studi di teoria e meta-teoria del diritto", Il Mulino, Bologna.

sustenta en lo que ha establecido un órgano colegiado, formado por magistrados de mayor experiencia, especialmente cuando el mismo es el Tribunal Supremo (en España, el art. 1.7 del Código Civil establece que la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo, al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho). En relación con ello hay que resaltar que también es frecuente el empleo por los tribunales nacionales y supranacionales más importantes (los Tribunales o las Cortes Supremas de Justicia, los Tribunales Constitucionales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, etc) de lo que llamamos "argumentos de propia autoridad". Con dicha expresión aludimos a que en muchas ocasiones los tribunales fundan sus decisiones en las razones que estableció en una anterior resolución, de modo que la tesis que constituye el precedente judicial es utilizada como regla justificativa a partir de la cual realizar una operación subsuntiva o finalista, según los esquemas de razonamiento que se han expuesto antes.

Otras clases de argumentos de los que el juzgador se puede servir, de manera deliberada, para decidir son, entre otros, los siguientes: el argumento por analogía, el argumento por reducción al absurdo, el argumento "consecuencialista", el razonamiento en contrario, el argumento en materia de hechos (o argumentación fáctica, de frecuentísima utilización, pues las disputas se centran en muchas ocasiones en la determinación de la realidad de lo sucedido para la aplicación, a continuación, de la norma consentida por las partes), y el argumento a partir de una posición de conocimiento (la que proporcione un medio de prueba que resulte esencial, como la declaración de un testigo o el reconocimiento o inspección judicial).

Otra ventaja que proporciona la teoría de la argumentación jurídica a la actividad judicial es que aporta los medios necesarios para do-

tar de mayor claridad y orden a las decisiones que haya que tomar. Una adecuada argumentación jurídica contribuye, así, a la aspiración de "una justicia comprensible", que proclama la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano, aprobada en México en el año 2.002, en el marco de la VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia. El apartado Octavo de dicho documento establece que "todas las personas tienen derecho a que las sentencias y demás resoluciones judiciales se redacten de tal forma que sean comprensibles por sus destinatarios, empleando una sintaxis y estructura sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico".

**La argumentación jurídica permite la construcción de las decisiones de un modo más claro, más evidente para el ciudadano, con independencia del estilo lingüístico de cada juez, lo que le permitirá entender mejor los motivos de las mismas.**

La argumentación jurídica permite la construcción de las decisiones de un modo más claro, más evidente para el ciudadano, con independencia del estilo lingüístico de cada juez, lo que le permitirá entender mejor los motivos de las mismas.

La teoría de la argumentación jurídica aplicada a la actividad judicial permite también una simplificación del trabajo de los jueces, idea que podemos enlazar con la de eficacia de la actividad jurisdiccional. A partir del descubrimiento de los argumentos empleados por las partes, la actividad enjuiciadora puede centrarse en la búsqueda de otros

que los ratifiquen o confirmen, o que los contrarresten, en el caso de que se haga patente una falacia, es decir, un argumento que parezca bueno sin serlo.

Asimismo, que a un juez se le dote de conocimientos en materia de argumentación jurídica contribuye a evitar que incurra en las llamadas "quebras lógicas", que denunció la Sentencia del Tribunal Constitucional español núm. 29/2.005, de 14 de febrero. Como señaló esta sentencia, "la validez de un razonamiento desde el plano puramente lógico es independiente de la verdad o falsedad de sus premisas y de su conclusión, pues, en lógica, la noción fundamental es la coherencia y no la verdad del hecho, al no ocuparse esta rama del pensamiento de verdades materiales, sino de

las relaciones formales existentes entre ellas. Ahora bien, dado que es imposible construir el derecho como un sistema lógico puro este Tribunal ha unido a la exigencia de coherencia formal del razonamiento la exigencia de que el mismo, desde la perspectiva jurídica, no pueda ser tachado de irrazonable. A tal efecto, es preciso señalar, como lo ha hecho este Tribunal, que no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueban que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden basarse en ninguna de las razones aducidas.<sup>7</sup> Se advierten en esta sentencia<sup>7</sup> los ecos de lo que Atienza<sup>8</sup> denomina "concepción formal", y "concepción material" de la argumentación jurídica, y la referencia a algunos de los elementos que pueden ser apreciados, según Toulmin<sup>9</sup>, en todo argumento (la pretensión, las razones – grounds, data -, la garantía – warrant-, y el respaldo – backing del argumento). Un ejemplo de cómo la argumentación jurídica puede ser utilizada al servicio de la actividad judicial es el que se va a exponer a continuación.

#### **V. Argumentación jurídica e intervenciones telefónicas: un comentario, a modo de ejemplo, de la Sentencia del Tribunal Constitucional español núm. 165/2.005, de 20 de junio.**

##### **1. Introducción:**

Una de las noticias que más llamaron la atención, por su trascendencia intrínseca y repercusión social, durante el verano de 2005 fue el conocido como "caso Roquetas". La muerte de un ciudadano en las dependencias

de la Guardia Civil de Roquetas de Mar (Almería) sobresaltó a la opinión pública española, y evocó, una vez más, la importancia de la protección de los derechos fundamentales de las personas en un Estado social y democrático de derecho como el que proclama la Constitución Española de 1.978 en su art. 1.1. Unos años antes, un juzgado de Roquetas de Mar se enfrentó a una situación que puso en juego, asimismo, los derechos fundamentales de otras personas. Este "otro caso Roquetas" es el que va ser objeto de análisis a continuación como ejemplo ilustrativo del juego de la teoría de la argumentación jurídica. Esta vez el derecho afectado no fue la vida humana, como en el acontecimiento recordado<sup>10</sup>, sino el secreto de las comunicaciones telefónicas, cuya protección garantiza el art. 18.3 de la Constitución Española y el art. 8.9 de la Constitución Política de la República Dominicana de 25 de julio de 2002.

En el ámbito de las medidas limitadoras de los derechos fundamentales se encuentra un acto instructivo limitativo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones: la intervención telefónica. La adopción de ésta precisa la concurrencia de determinados presupuestos, de modo que su ausencia determinará la vulneración de aquel derecho fundamental.

La sentencia que vamos a comentar resulta interesante porque establece los requisitos necesarios para la legitimidad constitucional de la medida (los que, a falta de una completa previsión normativa, ya resaltó la Sentencia del Tribunal Constitucional español núm. 184/2.003, de 23 de octubre), y porque se inclina por una opción doctrinal y jurisprudencial ante un problema derivado, con frecuencia, de la citada medida: la eficacia probatoria de una intervención telefónica acordada con vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, lo que, en general, hace referencia al llamado efecto reflejo de una prueba ilícita. Sin embargo, por encima de todo, es trascendente la sentencia que vamos a comentar porque recuerda la importancia de dar buenas razones, es decir, efectuar una buena argumentación para acordar una intervención telefónica (o, al final, para autorizar cualquier medida limitadora de un derecho fundamental).

7. Como señaló el Tribunal Constitucional en ese supuesto, "la conclusión alcanzada - esto es, la atribución de la paternidad reclamada a un recurrente en amparo con base única y exclusivamente en la negativa de este a someterse a la prueba biológica - no puede fundarse en la doctrina jurisprudencial que se aduce en apoyo de la decisión adoptada - esto es, las Sentencias citadas de este Tribunal y de la propia Sala de lo Civil del Tribunal Supremo -, e incluso llega a resultar contradictoria con la doctrina de la propia Sala recogida en estas últimas Sentencias. En definitiva, la declaración en este caso de la paternidad reclamada al recurrente en amparo no puede coheretarse con las consideraciones que le anteceden en el cuerpo de la Sentencia, produciéndose así una incoherencia interna que quiebra la lógica argumental del discurso judicial". En este caso se trató de un supuesto en el que el Tribunal Supremo español (Sala Civil) fundamentó una decisión - la atribución de la paternidad - en unas sentencias dictadas por la misma Sala sobre la base (no enteramente acertada) de que las mismas autorizaban la tesis alcanzada. El Tribunal Constitucional razonó que las premisas (supuesta doctrina de las sentencias precedentes) no permitían alcanzar la conclusión ofrecida porque dichas sentencias conducían a una solución diferente de la tomada, con lo que se hizo evidente una "quiebra lógica" en la justificación de la decisión.

8. En la obra ya citada titulada "El Derecho como argumentación".

9. TOULMIN, Stephen. E. en "The uses of argument" (1.958), publicado por Cambridge University Press.

10. En ese proceso los imputados aún no han sido juzgados, y aunque resulte obvio mencionarlo, garan de todos los derechos - incluida, en especial, la presunción de inocencia - que la Constitución les otorga.



Lo que se pretende no es tanto resaltar la actual doctrina del Tribunal Constitucional español acerca de las intervenciones telefónicas y sus efectos (el problema del efecto reflejo de la prueba ilícita), sino hacer un ejercicio de argumentación a modo de ejemplo de lo expuesto hasta ahora: un estudio de las razones que dan los recurrentes, los argumentos que da el Tribunal Constitucional, y la exposición de otros que contrarresten o apoyen a éstos.

La teoría de la argumentación es aquí utilizada, en este caso concreto, a sabiendas de que dar las razones de una intervención telefónica no es sólo una "elemental cortesía"<sup>11</sup>, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones en que consiste la misma.

## 2. El "otro caso Roquetas"

El Tribunal Constitucional español en la Sentencia núm. 165/2005, de 20 de junio resuelve dos recursos de amparo acumulados: el primero fue presentado por D. Antonio Morales Anaya, y el segundo por los hermanos D. Bernardo y D. Francisco Alfonso Salgado Romero. El objeto de la impugnación fue la Sentencia de la Sala de lo Penal (Sección Tercera) de la Audiencia Nacional núm. 37/1.999, de 16 de diciembre, y las de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núms. 742/2.002, de 24 de abril.

En el proceso penal que dio origen al pronunciamiento del máximo intérprete de nuestra Constitución D. Antonio Morales Anaya fue condenado, como autor criminalmente responsable de un delito continuado contra la salud pública de sustancia que causa grave daño a la salud, a la pena de tres años de prisión, y a una multa de diez millones de pesetas; los hermanos D. Bernardo y D. Francisco Alfonso Salgado Romero fueron condenados, por el mismo delito, a las penas de nueve años de prisión y multa de ciento veinte millones de pesetas, y tres años de prisión y multa de ciento veinte millones de pesetas, respectivamente. El Tribunal Supremo rebajó las sanciones impuestas inicialmente a éstos, de modo que fueron, finalmente, condenados a las penas de cinco años de prisión y multa de diez mil euros, y seis meses de "arresto mayor" y multa de cinco mil cuatrocientos euros, respectivamente.

La Audiencia Nacional consideró probados los siguientes hechos básicos para este trabajo:

"María José V.P., (...) en fechas anteriores al mes de junio de 1.995, se trasladó desde Barcelona a Verín (Orense) y recibió de los hermanos Bernardo y Francisco Alfonso Salgado Romero (...) cantidades no determinadas de cocaína. Sustancia que fue entregada en Barcelona por María José a María Dolores R.P. (...). María José V.P. y María Dolores R.P. siguieron el contacto entre sí y con los hermanos Salgado Romero para el traslado de nuevas partidas de cocaína a la ciudad de Barcelona, y así el día 21 de junio de 1.995, María Dolores R.P. viajó a Verín (Orense) donde Bernardo y Francisco Alfonso Salgado Romero le facilitaron 396.609 g de cocaína (...).

Antonio Morales Anaya (...) compraba periódicamente la cocaína a María Dolores (...) y luego procedía a su reventa a otras personas (...).

María Dolores R. P. al ser detenida reconoció su participación en los hechos, dio facilidades para el hallazgo de la droga guardada en su domicilio, y con sus explicaciones favoreció la identificación de otros partícipes".

La fase de instrucción del proceso penal, de la que conoció inicialmente el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Roquetas de Mar, se inició con un escrito, dirigido al titular de este órgano jurisdiccional, firmado por el jefe del Grupo de Estupefacientes de la Comisaría Provincial de Almería, en el que solicitó la intervención de un teléfono instalado en el domicilio de D. Francisco Santiago Amador y de su esposa, Dña. Trinidad Moya Gómez. Es necesario destacar aquí las razones en las que se apoyó la policía para efectuar esta petición, pues el Juez autorizó la intervención telefónica en un Auto en el que, tras remitirse, en el apartado de "Hechos", al contenido de la solicitud, y, en sus "Fundamentos Jurídicos" a algunas normas (entre ellas, el art. 18.3 de la Constitución Española), señaló lo siguiente: "deduciéndose de la solicitud (...) que existen indicios racionales de criminalidad contra D/Dña. Francisco Santiago Amador y su esposa Trinidad Moya Gómez, el cual utiliza para sus presuntos hechos delictivos el número de teléfono (...), es procedente para el descubrimiento de hechos y circunstancias de interés sobre la comisión de un delito de C.S.P. en el que pudiera estar implicado el reseñado/a, ordenar la observación telefónica solicitada"; lo que así se acordó en la Parte Dispositiva de la resolución.

11. Así lo resaltó una de las primeras Sentencias del Tribunal Constitucional español, la núm. 26/1.981, de 17 de julio.



El Auto se basó en los siguientes hechos esenciales, narrados por la policía:

1º "De las investigaciones que habitualmente realiza el Grupo (...), en su labor diaria contra el tráfico de drogas, se conocieron determinados datos en relación con un individuo llamado Francisco Santiago Amador.

2º Estos datos eran los siguientes:

- "está relacionado con personas dedicadas al tráfico de heroína y cocaína";

- no ejerce actividad laboral alguna;

- "efectúa públicamente ostentación de grandes cantidades de dinero";

- utiliza para sus desplazamientos vehículos de gran cilindrada;

- "puede ser propietario de un club de alterne sito en (...); y

- "tiene antecedentes por tráfico de drogas, tenencia ilícita de armas etc."

3º Los automóviles que utiliza Francisco han sido "adquiridos presumiblemente de su actividad ilícita", y su mujer, Trinidad Moya Gómez, "está al tanto de las actividades que realiza, y es partícipe de las mismas."

La información que proporcionó el escrito policial, sugerente, por la pluralidad de elementos que, aparentemente, contenía, y por la trascendencia de las consecuencias de su constatación, justificó la inicial resolución judicial. Concedida la autorización de intervención telefónica, el Juez de Roquetas de Mar permitió una prórroga de la misma. Durante ésta se supo que Francisco Santiago Amador hablaba por teléfono con una mujer apodada "Cristina" a través de un determinado número, del que era titular María Dolores R.P. La policía de Almería solicitó la intervención del teléfono de ésta a partir de los siguientes hechos, a los que se remitió, asimismo, la resolución judicial:

1. Las conversaciones mantenidas con Francisco (pues se trataba de comprobar que éste era "uno de los proveedores de droga más importantes de esta provincia", según el escrito policial);

2. María Dolores R.P. "pudiera estar suministrando heroína a otras personas en Granada";

3. María Dolores R.P. "adquiere haschich en Almería, que posteriormente distribuye en Barcelona";

4. "consultados los archivos policiales"; María Dolores R.P. "había sido investigada en el año 1988 por el Área de Estupefacientes de la Jefatura Superior de Policía de Barcelona por formar parte de una red dedicada al tráfico de heroína";

5. los miembros de dicha organización efectuaron seis viajes a Tailandia desde noviembre de 1986 a mayo de 1988;

6. en tres de estos viajes "se detectó la presencia de" María Dolores R.P.

La intervención del teléfono de María Dolores R.P. permitió comprobar la responsabilidad penal, declarada en las sentencias impugnadas, de D. Antonio Morales Anaya y de los hermanos D. Bernardo y D. Francisco Alfonso Salgado Romero. Para completar los elementos necesarios para analizar la Sentencia del Tribunal Constitucional, hemos de tener en cuenta, además, los siguientes datos:

1º El intérprete supremo de la Constitución Española constató "la falta de notificación al Ministerio Fiscal de las resoluciones judiciales que autorizaron y prorrogaron las intervenciones telefónicas referidas" (Fundamento Jurídico Séptimo).

2º La condena de D. Antonio Morales Anaya y de los hermanos D. Bernardo y D. Francisco Alfonso Salgado Romero se basó, además de en el resultado de las escuchas telefónicas, en: 2.1 la declaración auto y heteroincriminatoria de D. Bernardo Salgado Romero efectuada en el Juzgado de Roquetas de Mar con la asistencia de un abogado de oficio, después de que fuera alzado el régimen de prisión provisional incomunicada al que estuvo inicialmente sometido, y 2.2 la declaración de la coimputada María Dolores R.P., respecto de la cual D. Antonio Morales Anaya reconoció en el acto del juicio que la conocía "porque se la presentó una amiga, pero que nunca se puso en contacto con ella. Sólo la había visto una vez en Barcelona y no comprende por qué tenía su teléfono".

3. Los argumentos de los recurrentes: la asunción del Voto Particular de la Sentencia del Tribunal Supremo español (Sala de lo Penal) de 24 de abril de 2002.

El Tribunal Constitucional declaró la nulidad de las Sentencias de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, y consideró vulnerados los derechos de los recurrentes al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 C.E.), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.), y a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.). Asimismo, declaró vulnerado en este caso el derecho de D. Bernardo Salgado Romero a la asistencia letrada (art. 24.2 C.E.).

La crítica de los recurrentes en amparo se centró en los defectos de las resoluciones

judiciales que autorizaron la intervención de las comunicaciones telefónicas y sus prórrogas. Sus argumentos coincidieron en gran medida con los contenidos en el Voto Particular de la Sentencia del Tribunal Supremo, emitido por el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez. El Tribunal Constitucional compartió esencialmente los razonamientos incluidos en aquél, por lo que es preciso proceder a su análisis a continuación.

El magistrado Perfecto Andrés Ibáñez se propuso verificar "si las correspondientes actuaciones - policiales y judiciales- se adecuaron en su desarrollo al paradigma constitucional". Tras su estudio, concluyó que en el proceso, en el curso de la actividad de indagación que condujo a la obtención de todos los datos posteriormente utilizados como incriminatorios, el contenido esencial del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones se vio negativamente afectado de manera intensa. Además, consideró vulnerado el derecho a la presunción de inocencia de los acusados, pues el Fallo de la Sentencia del Tribunal Supremo "aparece fundado exclusivamente en pruebas procedentes de esa actividad inequívocamente contaminante". Para llegar a esta tesis el magistrado se apoyó en un argumento de autoridad, que podemos considerar "reforzado". Con ello queremos decir que toda su construcción argumentativa se apoyó en fuertes pilares jurisprudenciales: la doctrina emanada de diversas Sentencias del Tribunal Constitucional (202/2001, de 15 de octubre, 299/2000, de 11 de diciembre, y 239/1.999, de 20 de diciembre). En este caso el argumento de autoridad que utilizó fue particularmente reforzado porque, como dice el art. 5.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, los Jueces y Tribunales han de interpretar las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, "conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos". Asimismo, el magistrado apoyó su convicción en diversas sentencias de la propia Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (las dictadas los días 10 de febrero, 1 de marzo, y 25 de junio de 2001); al hacerlo, no incurrió en las llamadas "quiebras lógicas", a las que se ha hecho referencia anteriormente.

En el caso estudiado por el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez, a la coherencia formal de su razonamiento se unió el hecho de

que el mismo no fue "irrazonable." Aplicado este calificativo, empleado por el Tribunal Constitucional español en la sentencia últimamente citada, a este supuesto, supone que la conclusión a la que llegó el jurista se apoyó en un cuerpo de premisas ciertas, es decir, en la doctrina que verdaderamente se plasmó en las indicadas resoluciones jurisprudenciales. Además, hay que resaltar que de éstas extrajo un conjunto de reglas, que luego aplicó al caso enjuiciado conforme al modelo subsuntivo de argumentar, es decir, ante la insuficiencia de la legislación española sobre las escuchas telefónicas<sup>12</sup>, el magistrado llegó a la conclusión antes indicada tras un ejercicio de ponderación.

Las reglas de las que partió son las siguientes:

1ª. La legitimidad constitucional de una medida limitativa de un derecho fundamental como la acordada en el proceso requiere el cumplimiento de determinados requisitos. Éstos son:

1ª.1. un juicio de proporcionalidad dirigido a comprobar:

1ª.1 a. Si con ella se persiguió un fin constitucionalmente lícito.

1ª.1 b. Si el sacrificio del derecho fundamental concernido (en este caso el previsto en el art. 18.3 de la Constitución Española) era realmente necesario para conseguirlo, de acuerdo con los datos proporcionados al juez instructor.

1ª.2. La expresión o exteriorización por parte del órgano judicial de la existencia de los presupuestos materiales de la intervención (investigación, delito grave, conexión de las personas con los hechos) y de la necesidad y adecuación de la misma.

2ª Para que la medida sea necesaria hay que comprobar que la información que proporciona la policía al juzgador contiene datos de investigación previa que sean seriamente sugestivos de que la actividad delictiva en cuestión puede ajustarse a las previsiones del Código Penal. Para ello hay que verificar si la policía ofrece buenas razones fácticas. Así, el Juzgador ha de tener en cuenta:

2ª.1. Si los datos proporcionados suponen sospechas razonables de la implicación en una actividad ilícita de una persona, lo que supone un trabajo de investigación de calidad bastante, que presupone:

12. La realidad de esa insuficiencia la destacó la STC 184/2003, de 23 de octubre, que citó la S5TEDH de 30 de julio de 1.998 (caso Valenzuela Contreras contra España) y 18 de febrero de 2.003 (caso Prado Bugallo contra España).

2ª.1 a. Buen contenido informativo de la aportación policial.

2ª.1 b. Que sea razonable pensar que se han agotado todos los restantes medios de averiguación.

2ª.2. que las sospechas razonables o indicios equivalentes a noticia atendible de delito, es decir, datos varorables, verbalizables o comunicables con un mínimo de concreción; ese nivel mínimo de concreción se exige para que la noticia pueda ser sometida a un control intersubjetivo de razonabilidad o plausibilidad. Por ello, el juzgador no puede atender a meras hipótesis subjetivas, "sospechas genéricas" o "golpes de intuición".

2ª.3. que la fuente de conocimiento (dato objetivo indiciario) y el hecho conocido (hecho delictivo del que aquél sería indicio) no pueden ser la misma cosa.

2ª.4. que la comprobación de las "sospechas razonables" la ha de efectuar prescindiendo del hipotético éxito que se pueda alcanzar con la medida; desde el punto de vista del control de la legitimidad constitucional de ésta, el juicio ha de operar con una perspectiva "ex ante" y no "ex post".

3ª. Cuando un fallo condenatorio aparece fundado exclusivamente en pruebas que proceden de una actividad inequívocamente contaminante hay vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Aplicadas las anteriores reglas al caso enjuiciado, resulta, según el magistrado, lo siguiente:

1. Las intervenciones telefónicas acordadas en el proceso y sus prórrogas se adecuaron a lo exigido en la regla 1ª.1. a: el fin perseguido con dichas medidas (la obtención de datos para la investigación y persecución de una conducta lesiva para la salud pública, castigada por el Código Penal español con una pena grave) es, en sí mismo y en abstracto, constitucionalmente legítimo. El auto que acordó la primera intervención telefónica no se ajustó a las exigencias de las reglas 1ª.1 b y 1ª.2, pues, dados los datos proporcionados en la solicitud policial, la medida no era necesaria, y (aunque no lo apunte expresamente el magistrado) no se exterioriza en la resolución porque se consideró idónea y adecuada la misma.

2. La primera medida limitativa del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones no se ajustó a lo exigido por la regla 2ª por lo siguiente:

2.1. La insuficiencia del contenido informativo de la solicitud policial a la que se remitió el auto.

2.2. Los datos de apoyo aportados sólo fueron aptos para fundar una primera vaga sospecha, hábil para la apertura de una línea de investigación policial con objeto de concretarla.

2.3. Los datos consistentes en que Francisco Santiago Amador tenía "antecedentes por tráfico de drogas" y "está relacionado con personas dedicadas al tráfico de heroína y cocaína" son esquemáticos, poco concretos, y no son hábiles para fundar la injerencia en un derecho fundamental. Los insostenibles efectos a los que, según el magistrado, pueden conducir esos elementos de juicio como motivadores de un auto de intervención telefónica los destaca, además, al utilizar un doble argumento por reducción al absurdo:

1º) "en presencia de un oficio esquemático, pero convenientemente sazonado con ingredientes tales como: grupo organizado, tráfico de estupefacientes a gran escala, antecedentes penales por delitos de esta clase, patrimonio elevado, contactos...", la única opción judicial sería la emisión automática de un auto accediendo a lo interesado; lo que supone, así sucedió según él en este caso, "la efectiva delegación en la policía de atribuciones que son estrictamente judiciales" (argumento, también, "consecuencialista"), y 2º) si se admitiera el modo de obrar enjuiciado, ello "sería tanto como universalizar una regla de este tenor: tener antecedentes y alguna relación con las drogas priva "per se" de la protección que de otro modo confiere el art. 18.3 de la Constitución Española".

Además, las restantes razones en las que se apoyó el primer auto de intervención telefónica dictado por el Juez de Roquetas de Mar son contradictorias: el no ejercer actividad laboral alguna, efectuar pública ostentación de grandes cantidades de dinero, y utilizar vehículos de gran cilindrada para sus desplazamientos no justifica la afectación de la privacidad de una persona si, como se recoge a continuación, "puede ser propietario de un club de alterne". Como razona el magistrado, "la explotación de un club, incluso de los "de alterne", es una actividad comercial, y, al mismo tiempo, podría constituir una fuente de ingresos hábil para facilitar el acceso a automóviles de alta gama, al margen de la hipótesis del tráfico de estupefacientes".



2.4. La solicitud policial y, por remisión a él, el auto inicial contiene lo que llama una "argumentación tautológica o circular": su único apoyo es la afirmación, insuficientemente fundada, de la supuesta existencia del delito que se trataría de investigar.

Toda tautología es una repetición inútil de un pensamiento. Por ello lo que, a juicio del magistrado, es una argumentación tautológica no es más que, en este caso concreto, la expresión de una falacia (formal), es decir, un mal argumento que parte de una inferencia válida desde el punto de vista formal. Aquí respondería al esquema siguiente: si una persona conduce vehículos de gran cilindrada, hace ostentación pública de riqueza, y conoce a gente relacionada con el mundo de las drogas, se dedica al tráfico de drogas; si realiza esta actividad, se puede intervenir su teléfono; en este caso, Francisco reúne las condiciones antes indicadas y, ayudado por su esposa, realiza esa actividad ilícita; luego, hay que intervenir su teléfono para comprobar la actividad ilícita que, presumiblemente, realiza. El argumento parte de una inaceptable y genérica afirmación que ha de conducir siempre al mismo resultado.

3. En este caso, si se prescinde de las intervenciones telefónicas, lo cual es obligado, según el magistrado, si tenemos en cuenta lo dispuesto en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ("... no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales"), ni antes ni después de ella habría nada legalmente valorable como prueba de cargo. Este argumento normativo permite concluir que se vulneró el derecho a la presunción de inocencia de los condenados (como se deriva de la regla 3ª antes expuesta). Contrastadas las anteriores circunstancias con las reglas que destacó al principio, resulta una obligada conclusión para el magistrado (y también para los recurrentes en amparo): debió haberse estimado su recurso (de casación) por haberse vulnerado en este caso concreto el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, y, también su derecho fundamental a la presunción de inocencia. A idéntica conclusión llega el Tribunal Constitucional con los argumentos que a continuación se mostrarán.

4. Las razones del Tribunal Constitucional español. La Sentencia del Tribunal Constitucional español núm. 165/2005, de 20 de junio asume

y confirma los razonamientos antes expuestos. No obstante, en su construcción argumentativa podemos destacar tres aspectos generales: 1º) Supone un ejercicio de ponderación. Como destaca Bacigalupo Zapater<sup>13</sup>, "el proceso penal se nos presenta como un campo de conflicto de derechos fundamentales con intereses sociales especialmente sensibles".

En esta sentencia el Tribunal Constitucional ha de resolver una disputa: la lucha entre la aspiración a conocer la verdad material y, con ello, a condenar al culpable, y la exigencia, en un Estado de Derecho, de preservar los derechos fundamentales de los ciudadanos.

2º) En la realización de este ejercicio acude constantemente a buscar su apoyo en lo que podríamos llamar una "constelación de reglas". Los argumentos que sirven de base a sus explicaciones no son sólo motivos o argumentos de autoridad, siguiendo la clasificación de Tarello<sup>14</sup> y de otros autores. Son razones "de propia autoridad" en la medida en que las citadas reglas han sido predeterminadas por el propio Tribunal Constitucional, que es "intérprete supremo de la Constitución" (art. 1 de la Ley Orgánica 2/1.979, de 3 de octubre) española.

3º) Teniendo en cuenta las quejas de los recurrentes, el Tribunal Constitucional ordena la solución del conflicto en torno al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Señala los requisitos para la validez constitucional de una medida judicial (en este caso, la intervención de las comunicaciones telefónicas) limitativa de este derecho, y los efectos procesales de la vulneración de esos requisitos.

Como reconoce el Tribunal Constitucional, "el examen de la queja de los recurrentes en amparo requiere traer a colación la reiterada doctrina de este Tribunal sobre la motivación de las resoluciones judiciales limitativas del derecho al secreto de las comunicaciones para pasar después a examinar de modo concreto si la resolución judicial cuestionada en este caso se ha atendido o no a las exigencias de dicha doctrina". Consciente el máximo intérprete de la Constitución que la motivación, junto con la publicidad y oralidad, es una de las "garantías

13. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, en "La noción de un proceso penal con todas las garantías" artículo contenido en "Derechos procesales fundamentales", Manuales de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial, núm. 22, Pág. 472.

14. En la obra citada titulada "Diritto, enunciati, usi. Un'indagine analitico-linguistica della problematica giuridica in una serie di studi di teoria e meta-teoria del diritto", Mulino, Boiotta.



de las garantías", como dice Ferrajoli<sup>15</sup>, destaca la importancia de ésta con un argumento finalista, ya resaltado en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 55/1987, de 13 de mayo, antes citada: la motivación permite el control posterior de la resolución en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida, que, en el caso de que consista en una intervención telefónica, no permite dicha defensa en el momento de su adopción.

La sentencia define el contenido esencial de la resolución judicial para que la intervención telefónica en ella acordada pueda considerarse respetuosa con la Constitución. Para ello, aunque no la cita expresamente, reproduce las exigencias previstas en el Fundamento Jurídico Noveno de la Sentencia núm. 184/2.003, de 23 de octubre: dicha resolución ha de indicar los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona, el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los periodos en los que deba darse cuenta al Juez para controlar su ejecución.

A continuación, el Tribunal asume y confirma las reglas 1ª y 2ª que se han destacado en el apartado anterior de este trabajo, pero añade dos matices (también reglas) a las mismas:

a. la conexión entre la causa justificativa de la limitación pretendida y el sujeto afectado por ésta es un "prius lógico del juicio de proporcionalidad";

b. las "sospechas fundadas" en que se asienta la intervención telefónica son aquellas que están basadas en datos objetivos. Éstos reúnen dos requisitos: 1) dato objetivo es aquél que es accesible a terceros (lo que lo contrapone a la idea de "golpe de intuición" o impresión meramente subjetiva), y 2) ha de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que pueda consistir en valoraciones acerca de la persona.

Examinado el auto inicial del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Núm. 2 de Roquetas de Mar, el Tribunal Constitucional español llega a la conclusión de que esta resolución no contiene una motivación suficiente, ni por sí misma, ni integrada con la solicitud policial a la que se remitió, lo que

conduce a la lesión del derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 de la C.E. Como hemos apuntado, sus argumentos son similares a los contenidos en el Voto Particular de la Sentencia del Tribunal Supremo, pero los amplía en el sentido siguiente:

1) la indicación de que la persona cuyas conversaciones se pretendía interceptar tenía antecedentes por tráfico de drogas no es hábil para autorizar la medida pues (argumentación en materia de hechos), examinadas las actuaciones, en éstas consta un certificado negativo de antecedentes penales de Francisco Santiago Amador, y no se indica en la resolución judicial de qué concretas actuaciones policiales, ni en qué momento había sido objeto de investigación policial por su posible participación en supuestos delitos contra la salud pública;

2) en relación con la esposa de Francisco, Trinidad Moya Gómez, la resolución judicial resulta huérfana de cualquier elemento o dato objetivo, más allá de las informaciones apodícticas que en ella se hacen sobre su posible participación o implicación en dicha actividad delictiva, y

3) insistiendo en una idea contenida en la regla 2ª.4 antes apuntada, el Tribunal Constitucional señala que la ausencia en este caso concreto de elementos objetivos indiciarios que pudieran servir de buen soporte de investigación no puede ser justificada por el éxito de la investigación misma, lo que no supone sino la aplicación a este supuesto de la regla, determinada, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo español (Sala de lo Penal) de 23 de julio de 2001, siguiente: el éxito policial "no es el metro con el que se ha de medir la adecuación normativa de la actuación judicial". Para el Tribunal Constitucional la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones en que incurre el primer auto de intervención telefónica tiene como consecuencia la declaración de vulneración del mismo derecho por las resoluciones judiciales que autorizaron otras intervenciones posteriores, adoptadas con fundamento en los datos conocidos directamente a través de la primera. Es el caso del auto de intervención del teléfono de María Dolores R.P., presupuesto procesal de la noticia de la implicación de los recurrentes en el hecho ilícito que se enjuició.

El Tribunal razona ese efecto procesal mediante la utilización de un argumento de (propia) autoridad: en dos sentencias precedentes

15. FERRAJOLI L. "Dritto e ragione. Teoria del garantismo penale" Laterza, Roma-Bari, 1ª Edición, 1989.

(SSTC 299/2000, de 11 de diciembre, Fundamento Jurídico 6, y 184/2003, de 23 de octubre, Fundamento Jurídico 11 c) declaró que, si la fuente de conocimiento de los datos objetivos en que se apoyó una autorización de intervención telefónica lo fue una primera intervención declarada inconstitucional, la imperfección de ésta vicia también de nulidad a aquélla.

En este caso el Tribunal sostiene que la solicitud de intervención del teléfono de María Dolores R.P. está directa y expresamente fundada (es su "factor determinante y desencadenante"; dice) en los datos obtenidos a través de la intervención del teléfono de Francisco Santiago Amador y Trinidad Moya Gómez.

Las intervenciones telefónicas (y sus prórrogas) que se acordaron en el proceso vulneraron el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones no sólo por las razones expuestas sino porque no se acomodaron a una regla que el Tribunal utiliza también como argumento de (propia) autoridad: como declaró en su Sentencia núm. 205/2002, de 11 de noviembre, el intérprete supremo de la Constitución considera vulnerado ese derecho por la falta de notificación al Ministerio Fiscal de la resolución judicial que autoriza la intervención telefónica, pues con ello se impide el control inicial de la medida, en sustitución del interesado, por aquél, a quien incumbe, como establece el art. 124.1 de la C.E., la garantía de los derechos de los ciudadanos, entre otras funciones.

En el supuesto enjuiciado el Tribunal Constitucional comprobó que no constaba en las actuaciones que se hubiesen notificado al Ministerio Fiscal ninguno de los Autos por los que se autorizaron y prorrogaron las intervenciones de los teléfonos de los domicilios de Francisco y María Dolores R.P. Subsumida esta realidad en la regla prefijada, la consecuencia es la anunciada por aquélla: la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones basada en una razón o causa que concurre con las anteriormente indicadas. A propósito de los efectos procesales, en este caso concreto, de la violación del derecho fundamental de los recurrentes al secreto de sus comunicaciones, hay que destacar a continuación cómo el Tribunal Constitucional argumentó su decisión de declarar la nulidad de las sentencias recurridas tras descartar, como medio de prueba, las cintas en que se grabaron las conversaciones intervenidas del

teléfono de María Dolores R.P. Dividiremos el análisis en dos partes:

1ª. La declaración auto y heteroincriminatoria de uno de los recurrentes.

Como se indicó al principio de este trabajo, D. Bernardo Salgado Romero reconoció ante el Juzgado de Roquetas de Mar su participación (y la de su hermano) en los hechos delictivos investigados. Fue asistido por un abogado de oficio, después de haberse alzado el régimen de prisión provisional incomunicada al que quedó inicialmente sujeto.

Excluido de la valoración probatoria el contenido de sus conversaciones telefónicas con otra de las acusadas (María Dolores R.P.), el Tribunal Constitucional considera que sus declaraciones se obtuvieron con vulneración de su derecho fundamental a la asistencia letrada (art. 24.2 de la C.E.), y, por lo tanto, esta prueba es ilícita. Para llegar a esta conclusión razona del siguiente modo:

1. El derecho a la asistencia de letrado tiene una especial proyección en el proceso penal por la complejidad técnica de las cuestiones que en él se debaten y la relevancia de los bienes jurídicos que pueden verse afectados.

2. Es parte del derecho constitucional de defensa, que trata de asegurar los principios de igualdad y contradicción entre los sujetos del proceso.

3. Interpretado de acuerdo con el art. 6.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas y con el art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, supone, ante todo, el derecho a la asistencia de un letrado de la propia elección del justiciable.

4. Es una garantía que se articula para la eficaz protección de los ciudadanos frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima.

5. El Juez de instrucción debe comunicar al imputado el hecho punible cuya comisión se le atribuye y ha de ilustrarle de la totalidad de sus derechos.

6. En este caso, como consta en las propias actuaciones judiciales, el Sr. Salgado Romero prestó declaración asistido de abogado de oficio al día siguiente de haberse alzado el régimen de prisión provisional incomunicada al que quedó inicialmente sujeto. En la "diligencia de información de derechos" que se le presentó para su firma, única que se le mostró en sus diversas declaraciones ante el juez instructor, aparece tachado, entre otros, el

derecho previsto en el art.520.2 c) de la LECRIM (derecho a solicitar abogado y a solicitar su presencia para que le asista en las diligencias policiales y judiciales de declaración).

7. El Estado de Derecho que la Constitución instaora exige que los actos que vulneren los derechos fundamentales carezcan de eficacia probatoria en el proceso.

Como se puede comprobar, para concluir que las declaraciones del recurrente constituyen una prueba ilícita y, a diferencia de las resoluciones judiciales que autorizaron las intervenciones telefónicas, no vienen afectadas por la "metástasis procesal" <sup>16</sup>de una precedente vulneración de derechos fundamentales, se entrecruzan en lo razonamientos del Tribunal Constitucional argumentos finalistas, sistemáticos, argumentos a partir de una previa posición de conocimiento (las propias actuaciones judiciales), y argumentos de (propia) autoridad constituidos por una multitud de reglas definidas por el propio Tribunal (especialmente a partir de la Sentencias núm. 114/1984, de 29 de noviembre – acerca de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales- y 196/1.987, de 11 de diciembre – sobre el derecho a designar abogado de confianza-).

2ª La declaración de la coimputada María Dolores R.P.

Descartadas las pruebas ilícitas (las cintas en que se materializaron las intervenciones del teléfono de María Dolores R.P. y la declaración auto y heteoincriminatoria de D. Bernardo Salgado Romero) la condena de los recurrentes sólo se podía basar en la declaración de aquélla. El Tribunal Constitucional la rechaza por no estar corroborada mínimamente por otras pruebas, ni siquiera por la declaración de D. Antonio Morales Anaya, quien indicó en el juicio que conocía a María Dolores R.P. y no sabía explicar porqué tenía en su poder su teléfono.

Para resolver el caso enjuiciado el Tribunal Constitucional razona del siguiente modo:

-regla 1: la declaración inculpatoria de un coacusado puede constituir prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia de los demás que hubieran negado su participación en los hechos siempre que dicha declaración no sea el único medio probatorio, es decir, siempre que su testimonio sea corroborado mínimamente por otra prueba;

-regla 2: la corroboración mínima resulta exigible no en cualquier punto sino en relación con la participación de una persona en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados;

-caso enjuiciado: D. Antonio tenía en su poder el teléfono de María Dolores R. P. y no dio explicación satisfactoria de ello.

-consecuencia: no cabe extraer de la futilidad de la declaración de descargo del recurrente un elemento de corroboración mínima de su participación en los hechos, pues no cabe subsumir el caso enjuiciado en la regla 2, es decir, de su declaración sólo resulta que D. Antonio y la coacusada se conocían, pero no hay enlace lógico entre esta premisa y la adquisición periódica por D. Antonio de droga a María Dolores R.P.

5. Objeciones a los razonamientos del Tribunal Constitucional español, y una (posible) mejor forma de argumentar.

A continuación exponremos unas objeciones que se pueden hacer frente a los argumentos que da el Tribunal Constitucional en la sentencia que comentamos. A la vez, indicaremos algunas propuestas para mejorar las soluciones dadas. No obstante, desde un punto de vista general hemos de tener en cuenta lo siguiente:

1. La crítica no puede ir dirigida frente a la declaración de vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones por la falta de notificación al Ministerio Fiscal de todas las resoluciones judiciales en virtud de las cuales se autorizaron y prorrogaron aquéllas. En este punto los razonamientos dados por el máximo intérprete de la Constitución son impecables e inatacables, no sólo por su estudio minucioso de las actuaciones sino porque lo contrario conduciría a vaciar de contenido la actuación del Ministerio Público en el proceso penal (en ese sentido, se remite con acierto al art. 124.1 de la Constitución Española, que atribuye al Ministerio Fiscal la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley), y a negar toda la doctrina jurisprudencial acerca de la notificación de los actos procesales a quien es parte en un procedimiento.

Por su corrección, tampoco podemos refutar los argumentos que condujeron al tribunal a declarar prueba ilícita a la declaración auto y heteoincriminatoria de uno de los recurrentes,

<sup>16</sup> Esta expresión es utilizada por Manuel Marchena Gómez y Manuel Lozano-Higuero Pinto en la obra "La vulneración de los derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio de saneamiento en el proceso penal", publicada por la editorial Comares, en 1994.



por la vulneración de su derecho fundamental a la asistencia letrada (art. 24.2 de la C.E.). No obstante, en este punto hay que hacer dos matizaciones: a) El Tribunal se adelantó a una posible objeción frente a los argumentos que empleaba. Así, señaló que se podría oponer a los mismos el que el recurrente prestó declaración, asistido por un abogado de oficio, voluntaria y espontáneamente. Frente a ello contraataca mostrando un argumento de (propia) autoridad (Fundamento Jurídico Cuarto de su Sentencia núm. 161/1999, de 27 de septiembre), convertido en regla, a partir de la que subsume el caso enjuiciado: la validez de la confesión no puede hacerse depender de los motivos internos del confesante, sino de las condiciones externas y objetivas de su obtención. Aplicada al caso, significa que, si el titular del órgano judicial hubiera actuado como constitucionalmente le era exigible (lo que no hizo), ilustrándole de la totalidad de sus derechos y haciendo posibles éstos, no puede descartarse que el recurrente no hubiera formulado contra sí mismo y contra otras personas las graves inculpaciones que efectuó.

b) Al Tribunal Constitucional le hubiera bastado, para descartar la utilidad de esa prueba ilícita, con el argumento siguiente: la declaración auto y heteroincriminatoria no se produjo en el acto del juicio, en donde los derechos y garantías constitucionales se desarrollan con una mayor extensión (como señalan las Sentencia del Tribunal Supremo español – Sala de lo Penal- 498/2003, de 24 de abril, y 1.451/2003, de 26 de noviembre) sino ante el juez instructor. No obstante, este argumento podría ser refutado del siguiente modo: la declaración del recurrente durante la fase de instrucción podría ser empleada como elemento de corroboración mínima de la declaración inculpatoria de la coacusada María Dolores R.P. y conducir a la condena de aquél. Por ello, consideramos más sólido el razonamiento empleado por el Tribunal.

Asimismo, no cabe criticar el razonamiento expuesto por el supremo intérprete de la Constitución para descartar, como prueba de cargo, la citada declaración inculpatoria de María Dolores R.P. Expulsadas de la valoración probatoria las cintas en que se grabaron las conversaciones telefónicas entre ésta y los recurrentes, y la declaración auto y heteroinculpatoria antes mencionada, el argumento, según el cual el no dar una

explicación convincente acerca de por qué tenía uno de ellos en su poder el teléfono de aquélla es razón para entender que aquél adquiriría periódicamente de ésta la sustancia ilícita, es muy débil. Ello lo podemos afirmar aun teniendo en cuenta que los contactos sobre la droga, que manifestó la coacusada, se realizaron siempre por teléfono. Aunque se utilizara la declaración del recurrente como un indicio de su participación en la actividad ilícita, entre ese hecho indiciario (prueba por indicios), acreditado, y la consecuencia que se pudiera deducir (su participación en un delito) no "existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano" (según la expresión utilizada por el párrafo primero del art. 386 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable subsidiariamente en el proceso penal, de acuerdo con el art. 4 del mismo texto legal). Este argumento (normativo y sistemático) podría haber sido utilizado también en este caso por el Tribunal Constitucional.

2. Las objeciones y las propuestas de una mejor argumentación de la sentencia se centrarán en dos aspectos centrales de la misma: la motivación de la resolución judicial que autoriza la medida inicial limitativa del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, y los efectos procesales derivados de la vulneración de éste.

2.1. La motivación del auto de intervención telefónica. En relación con la motivación de la resolución judicial que afectó al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, entendemos que la crítica que cabe hacer a la Sentencia del Tribunal Constitucional puede efectuarse desde tres perspectivas:

1ª. Desde el punto de vista de los argumentos de una de las sentencias que se anula (la primera de las dictadas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo). Como destaca esta resolución, no es precisa una determinada extensión en el razonamiento, ni una concreta forma de razonar; basta con que sea posible entender en el caso concreto la restricción del derecho fundamental que acuerda la autoridad judicial. En el Auto inicial del Juez de Roquetas de Mar se identificaron suficientemente las razones fácticas de la medida. Se dieron, a su juicio, "buenas razones" (cita para ello las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 1978 – caso Klass-, y de 15 de junio de 1992 – caso Ludi-).

2ª Desde el punto de vista de la suficiencia de los indicios suministrados por la policía,



también se puede argumentar que la medida para la que se solicitó la autorización judicial de intervención telefónica se adoptó en la fase inicial del procedimiento penal, precisamente para la obtención de pruebas en relación con un delito que se estaba investigando (así lo señala la policía) o que se pretendía investigar. Por ello la decisión judicial no requería pruebas ciertas de la comisión del delito (inexistentes en este inicial momento procesal y que, de haber existido, hubieran hecho innecesaria la intervención telefónica). Este razonamiento, expuesto para otra medida (entrada y registro domiciliario) limitativa de un derecho fundamental (la inviolabilidad del domicilio) fue expuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo 958/1.996, de 3 de diciembre, y podría ser aplicado al caso enjuiciado (argumentación o razonamiento por analogía - o "a simili"-).

La idea expuesta antes también encuentra apoyo en el razonamiento indicado en el primer voto particular emitido frente a la Sentencia del Tribunal Constitucional 184/2.003, de 23 de octubre. En éste se mantiene que, si en todo caso se exigiera que el Juez contara con indicios, "el sentido mismo de la medida de intervención de la comunicación, que, incluso, debe ser secreta para el sujeto intervenido, se desvanece, o mejor, inviabiliza su eficacia." Se da la circunstancia de que a este voto particular se adhirió el ponente de la Sentencia del Tribunal Constitucional que ahora comentamos (Vicente Conde Martín de Hijas).

Lo que se quiere destacar en este punto de vista es que, quizás, la STC 165/2.005, de 20 de junio se centra excesivamente en una evidente contradicción (a propósito de los medios de vista de la persona cuyo teléfono se pretendía intervenir) existente en la solicitud policial, a la que se remite el auto, y no tiene en cuenta que en las fases iniciales de la instrucción los datos que vinculen a una persona con una actividad delictiva como la enjuiciada no pueden ser siempre muy precisos. Cuestión diferente es que los aportados en este caso fueran suficientes y guardaran un mínimo de calidad y cantidad (seguramente no) para que justificaran una invasión en la esfera privada de las personas afectadas por la intervención telefónica.

3ª Desde el punto de vista de los efectos de la (insuficiente) motivación: podría entenderse que el supremo intérprete de la Constitución

Española ha aprovechado la utilización por el Juez de Roquetas de Mar de lo que se ha denominado "principio de economía cognoscitiva"<sup>17</sup> para resaltar los (malos) resultados de la aplicación de éste en el caso enjuiciado, y no ha atendido a los efectos beneficiosos de los conocimientos obtenidos con la medida.

Con ello se quiere decir que la resolución judicial ordenó una intervención telefónica que, tal como la valoró el Tribunal Constitucional, es una prueba obtenida con violación de un derecho fundamental; la eliminación de dicha prueba del proceso (mediante la aplicación de lo que en el derecho norteamericano se conoce como la "regla de exclusión" - exclusionary rule- ) procuró la impunidad de un delito grave.

Además, algún autor<sup>18</sup> ha diferenciado la racionalidad de la medida de la proporcionalidad de la misma. Frente a la idea, mantenida por el Tribunal Constitucional, según la cual el examen de la proporcionalidad de la intervención telefónica ha de realizarse "ex ante" (colocándose el Juzgador en la situación y con los conocimientos que se tienen cuando se ha de acordar o no la misma), cabría sostener lo contrario: si pretendemos saber si el derecho fundamental va a ser afectado respetando el principio de proporcionalidad, hay que adoptar una perspectiva "ex post", es decir, el Tribunal Constitucional debió comprobar si, con el resultado obtenido con su adopción, el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones resultó más dañado que el interés tutelado con la medida.

Expuestas las citadas objeciones a los argumentos del Tribunal Constitucional, en relación con la ilegitimidad constitucional de la intervención telefónica por la insuficiente motivación del Auto que la acordó, podemos señalar que a esta misma conclusión podría haber llegado, además, con los razonamientos que se exponen a continuación:

1º. Argumentos normativo y de autoridad: el art. 9.3 de la Constitución Española señala que ésta garantiza la interdicción

17. El principio es enunciado por Estrique Cáceres Nieto en su trabajo inédito titulado "Constructivismo jurídico cognitivo, inteligencia artificial y decisión judicial", realizado en el marco del proyecto mexicano CONACYT-III. El autor estudia lo que llama "algunas propiedades cognitivas de la actividad judicial". El principio hace referencia a que, una vez que el juez ("sujeto cognoscente") ha desarrollado de forma exitosa una forma de solucionar un problema (con independencia de la "calidad material" del resultado), tiende a volver a usar la misma estrategia en ocasiones posteriores análogas. El principio es aquí mencionado en relación con el uso de modelos estereotipados de resoluciones judiciales.

18. LÓPEZ BARRIA DE QUIROGA, Jacobo, en su "Tratado de Derecho Procesal Penal", publicado por la editorial Aranzadi (2.004).

de la arbitrariedad de los poderes públicos. Asimismo, el art. 120.3 del texto fundamental exige, como se ha expuesto al principio de este trabajo, que las sentencias sean motivadas, lo que también alcanza, por su propia naturaleza, a los Autos (art. 248.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). El proceso de aplicación del derecho no puede permanecer en el secreto o en el anonimato, como destacó la STC núm. 55/1.987, de 13 de mayo, ya citada.

En la motivación actúa, a su vez, la proporcionalidad porque "a mayor trascendencia de la decisión, mayor exigencia, si cabe, respecto de la motivación", pues "como el interesado no conoce la medida y no la puede impugnar, el control ha de ser más riguroso que en aquellos supuestos en los que se puede recurrir la actividad de los agentes de la autoridad o de la propia autoridad ordenante al tiempo de realizarse, en cuanto a la medida en sí o a su ejecución" (Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español de 18 de junio de 1.992).

2º. Argumentos normativo-histórico y "consecuencialista": aunque la legislación española relativa a la intervención de las comunicaciones telefónicas es insuficiente, el art. 579.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española establece que es presupuesto ineludible de ésta que consten "indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante en la causa". El concepto de "indicio", que guarda relación con la expresión "causa probable", recogida ya en la Enmienda 4ª de la Constitución de los Estados Unidos, no puede consistir en meras sospechas o conjeturas exteriorizadas en datos genéricos porque, de lo contrario, quedaría desprotegida la privacidad de las personas. Además, como apuntó el Voto Particular de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2.002, la justificación, sólo por el resultado, de cualquier medio o forma de actuación policial o judicial equivaldría a la pura derogación del art. 11.1 de la L.O.P.J., e, incluso, a la eliminación de una parte (si no todo) del art. 24 de la Constitución Española.

3º. Argumento de autoridad: el Auto inicial de intervención telefónica no supera el juicio de proporcionalidad porque no indica porqué, en este caso concreto, la medida era idónea, como exigen, entre otras, las sentencias del propio Tribunal Constitucional 13/1985, de 31 de enero, y las Sentencias del Tribunal Supremo

de 11 de enero de 1996 y 25 de febrero y 10 de marzo de 1997.

4º. Argumentos teleológicos: las sospechas que sirvan de base a una medida limitativa de un derecho fundamental no pueden ser datos genéricos, contradictorios o inexistentes si se quiere otorgar la máxima protección de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, y conseguir, al mismo tiempo, un efecto disuasorio de conductas contrarias a la Constitución en los agentes encargados de la investigación criminal. En último término, con el control que el tribunal hace en esta sentencia de la legitimidad constitucional de la intervención telefónica, como, a propósito del llamado efecto reflejo de la prueba ilícita, ha dicho algún actor<sup>19</sup>, no se pretende "regenerar el nivel ético medio de la fuerzas investigadoras, sino simplemente, proteger la Constitución (...)" y, con ello, lograr que la opinión pública no pierda la confianza en sus instituciones.

5º. Por último, sería posible alcanzar la solución tomada por el Tribunal Constitucional desde un argumento que tuviera en cuenta el papel del Juez con relación a los derechos fundamentales. Si, como afirma Cruz Villalón<sup>20</sup>, "el Juez como persona y como ciudadano tiene, en una palabra, un compromiso singular con los derechos en la medida en que, en último término, ha hecho su profesión de la garantía de los derechos", mal podría desempeñar ésta si autorizara la afectación de los mismos (más aún cuando se trata de derechos fundamentales) sin unas auténticas buenas razones que la justifiquen.

2.2. Los efectos procesales derivados de la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. En la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 165/2005, de 20 de junio la declaración de vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones del primer auto de intervención telefónica tuvo como consecuencia la declaración de vulneración del mismo derecho por las resoluciones judiciales posteriores que acordaron una intervención telefónica (o su prórroga), al adoptarse, según el tribunal, con fundamento en los datos conocidos directamente a través de la primera medida.

19. ECHARS CASI Ferrnín Javier, en "Prueba ilícita: la conexión de antijudicialidad y hallazgos casuales", en Revista del Poder Judicial núm. 69 (2.003).

20. CRUZ VILLALÓN, Pedro, en "El Juez como garante de los derechos fundamentales", dentro de la monografía "Constitución y Poder Judicial", publicada por el C.G.P.J. en 2.003.

La crítica que se puede hacer a esta decisión ha de partir de los datos que proporciona la propia Sentencia, que reproduce la actuaciones procesales más relevantes. Teniendo en cuenta esos antecedentes, se podría haber considerado que el auto de intervención del teléfono de la coacusada María Dolores R.P. respondía a todos los requisitos constitucionales (era prueba lícita), con lo que el tribunal sentenciador contó con una prueba de cargo válida para la condena de los recurrentes en amparo.

Las objeciones, algunas de los cuales coinciden con las razones expuestas por el Ministerio Fiscal al evacuar el trámite de alegaciones frente a los recursos, son las siguientes:

1ª. No consta que los recurrentes hablaran por teléfono alguna vez con los titulares de la línea inicialmente intervenida. Por ello, hay que rechazar sus recursos, dado que alegan la vulneración de un derecho fundamental (al secreto de las comunicaciones) de un tercero.

2ª. Las cintas en que se grabaron las conversaciones telefónicas realizadas entre los titulares de la línea inicialmente intervenida y María Dolores R.P. no se pusieron a disposición del Tribunal sentenciador (por ello el Ministerio Fiscal optó por retirar la acusación que provisionalmente había formulado contra aquéllos).

3ª. La intervención del teléfono de María Dolores R.P. se fundó en datos objetivos y no meras conjeturas. 4ª. La intervención del teléfono de María Dolores R.P. estuvo desconectada, al menos parcialmente, de la realizada al teléfono de Francisco y Trinidad, es decir, sólo trajo causa parcialmente de las conversaciones que ésta mantuvo con Francisco. Si tenemos en cuenta el contenido de la solicitud policial de intervención del teléfono de aquélla (a la que se remitió, en cuanto a los hechos, el Auto que dispuso la medida) se puede concluir que, de los seis datos proporcionados, cinco son completamente ajenos a la investigación que estaba ya en marcha: a) según los archivos policiales, María Dolores R.P. había sido investigada en 1988 por formar parte de una red dedicada al tráfico de heroína; b) los miembros de la organización efectuaron seis viajes a Tailandia desde noviembre de 1.986 a mayo de 1.988; c) en tres de estos viajes se detectó la presencia de aquélla; d) podía estar suministrando heroína a otras personas en Granada, y e) adquirió haschich en Almería, que después distribuía en Barcelona.

Por lo expuesto se puede poner en duda el argumento que emplea el Tribunal Constitucional para justificar el efecto reflejo de la prueba ilícita respecto a la intervención del teléfono de María Dolores R.P. Nos referimos a la idea del "factor determinante y desencadenante", que emplea el Tribunal para justificar la ilicitud del auto de intervención del teléfono de ésta, al fundarse en las conversaciones (consideradas prueba ilícita) que aquélla mantuvo con Francisco Santiago Amador.

Podría argüirse que la intervención del teléfono que sirvió de base para la condena de los recurrentes en amparo se basó, en parte solamente, en los datos obtenidos de las conversaciones cuya interceptación fue declarada prueba ilícita, es decir, la conexión entre una y otra prueba, desde el punto de vista de la antijuridicidad de la medida, no fue plena. La conclusión de este razonamiento puede ser la siguiente: el Tribunal Constitucional, al utilizar indebidamente la "regla de exclusión", alegada por los recurrentes en este procedimiento con el fin de buscar la nulidad de las resoluciones en él dictadas, ha favorecido la impunidad de infracciones penales graves, mediante la eliminación de pruebas incriminatorias basadas en otras ilícitas (argumento consecuencialista, fundado, además, en una previa posición de conocimiento).

5ª. Los derechos fundamentales no son absolutos ni ilimitados. Como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional, el efecto del vicio originario sobre la prueba refleja o derivada no se produce automáticamente como si de una causalidad inevitable se tratase. Así, la declaración de lesión del derecho constitucional sustantivo no tiene como consecuencia automática la prohibición constitucional de valoración de toda prueba conectada de forma natural con las directamente obtenidas con vulneración de los derechos constitucionales (SSTC 161/1999, 171/1999, y 8/2000).

6ª. El art. 11.1 de la L.O.P.J. no obliga a prescindir materialmente de la realidad descubierta a través de una medida basada en una prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales. Como sostuvo la STC 161/1999, no se pueden confundir los planos fáctico y jurídico cuando se trate de declarar la lesión del art. 18.3 de la Constitución Española. Afirmó el Tribunal Constitucional en esa sentencia que "el que el hallazgo de



la droga fuera consecuencia de un acto ilícito no supone que la droga no fue hallada", argumento que, trasladado al supuesto que enjuició en la Sentencia 165/2.005, de 20 de junio, significa que es incuestionable que, durante las conversaciones que mantuvo María Dolores R.P. con los recurrentes, éstos y aquélla se concertaron para cometer determinadas actividades ilícitas (incluso una importante cantidad de droga fue encontrada en poder de María Dolores R.P.).

7ª. La "regla de exclusión" sólo debe alcanzar a aquellas pruebas derivadas en las que el origen de su conocimiento se confunde "plenamente" con la medida declarada inconstitucional. Esta idea es expresión de lo que en la doctrina norteamericana se conoce como "conexión atenuada" de la antijuridicidad de la prueba ilícita con la prueba derivada o refleja. La ilicitud de aquélla no puede alcanzar a ésta, y, por lo tanto, no cabe expulsarla del cuadro probatorio, cuando la "mancha de ilegalidad" se disipa por la cantidad y la calidad de otros materiales en los que se ha basado la medida, como sucede en este caso.

8ª. También se podría contraponer a la decisión del Tribunal Constitucional la idea de que el Juez de Roquetas de Mar hubiera autorizado de todas formas, con los elementos objetivos proporcionados por la policía, la intervención del teléfono de María Dolores R.P., prescindiendo del dato de sus conversaciones con otro sospechoso, y del resultado (obtenido ilícitamente) de las mismas. Desde esta perspectiva, podría afirmarse que el Auto de intervención telefónica que permitió descubrir indicios de la responsabilidad penal de los recurrentes superaba el mínimo "estándar de independencia jurídica" respecto de la prueba ilícita.

9ª. Atendiendo a un criterio subjetivo, podría justificarse la decisión del Juez instructor, y, con ello, desvirtuar la decisión del Tribunal Constitucional de considerar como prueba ilícita el resultado obtenido con la intervención del teléfono de María Dolores R.P., si se tuviera en cuenta que, en el desempeño de sus funciones jurisdiccionales, la autoridad judicial obró con nula "conciencia de violación" de los derechos fundamentales de los recurrentes, o de "buena fe" en la obtención de las pruebas. Estos criterios han sido utilizados por la jurisprudencia norteamericana en algunos supuestos concretos (casos *Williams v US*, de 1.980, y *Garrison v Maryland*, de 1.987)<sup>21</sup>.

Expuestas algunas críticas a la posición que mantiene el Tribunal Constitucional en la sentencia que comentamos, vamos a indicar a continuación otra posible forma de argumentar la misma. A la solución dada también habría podido llegar del siguiente modo:

1º Aunque los recurrentes no mantuvieron conversación alguna con los titulares (Francisco y Trinidad) de la línea inicialmente intervenida, sí participaron en conversaciones con la titular del teléfono (María Dolores R.P.) cuya interceptación se ordenó a partir de los datos suministrados por la primera intervención. Afirmada la ilegitimidad constitucional del auto por el que se acordó la intervención del teléfono de María Dolores R.P., una interpretación amplia de la expresión "interés legítimo", contenida en el art. 162.1 b) de la Constitución Española, permite a los interlocutores en una conversación telefónica, cuando no son los titulares de la línea intervenida, invocar la vulneración de su derecho fundamental al secreto de la comunicación, y reclamar y obtener la tutela que el art. 18.3 del texto fundamental exige de todos los poderes públicos.

2º La resolución judicial que acordó la intervención del teléfono de María Dolores R.P. vulneró el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones de los recurrentes en amparo, y, por ello, los datos obtenidos con ella integran una prueba ilícita, lo cual se produjo por lo siguiente:

2.1 Argumento normativo: al Tribunal Constitucional le hubiera bastado con invocar clara y directamente el contenido del art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y del art. 287 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (que regula el régimen de la ilicitud de las pruebas, es decir, aquéllas en la que, en su obtención u origen, se ha vulnerado derechos fundamentales), precepto aplicable en el ámbito del proceso penal de acuerdo con lo previsto en el art. 4 del mismo texto legal. Esta concepción normativa en la determinación del efecto invalidante de la prueba ilícita resulta más respetuosa en este caso con el art. 18.3 de la Constitución Española, que impone a los poderes públicos ("se garantiza", dice) la obligación de abstenerse de conculcar en algún modo el secreto de las comunicaciones.

2.2 Argumento histórico: ya desde el caso *Nardone versus United States*, de 1.939, el Tribunal Supremo de Estados Unidos acogió



21. Casos citados por Eduardo de Urbano Castrillo y Miguel Ángel Torres Morato en su obra "La prueba ilícita penal. Estudio Jurisprudencial" (2ª edición), editado por Aranzadi, en 2.000.

la llamada "doctrina del fruto del árbol envenenado" (fruit of the poisonous tree doctrine, expresión que se emplea a partir de la idea que expuso el Juez Frankfurter) para considerar que la infracción originaria de un derecho fundamental vicia de inconstitucionalidad toda prueba posterior (aunque se base para su obtención en buenas razones objetivas) que pueda considerarse consecuencia, aún parcialmente, de ella.

En el caso enjuiciado el defecto de ilegitimidad constitucional de la intervención del teléfono de María Dolores R.P. se produce, de acuerdo con la mencionada doctrina y su desarrollo posterior, no sólo por su vínculo natural o "genético" con la primera medida declarada inconstitucional (auto de intervención originario), sino porque jurídicamente (y no de modo atenuado) se conectó con ella. El Tribunal Constitucional ponderó los datos suministrados en el oficio que sirvió de base al Auto de intervención del teléfono de María Dolores R.P., y atribuyó mayor importancia cualitativa (pues derivaba de una lesión de un derecho fundamental) a la información procedente de una prueba ilícita. Por ello, el vicio inherente a ésta, como ocurriría con el árbol envenenado, se transmitió a las demás intervenciones derivadas indirectamente de aquélla, como fruto suyo.

3º Argumentos teleológicos: el Tribunal Constitucional podría haber razonado que la "regla de exclusión" fue necesaria en este caso no sólo, desde un punto de vista subjetivo, para la protección de una persona cuyos derechos fundamentales fueron conculcados, sino, sobre todo, porque no otra decisión cabía si se pretende una objetiva protección de aquellos derechos. Frente al "coste social" o "popular" (en el sentido de repercusión hacia la opinión pública) de una decisión como la tomada, que implicó anular sentencias que impusieron graves penas privativas de libertad a los recurrentes en amparo, el fin disuasorio de aquélla, con el doble objetivo indicado, ha de prevalecer. Como señala Luis María Díez-Picazo<sup>22</sup>, "en la medida en que sepan que no podrán ser empleadas en juicio, los operadores jurídicos y, muy en especial, los agentes públicos (policías, jueces, etc) no tenderán a buscar pruebas aun a costa de vulnerar derechos fundamentales".

La decisión del Tribunal Constitucional, que, de modo inmediato, protege un aspecto de la

vida privada de los recurrentes, y de, de modo mediato, repercute en la protección misma de la Constitución Española, elimina toda tentación de aplicar en este caso concreto el juego de alguna excepción a la "exclusionary rule". Las razones expuestas por el Tribunal Constitucional y los argumentos antes indicados contribuyen a ello.

#### VI. Conclusiones.

En este trabajo, a partir de un concepto de argumento y argumentación jurídica, se ha resaltado la importancia que el razonamiento de las decisiones de los órganos del poder público (y, en especial, las de los titulares de los órganos jurisdiccionales) tiene en el mundo del Derecho, hasta el punto de configurar una nueva y moderna visión de éste, superadora de los clásicos enfoques filosóficos sobre el mundo de lo jurídico, en especial, el normativismo positivista y el iusnaturalismo. La teoría de la argumentación jurídica descubre ésta como necesaria en unas sociedades democráticas como son la dominicana y la española, y responde a las exigencias del actual Estado Constitucional. Llama la atención acerca de la obligación de justificar adecuadamente las resoluciones judiciales, y proporciona un modelo teórico del discurso justificativo de los jueces que es útil para nuestro trabajo cotidiano.

Las ventajas que proporciona la doctrina de la argumentación jurídica se centran en permitir una aplicación "consciente" de un cuadro de razonamiento, integrado por diversas estructuras de justificación y por distintas clases o tipos de argumentos. Asimismo, permite dotar a las decisiones judiciales de una mayor claridad y orden, exigencias conducentes a lograr la aspiración de una "justicia comprensible" para los ciudadanos, logra la simplificación del trabajo de los jueces, especialmente en los "casos difíciles", y permite vislumbrar eventuales "quebras lógicas" en los razonamientos jurídicos. Un ejemplo de la aplicación práctica de la teoría de la argumentación jurídica se ha examinado con la Sentencia del Tribunal Constitucional español núm. 165/2005, de 20 de junio, en la que el intérprete supremo de la Constitución Española se enfrentó a un problema básico: la motivación de una medida limitativa (en este caso, la intervención telefónica) de un derecho fundamental, y los efectos que, en el proceso penal, se derivan de la vulneración de éste por la insuficiencia de la citada motivación.

22. DÍEZ-PICAZO, Luis María, en "Sistema de Derechos Fundamentales", editorial Civitas 2.003, pag. 376

El Tribunal Constitucional recordó las exigencias mínimas para la legitimidad, desde el punto de vista de la norma suprema española, de toda intervención telefónica, y se ocupó, en especial, del deber de exteriorizar o expresar las razones fácticas y jurídicas que deben apoyar la necesidad de la misma. Entendió que los argumentos empleados en el auto de intervención telefónica que dio origen al procedimiento fueron insuficientes, esencialmente por su falta de concreción y por incluir datos contradictorios. Como consecuencia de ello, quedó afectado negativamente el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones de los recurrentes, lo que se extendió a las actuaciones que se basaron en la prueba declarada ilícita. Sostenemos que la solución que dio fue correcta tanto desde el punto de vista de la defensa del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones como desde la perspectiva de la construcción argumentativa de la sentencia.

El Tribunal Constitucional evocó la necesidad de contar con buenos elementos objetivos indiciarios que pudieran servir de base a toda investigación criminal y, en el fondo, destacó que el respeto de los derechos fundamentales merece algo más que unos pocos datos genéricos que se ofrezcan para justificar una medida limitativa de los mismos. Además, resaltó la preponderancia de éstos frente a eventuales oportunidades, como la que se le ofreció con los recursos de amparo, de exceptuar el juego de la regla de exclusión del proceso penal de las pruebas obtenidas con violación de los derechos fundamentales (en este caso, el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones de los recurrentes).

La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 165/2.005, de 20 de junio puso de relieve la importancia de dar buenas razones para justificar una intervención telefónica; al final, lo que subyace en todos sus argumentos (y en los que se han propuesto) no es más que la idea de que, en la búsqueda de la verdad material, no todo es válido, y que, como ya señaló el Juez Holmes<sup>23</sup> a principios del siglo pasado, hay que procurar que "el Gobierno (y también el Juez) no se ponga al mismo nivel que los delincuentes (...), ni que el delito sea el medio para obtener la prueba del delito inicialmente perseguido". Si en el año 1.778

una Real Cédula del rey Carlos III establecía la prohibición de motivar las sentencias para impedir "los perjuicios" que se generaran con esa práctica, "dando lugar a cavilaciones de los litigantes, consumiendo mucho tiempo en la extensión de las sentencias"; hoy la adecuada justificación de las decisiones judiciales es una exigencia de toda sociedad democrática y un imperativo que colma, en buena medida, la teoría de la argumentación jurídica. ■

#### BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA, Manuel, en "Para Una Teoría De La Argumentación Jurídica" En: **Revista Doxa** (8). 39-61, 1990.

ATIENZA, Manuel. **El Derecho Como Argumentación**. Barcelona : Editorial Ariel 2006. 316p

SANTOS, María L. "Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin". En : **Revista Doxa** (26) 347-387

PORTELA, Mario A. En : "La Independencia De Los Jueces En Los Casos Complejos". Granada : Congreso Mundial de Filosofía del Derecho. 2005.

TARELLO, Giovanni. "Diritto, Enunciati, Usi. Un'indagine Analitico-Linguistica Della Problemática Giuridica In Una Serie Di Studi Di Teoria E Metateoria Del Diritto". Il Mulino, Bolonia.

TOULMIN, Stephen E. **The Uses Of Argument**. Cambridge : Cambridge University Press. 1958

BACIGALUPO, Enrique. "La noción de un proceso penal con todas las garantías" En : **Manuales de Formación Continuada del Consejo General del Poder Judicial**. (22) 472-546. 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto E Ragione. Teoría Del Garantismo Penale**. Roma-Bari : Laterza. 1989

MARCHENA, Manuel y LOZANO-HIGUERO, Manuel. **La Vulneración De Los Derechos Fundamentales En El Procedimiento Abreviado Y El Principio De Saneamiento En El Proceso Penal**. Granada : Editorial Comares 1994.

23. La frase es tomada de la Sentencia Amstred v US de 1928, recogida por Eduardo de Urbano Castriño en "El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa", artículo incluido en "Derechos procesales fundamentales", publicado por el CGPJ, 2.005.

CÁCERES, Enrique. "Constructivismo jurídico cognitivo, inteligencia artificial y decisión judicial". Cuestiones Constitucionales. México 2005

LÓPEZ, Jacobo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Madrid : Editorial Aranzadi. 2004

ECHARRI, Fermín J. "Prueba Ilícita: Editorial Aranzadi". En : **Revista del Poder Judicial** (69)2003

CRUZ, Pedro. "El Juez como garante de los derechos fundamentales". En : **Constitución y Poder Judicial de Consejo General del Poder Judicial**. 2003.

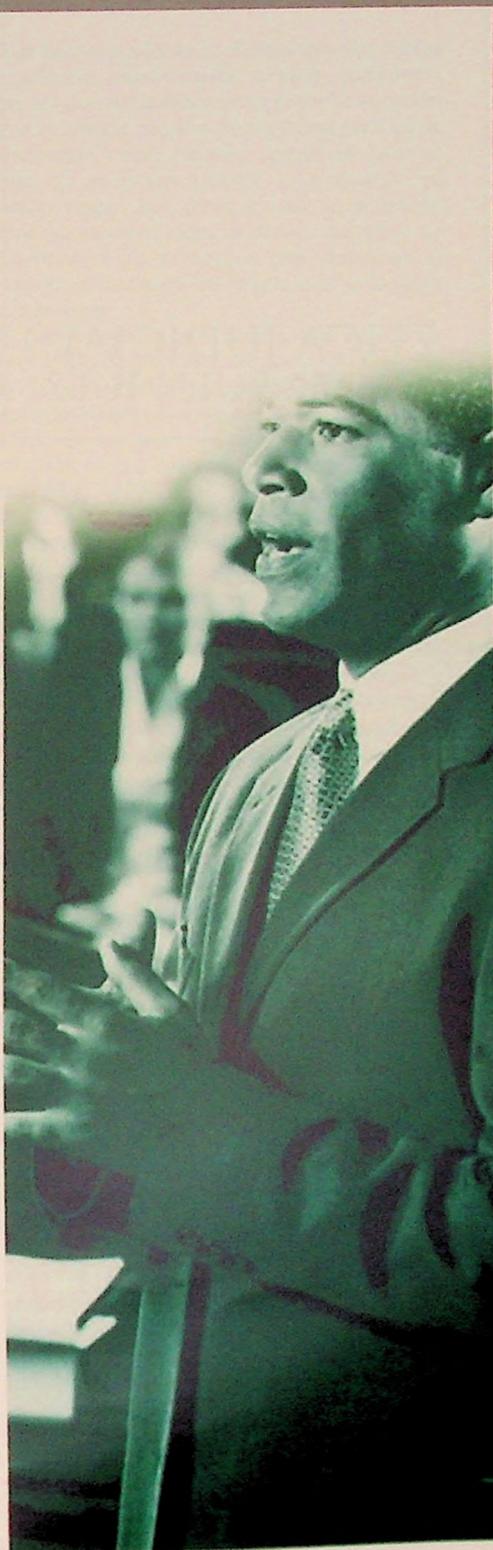
DE URBANO, Eduardo y TORRES, Miguel Á. **La Prueba Ilícita Penal**. Estudio Jurisprudencial. Madrid : Aranzadi, 2ª Ed. 2000.

DÍAZ-PICAZO, Luis María. **Sistema de Derechos Fundamentales**. Madrid : Editorial Cívitas 2003. 378p.

DE URBANO, Eduardo. "El Derecho A Utilizar Los Medios De Prueba Pertinentes Para La Defensa". En : **Derechos procesales fundamentales del Consejo General del Poder Judicial**. 2005.

#### **PARA CITAR ESTE ARTÍCULO**

SOCORRO, Juan C. "La Teoría de la Argumentación Jurídica como un Nuevo Enfoque del Derecho Aplicado a la Actividad Judicial". **Revista Justicia y Razón** - Escuela Nacional de la Judicatura, 1 (1) : 8-29, febrero-abril 2006.



## ÉTICA JUDICIAL: EL PARADIGMA DEL BUEN JUEZ



DR. IGNACIO GARGALLO

Presidente de la Sección 15 (intercanti) de la Audiencia Provincial de Barcelona. Ingresó a la carrera judicial como juez, por oposición, en 1989. Magistrado desde abril de 1992. Licenciado en Derecho de la Universidad de Zaragoza, y Doctor en Derecho de la Universidad Pompeu Fabra, de la cual es Profesor Asociado de Derecho desde 1990. Profesor Asociado de Derecho de la Universidad Internacional de Cataluña (2000/2001). Profesor de "Prácticas Profesionales" y de 1996, Instituto Europeo de Derecho y Económicas. Profesor de la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad Autónoma de Barcelona (1997/98). Profesor ordinario y coordinador del área de primera instancia de la Escuela Judicial (2002/03). Ponente en la actividad sobre "Deontología judicial" organizada por la Escuela Judicial (2004/2005), así como Ponente en más de 20 cursos y seminarios de formación continua organizados por el Consejo General del Poder Judicial, y en más 100 cursos organizados por distintas universidades y entidades. Miembro de la Red Judicial Europea desde 1999. Ha participado como ponente y profesor en diversas actividades internacionales de capacitación judicial. Es autor de 5 monografías, coautor de 2 libros colectivos y autor de 18 artículos en revistas especializadas. Consultor para el diseño y desarrollo de material didáctico de Ética Judicial, en la ENJ. Año 2006.

*La ética presupone la posibilidad de enjuiciar el comportamiento humano desde una perspectiva general de su condición de persona, esto es, determinar la bondad o maldad de los actos humanos en función de lo que debería ser, según le perfeccionen como persona o le degraden, teniendo en cuenta además los efectos que ocasionan a terceros.*

*La preocupación actual por la ética profesional no es exclusiva del mundo judicial ni siquiera del jurídico, sino que se enmarca dentro de una corriente mundial que persigue la excelencia moral en la actividad profesional, demandando un grado de probidad más allá de lo legalmente exigible.*

*La ética judicial circunscribe su interés a los actos o comportamientos del juez, en el ejercicio de su función o con ocasión de ella. Responde a la pregunta de ¿cómo debe comportarse un juez o una jueza?, y va más allá de su estatuto orgánico o de las leyes penales que castigan la prevaricación o cualquier otro delito que pudiera cometer un juez con ocasión de su cargo, aunque los incluye, lo que pone en evidencia la conexión que existe entre el orden jurídico y el moral.*

**P**REOCUPACIÓN CRECIENTE POR LA ÉTICA JUDICIAL. La preocupación actual por la ética profesional no es exclusiva del mundo judicial ni siquiera del jurídico, sino que se enmarca dentro de una corriente mundial que persigue la excelencia moral en la actividad profesional, demandando un grado de probidad más allá de lo legalmente exigible. Constituye una

demanda de la sociedad, que necesita confianza en los operadores económicos, políticos, sociales y jurídicos, y esta confianza la da no sólo la sujeción de estas personas a la "ley", sino también la asunción de unos principios morales, que superan lo que es el mero cumplimiento de unas normas formales e informan el alma o el espíritu de dichos profesionales. Y ello porque se constata que el derecho, sobre todo en su concepción más formalista, y en concreto el estricto cumplimiento de la legalidad no es la única y definitiva instancia para calificar la correcta actuación profesional.

Resulta evidente que un buen profesional es mucho más que un bien técnico, así como la importancia que tiene en la sociedad la existencia de personas íntegras y capaces, conscientes de su responsabilidad, comprometidas con la mejora, desde su situación, de las estructuras sociales<sup>1</sup>. La ética presupone la posibilidad de enjuiciar el comportamiento humano desde una perspectiva general de su condición de persona, esto es, determinar la bondad o maldad de los actos humanos en función de lo que debería ser, según le perfeccionen como persona o le degraden, teniendo en cuenta además los efectos que ocasionan a terceros.

La ética no puede quedar reducida a unas reglas externas carentes de justificación intrínseca<sup>2</sup>, y es al mismo tiempo un arte práctico, ligado a la virtud, porque no basta conocer lo que está bien sino que es necesario hacerlo y para ello mejorar la calidad de nuestros hábitos.

La ética judicial circunscribe su interés a los actos o comportamientos del juez, en el ejercicio de su función o con ocasión de ella. Responde a la pregunta de ¿cómo debe comportarse un juez o una jueza?, y va más allá de su estatuto orgánico o de las leyes penales que castigan la prevaricación o cualquier otro delito que pudiera cometer un juez con ocasión de su cargo, aunque los incluye, lo que pone en evidencia la conexión que existe entre el orden jurídico y el moral. Se interesa por el modelo de conducta al que debe acomodarse un juez, sabiendo que éste es muy amplio. Esto es, la ética judicial precisa de un paradigma de "buen juez", que sirva para identificar los principios que lo sustentan, las normas éticas que se deducen de ellos y explicitan con mayor detalle cómo "actuar bien" (estándares de conducta), con

1. Aparici Millares y López Guzmán, *Concepto y fundamento de la Deontología, en AAVV, Ética de las profesiones jurídicas*, Madrid 2003, pag. 75.

2. "La ética no le viene dada al hombre de fuera, sino que lo ético es intrínseco al ser humano... Surge por que el hombre tiene que conducir su propio existir" (Pain, *Ética*, Madrid, 1997, págs. 18, 25, 63, citado por Aparici Millares y López Guzmán, op. cit. pag. 78).



una doble finalidad: fomentar estas conductas y, en algún caso, recriminar las que contravengan aquel modelo de conducta. Esta preocupación por la ética judicial ha tenido su plasmación en la aparición de códigos éticos, nacionales e internacionales. Aunque la República Dominicana no ha asumido ninguno, tiene especial interés que consideremos de una parte el Código Bangalore, elaborado al amparo de las Naciones Unidas en el año 2002, y el Código Modelo de Ética Judicial que debe aprobarse en la Cumbre Iberoamericana de Justicia de 2006. El Código Bangalore destaca en su preámbulo "la importancia que tiene para la protección de los derechos humanos una judicatura competente independiente e imparcial", que "adquiere mayor énfasis por el hecho de que la aplicación de todos los demás derechos depende en último término de la correcta administración de la justicia." Considera "que una judicatura competente, independiente e imparcial es igualmente esencial si los tribunales han de desempeñar su papel de defensores del constitucionalismo y del principio de legalidad", y recuerda "que la confianza pública en el sistema judicial y en la autoridad moral y la integridad del poder judicial es de extrema importancia en una sociedad democrática moderna". Y apela finalmente a la responsabilidad que la judicatura tiene cada país de promover y mantener altos los estándares de la conducta judicial.

Al margen del debate sobre el grado de normatividad de la ética judicial (si debe optarse por un código ético o bastan unos principios generales éticos propios de la actividad judicial), es evidente que la ética judicial no puede quedar reducida al derecho orgánico, y buscar su eficiencia en la recriminación de conductas indebidas, pues con ello la estaríamos juridificando<sup>3</sup>. Debe aspirar a algo más, a ilustrar el paradigma del "buen juez" y enseñar al juez a adecuar su comportamiento a dicho paradigma. Esto último no es nuevo, pues responde a una máxima de experiencia: no basta conocer el bien, es necesario enseñar a hacerlo. Y es que el concepto de "buen juez" no puede definirse satisfactoriamente en términos puramente normativos, de deberes y derechos, sino que se identifica con aquél

que ha desarrollado profesionalmente ciertas cualidades denominadas virtudes judiciales<sup>4</sup>. De ahí que debamos prestar especial atención a las virtudes propias de un buen juez, ya se entiendan como hábitos operativos buenos –en su acepción clásica<sup>5</sup> y cristiana<sup>6</sup>– ya como rasgos del carácter –en su acepción más moderna<sup>7</sup>–, pues a través de ellas se interiorizan los principios que subyacen al referido paradigma del "buen juez" y facilitan actuar bien.

El papel decisivo que desempeña el juez en un Estado democrático de derecho en el que la confianza de los ciudadanos en la justicia es esencial, ha llevado a elevar el nivel de exigencia ética de los jueces, con respecto a otros ciudadanos, y a que estas exigencias éticas no acaben en el plano del "ser", sino que alcanzan el del "parecer". Así se explica en la exposición de motivos del referido Código Modelo, al recordar que "el poder que ejerce cada juez trae consigo determinadas exigencias que serían inapropiadas para el ciudadano común que ejerce poderes privados; la aceptación de la función judicial lleva consigo beneficios y ventajas, pero también cargas y desventajas. Desde esa perspectiva de una sociedad mandante se comprende que el juez no sólo debe preocuparse de 'ser', según la dignidad propia del poder conferido, sino también por 'parecer', de manera de no suscitar legítimas dudas en la sociedad acerca del modo en el que se cumple el servicio judicial".

## II. EL PARADIGMA DEL "BUEN JUEZ"

Para identificar ese paradigma de "buen juez" es preciso previamente atender a lo que constituye su actividad ordinaria esencial y accidental, así como el entorno en que se desarrolla. Lo propio del juez es juzgar, resolver conflictos jurídicos ajenos<sup>8</sup>, dentro de un proceso con las

4. Atienza, *Virtudes judiciales*, Claves de razón práctica n.º 86, pág. 38

5. Aristóteles llama virtudes a los hábitos dignos de elogio, advierte que "no se producen ni por naturaleza, ni contra naturaleza, sino por tener aptitud natural para recibirlas y perfeccionarlas mediante la costumbre"; remarca que las virtudes las adquirimos mediante el ejercicio previo, como en el caso de las demás artes: pues lo que hay que hacer después de haber aprendido, lo aprendemos haciéndolo; y ejemplifica esta idea explicando que del mismo modo que "nos hacemos constructores construyendo casas y citaristas tocando la cítara, así también practicando la justicia nos hacemos justos, practicando la templanza templados, y practicando la fortaleza, fuertes" (en *Ética a Nicomaco*, Libro 1-13, y Libro II-1, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2002, págs. 18 y 19).

6. "La virtud es una disposición habitual y firme a hacer el bien. Permite a la persona no sólo realizar actos buenos, sino dar lo mejor de sí misma" (Catecismo de la Iglesia Católica, n.º 1803).

7. "Una virtud es una cualidad humana adquirida, cuya posesión y ejercicio tiende a hacernos capaces de lograr aquellos bienes que son internos a las prácticas y cuya carencia nos impide efectivamente el lograr cualquiera de tales bienes" (MacIntyre, *Tras la virtud*, 1987, pag. 237, citado por Atienza, op. cit. Pág. 38).

8. El art. 117 de la Constitución española encomienda al juez natural, determinado por la ley, el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, de acuerdo con las normas de competencia

3. En la exposición de motivos del Código Modelo de ética judicial, al referirse al contenido de dicho código, afirma que "se trata de, a partir de las exigencias que el propio derecho plantea a la actividad judicial, profundizar en las mismas y añadir otras, de cara a alcanzar lo que podría llamarse el mejor juez posible para nuestras sociedades". Y aclara que "la ética judicial supone rechazar tanto los estándares de conducta propios del 'mal' juez, como los de un juez simplemente 'mediocre', que se conforma con el mínimo jurídicamente exigido".



garantías necesarias para las partes afectadas, y salvaguardar los derechos fundamentales de las personas, ordinariamente en la instrucción de las causas penales o en el curso del propio enjuiciamiento<sup>10</sup>. Quienes hemos recibido el encargo de juzgar no debemos perder de vista la relevancia de esta función, esencial en un Estado de Derecho, que hemos de realizar con independencia, responsabilidad y sometidos únicamente al imperio de la ley, según el tenor del art. 117.1 CE. Esta responsabilidad supone algo más que la posibilidad de responder por las actuaciones indebidas (orgánica, civil o penalmente), es ser consciente de la relevancia de esta función y de la expectativa que la sociedad, en general, y particulares afectados en cada caso concreto tienen de que los conflictos jurídicos se resuelvan de forma imparcial, respetando el derecho de defensa de las partes, en un plazo razonable de tiempo, con la previsibilidad derivada del derecho vigente y la equidad exigida en la decisión del caso concreto, y de que recibirán una explicación técnica, razonable y clara de la decisión adoptada.

En este contexto, ya podemos adelantar que un "buen juez" es independiente e imparcial en el ejercicio de su función, juzga con prudencia (que supone hacerlo con conocimiento de causa y del derecho), tiene conciencia social y un compromiso personal de formación continuada, es considerado con sus colaboradores y con quienes intervienen en la administración de justicia (abogados, partes, testigos, policía...), y no pierde de vista que más que ostentar un cargo con honores, presta un servicio a la sociedad y a los ciudadanos en un sistema democrático (lo que es compatible con tener conciencia de la dignidad de su misión).

### 1. Independencia

a) Independencia en el ejercicio de la función judicial. Dejando al margen la independencia del poder judicial como órgano de gobierno, que es imprescindible para la independencia de cada juez individual en el ejercicio de su función jurisdiccional, nos interesa ahora resaltar sobre todo esta última, pues nos hemos

centrado en los estándares de conducta ética exigibles a los jueces en el ejercicio de su función judicial o con ocasión de él<sup>10</sup>.

La independencia judicial así examinada se apoya en el principio de sometimiento del juez al imperio de la ley, que le exige resolver única y exclusivamente de conformidad con la regla justa extraída del derecho a la vista de los hechos enjuiciados. Como afirma el Código Bangalore, la independencia judicial es un requisito previo del principio de legalidad y una garantía fundamental de la existencia de un juicio justo. Lo que permite advertir que la razón de ser de la independencia judicial es "garantizar a los ciudadanos el derecho a ser juzgados con parámetros jurídicos, como forma de evitar la arbitrariedad y de realizar los valores constitucionales y salvaguardar los derechos fundamentales" (art. 1 Código Modelo).

b) El juez debe juzgar con libertad interior y sometido únicamente al imperio del derecho. El juez debe ejercer su función de forma libre, sometido únicamente al imperio del derecho. No lo será cuando se vea afectado por influencias ajenas (políticas, económicas, de opinión pública...), instigaciones, presiones, amenazas o interferencias (directas o indirectas)<sup>11</sup>.

Lo que expresa con mayor detalle el Código Bangalore (1.1): "Un juez deberá ejercer su función judicial de forma independiente, partiendo de su valoración de los hechos y en virtud de una comprensión consciente de la ley, libre de cualquier influencia ajena, de instigaciones, presiones, amenazas o interferencias, sean directas o indirectas, provenientes de cualquier fuente o por cualquier razón".

Para ello se precisa del juez actuar con libertad interior, para no verse nunca presionado o determinado por fuerzas ajenas (políticas, económicas...). Con frecuencia la presión viene por quienes tienen intereses económicos o de preservar un negocio ilegal (como el tráfico de drogas), y exige de los jueces una actitud heroica, que pocas veces la sociedad es capaz de apreciar y agradecer suficientemente, no

y procedimientos legalmente establecidos, y solo permite que puedan desempeñar otras funciones que expresamente se les atribuyan por ley en garantía de cualquier derecho.

9. La expresión de motivos del Código Modelo recuerda que en el Estado de Derecho al juez se le exige que se esfuerce por encontrar la solución justa conforme al Derecho ante el caso jurídico que está bajo su competencia, y que ese poder e *imperium* que se merece procede de la misma sociedad que, a través de los mecanismos constitucionales establecidos, le elige para los trascendentes y necesarios funciones sociales, con base en haber acreditado ciertas idoneidades específicas.

10. Ello no impide que partamos de la consideración de que la exigencia de independencia, como actitud y virtud esencial de cada juez, no empieza ni termina en él, sino que exige una organización capaz de garantizarlo. El Estado debe dotar a la administración de justicia de una estructura consistente y de unos jueces dignos de toda credibilidad, porque son los encargados de impartir justicia (Gabaldon, Reflexiones sobre la ética judicial, en AA/22, Ética de las profesiones jurídicas, Madrid 2001, pág. 796).

11. Se trata de satisfacer la expectativa de cualquier persona que acuda a la justicia de que su conflicto será resuelto por jueces independientes de acuerdo con las leyes que resulten aplicables, ajeno a cualquier tipo de órdenes, instigaciones, sugerencias o directrices. En este sentido, el art. 2 del Código Modelo entiende que "el juez independiente es aquel que determina desde el derecho vigente la decisión justa, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al Derecho mismo".



solo por rechazar la tentación de un soborno, sino porque en ocasiones tiene que sufrir el miedo de una amenaza de un mal para él o, lo que es peor, para alguien de su familia. Esto es más grave en países en los que el Estado de Derecho no está totalmente asentado, y esta heroicidad del juez resulta esencial para que acabe de asentarse plenamente. El sometimiento al imperio de la ley, que es también un deber moral<sup>12</sup>, debe preservar de que se pueda llegar a confundir la independencia judicial con la arbitrariedad, en la que se puede acabar cuando se resuelve caprichosamente lo que, con apresuramiento o con visión meramente subjetiva, "parece" mejor en cada caso<sup>13</sup>.

c) La independencia política del juez. El juez puede tener una ideología política, pero no puede afiliarse a un partido, y debe evitar, en la medida de lo posible, las manifestaciones políticas que dañen su imagen de imparcialidad. A este respecto el Código Bangalore (1.3) es muy estricto cuando declara que el "juez no sólo estará libre de conexiones inapropiadas con los poderes ejecutivo y legislativo y de influencias inapropiadas por parte de los citados poderes, sino que también deberá tener apariencia de ser libre de las anteriores a los ojos de un observador razonable". Y del mismo, el art. 4 del Código Modelo dispone, a efectos prácticos, que "la independencia judicial implica que al juez le está éticamente vedado participar de cualquier manera en actividad política partidaria" (art. 4 Código Modelo). En concreto, el juez debe ser especialmente cuidadoso a la hora de criticar al gobierno y al poder legislativo, así como a otros miembros de la carrera judicial. Especialmente, hay que evitar emitir juicios sobre sentencias dictadas por otros jueces, porque afecta a su independencia y porque además es una frivolidad, ya que nosotros no hemos celebrado el juicio ni deliberado en la apelación, y por lo tanto no podemos juzgar con conocimiento de causa.

d) Independencia judicial interna. La independencia también debe ser interna. Un juez no puede verse condicionado por otros jueces, si no es por las decisiones que le vinculan por constituir jurisprudencia o ser un precedente judicial del caso que enjuicia. De ahí que, de

una parte, "al cumplir sus obligaciones judiciales, un juez será independiente de sus compañeros de oficio con respecto a decisiones que esté obligado a tomar de forma independiente" (Código Bangalore 1.4); y, de otra, al juez no solo se le exige éticamente que sea independiente "sino también que no interfiera en la independencia de otros colegas" (art. 7 Código Modelo). Por eso, constituye una práctica irregular consultar siempre, y con carácter previo a la resolución de un caso, al superior que deberá revisar la posible apelación. Del mismo modo que no debe permitirse recibir llamadas de compañeros jueces interesándose por un asunto.

e) Independencia judicial respecto de la opinión pública. Por último, la independencia se predica frente a la prensa, y en general la opinión pública, que con frecuencia emiten juicios paralelos, que acaban influyendo en el ánimo del juez, a modo de prejuicio o cuando menos de miedo a contradecir la opinión general. Sin negar la labor desarrollada por los medios de comunicación en un Estado democrático, al informar y formar opinión sobre los hechos que afectan al funcionamiento de las instituciones y a los derechos de los ciudadanos, al mismo tiempo deberían ser muy responsables en el ejercicio de la libertad de información y de expresión, cuando informan u opinan sobre hechos que están siendo investigados o juzgados por la justicia, para no interferir en la independencia judicial, pues sino se corre el riesgo de meter presión en el juez, que constata una opinión pública contraria a lo que fríamente entiende corresponde decidir conforme al derecho, ocasionándole cuando menos confusión y desasosiego. Si, desgraciadamente se diera esta situación, se demanda del juez una actuación heroica para no desvirtuar el juicio justo por miedo al reproche o la crítica de la opinión pública.

## 2. Imparcialidad

La imparcialidad está en la base de la confianza que los ciudadanos en general y los justiciables en particular deben tener en los jueces. Para los jueces es una exigencia ética, que parte de la premisa de que solo mediante su imparcialidad, al igual que con la independencia que la preserva, se alcanza la legitimación del juez y de sus actos.

a) Deber moral del juez de abstenerse de conocer cuando tenga o pueda parecer que tiene interés en un asunto es bien sabido que

12. Gubaldon, op. cit., pág. 808 y 809, recuerda que la ley positiva obliga, en conciencia, a su cumplimiento y, por supuesto, a su aplicación si esta correctamente formulada y promulgada. Lo que no impide que el juez deba hacer compatible esto con un deber de aplicar rectamente el ordenamiento jurídico, intentando su adecuación a la justicia mediante una adecuada interpretación y, en su caso, la equidad.

13. Gubaldon, op. cit., pag. 798.

uno no puede ser Juez y parte, al mismo tiempo. Esto es, no cabe ser juez en causa propia, pues carecemos de la imparcialidad necesaria para juzgar con justicia. Del mismo modo, se pierde la imparcialidad cuando concurre algún vínculo personal, familiar o patrimonial en el caso del que nos corresponde conocer, que determina si no condiciona el juicio. De ahí, que el juez haya de inhibirse tan pronto como haya incurrido en una causa de recusación<sup>14</sup>. Como recuerda el art. 11 del Código Modelo, "el juez está obligado a abstenerse de intervenir en aquellas causas en las que se vea comprometida su imparcialidad o en las que un observador razonable pueda entender que hay motivo para pensar así". Con ello no sólo se pretende evitar la falta de parcialidad sino también su apariencia, esto es no sólo interesa que el juez se abstenga de conocer cuando advierta que concurren una causa que le impide realmente juzgar con imparcialidad, sino también cuando, aun no sintiendo afectada su imparcialidad, un tercero, "observador razonable", apreciaría que existen motivos para el juez no actúe imparcialmente<sup>15</sup>.

"El juez imparcial -recuerda el Art. 10 del Código Modelo- es aquel que persigue con objetividad y con fundamento en la prueba la verdad de los hechos, manteniendo a lo largo de todo proceso una equivalente distancia con las partes y con sus abogados, y evita todo tipo de comportamiento que pueda reflejar favoritismo, predisposición o prejuicio". La imparcialidad no solo afecta a la decisión, sino que también al proceso mediante el cual se toma la decisión. El juez debe ser y parecer imparcial. No en vano, la justicia siempre se la representa con una balanza y los ojos cerrados, que muestra estar al margen de los intereses en juego. Como manifestación de esto, "cuando un proceso está sometido o pueda

estar sometido a un juez, el juez no realizará intencionadamente ningún comentario que pueda esperarse razonablemente que afecte al resultado de tal proceso y que deteriore la imparcialidad manifiesta del proceso. El juez tampoco hará ningún comentario en público o de cualquier otra forma, que pueda afectar al juicio justo de una persona o asunto" (Código Bangalore, 2.4).

**b) Deber de comportarse sin favoritismo, discriminación ni prejuicio** Pero no basta lo anterior -no tener interés en la causa enjuiciada-, sino que además hay que evitar cualquier manifestación de favoritismo o discriminación con alguna de las partes.

Desde el momento en que el administrador de justicia muestra simpatía por una persona, o por los intereses que esta representa o postula, está evidenciando que se inclinará en su juicio por esta parte, con grave riesgo de faltar a la justicia y, cuando menos, de mermar la confianza en la justicia. En este sentido, debe evitar incluso "toda apariencia de trato preferencial o especial con los abogados y con los justiciables proveniente de su propia conducta o de la de los

otros integrantes de la oficina judicial" (art. 13 Código Modelo).

El juez también puede quebrar su imparcialidad si juzga con arreglo a un prejuicio negativo sobre una de las partes o las tesis e ideas que postula. Es inevitable que el Juez tenga prejuicios, que provienen de su formación, ideas, creencias y vivencias personales, de las que no es posible sustraerse totalmente, y que de alguna manera también nos ayudan a la hora de enjuiciar. De hecho, todos los jueces conforme se adentran en el caso van ineludiblemente realizando juicios que constituyen a su vez prejuicios respecto de lo que continúan conociendo a lo largo del proceso. Y así, tanto la formación jurídica como la propia experiencia judicial guían al juez en su labor de análisis y enjuiciamiento, operando a modo en muchos casos como un prejuicio. Pero no es este el prejuicio que se ha de evitar. El juez debe impedir verse dominado o condicionado por prejuicios negativos para con la persona o las ideas de alguna de las partes, que le impiden

**"Un "Buen Juez" es independiente e imparcial en el ejercicio de su función, juzga con prudencia, tiene conciencia social y un compromiso personal de formación continuada."**

14. El Código Bangalore (2.3) llega incluso a exigir el deber ético de, "dentro de lo razonable, comportarse de forma que minimice las ocasiones en las cuales pueda ser necesario que el juez sea descalificado para conocer de, o decidir sobre asuntos".

15. Como ilustra con un ejemplo Galbaldon, op. cit., pág. 802, nota 40, "no sería fácilmente admisible que un juez entendiera en el asunto de quien había atentado contra su vida o la de un familiar, aunque intimamente hubiera perdonado y estuviera seguro, en su conciencia, de actuar imparcialmente. Tampoco hay que olvidar que las aparencias pueden ser manipuladas o utilizadas interesadamente en juicios parciales mediáticos".

juzar con arreglo al Derecho. Y, en general, lo que debe evitar es que estos prejuicios determinen o condicionen decisivamente su juicio, y no atienda a la correcta valoración de las pretensiones de las partes y de las pruebas practicadas. Esto es, el juez no debe dejarse llevar por el prejuicio, que ordinariamente va ligado a la precipitación y la ligereza, y, al mismo tiempo, ha de acostumbrarse a juzgar dejando al margen sus propias ideas, para que no le condicionen. Como afirma el art. 18 Código Modelo, "la imparcialidad de juicio obliga al juez a generar hábitos rigurosos de honestidad intelectual y de autocrítica". Pero, como ocurre con otras manifestaciones de la imparcialidad, no basta con no dejarse dominar por un prejuicio negativo a la hora de juzgar, sino que además también debe evitarse cualquier manifestación de trato discriminatorio o limitativo de derechos para con las partes, especialmente si se trata de un imputado o acusado en una causa criminal. Por otra parte, éticamente, resulta inaceptable todo acto de discriminación por razón de raza, religión, política, clase social, nacionalidad y género, que constituye una manifestación de parcialidad, e impide la conclusión de un juicio justo<sup>16</sup>. Finalmente, también afecta a la imagen de imparcialidad la frivolidad en adelantar el sentido de la decisión antes de hora. No debemos avanzar el juicio, hasta que dicemos la sentencia y la notifiquemos. En este sentido sería deseable que los jueces se esforzaran en evitar las filtraciones.

### 3. Integridad

El juez no debe perder de vista que representa a una de las instituciones del Estado, el poder judicial. Aunque propiamente solo asume esta representación en el ejercicio de su función judicial, en la vida social normalmente es conocido por la profesión que desempeña. Esto exige del juez un especial cuidado para que su conducta, en la medida de lo posible, no desentone de la dignidad propia de un juez y evitar así el descrédito personal y sobre todo de la Institución. Por otra parte el juez no debe nunca prevalerse del cargo para adquirir privilegios o ventajas que no sean inherentes al servicio que debe prestar.

<sup>16</sup> Este principio tiene su formulación en el Código Bangalore: "garantizar la igualdad de tratamiento de todos ante un tribunal es esencial para desempeñar debidamente las funciones jurisdiccionales". Y su concreción en el referido Código (4.1), cuando desarrolla este valor: "un juez se esforzará para ser consciente de, y para entender la diversidad de la sociedad y las diferencias provenientes de varias fuentes, incluidas sin ánimo de exhaustividad, la raza, el color, el sexo, la religión, el origen nacional, la casta, las minusvalías, la edad, el estado civil, la orientación sexual, el nivel social y económico y otras causas similares ("motivos irrelevantes")."

a) Integridad en el ejercicio o con ocasión de la función judicial aunque el deber de ser y mostrarse íntegro no afecta sólo al ejercicio de su función judicial sino también en otros ámbitos de su vida social, lógicamente, en primer lugar, debe exigirse esta integridad en el ejercicio del cargo. El estándar de conducta exigible al juez es muy alto –superior al que se demanda de cualquier otro ciudadano–, y como importa no sólo el "ser" sino también el "parecer"; "deberá asegurarse de que su conducta está por encima de cualquier reproche a los ojos de un observador razonable"

(Código Bangalore, 3.1.). "El comportamiento y la conducta de un juez deberán reafirmar la confianza del público en la integridad de la judicatura. No sólo debe impartirse justicia; también ha de verse cómo se imparte" (Código Bangalore, 3.2).

Una tentación propia del juez, que en razón de su función está rodeado de cierta autoridad, es prevalerse de su cargo para lograr un privilegio u obtener un favor de forma indebida: impedir que le multen, aparcar donde quiera, obtener un asiento en el fútbol o en los toros... Conviene recordar que estamos para cumplir una función, prestar un servicio, pero no para prevalernos del cargo. La dignidad de la función judicial debe llevarnos a desempeñarla con espíritu de servicio y nunca aprovecharnos del cargo para obtener favores o privilegios. En este sentido daríamos un mal ejemplo si hiciéramos valer nuestra condición de juez para obtener un privilegio que no nos corresponde o evitar que se nos aplique la ley, por ejemplo para que no nos pongan una multa de tráfico<sup>17</sup>. Para hacer realidad esto, es muy importante fomentar el espíritu de servicio y la humildad. El juez no debe desempeñar funciones incompatibles de acuerdo con la ley y el reglamento de carrera judicial, con el desempeño de la función judicial de forma independiente, imparcial y con plena dedicación. Especialmente debe cuidarse que el ejercicio de actividades complementarias no constituya una forma de prevalerse del prestigio del cargo. Al mismo tiempo, el juez "tiene prohibido recibir beneficios al margen de los que por derecho le correspondan y utilizar abusivamente de los medios que se le confían para cumplimiento de su función" (art. 81 Código Modelo), así como evitar cualquier

<sup>17</sup> Así, el código de Bangalore (4.9) dispone que "un juez no utilizará o prestará el prestigio de las funciones jurisdiccionales para ayudar a sus intereses privados, a los de un miembro de su familia o a los de cualquier otra persona; asimismo, un juez tampoco dará ni permitirá a otros que den la impresión de que nadie está en situación de influir en el juez de forma incorrecta cuando desempeña sus obligaciones judiciales".



aparición de "que se aprovecha de manera ilegítima, irregular o incorrecta del trabajo de los demás integrantes de la oficina judicial" (art. 82 Código Modelo). Y no sólo eso, sino que "debe adoptar las medidas necesarias para evitar que pueda surgir cualquier duda razonable sobre la legitimidad de sus ingresos y de su situación patrimonial" (art. 83 Código Modelo).

b) El deber de secreto profesional. Por otra parte, el juez por razón de su cargo conoce muchas cosas de las personas e instituciones que no debe divulgar, para salvaguardar el derecho a la buena fama de las personas implicadas, y para evitar también suministrar información privilegiada<sup>18</sup>. El fundamento de este secreto profesional, se encuentra en la salvaguarda de "los derechos de las partes y de sus allegados frente al uso indebido de informaciones obtenidas por el juez en el desempeño de sus funciones" (art. 62 Código Modelo).

Este secreto no solamente debe guardarse con relación a los medios de comunicación

y la opinión pública, sino también en la esfera privada (art. 67 Código Modelo), pues fácilmente esa información se expande. Las personas implicadas en un proceso, sobre todo cuando son imputados o detenidos, tienen derecho a la buena fama y a la intimidad, que se quiebra cuando estos sucesos en los que se encuentran implicados se divulgan en forma de chismes.

El deber del secreto se extiende también a las deliberaciones en el caso de un órgano colegiado (art. 64 del Código Modelo). No debe salir a la luz pública antes de hora el sentido de la decisión ni tampoco aspectos de la deliberación que no queden reflejados en un voto disidente.

El juez tampoco puede aprovecharse de la información de un caso para beneficio propio o de amigos y familiares. Así se pronuncia el Código de Bangalore (4.10), cuando declara

que "la información confidencial obtenida por un juez en el ejercicio de sus competencias judiciales no será utilizada o revelada por el juez para ningún otro propósito no relacionado con el ejercicio de sus competencias judiciales".

c) El deber de ser y parecer honesto. Todos los códigos éticos judiciales insisten en la misma idea, al abordar la integridad, al afirmar que

**Todos los códigos éticos judiciales insisten en la misma idea, al abordar la integridad, al afirmar que un juez no solo debe ser honesto sino parecerlo, pues está en juego la credibilidad de los ciudadanos en la justicia que a dicho juez le corresponde administrar.**

un juez no solo debe ser honesto sino parecerlo, pues está en juego la credibilidad de los ciudadanos en la justicia que a dicho juez le corresponde administrar<sup>19</sup>. Esta consideración no debe determinar su vida privada ni sus aficiones y diversiones, pero sí debe ser tenida en cuenta para por lo menos evitar los escándalos. Esto es, "el juez integro no debe comportarse de una manera que un observador razonable considere razonablemente atentatoria contra los valores y sentimientos predominantes en la sociedad en la que presta su función" (art. 55 Código Modelo). Es por ello que habrá que atender a la sensibilidad y cultura del lugar para valorar la procedencia de algunas conductas. Se trata de tener cierto sentido común para actuar con

libertad, pero al mismo tiempo conscientes de la dignidad del cargo que desempeñamos y de la necesidad que tiene la gente de apreciar en nosotros una integridad de vida. Y no perder de vista que "el ejercicio de la función jurisdiccional supone exigencias que no rigen para el resto de los ciudadanos y cuyo incumplimiento afecta la confianza en la judicatura" (art. 56 Código Modelo).

Por ejemplo, el juez debe ser respetuoso con las leyes de tránsito, y más si le corresponde juzgar sobre esa materia. O también debe ser escrupuloso en el pago de sus impuestos, pues la sociedad no entendería que castigara a quien defrauda, realizando él mismo en su vida esta conducta. Más delicado es lo que se refiere a las conductas de la vida privada. Algunas conductas ilícitas y de una cierta relevancia, como pudiera ser la violencia intrafamiliar, producen un descrédito en el juez.

18. Esto supone que los jueces deben guardar reserva absoluta en relación con las causas en trámite y con los hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función o con ocasión de ella, salvo las excepciones previstas en el ordenamiento jurídico (art. 60 Código Modelo).

19. Es que, como recuerda el art. 54 del Código Modelo, "la integridad de la conducta del juez fuera del ámbito estricto de la actividad jurisdiccional contribuye a una fundada confianza de los ciudadanos en la judicatura".



Llegados a este punto, no podemos sustraernos al debate sobre la vinculación que la moralidad de la vida privada tiene en la vida pública. Al margen de cómo sea la vida privada del juez, cuando menos tenemos que exigirle que cumpla sus deberes de la forma más correcta posible, aunque es un hecho de experiencia que algunos vicios o adicciones cuando se vuelven patológicos, fácilmente traspasan los límites de la esfera privada, para afectar al ejercicio de la función pública. Es lo que ocurre con el alcohol, que cuando se traspasa el umbral del alcoholismo, con facilidad se acude a desempeñar las funciones en estado ebrio o se deja de desempeñar estas funciones, como consecuencia de dicha debilidad, con el consiguiente descrédito para la función y para la institución, lo que provoca una falta de credibilidad en la justicia. La templanza, y más en concreto la sobriedad, son recomendables para cualquier persona, porque garantizan el dominio de sí, necesario para quien tiene que ejercer un tarea ardua, como es la del juez.

#### 4. Prudencia

a) La prudencia del juez. Como ya hemos apuntado el paradigma de "buen juez" no se agota en una regulación normativa -código ético-, sino que atiende al desarrollo por parte de la persona de los hábitos o rasgos del carácter que nos permiten obrar bien (virtudes). No se trata tanto de ser un virtuoso como de obrar y juzgar bien, con rectitud. Son muchas las virtudes que podemos apreciar en un buen juez (buen juicio, perspicacia, prudencia, altura de miras, sentido de la justicia, humanidad, compasión, valentía, templanza<sup>20</sup>...), aunque la que atiende mejor a la función propia del juez e informa todas las demás es la prudencia. Podíamos afirmar que es la virtud más característica del "buen juez".

La prudencia es más sabiduría práctica que cautela (idea a la que por deformación histórica se asocia frecuentemente). Es una virtud de la inteligencia práctica, que guía a la persona a decidir bien, aplicando principios generales a las situaciones particulares<sup>21</sup>. La prudencia guía por lo tanto la toma de decisiones, y en el ámbito del derecho el proceso de enjuiciamiento para asegurar un juicio justo. Como recuerda el art. 70 del Código Modelo, "el juez prudente es el que procura que sus comportamientos, actitudes y decisiones sean el resultado de

un juicio justificado racionalmente, luego de haber meditado y valorado argumentos y contra argumentos disponibles, en el marco del derecho aplicable".

Para todo ello, "el juez debe mantener una actitud abierta y paciente para escuchar o reconocer nuevos argumentos o críticas en orden a confirmar o rectificar criterios o puntos de vista asumidos" (art. 71 Código Modelo); y es que "el juicio prudente exige al juez capacidad de comprensión y esfuerzo por ser objetivo" (art. 73 Código Modelo).

La prudencia es una síntesis entre el pensamiento abstracto y la experiencia del mundo, en la que opera al mismo tiempo la intuición junto con la reflexión y la deliberación<sup>22</sup>. En una decisión prudente, y la resolución judicial ha de serlo, deben combinarse distintos aspectos: sagacidad, que se ordena a una solución rápida y simple; razonabilidad, quiere decir la concordancia con los cánones de la lógica; circunscripción, esto implica el exacto conocimiento y comprensión de todas las circunstancias del caso; cautela, con esto se previene los riesgos que conlleva la decisión; y motivación, mediante la cual se explican los fundamentos de la decisión.

b) Juzgar con prudencia y equidad. Juzgar no es una operación mecánica de subsunción de unos hechos (premisa menor) en la norma legal (premisa mayor), a través de un simple silogismo. La lógica que preside el enjuiciamiento no es formal deductiva, propia de las ciencias exactas, sino que es una lógica de lo razonable<sup>23</sup>. Juzgamos a partir del conocimiento del derecho y de las instituciones jurídicas afectadas por la controversia, así como de los valores y principios generales del derecho, que guían la operación de determinación de los hechos y su calificación jurídica, siempre pensando en las consecuencias de la decisión. De forma paralela, la búsqueda de la regla jurídica aplicable está condicionada por los hechos y su calificación jurídica, así como por las consecuencias de la decisión. Juzgar es una labor eminentemente valorativa, en la que la prudencia cumple una

22. Destacado por Atienza en op.cit., pág. 39, con cita de dos artículos de Krumman (Practical Wisdom and Professional Character, en *Social Philosophy and Policy*, n.º 4, págs. 203-234, 1986; y *Living in the Law*, en *The University of Chicago Law Review*, n.º 54, 1987). Llama la atención del papel que desempeña la imaginación por una parte, como capacidad de invención, de ir más allá de la realidad, de sugerir una pluralidad de alternativas para resolver un problema; y por otra, en su aspecto moral, como combinación de la simpatía o compasión (que permite ponerse en el lugar de otro) con la capacidad de mantener cierta distancia en relación con los otros y con las cosas, para adoptar una actitud de cautela y seriedad.

23. Recasens Siches, *Introducción al estudio del derecho*, México, 1970, págs. 251 y ss.

20. A ellas se refiere Atienza en op.cit., pág. 39, citando a su vez a MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1987.

21. Esta es la concepción clásica de Aristóteles (Ética a Nicomaco, 1141b-1142a) como recuerda Atienza en op.cit., pág. 39.

función esencia<sup>24</sup>, para acertar con la solución justa, evitando además los vicios más comunes de la argumentación: la precipitación (decidir sin deliberación previa), la inconsideración (no tener en cuentas los argumentos de las partes o las pruebas practicadas) o la inconsistencia (argumentación contraria a las reglas de la lógica, ordinariamente porque parte de una premisa falsa o porque yerra al realizar el juicio de inferencia). "En las esferas de discrecionalidad que el ofrece el derecho, el juez deberá orientarse por consideraciones de justicia y equidad" (art. 39 Código Modelo). Aunque no existe un concepto unívoco equidad, en el fondo de todas sus acepciones se aprecia un substrato de relativa fijeza: la equidad es entendida como la justicia del caso concreto. Al hilo de cada una de estas distintas acepciones de equidad, podemos descubrir un deber ético del juez:

- Por una parte, la concepción clásica la equidad como justicia igualitaria, que la identifica con la justicia, y esta a su vez con la igualdad<sup>25</sup>, se traduce en la exigencia ética contenida en el art. 40 del Código Modelo: "en todos los procesos, el uso de la equidad estará especialmente orientado a lograr una efectiva igualdad de todos ante la ley".

- Por otra, la concepción aristotélica de justicia benévola<sup>26</sup>, se traduce en la consideración de que "la exigencia de equidad deriva de

la necesidad de atemperar, con criterios de justicia, las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables surgidas por el inevitable abstracción y generalidad de las leyes" (art. 37 Código Modelo).

- Pero también la consideración de que la esencia de la equidad radica en la aplicación discrecional de la justicia por los jueces<sup>27</sup> tiene algún reflejo, por ejemplo en el art. 36 del Código Modelo, cuando recuerda que "el fin último de la actividad judicial es realizar la justicia por medio del derecho", aunque matizado por el art. 41 del propio Código Modelo, que deja traslucir el marco de la discrecionalidad judicial al precisar que "el juez debe sentirse vinculado no sólo por el texto de las normas jurídicas vigentes, sino también por las razones en las que ellas se fundamentan".

- Y la idea de equidad como adaptación de la ley a las peculiaridades del caso concreto<sup>28</sup> subyace al art. 38 del Código Modelo: "el juez equitativo es el que, sin transgredir el derecho vigente, toma en cuenta las peculiaridades del caso y lo resuelve basándose en criterios coherentes con los valores del ordenamiento jurídico y que pueden extenderse a todos los casos sustancialmente semejantes".

c) Motivación de las resoluciones judiciales. La motivación es una garantía frente al prejuicio y la arbitrariedad, y facilita el control jurisdiccional a través de los recursos, lo que contribuye al fortalecimiento de la seguridad jurídica. De este modo, "la obligación de motivar las decisiones se orienta a asegurar la legitimidad del juez, el buen funcionamiento de un sistema de impugnaciones procesales, el adecuado control del poder del que los jueces son titulares y, en último término, la justicia de las resoluciones judiciales" (art. 20 Código Modelo). Y "una decisión carente de motivación es, en principio, una decisión arbitraria..." (Art. 21 Código Modelo). "Motivar supone expresar, de manera ordenada y clara, razones jurídicamente válidas, aptas para justificar la

24. Recensius 'Siches, op.cit., págs. 256-257, hace una larga y prolija ejemplificación de los valores comprendidos, dentro de la prudencia: "genérica adaptación a la índole del problema planteado y de los factores y condiciones que se dan en ese problema; congruencia histórica, esto es, apropiado acuerdo, con la significación del momento histórico, tanto por su realidad presente como también por sus proyecciones de futuro, sobre todo del futuro que empieza ya a anudarse en las aspiraciones, en los deseos, en los ideales, que pugnan por abrirse camino y obtener realización en la época presente; viabilidad o practicabilidad de las normas (generales o individualizadas) que vayan a ser estimadas, esto es, máxima probabilidad de eficacia real; ponderación y estimación de los efectos ulteriores que en el inmediato porvenir pueden causar las normas que sean emitidas o las decisiones que sean tomadas; y, con respecto de este último punto, es necesario tomar en consideración los conflictos o desajustes que de momento pudieran quedar resueltos por las normas a dictar o por las decisiones a emitir que no se conviertan después en fuente de males mayores que aquellos que se intentó remediar: armonía entre un anhelo de progreso y la conciencia de hasta dónde lleguen efectivamente las posibilidades reales, espíritu de armonía o de transacción entre los varios intereses contrapuestos, en la medida en que lo permita la justicia, legitimidad de los medios empleados para la consecución de los fines justos, pues el empleo de medios perversos al servicio de fines buenos, priva a los fines de su bondad originaria y los prostituye; esforzarse por dar satisfacción a la mayor cantidad posible de intereses, legítimos con el mínimo malgasto o despilfarro y con el mínimo de fricción, respecto, en el grado admisible, sin daño de otros valores más altos, a las expectativas concedidas por trabajos y esfuerzos hechos, o por virtud de la previsión de un grado muy alto de probabilidad". Y esta enumeración meramente ilustrativa debe ser completa con otras valoraciones que eventualmente pueden ser actualizadas en relación con los problemas concretos, evocadas por los conceptos de sensatez, tino, discreción, cordura, equanimidad, equilibrio, circunspección, precaución, previsión, expeditividad, diligencia, plausibilidad, etc."

25. Así se puede advertir en uno de los diálogos de Platón, en "El político" (citado por Entrena Klett, en La equidad y el arte de juzgar, 1990, pag. 28).

26. Cuando en la Retórica afirma: "La equidad consiste en perdonar los fallos humanos; y atender más al espíritu del legislador que a la letra de la ley, a la intención y no a la declaración, al todo y no a la parte, al deseo del autor de proyectado en el tiempo y no en un momento dado... preferir el arbitraje al juicio, pues el arbitrio ve lo que es equitativo y el juez solo el Derecho" (citado por Entrena Klett, op.cit., pag. 30).

27. En este sentido Alvaro d'Ors, en "Una introducción al estudio del Derecho", Madrid 1963, págs. 105 y ss, advierte que la justicia se concreta, en la solución a cada caso, como equidad. Los Juristas romanos, cuya actividad era casuística, no hablaban de justicia, sino de lo que es equum en cada caso; este término latino debe traducirse en ellos por "justo". La equidad como criterio rectificador de la inflexibilidad de la ley, de la regla fija o canon, procede del concepto griego de la epiqueia, y se vio especialmente favorecida por la equitas canónica; se refiere siempre a la operación judicial, suponiendo una aplicación conveniente del Derecho que en muchos casos será correctiva de la ley.

28. Karl Engisch, en una disertación acerca de "La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actual", Pamplona 1968, al hablar del derecho de equidad afirmaba que "su método consiste que en las hipótesis normativas y en las consecuencias jurídicas, se insertan conceptos y formulaciones generales e indeterminadas que ofrecen a quien aplica el derecho una directriz para la decisión en el caso concreto y que en todo caso lo vinculan, pero que por otra parte dejan un campo de acción lo suficientemente amplio como para tener en cuenta las peculiaridades del caso" (citado por Entrena Klett, op.cit., 1990, pag. 38).

decisión" (art. 19 Código Modelo). Por lo tanto, la fundamentación de las resoluciones judiciales debe expresar la razón de la decisión, la cual ha de ser, además de veraz, clara, precisa y concisa.

Si bien es imposible reproducir el proceso lógico seguido por un juez para resolver el caso, cuando menos debe racionalizarse la decisión en términos que permitan conocer las razones de la decisión y ésta pueda ser objetivamente valorada y criticada.

"El juez debe motivar sus decisiones tanto en materia de hechos como de derecho" (art. 23 Código Modelo). "En materia de hechos, el juez debe proceder con rigor analítico en el tratamiento del cuadro probatorio. Debe mostrar en concreto lo que aporta cada medio de prueba, para luego efectuar una apreciación en su conjunto" (art. 24 Código Modelo). Y "la motivación en materia de derecho no puede limitarse a invocar las normas aplicables, especialmente en las resoluciones sobre el fondo de los asuntos" (art. 25 Código Modelo). De ahí que una resolución que se limitara a hacer referencia a los documentos aportados, a las alegaciones de las partes, sin valorar jurídicamente su procedencia, o citara simplemente las normas legales aplicables carecería de motivación, y por ello sería nula. E igualmente debe evitarse la aparente motivación de una resolución en la que se hacen muchas disquisiciones jurídicas, más teóricas que prácticas, que no vienen al caso y que son más propias de un ejercicio de erudición que de una sentencia.

El grado de motivación de una resolución no es proporcional a su extensión o a la complejidad de los términos jurídicos empleados. Como afirma el art. 28 del Código Modelo, "las motivaciones deben estar expresadas en un estilo claro y preciso, sin recurrir a tecnicismos innecesarios y con la concisión que sea compatible con la completa comprensión de las razones expuestas".

### 5. Formación y capacitación

**a)** La formación continua como un deber del juez. "El juez bien formado es el que conoce el derecho vigente y ha desarrollado las capacidades técnicas y actitudes éticas adecuadas para aplicarlo correctamente" (art. 30 Código Modelo). Para ello no basta con la preparación exigida para su ingreso en la carrera judicial. Esa preparación inicial debe complementarse y desarrollarse de forma paralela al ejercicio de la función jurisdiccional.

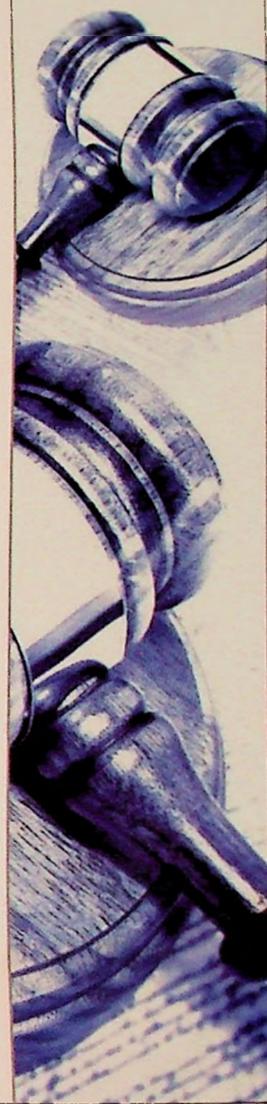
Es necesario un afán de formarse, que le lleve al juez a actualizar sus conocimientos, acudiendo a los cursos de formación continua, estudiando por su cuenta, y tratando de estar al día de las novedades legales y jurisprudenciales, tanto del derecho nacional como internacional.

De tal manera que se cree en el juez una actitud y un hábito de formarse de forma continuada<sup>29</sup>. Esta "exigencia de conocimiento y de capacitación permanente de los jueces tiene como fundamento el derecho de los justiciables y de la sociedad en general a obtener un servicio de calidad en la administración de justicia" (art. 29 Código Modelo). La ignorancia impide valorar correctamente los hechos enjuiciados, y, al contrario, el conocimiento del ordenamiento jurídico y de sus instituciones, conforman una mentalidad en el juez -propia de un jurista- que aflora en la fina intuición jurídica que permite abordar con acierto los casos.

**b)** Formación cultural. Pero la formación del juez no puede ser exclusivamente jurídica, sino que debe ser también humanística y cultural. Debe perseguirse, por lo tanto, una formación integral del juez, pues por la labor que desarrolla debe ser un humanista, capaz de comprender al hombre y a la mujer de hoy y los problemas sociales que subyacen a los casos que se le plantean, y, consiguientemente, juzgar con más sensibilidad y acierto. Toda la cultura es importante, pero en particular la literatura, sobre todo las novelas y los ensayos, porque contribuye no sólo al conocimiento de la persona y la sociedad, sino también a mejorar nuestra capacidad de expresión, oral y escrita, directamente relacionada con la calidad de nuestro trabajo. Es bueno cultivar aficiones, como la lectura, que es una de las puertas de la cultura. Especialmente se aprende mucho de las novelas, que permiten conocer mejor la persona humana, pues nos abre a mentalidades y culturas distintas, cuando no nos adentran en la interioridad de la persona<sup>30</sup>. Y del

29. Este deber de formarse, se contiene también en el Código Bangalore (6.3), al disponer que "un juez dará los pasos razonables para mantener y aumentar sus conocimientos, habilidades y cualidades personales necesarias para el correcto desempeño de las obligaciones judiciales, aprovechando para ese fin los cursos y facilidades que puedan estar a disposición de los jueces, bajo control judicial".

30. Aienza, op.cit., págs. 86-87, citando a Nussbaum, *Justicia poética*, Barcelona, 1997, advierte que "la racionalidad judicial no implica únicamente el manejo del razonamiento abstracto sino también una capacidad para comprender la singularidad del caso concreto, lo cual exige cierto tipo de experiencia del mundo, de empatía, etcétera, que la literatura puede ayudar a poseer. Y más en concreto, se refiere a la novela realista "en la propia estructura de ese tipo de novelas existiría algo así como un elemento igualitario, en cuanto que podría decirse que los diversos personajes están a disposición de cualquier lector; habría también una apelación a la imaginación, a la fantasía, a la capacidad de "vivir otras vidas"; y, en definitiva, a la empatía, a ponerse en el lugar de otro, a ser capaz de entender otras circunstancias, aunque resulten muy ajenas a nuestras experiencias reales".



mismo modo contribuyen a esta formación humanística otras manifestaciones de la cultura como es el cine, el teatro, el arte...

c) Contribuir a la formación de otros jueces y profesionales del derecho. Pero el compromiso con la formación no queda reducido a la propia capacitación, sino que también alcanza a la de los demás miembros de la carrera judicial. Así se entiende que el Código Modelo disponga que "el juez debe facilitar y promover en la medida de lo posible la formación de los otros miembros de la oficina judicial" (art. 33) y, también, "mantener una actitud de activa colaboración en todas las actividades conducentes a la formación judicial" (art. 34), así como "esforzarse por contribuir, con sus conocimientos teóricos y prácticos, al mejor desarrollo del Derecho y de la administración de la justicia" (art. 35).

El esfuerzo que ordinariamente lleva participar, con dignidad, en un curso de formación en el que participan otros compañeros, o de acudir a otros foros de formación jurídica, constituye también un deber moral, pues con ello además de devolver parte de lo recibido y compensar algo lo que seguimos beneficiándonos de la comunidad jurídica, contribuimos a mejorar la capacitación de los jueces y, en general, de los operadores jurídicos, lo que redundará en un beneficio para los ciudadanos y para nuestra sociedad.

#### **6. Dedicación responsable y buen trato.**

Todo lo anterior es mucho, pero no basta. Si aspiramos a dar un buen servicio y a juzgar con justicia, hemos de esforzarnos por trabajar con diligencia y buen trato.

Para ser un buen juez no es suficiente con cumplir formalmente el trabajo sino que debe aspirarse a hacerlo con la máxima dedicación y eficiencia; y al mismo tiempo con extrema consideración y afabilidad para quienes colaboran o intervienen en el proceso. No es suficiente cumplir con los deberes reglamentarios previstos al respecto, sino que debemos asumir una serie de autoexigencias éticas que van a facilitar que hagamos mejor el trabajo y que las personas afectadas se sientan tratadas con respecto. En síntesis, se trata de resolver las pretensiones de las partes, con la mayor celeridad posible y conceder un buen trato a los usuarios de la Justicia, evitando cualquier vejación; quienes acuden a los tribunales tienen que tener la percepción de que han sido escuchados y atendidos adecuadamente, aunque no se les de la razón.

a) Trabajar con diligencia y dedicación. Cuando se habla de los deberes éticos del juez, no deberíamos perder de vista que uno de los más importantes es "trabajar mucho y bien", aunque esta formulación parezca excesivamente general, es fácilmente comprensible.

Es necesario compaginar el estudio detenido del caso (fáctica y jurídicamente) con la diligencia en la resolución. Suele afirmarse que la excesiva dilación en la resolución de un litigio, provoca en sí misma una situación de injusticia (art. 74 Código Modelo). Por eso el juez debe aplicarse para que en la medida de lo posible se cumplan los plazos legales y evitar dilaciones indebidas<sup>31</sup>. Es preciso, para evitar la mora judicial, que el juez tenga una buena organización de su trabajo y que sea disciplinado, a fin de que el trabajo sea despachado en una forma eficiente y ágil. Ordinariamente si se trabaja con orden y se evita que los casos difíciles, que requieren más estudio y atención, queden postergados por los asuntos más urgentes y fáciles, a la postre todo se resuelve antes y mejor, lo que preserva de las situaciones de retraso general y de las dilaciones indebidas.

En este sentido, conviene ser puntuales a la hora de empezar a trabajar y sobre todo cumplir el horario de audiencia, evitando hacer esperar más allá de lo que sea razonable. Y ello, sin perder de vista que el juez, aunque tenga horarios de audiencias, en realidad no limita su trabajo a dicho horario, dedicando el tiempo y la atención necesaria para resolver lo que se le ha encomendado. Para facilitar esto es muy importante dedicarse fundamentalmente a sus obligaciones judiciales, evitando que otras actividades accesorias le resten dedicación y atención. Sería una disfuncionalidad que por dar clases en la universidad o acudir a muchos foros a dar conferencias, luego el trabajo en la Corte quedará retrasado. En este sentido, el art. 78 del Código Modelo prescribe que "el juez no debe contraer obligaciones que perturben o impidan el cumplimiento apropiado de sus funciones específicas".

b) Espíritu de servicio. Esta actitud de dedicación a su trabajo del juez va ligada a un espíritu de servicio en el ejercicio de sus funciones. Esto debe manifestarse en la dedicación de tiempo y en el interés que presta en la resolución de los casos. El ser titular de un juzgado no debe confundirse

<sup>31</sup> Para ello, el juez "debe evitar (y, en todo caso, sancionar) las actividades dilatorias o de otro modo contrarias a la buena fe procesal" (art. 76 Código Modelo).



con la propiedad del mismo, del mismo modo uno no es propietario de los casos, sino que está designado constitucionalmente para resolverlos, con ánimo de servir a la sociedad y en concreto a los ciudadanos afectados. Esto debe llevar a prestar igual atención a los casos "importantes" para la opinión pública que hace que todo el mundo esté pendiente de lo que hacemos y como lo hacemos, que a los casos "poco relevantes", que ordinariamente son la mayoría. El cargo de juez no debe ser una palanca para los intereses personales o para la promoción del juez, sino que es esencialmente una función social. Además, como afirma el Código Bangalore (4.9), "un juez no utilizará o prestará el prestigio de las funciones jurisdiccionales para ayudar a sus intereses privados, o los de un miembro de su familia o a los de cualquier otra persona"; esto es, debe abstenerse de aprovecharse del cargo para obtener un privilegio o beneficio que no sea consustancial a dicho cargo o a la función que desarrolla.

c) Trato afable y considerado. El debe tratar con consideración a las personas que colaboran con él en la administración de justicia, sabiendo motivarlas para que cumplan con eficiencia su trabajo. Lo que no obsta a que cuando sea necesario corrija a sus colaboradores, aunque con afabilidad y firmeza para que la persona afectada se enteré y al mismo tiempo no se sienta agraviada.

Al celebrar audiencias o interrogar a las partes o los testigos, el juez debe esmerarse en hacerlo siempre con respeto y consideración. El juez no debe imponer su autoridad de mala manera. Por lo que respecta a los abogados, el juez debe combinar la paciencia y consideración al escuchar sus alegatos con el deber de lograr que las audiencias sean más eficientes y no se extiendan innecesariamente. En concreto, debe llamar la atención a un abogado con educación, sin levantar la voz excesivamente y usando el mallet con moderación. El juez debe tratar de no poner en evidencia a los abogados que se equivocan delante de sus

clientes, ni dar lecciones de derecho en las audiencias, entre otras razones porque no es su función. Hay que evitar cualquier trato vejatorio hacia los abogados, a quienes hay que tratar con cortesía y afabilidad. Se puede ser firme en las decisiones y guardar un trato exquisito. Las formas son muy importantes, pues predisponen para entender o malinterpretar nuestras decisiones.

Este trato afable debe extenderse a las partes y a los testigos y peritos. En concreto, el juez debe dirigir el interrogatorio con consideración hacia la persona que declara o es interrogada, evitando cualquier manifestación de desprecio, especialmente en el caso de los detenidos o imputados. Debe estar dispuesto a dar todas las explicaciones que sean necesarias para facilitar la comprensión de los ciudadanos que se ven afectados por una decisión o en un juicio<sup>32</sup>. Este trato afable y considerado además de ser debido a toda persona, por su propia condición de persona humana, contribuye además a mejorar la imagen de la justicia.

El juez debe mantener la calma y el orden dentro de la sala y rebajar la tensión, mostrando especialmente serenidad y firmeza a la vez, tratando de mantener el decoro en el debate<sup>33</sup>.

El debate jurídico que conlleva la controversia entre las partes no debe estar mezclado de descalificaciones personales.

No es infrecuente que los abogados traten de forjar un prejuicio en el juez contra la otra parte, mezclando descalificaciones ajenas a la controversia jurídica, con las razones propiamente jurídicas. El juez debe saber filtrar lo que es relevante para resolver la controversia, de lo que es irrelevante y, si procede, advertir a las partes de que se abstengan de realizar descalificaciones personales (insultos), esto sobre todo tiene

**El juez no debe imponer su autoridad de mala manera. Por lo que respecta a los abogados, el juez debe combinar la paciencia y consideración al escuchar sus alegatos con el deber de lograr que las audiencias sean más eficientes y no se extiendan innecesariamente.**

32. En este sentido, debe estar dispuesto a "brindar las explicaciones y aclaraciones que le sean pedidas, en la medida que sean procedentes y oportunas y no supongan la vulneración de alguna norma jurídica" (art. 51 Código Modelo).

33. Como expone el Código de Bangalore (6.6), el "juez mantendrá el orden y el decoro en todos los procesos en que participe y será paciente, digno y cortés con los litigantes, los jurados, los testigos, los abogados y las otras personas con que trate en su capacidad oficial. El juez exigirá una conducta similar de los representantes legales, del personal del tribunal y de las otras personas sujetas a la influencia, la dirección o el control del juez".

importancia en el curso de la audiencia en el que es fácil que la tensión haga perder los nervios a las partes o sus abogados.

**d) Relaciones en un tribunal colegiado.** Mención aparte requiere la relación del juez con sus iguales, especialmente quienes forman con la misma sala o tribunal. En la carrera judicial, los primeros pasos del juez se desarrollan en un órgano unipersonal en el que ordinariamente tiene que juzgar y tomar sus decisiones solo, y ésta soledad del juez puede originar un hábito de falta de trabajo en equipo con otros iguales. Acostumbrado a tomar las decisiones solo y que se haga lo que uno decide aunque esté bien motivado, puede llevar a un juez a no integrarse adecuadamente en un tribunal colegiado en el que las decisiones se toman en conjunto, pues la decisión es del tribunal y no del juez que forma parte del mismo aunque sea el ponente. Para la toma de una decisión en el órgano colegiado es muy importante la deliberación, en la que los magistrados que forman parte de la sala discuten las razones de tomar una u otra decisión. Esta deliberación, que bien guiada es una fuente de conocimiento y enriquece la sentencia final, si falta humildad y los jueces se dejan guiar por su obcecación e impermeabilidad a los argumentos ajenos, puede acabar en un conflicto estéril.

Por eso los jueces que acceden a un tribunal colegiado o están en él, deben hacer un ejercicio de humildad al escuchar los argumentos de sus compañeros o compañeras de sala, para guiarse únicamente por la razonabilidad y justicia, cambiando de opinión cuando sea necesario. ■

#### BIBLIOGRAFÍA

APARICI, Ángela y LOPEZ Guzmán. "Concepto y fundamento de la Deontología". En : **Ética de las Profesionales Jurídicas: estudios sobre deontología**. Madrid., 2003. Vol. 2

ARISTÓTELES. **Ética a Nicómaco** : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2002.

ATIENZA, Manuel. "Virtudes judiciales" En: **Revista Claves de Razón Práctica** (86): 32-42, Mayo 1998.

Código De Bangalore Sobre La Conducta Judicial, 2002

Código Modelo de ética judicial

D'ORS, Álvaro. **Una Introducción al Estudio del Derecho**. Madrid, 1963.

ENTRENA, Carlos. **La Equidad y el Arte de Juzgar** Editorial Aranzadi., 1990. 158 p.

España. [Leyes] **La Constitución Española**

GABALDON, José. "Reflexiones sobre la Ética Judicial" En: **Ética de las Profesionales Jurídicas: estudios sobre deontología**. Madrid., 2003. Vol. 2 p. 781-820

Las Virtudes En: **Catecismo de la Iglesia Católica**.

RECASENS, Luis. **Introducción al Estudio del Derecho**. México, 1970.

#### PARA CITAR ESTE ARTÍCULO

SANCHO, Ignacio. "Ética Judicial: el Paradigma el Buen Juez". **Revista Justicia y Razón** - Escuela Nacional de la Judicatura, 1 (1) : 30-42, febrero-abril 2006.



## 4

## MANEJO DE LAS TÉCNICAS DE LOS INTERROGATORIOS DIRECTO Y CONTRAINTERROGATORIO EN EL PROCESO PENAL DOMINICANO



MAG. ESTHER E. AGELEN  
Juez Presidente del Primer Tribunal Colegiado del D. N., ingreso a la Carrera Judicial en el año 2001. Doctora en Derecho (Universidad Central del Este), con Maestría en Derecho, LLM (Magna Cum Laude), de la Universidad de Puerto Rico; Postgrado en Derecho Penal (UASD); Diplomado en Derecho Empresarial (Universidad APEC); Pasantía en Derecho Penitenciario, en el Ministerio de Justicia y Gracia de San José, Costa Rica; Curso de Formación Judicial Superior. Acceso a la Justicia, Aula Iberoamericana, organizado por el Consejo General del Poder Judicial de España, en Cartagena, Colombia; Seminario sobre El Proceso Penal Acusatorio, Escuela Judicial de Costa Rica; Seminario sobre la Jurisdicción Contencioso Administrativa, organizado por el PARME. Ha participado en más de 15 seminarios y programas de capacitación impartidos por la ENJ, de la cual es docente en los Programas de Formación de Aspirantes y de Formación Continua, en las materias de Derecho Procesal Penal y Técnicas de Manejo de Audiencias. Asesora en la elaboración de Material Didáctico de la ENJ. Docente de las Universidades UNIBE y PUCMM, así como facilitadora en diversos Diplomados, talleres y seminarios sobre Derecho Procesal Penal.

*Con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal Dominicano el 27 de septiembre del año 2004, la dinámica en cuanto de presentación de la prueba, especialmente la testimonial y pericial, en el juicio o debate ha dado un giro de 360 grados.*

*Pero, ¿cuáles han sido los cambios, que en cuanto a forma de los interrogatorios, nos ha traído la nueva legislación procesal penal? Aunque, ciertamente, nuestro sistema procesal penal no cuenta con reglas de presentación de evidencia, como en países tales como Puerto Rico, existen algunas pautas dispersas en el Código Procesal Penal.*

Con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal Dominicano el 27 de septiembre del año 2004, la dinámica en cuanto de presentación de la prueba, especialmente la testimonial y pericial, en el juicio o debate ha dado un giro de 360 grados. No basta la simple enunciación de las pruebas recolectadas en la fase de instrucción y lecturas indiscriminadas de interrogatorios realizados sin el conocimiento de las partes, incluso del imputado quien se enteraba de las evidencias recolectadas en su contra cuando ya era tarde para rebatirlas. Esta nueva normativa pretende dejar atrás aquellos cuestionarios realizados por las partes a los testigos que más que preguntas eran formas intimidatorias a fin de encontrar cada quien su verdad. Los testigos eran impresionados e interpelados de manera tal que parecían que estaban siendo juzgados, como si fueran culpables de algo. Las preguntas sugestivas, capciosas e impertinentes eran admitidas con

toda naturalidad, sin meditar que este tipo de interrogantes violentaba el derecho a la defensa de las partes. Finalmente, en cuanto al imputado, este era interpelado como si se tratara de cualquier testigo.

Pero, ¿cuáles han sido los cambios, que en cuanto a forma de los interrogatorios, nos ha traído la nueva legislación procesal penal? Aunque, ciertamente, nuestro sistema procesal penal no cuenta con reglas de presentación de evidencia, como en países tales como Puerto Rico, existen algunas pautas dispersas en el Código Procesal Penal. Así, el artículo 326 de la Ley 76-02, hace referencia al denominado interrogatorio directo, al señalar: "La parte que lo propuso cuestiona directamente a los testigos o peritos sobre sus generales, así como sus vínculos con las partes. ... Acto seguido, se procede al interrogatorio directo por la parte que lo propuso, por las otras partes en el orden establecido, y por el tribunal. ... El presidente del tribunal modera el interrogatorio, para evitar que el declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes".

A fin de diferenciar el interrogatorio directo, al cual hace referencia el supraindicado artículo, del contrainterrogatorio, es preciso adentrarnos en su dinámica. Veamos:

### EL INTERROGATORIO DIRECTO.

Ha sido definido como: "el primer interrogatorio de un testigo sobre una materia no comprendida dentro del alcance de un interrogatorio previo de ese testigo" (Fontanet, Julio E. Principios y Técnicas de la Práctica Forense). En otras palabras, el interrogatorio de tipo directo es aquel que es realizado por la parte que oferta al testigo. Si el testigo es del Ministerio Público, pues este realizará el directo. Este tipo de cuestionamientos no es realizado al azar, sino que existe una serie de reglas, algunas establecidas en el código procesal penal y otras que en cuanto a su adecuada forma pueden ser extraídas de la legislación comparada y admitidas como técnicas a fin de resaltar la importancia y credibilidad de la prueba testimonial ofertada.

### ACREDITACIÓN DEL TESTIGO Y CUALIFICACIÓN DE PERITOS.

**LA ACREDITACIÓN.** Esta técnica es dirigida a que el tribunal conozca quién es el testigo. Se trata de humanizar al testigo ante el juzgador. Que este se convierta en una persona con nombre y apellido. La rigurosidad y profundidad de la acreditación dependerá de la gravedad e importancia del caso para el cual este ha sido llamado a deponer, sobre



todo si se trata del denominado "testigo estrella" ofertado por determinada parte. En tal sentido, el artículo 326, antes señalado, nos indica: "... la parte que lo propuso cuestiona directamente a los testigos o peritos sobre sus datos personales, así como sus vínculos con las partes..."

**LA CUALIFICACION.** Se habla de cualificación cuando se trata de interrogatorios de peritos.

En este caso además de preguntarle al experto por sus generales, tal como lo señala la disposición legal antes indicada, se exige que las preguntas sean más extensas. Se trata pues, de demostrar el expertizaje o "calidad habilitante" que exige el código en su artículo 205 en lo relativo a los peritos cuando reza: "Los peritos deben ser expertos y tener título, expedido en el país o en el extranjero, habilitante en la materia relativa al punto sobre el cual son llamados a dictaminar, siempre que la ciencia, arte o técnica estén reglamentadas. En caso contrario debe designarse a personas de idoneidad manifiesta". En consecuencia, es a través de un cuestionario profundo que podrá quedar establecida la capacidad pericial. Preguntas como: Años de graduado, estudios especializados, años ejerciendo en determinada profesión, la oportunidad de haber sido docente en el área en que es especialista, serán las preguntas idóneas a los fines de cualificación.

**LA PREGUNTA DE TRANSICIÓN.**

Una vez acreditado el testigo o cualificado el perito, procede hacer la pregunta que guie al testigo a los hechos del caso y esta es la denominada pregunta de transición y orientación. Un ejemplo de este tipo de preguntas es: "En fecha tal... ¿recuerda usted algo que le llamara la atención?" En esta etapa del interrogatorio directo el testigo o perito inicia el relato o su versión de los hechos guiado por las preguntas que se le realizan. El lenguaje a utilizar en este tipo de preguntas ha de ser sencillo, a fin de no confundir al testigo e ilustrar de una manera llana al tribunal. En el caso de peritos es permisible la utilización de un lenguaje técnico, pero es aconsejable que se traduzca al plenario lo que se quiso decir a fin no confundir al tribunal.

**NO PREGUNTAS SUGESTIVAS, CAPCIOSAS E IMPERTINENTES EN EL DIRECTO.**

De acuerdo al artículo 326, parte in fine, de la Ley 76-02 establece que: "El presidente del tribunal modera el interrogatorio, para

evitar que el declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes".

Las preguntas sugestivas son aquellas que sugieren la respuesta. Generalmente, este tipo de preguntas se realiza por medio de aseveraciones: "Lo cierto es que...; Dígame si es o no cierto que...; (se expresa la aseveración) si o no"; entre otras: Las preguntas capciosas son las que inducen a error al deponente. Es la pregunta engañosa. Ejemplo de pregunta capciosa: Si tomamos como supuesto un caso en el cual un testigo declara a favor de un acusado de violencia doméstica contra su esposa. La pregunta capciosa sería la siguiente: ¿Lo cierto es que el acusado dejó de pegarle a su mujer? No importa si contesta si o no, pues la respuesta será perjudicial al imputado. En cuanto a las preguntas impertinentes, son aquellas que están fuera del objeto de prueba. Cabe preguntarse, ¿qué tipo de preguntas serían las adecuadas en un interrogatorio de tipo directo? A fin de evitar la sugestividad, las preguntas han de ser abiertas. Que permitan al testigo explicar. Aportar la información que se le requiere, sin restricción. Como ejemplo de este tipo de interrogantes tenemos: ¿qué?, ¿cómo?, ¿cuándo?, ¿porqué?, ¿Quién?, Y otras preguntas utilizando las siguientes palabras: explique, fundamente, describa, informe.

**DETALLES Y DESCRIPCIONES.**

Tal como expresamos anteriormente, tras la acreditación del testigo o cualificación del perito, procede realizar la pregunta de transición, la que permitirá al declarante exponer acerca de los hechos del caso, guiado por las preguntas del sujeto procesal que realiza el directo. Luego de la narración principal de los hechos, es preciso que sean realizadas las preguntas encaminadas a la descripción o detalles en cuanto a la ocurrencia de estos. Detalles como: la distancia, iluminación, sonido, tiempo, servirán para que el tribunal realice una reconstrucción mental de los hechos, aportando mayor credibilidad al testimonio. Un ejemplo de la utilidad de la descripción, es cuando se trata de establecer que la persona imputada de un ilícito penal fue efectivamente identificada por el testigo. En tal sentido, la iluminación y la distancia entre el testigo y el sujeto sospechoso serán parte esencial para dar credibilidad a la identificación.

**EL TESTIMONIO HA DE SER ORGANIZADO.**

Un aspecto importante en el interrogatorio directo es que la información que se obten-



ga del testigo ha de ser ordenada. Esta es considerada una cuestión de estrategia, pues a medida de que el testigo ofrezca una declaración organizada y detallista le merecerá mayor credibilidad al tribunal. Ese orden ha de ser cronológico. Imagínese que el caso de que se trata es robo con violencia. A medida que el testigo inicie su declaración en el sentido de que cómo llegó al lugar de los hechos, si se encontraba sólo o acompañado, cómo se apareña el sospecho, amenaza a la víctima, le arrebató la cartera, etc., será pues más impactante y creíble para el juzgador.

#### **EL CONTRAINTERROGATORIO.**

Previo a analizar las disposiciones legales existentes en la normativa procesal dominicana, es oportuno definir el contrainterrogatorio. Al respecto, Fontanet (Op. Cit. Supra) nos ofrece la siguiente definición: "Es el interrogatorio que hace la parte contra quien se ha ofrecido el testimonio del declarante". Es decir, que si el testigo es presentado por la defensa, la parte contraria, que puede ser la fiscalía, realiza el contrainterrogatorio. Pero, ¿qué se persigue con este tipo de cuestionamientos? Primero: aportar aspectos positivos a nuestro caso; segundo: Destacar los aspectos negativos del caso de la parte contraria; tercero: Impugnar la credibilidad del testigo de la parte contraria.

#### **CÓDIGO PROCESAL PENAL DOMINICANO Y LA CUESTIÓN DE LOS CONTRAINTERROGATORIOS.**

Uno de los temas más controversiales en lo que respecta a las reglas de los interrogatorios a partir de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, es el del denominado contrainterrogatorio. En tal sentido, el artículo 326 de la Ley 76-02 dispone: "Acto seguido, se procede al interrogatorio directo por la parte que lo propuso, por las otras partes en el orden establecido, y por el tribunal". Esta disposición legal hace referencia exclusivamente al interrogatorio de tipo directo, tanto por la parte que lo propuso como por las demás partes. Ha de entenderse que la contraparte no tendría oportunidad de interrogar a los testigos contrarios, sino a través de preguntas abiertas mediante las cuales los deponentes podrían explicar y así ratificar con su declaración la teoría de la parte que los propone. Esta ratificación sería violatoria a su derecho a la defensa. El contrainterrogatorio es utilizado como un mecanismo que sirve para contradecir

y rebatir la prueba de la parte contraria a través de preguntas sugestivas, utilizando la información aportada en el interrogatorio directo. De esta forma la contraparte pretende establecer las debilidades del caso de la parte contraria e impugnar (desacreditar) el testimonio aportado por incoherencia entre declaraciones, omisión en cuanto a cierta información relevante y por parcialidad del deponente con la parte contraparte.

¿Cómo permitir el contrainterrogatorio, que por definición es sugestivo, ante una disposición expresa del código procesal que no lo contempla?

La respuesta la obtenemos del mismo Código Procesal Penal, pues su artículo primero establece que: "Los tribunales, al aplicar la ley, garantizan la vigencia efectiva de la Constitución de la República y de los tratados internacionales y sus interpretaciones por los órganos jurisdiccionales creados por éstos, cuyas normas y principios son de aplicación directa e inmediata en los casos sometidos a su jurisdicción y prevalecen siempre sobre la ley". En consecuencia, la constitución dominicana establece en su artículo 8, numeral 2, letra j el Derecho a la Defensa de las partes. Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre del 1989 establece en su artículo 14.3 letra e el derecho de toda persona en plena igualdad de: "interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de descargo". La igualdad de ningún modo implica que deba repetirse el directo, sino igualdad de armas, igualdad de oportunidades a fin de establecer nuestra teoría y rebatir la de la contraparte, situación que sólo se logra a través de un efectivo contrainterrogatorio. Luego de haber salvado la situación legal anterior, procede conocer la dinámica del contrainterrogatorio.

#### **PREGUNTAS SUGESTIVAS.**

La pregunta sugestiva es, tal como lo manifestamos anteriormente, la que sugiere la respuesta. Que realiza a través de aseveraciones, tales como: "Lo cierto es que...; Dígame si es o no cierto que ...; (se expresa la aseveración) si o no". Este tipo de preguntas no permite que el testigo pueda dar detalles o explicaciones, pues no le queda otra alternativa que la de responder si o no.

**USO DEL CONTRAINTERROGATORIO PARA IMPUGNAR TESTIGOS.**

Uno de los objetivos principales del contra-interrogatorio es impugnar la credibilidad de los testigos. Cabe destacar que el testigo de la contraparte puede ser advertido de que va a ser interrogado en esos términos y, puede ser, que este se resista, por lo que ha de tenerse mucho cuidado y estar bien preparados en cuanto al conocimiento del caso para lograr los objetivos que nos hemos propuesto. Las impugnaciones a los testigos pueden ir encaminadas a establecer:

- Su parcialidad con la parte contraria y, por ende, falta de objetividad en sus declaraciones. Por ejemplo: parentesco, amistad, venganza, miedo, intereses pecuniarios, etc.
- Su carácter mendaz o mentiroso, ejemplo que se establezca que el testigo ha sido anteriormente condenado por perjurio.
- Por que el testigo tiene antecedentes penales o ha sido anteriormente condenado penalmente, lo que puede afectar su credibilidad.
- Por incoherencias, divergencias u omisiones en declaraciones anteriormente vertidas.
- En caso de los peritos, estos pueden ser impugnados por incapacidad (falta de calidad habilitante que establece el artículo 205 del C.P.P.)
- Tratando de establecer que la percepción del testigo en un momento dado fue errónea debido de situaciones que la pudieron afectar, tales como el miedo, falta de concentración, entre otros.

Estas impugnaciones serán logradas a través de preguntas claves en la fase del contrainterrogatorio. ■

**BIBLIOGRAFÍA**

Republica Dominicana [Leyes] **Ley 76-02 Código Procesal Penal de la República Dominicana.**

FONTANET, Julio E. **Principios y Técnicas de la Práctica Forense.** San Salvador :UCA Editores. v.48. 2003.

**PARA CITAR ESTE ARTÍCULO**

AGELÁN, Esther E. "Manejo De Las Técnicas De Los Interrogatorios Directo Y Contrainterrogatorio En El Proceso Penal Dominicano". **Revista Justicia y Razón - Escuela Nacional de la Judicatura**, 1 (1) : 43-46, febrero-abril 2006.

