

__ CIUDADANÍA Y JUSTICIA. EFICACIA Y LEGITIMIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

__ CITIZENS AND JUSTICE. EFFECTIVENESS AND LEGITIMACY OF JUSTICE ADMINISTRATION

José Antonio Colmenero Guerra

Profesor Titular de Derecho Procesal. Universidad Pablo de Olavide



sumario // summary

1 ■ INTRODUCCIÓN / INTRODUCTION

2 ■ INEFICACIA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. CRISIS DE LA JUSTICIA / JUSTICE ADMINISTRATION INEFFICIENCY. JUSTICE CRISIS

2.1. Causas históricas de la ineficacia de la justicia / Historical causes of justice inefficiency

2.2. Algunas reflexiones generales sobre la crisis de las normas procesales / General reflections on the procedural regulations

3 ■ LEGITIMACIÓN DEL PODER JUDICIAL / THE JUDICIARY LEGITIMACY

3.1. "Auctoritas" / "Auctoritas"

3.2. Sistemas de designación del personal jurisdiccional / Jurisdictional staff appointment

A) Jueces Legos / Lay judges

B) Justicia Popular / Popular justice

C) Designación / Appointment

3.3. Legitimación a través del procedimiento / Legitimacy through the proceedings

3.4. La independencia y sumisión a la ley / Independence and submission to law

4 ■ LA DECISIÓN JUSTA / FAIR DECISION

5 ■ LA MOTIVACIÓN-JUSTIFICACIÓN / MOTIVATION - JUSTIFICATION

resumen//abstract

La Academia ha venido denunciando desde hace años la ineficacia de la justicia, calificándola de histórica y situando sus causas en la superada existencia de una pluralidad de jurisdicciones gracias a la efectiva realización de la unidad jurisdiccional, consagrado en el artículo 117.5 de la Constitución; el defectuoso diseño de las demarcaciones judiciales; los escasos medios personales y materiales tradicionalmente puestos a disposición de la Administración de Justicia; la presencia de factores sociológicos o el acceso a la justicia, no sólo de las clases medias, que ahora ocupan un gran campo de la agenda judicial, sino también de las clases bajas.

En el momento presente, si bien persisten algunas motivadoras de la ineficacia de la justicia, ha aparecido otra de enorme importancia imposible de ignorar. Se trata de la crisis de las normas procesales (incluyendo la gestión y organización judicial), tanto más perceptible si se la observa desde la perspectiva de la racionalidad exigible a la Ley Procesal.

The Academy denounced years ago the inefficiency of Justice and described Justice inefficiency as something historical. They also stated the causes in the existence of a multiplicity of jurisdictions overcome thanks to the effective achievement of the jurisdictional unity, established in the article 117.5 of the Spanish Constitution; and the defective design of the judicial territorial organization; the limited staff and material resources in the Justice Administration; the sociological elements involved or the access to the judicial system, not only by the middle classes -who involve the main burden of the judicial agenda- but also the lower classes.

Nowadays, though some of the causes of this inefficiency are still present, another really important cause which cannot be ignored has arisen. This is the procedural regulations crisis (including the judicial organization and management), which is even more perceptible from the point of view of the rationality that should be fulfilled by the Procedural Law.

Palabras Clave:

- Ineficacia de la Justicia.
- Racionalidad de la ley procesal.
- Legitimidad del poder judicial.

Key Words:

- Justice inefficiency.
- Procedural Law rationality.
- The legitimacy of the Judiciary.

1 ■ INTRODUCCIÓN

España es un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), y ello exige, como refleja la propia Constitución, unas características o rasgos concretos. Entre ellas, tomando como referencia los elementos definitorios, que la soberanía reside en el pueblo, de quien emana todos los poderes (art. 1.2 CE). Con ello se está poniendo de relieve, sin perjuicio de volver sobre dicha cuestión posteriormente, que el Estado, las diversas potestades en las que se concreta el poder político, como consecuencia del principio de división de poderes, se atribuyen a distintos órganos, relacionados pero independientes. De esa manera tenemos un poder legislativo, que aprueba las normas jurídicas, un poder ejecutivo, encargado de hacer efectivo el programa previsto en las mismas, y poder judicial que se encarga del control de los anteriores, y de establecer lo que es derecho, es decir, que los mandatos contenidos en la norma sean efectivos.

La propia Constitución marca, en el art. 117.1 que la justicia emana del pueblo y que se administra por jueces y magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos a la ley. Por tanto, dichos sujetos son los encargados de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE), para lo cual se prevé un conjunto de normas encargadas de fijar la organización necesaria para ello y otro para regular el instrumento a través del cual va a realizar dicha labor, el proceso. Si bien es cierto que las bases de dicha regulación se encuentran en el propio texto constitucional, ello no quita que sea la Ley quien verdaderamente marque el contenido de dicho sector del ordenamiento. Y dicha actividad se ha producido, se ha realizado dicho desarrollo, consecuencia del cual son los cambios en el sistema normativo de la Administración de Justicia.

Llevamos algunos años que, a poco que se adentre uno en el mundo del *Boletín Oficial del Estado*, nos encontramos con frecuentes reformas en el ámbito de la Administración de Justicia, bien porque se quiera perfilar o retocar la organización judicial del Estado, bien porque se quieran mejorar los distintos procesos (civiles, penales, administrativos o laborales), pero incluso las reformas afectan a otros sujetos que colaboran o cooperan con la administración de justicia (Ministerio Fiscal, Abogados, Procuradores y Graduados Sociales). Ciertamente, que los cambios, en muchos casos, han sido necesarios (piénsese, simplemente, en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa o la Ley de Procedimiento Laboral, sin desdeñar las reformas parciales de la más que centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal, aún pendiente, desgraciadamente de una reforma completa). Sin embargo, no siempre se puede predicar la misma conclusión de todas las reformas.

Pero la Justicia, pese a los cambios producidos, que son numerosos y algunos no desdeñables, deja todavía mucho que desear, y de ello se hacen eco las propias encuestas, en las que, pese a la mejora, todavía un 44% de los españoles considera que la Justicia funciona muy mal o mal, un 28% opina que funciona regular, y sólo el 24% considera que lo hace muy bien o bien. Sin embargo no era esa la opinión de los propios jueces, quienes pensaban que la situación era muy buena o buena en un 46%, regular en un

35% y mala o muy mala en un 17%. Ciertamente es que dichas conclusiones corresponden al Barómetro de opinión (externo e interno respectivamente) del Consejo General del Poder Judicial de 2005 y 2003, respectivamente¹. Y no es sólo una opinión no interesada o poco informada, si nos referimos a la ciudadanía, o interesada y parcial, si nos referimos a los jueces, pues para los abogados, el 71% considera que la justicia funciona mal, mientras que sólo un 13% estima que lo hace bien. Para un 45% de ellos la situación no ha cambiado en los últimos años, mientras que un 38% considera que ha empeorado y sólo 15% cree que ha mejorado. Ello no quita, sin embargo, que para estos profesionales, con todos sus defectos e imperfecciones, la Administración de Justicia representa «la garantía última de defensa de la democracia y las libertades»². En dicho Informe de la Abogacía Española también se pone de manifiesto la necesidad, ante dicha crisis, de una refundación de la administración de justicia, y en la necesidad de un Pacto de Estado para salir de la situación³.

Ya asistimos a un pacto de estado para la reforma de la justicia, que no se puede negar que ofreció ciertos frutos, entre ellos algunas reformas, e incluso hemos asistido, a un Libro Blanco de la Justicia, y con un resultado parecido, pero ello no ha supuesto que los defectos a la hora de administrar justicia hayan desaparecido completamente⁴. Tan es así, que en el año 2009, como consecuencia de distintos avatares aciagos, hemos asistido a una «huelga de jueces»,

¹ Sobre el tema, vid. TOHARIA CORTÉS y GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, *La justicia ante el espejo: 25 años de estudio de opinión del CGPJ*, Edit. CGPJ, Madrid, 2005, págs. 27 y 32.

² Vid. *La Justicia española evaluada por los Abogados*, Informe elaborado por Metroscopia para el Consejo General de la Abogacía Española, Mayo de 2009, pág. 6 (versión electrónica).

³ Vid. op. cit., pág. 7.

⁴ Cronológicamente el primero en el tiempo es el Libro Blanco de la Justicia, como consecuencia de la preocupación del Consejo General del Poder Judicial elegido en 1996 (en realidad hubo uno anterior de 1981), sobre todo por los problemas estructurales, funcionales y organizativos de la Administración de Justicia. Sobre el mismo, vid. *Libro Blanco de la Justicia*, Edit. CGPJ, Madrid, 1997, en el mismo se podrán encontrar cuestiones a las que vamos a hacer referencia en este trabajo. El segundo es el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, suscrito el 31 de mayo de 2001, con la intervención de los dos partidos mayoritarios en las Cámaras Legislativas. Sobre el mismo, y su contenido, ARNALDO ALCUBILLA e IGLESIAS MACHADO (Coordinadores), *El Pacto de Estado para la reforma de la Justicia*, Edit. Gobierno de Canarias, Consejería de Presidencia e Innovación Tecnológica, Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

ante la difícil situación que para dichos funcionarios se encuentra la administración de justicia⁵.

Posiblemente dicha situación haya supuesto poner la «guinda al pastel», lo que no quita que previamente se estuviera fraguando el mismo, y fruto de ello han sido la comunicación de dos documentos diferentes (existen otros, algunos en el ámbito autonómico, todo hay que decirlo⁶) que tratan de poner el acento, de nuevo, en la reforma de la administración de justicia, sin obviar que en este momento se está tramitando (se encuentra en el Senado) una macro-reforma procesal para la puesta en marcha de la Oficina Judicial, reforma operada como consecuencia de los cambios producidos en la LOPJ en 2003, pero que todavía no se ha podido poner en marcha. Dicha reforma, si los trámites siguen su curso, verá la luz (aunque luego habrá que esperar su entrada en vigor) posiblemente cuando este trabajo adquiera así mismo publicidad, y marcará el comienzo de una nueva etapa.

Los documentos a los que me he referido, comenzando por el primero en el tiempo, son el Plan de Modernización de la Justicia, aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, el 12 de noviembre de 2008 y el Plan estratégico para la Modernización del Sistema de Justicia 2009-2012, aprobado por el Consejo de Ministro el 18 de septiembre de 2009. Ambos planes son bastantes ambiciosos, lo cual es deseable, pues marcan un punto de

llegada recomendable, y así mismo tienen elementos propios (dada la naturaleza del órgano que lo acuerda o aprueba) y comunes (el segundo se aprueba con conocimiento del primero).

El Plan de modernización del CGPJ se asienta sobre ocho ejes: i) Implantación de la oficina judicial; ii) Reestructuración de la Planta y demarcación judicial; iii) Aplicación de las nuevas tecnologías; iv) Efectividad de las medidas de la Carta de derechos de los ciudadanos ante la justicia y del Plan de transparencia judicial; v) Seguimiento y mejora de la actividad de los órganos judiciales; vi) Impulso de las reformas procesales; vii) Estatuto del juez; y viii) Organización territorial del Estado.

El Plan estratégico del Ministerio de Justicia tiene tres objetivos generales⁷: i) conseguir una administración de justicia que garantice una tutela judicial efectiva accesible, rápida y que asegure una adecuada defensa de los derechos de todos los ciudadanos; ii) Lograr que la administración de justicia sea un servicio público de calidad, dotado de una organización adecuada, de profesionales altamente cualificados y de los medios materiales y técnicos precisos para desempeñar su misión de modo ágil, efectivo, accesible y atento con el ciudadano; y iii) Consagrar un modelo de cooperación y coordinación eficaz con todas las instituciones involucradas en el ámbito de la justicia y con la comunidad internacional en su conjunto. Dichos objetivos se harán

⁵ Analizar si los jueces, magistrados y fiscales gozan del derecho de huelga, como así se contempla en el caso de otros funcionarios de la administración de justicia, no es algo que podamos abordar aquí. En contra de dicha opción se ha posicionado el Ministerio de Justicia, y no se puede decir que sus argumentos no sean de peso. No obstante, a favor de la idea, además de lo que hayan manifestado de forma conjunta las asociaciones judiciales (que así lo han hecho, también con argumentos convincentes), vid. OJEDA AVILÉS, «Límites constitucionales al derecho de huelga de jueces, magistrados y fiscales», en *Jueces para la democracia*, nº 16 y 17 (1992), págs. 136 a 139, y del mismo autor, «El derecho de huelga de jueces, magistrados y fiscales», en *Actualidad Laboral*, nº 1 (1993), págs. 87 a 92; también BELLOCH JULBE, «Jueces y derecho de huelga», en *Jueces para la democracia*, nº 16 y 17 (1992), págs. 132 a 135.

⁶ Piénsese, por ejemplo, en el Plan Básico para la modernización de los Sistemas e Información del Ministerio Fiscal, aprobado por el Consejo de Ministros, del 10 de noviembre de 2006. En el ámbito autonómico, por ejemplo, el Plan de Modernización de la Administración de Justicia de la Comunidad de Madrid, de noviembre de 2005, el Libro Verde de la Administración de Justicia de la Comunidad Autónoma de Cataluña, aprobado por el plenario del Consejo de Justicia de Cataluña de 25 de enero de 2006, o el Plan Andaluz de Justicia 2007-2010.

⁷ Sin perjuicio de referencias concretas a lo largo del trabajo, el Plan se estructura en seis ejes, 24 programas de actuación y 147 actuaciones concretas.

efectivos a través de una política implementada en seis ejes: i) Servicio público de calidad⁸; ii) Justicia profesional y altamente cualificada⁹; iii) Justicia tecnológicamente avanzada¹⁰; iv) Servicio orientado a las personas¹¹; v) Colegiación de esfuerzos¹²; y vi) Cooperación jurídica a nivel internacional¹³.

El haber puesto de manifiesto las cuestiones anteriores no es un adelanto de un trabajo dedicado a glosar las reformas que están por venir, a corto, medio o largo plazo, en el ámbito de la administración de justicia. Pero sí sirve como primera aproximación a las cuestiones que ahora voy a desarrollar. Pues en primer lugar voy a poner de relieve algunas causas históricas de la ineficacia de la Administración de Justicia, que todavía están coleando, aunque es cierto, que no con la profundidad, dirección e intensidad anterior. Junto a ello también se focalizarán, desde el plano teórico pero con reflejo práctico, otras causas que ahora acontecen, algunas previstas en ambos proyectos de modernización (o en otros anteriores), pero otras no han recibido el mismo tratamiento, lo cual no significa que no existan, y que no vayan a ser atajadas. La razón o fundamento, de traer a colación dichas cuestiones, se encuentra en que la administración de justicia se encuentra en crisis, que, según los planes propuestos, fundamentalmente es de eficacia, de funcio-

nalidad, pero que también tiene aspectos que guardan relación con la legitimidad¹⁴.

Por ello, creo que debe ser objeto de reflexión otras cuestiones que guardan relación con los ciudadanos y la administración de justicia, bien desde el plano de su participación, bien desde el plano de la legitimación o fundamento de la actividad jurisdiccional, pero con una clara orientación a las reformas esperadas y previstas en ambos planes de modernización, pues aunque ello implica traer a colación algunas temas ya conocidos, se van a introducir matizaciones a los mismos y se les va a dotar de nuevos perfiles que deben ser tenidos en cuenta, bien en las reformas, bien en la forma de entender la legitimación del poder judicial en un Estado Social y Democrático de Derecho del Siglo XXI.

2 ■ INEFICACIA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. CRISIS DE LA JUSTICIA

Más arriba he señalado que en estos momentos se habla de «crisis de la justicia», desde distintos contextos y planos, pero la idea y la reflexión no es nueva, podría decirse que tiene cierto carácter circular¹⁵, sin

⁸ Para ello habrá que desarrollar una nueva Demarcación y Planta Judicial, el despliegue de la Nueva Oficina Judicial y, también, un Registro Civil Único.

⁹ Incidiendo en todos los colectivos que prestan servicios en el seno de la administración de justicia: jueces y magistrados, ministerio fiscal, secretarios judiciales y cuerpos de funcionarios judiciales.

¹⁰ Creación del Esquema Judicial de Interoperabilidad y Seguridad (EJIS), junto con un programa de actividad para la creación de una justicia sin papel, con mayor eficacia en la administración de justicia y una mayor accesibilidad a través de la web.

¹¹ Fortalecimiento de la promoción y protección de los derechos de las personas; promoción de la transparencia de la administración de Justicia; mejora del sistema de asistencia jurídica gratuita; mejora de los sistemas de protección y ayuda a las víctimas.

¹² Mejora de la gestión de los recursos humanos de la administración de justicia, respetando el carácter de cuerpos nacionales; reutilización de sistemas de gestión; y cumplimiento del Test de compatibilidad.

¹³ Plan de acción E-Justicia de la UE; coordinación interinstitucional en cooperación internacional; y formación en cooperación jurídica internacional.

¹⁴ En este línea, vid. SAAVEDRA LÓPEZ, «La Administración de justicia, ¿servicio público o poder del Estado», en *Jueces para la Democracia*, nº 65 (2009), págs. 24 a 31.

¹⁵ Como ha puesto de manifiesto TARUFFO, «la experiencia muestra que la dialéctica entre racionalidad y crisis de la ley procesal no se sitúa en un momento específico de la historia, sino que tiende a ser una suerte de historia sin fin, en cuanto reflejo de los cambios sociales, económicos y políticos que siempre vuelven a proponer nuevas “necesidades de justicia”». Vid. «Racionalidad y crisis de la Ley Procesal», *Revista Doxa*, nº 22 (1999), pág. 320.

obviar que nos encontramos ante una transición socio-cultural, con una clara crisis de la cultura jurídica. Lo anterior no quita que haya problemas, que los hay, que podrían ser estructurales, y a los que no se les haya encontrado todavía solución. Por ello, primero vamos a referirnos a distintas cuestiones, de carácter histórico, que generan ineficacia de la justicia, para posteriormente señalar, desde el plano analítico, diferentes aspectos de la crisis de las normas procesales.

2.1. CAUSAS HISTÓRICAS DE LA INEFICACIA DE LA JUSTICIA

En un trabajo publicado en 1988, el Profesor MORENO CATENA señalaba un conjunto de causas históricas de la ineficacia de la administración de justicia, algunas todavía presentes¹⁶. La primera de ellas venía referida a la existencia de una pluralidad de jurisdicciones, que hoy en día, consagrado el principio de unidad jurisdiccional (art. 117.5 CE), es un tema que carece de relevancia.

La segunda causa que se abordaba era la demarcación judicial, poniendo de relieve distintos aspectos que habían influido en la ineficacia de la administración de justicia, entre ellos, la falta de ajuste de dicho diseño territorial con la realidad contemplada. En aquella fecha se aprueba la Ley de Demarcación y Planta judicial, y se produce un cambio en el panorama español. Pero dicha norma ha sido objeto de reformas posteriores, entre otras cosas para contemplar

los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, de lo Mercantil, de Menores y de Violencia sobre la Mujer. Además, la población española en 1988 era de 39 millones de habitantes, mientras que ahora es de más de 46 millones, con otra distribución diferentes. Luego dicha ley ya no responde a la realidad, ni desde el plano demográfico, si desde el la configuración del sistema judicial¹⁷. Quizás por ello, el Pleno del Congreso de los Diputados (en sesión celebrada el 18 de noviembre de 2008) instó al Gobierno a poner en marcha el procedimiento establecido en el art. 35 LOPJ y la remisión de un Proyecto de Ley de nueva Planta y Demarcación Judicial. Como consecuencia de la Resolución de 29 de abril de 2009 (BOE de 1 de mayo), de la Subsecretaría de Justicia, dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros para la creación de una Comisión Institucional para la determinación, estudio y propuesta de los elementos esenciales de la nueva Ley de Planta y Demarcación Judicial.

Otra de las causas citadas venía circunscrita a los medios de la Administración de Justicia, distinguiendo entre medios personales y materiales. Es obvio, viendo los ejes de los Planes de modernización citados, que en este segmento, aunque las cosas han mejorado, sigue siendo el «talón de Aquiles» del sistema judicial. Así, desde el plano de los medios personales, en aquel entonces había 3.400 oficiales, 5.000 Auxiliares y 3.000 Agentes. Sin embargo, ahora hay 10.161 miembros del Cuerpo de Gestión Procesal (Oficiales), 15.687 miembros del Cuerpo de Tramitación Procesal (Auxiliares) y 6.514 miembros del Cuerpo de Auxilio judicial (Agentes)¹⁸. Como se ob-

¹⁶ «Causas históricas de la ineficacia de la justicia», en *Revista Justicia*, nº I (1988), págs. 33 a 56. Para modular la materia, y asumiendo que existen otros trabajos, vid., GIMENO SENDRA, «Causas históricas de la ineficacia de la justicia», en *Revista Justicia*, nº III (1987), págs. 579 a 602; DE LA OLIVA SANTOS, «Sociedad y Justicia. Las dos "crisis" de la justicia: crisis "publicitada" y crisis real», en *Escritos sobre derecho, justicia y libertad*, Edit. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006, págs. 31 a 72; y la monografía de ALEJANDRO NIETO, *El desgobierno judicial*, 3ª Edic., Edit. Trotta, Madrid, 2005.

¹⁷ Actualmente hay 431 Partidos Judiciales, y desde el plano de los órganos jurisdiccionales unipersonales, que son los más numerosos, hay 3280, desglosados en 8 jueces decanos, 724 órganos unipersonales civiles, 979 penales, 1041 mixtos (civil y penal), 205 contencioso-administrativos y 323 sociales. Vid. *La Justicia Dato a Dato, Año 2008*, Edit. CGPJ, Madrid, 2009, pág. 9.

¹⁸ *La Justicia Dato a Dato, Año 2008*, cit., pág. 18.

serva, es claro el aumento de plantilla durante dicho período, pero por lo que se indican en los Planes, posiblemente asistamos a una mayor dotación, bien por parte del Gobierno central, bien por las propias Comunidades Autónomas con las transferencias en materia de Justicia.

En el caso de los Jueces (y para los Secretarios Judiciales, serían similares), en 1985 había una plantilla de 2.359 personas, y en el informe del CGPJ del año 2008 aparecen 4.674. Si en 1967 el número de jueces por cada cien mil habitantes era de 3,2, en 1988 era de 5,9, y en 2008 de 9,8, oscilando desde los 8,14 de Castilla-La Mancha hasta los 11,87 de Cantabria¹⁹.

Como se observa, el aumento de plantilla en 20 años es apreciable, aunque ello no quita que siga siendo insuficiente, de ahí la programación de aumento de la misma. No obstante, si comparamos el porcentaje de jueces por habitante, en el ámbito del Consejo de Europa, a fecha del año 2004, nos encontramos que España ocupa una posición intermedia, con una tasa de 9,8, pero tiene delante, por ejemplo a Alemania, con 24,7, Bélgica, con 23,9, Francia, con 10,1, Holanda con 12,3, Hungría con 27,5, Italia con 10,4, Portugal, con 16,7, o Suecia con 17,9²⁰.

En cuanto a medio materiales, sin entrar en el histórico problema del espacio para administrar justicia, en el que, pese a las mejoras sigue habiendo un déficit (y no por los problemas de los grandes núcleos de población, sino por los pequeños, es decir, por los Juzgados de Primer Instancia e Instrucción), lo que ahora interesa es la implantación de las nuevas tecnologías. Es cierto que el mundo de la informática ha entrado en la administración de justicia, pero de ahí a que dichos instrumentos cumplan el papel que tienen asignado en el siglo XXI dista mucho. Ahora, básicamente, no dejan de ser una «máquina de escribir sofisticada», con programas y aplicaciones no siempre utilizados (o no completamente, hasta el punto que las

estadísticas que se pueden obtener son poco fiables), con problemas de interconexión. Los sistemas informáticos, además, tienen un problema específico, su total o relativa incompatibilidad, pues las aplicaciones no siempre coinciden, y dependiendo del territorio en el que se encuentre el Juzgado las posibilidades son mayores o menores (territorio del Ministerio de Justicia, o el de las CCAA con las competencias en materia de justicia transferidas). Además, dado el momento en que nos encontramos, son necesarios cambios en el modelo de oficina, que no puede ni debe seguir girando bajo un modelo arcaico y desfasado. Hay que adoptar nuevos criterios en el diseño, en la gestión (de personal y de material), pero sobre todo hace falta una oficina del Siglo XXI, y no porque ello suponga un nuevo «nombre», sino porque dicha oficina debe ser tecnológica, y ello a tiempo actual todavía no ha acontecido. La comunicación debe ser electrónica, la gestión integral del expediente (la famosa idea de «papel cero») debe ser electrónica, etc.. No extraña que este sea un sector en el que todavía hay muchas cosas que hacer. Es cierto que tanto el Ministerio de Justicia, el CGPJ y las CCAA con las transferencias han realizado inversiones y trabajos en la materia, pero el resultado final es poco satisfactorio, de ahí que sea una materia relevante en ambos planes de modernización citados.

El otro elemento causa de ineficacia era la legislación procesal, campo en el que se han producido avances sustanciales. Hay nuevas leyes de procedimiento en el campo laboral (1995), contencioso-administrativo (1998) y civil (2000), no así en el ámbito penal, donde la mas que centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal, que ya ha cumplido con creces su cometido, está necesitada de una reforma «global» y no de simples «parches», como hasta ahora ha acontecido. También es objetivo en los planes de Reforma.

Finalmente, en el trabajo se incidía en los factores sociológicos, para apuntar ciertas cuestiones que to-

¹⁹ *La Justicia Dato a Dato, Año 2008*, cit., pág. 12.

²⁰ Vid. *Systèmes judiciaires européens*. Edition 2006 (données 2004). Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ), pág. 78.

avía siguen teniendo plena vigencia, como el cambio en los objetos litigiosos, cuestión que hoy día genera problemas, pues la judicialización de las relaciones sociales es todavía mayor, y el tráfico económico y jurídico también, y más complejo. Otro tanto habría que decir del acceso a la justicia, no sólo de las clases medias, que ahora ocupan un gran campo de la agenda judicial, sino también de las clases bajas, siendo otro factor relevante el acceso a la justicia de los denominados «entes intermedios» fruto de las reformas procesales que les otorgan legitimación, bien para la defensa de intereses individuales, bien colectivos.

Por último, otro punto trascendental es el «papel del juez», pues la crisis actual, no sólo es un problema de normas, o de dinero, sino también un problema de personas, en este caso de los sujetos que intervienen en el órgano jurisdiccional, sobre todo de jueces y secretarios, pues todavía no está claro que estos hayan asumido plenamente el papel que les corresponde desarrollar en un Estado Social y Democrático de Derecho, señalando MORENO CATENA (criterio que comparto), con plena vigencia hoy en día, que estos «debieran considerar las normas jurídicas desde un prisma interpretativo que deje de lado una “asepsia” y atemporalidad que carece de justificación, y desecher el temor a ocupar un espacio de mediación política en su potestad judicial»²¹. Pero abordar dicha cuestión, que no es una crisis de ineficiencia, sino de legitimidad exige otros razonamientos, que haré en la segunda parte de este trabajo.

2.2. ALGUNAS REFLEXIONES GENERALES SOBRE LA CRISIS DE LAS NORMAS PROCESALES

Si en el anterior apartado se han reflejado algunas causas históricas de la ineficacia de la administración

de justicia, y qué queda de ellas en el momento presente, ahora voy a acotar algunos aspectos relativos a la crisis de las normas procesales (incluyendo la gestión y organización judicial), tomando como enfoque la «racionalidad de la Ley Procesal»²².

La ley procesal, desde el plano de la racionalidad, entre otras cosas debe ser coherente e instrumental o funcionalmente válida. Con ello se está poniendo de relieve, si nos referimos a la coherencia, que la ley procesal debe tener una estructura, un sistema de unión y conjunción; si nos referimos a la funcionalidad, ello significa que la ley procesal debe ser adecuada a los fines que se le asignan a la administración de justicia. La coherencia implica que la ley procesal debe reunir una serie de propiedades. A saber, debe tener orden, unidad, plenitud y simplicidad. El orden implica que la ordenación de las actividades que regula sea secuencial, pero además que la jerarquía de normas sea correcta. La unidad supone que las normas forman parte de un contexto único, y además que el sistema se basa en un conjunto de normas fundamentales y pocas normas especiales. La plenitud hace referencia a una regulación de todos los aspectos relevantes de un modo analítico, dejando poco hueco al intérprete. Finalmente, la simplicidad supone que la regulación se realiza de modo claro, con un procedimiento que se desenvuelve de forma relativamente poco compleja. La funcionalidad, entendida como adecuación a los fines, implica, teniendo en cuenta estos, que permite una actuación de la ley en el caso particular, la tutela efectiva de los derechos de los sujetos interesados, a través de la formulación de decisiones justas. Y esa eficiencia se mediría teniendo en cuenta que, por ejemplo, la resolución de las controversias tiene lugar en un tiempo razonable, a través de normas probatorias idóneas, con las que se consiguen juicios de hechos convenientes, con el uso de instrumentos para la realización efectiva de los derechos y con la exis-

²¹ «Causas históricas...», op. cit., pág. 56.

²² La idea no es nueva, ni soy el primero en utilizarla. Tomo como referencia principal el trabajo del Prof. TARUFFO, «Racionalidad y crisis de la Ley Procesal», publicado en la *Revista Doxa*, nº 22 (1999), págs. 310 a 320. Dicha obra se centraba en el proceso civil (con algunas acotaciones para el proceso penal), y lógicamente, para el ordenamiento italiano. No obstante, como el mismo autor expresaba, la reflexión sería válida para las otras ramas procesales, y para otros ordenamientos. Yo voy a utilizarla en el caso del sistema procesal español.

tencia de remedios idóneos para el control de la justicia de las decisiones.

En el panorama actual, se suele poner de relieve que la ley es coherente pero es ineficiente, cuando deberían concurrir ambas cosas. Sin embargo, de verdad, ¿en el momento actual las cosas son así?, ¿realmente la ley procesal española es coherente?. Creo que la respuesta es no, o por lo menos no lo es en todos los campos, y como botón de muestra piénsese en la justicia penal, en dicho campo no hay un verdadero orden, unidad, plenitud y simplicidad, todo ello fruto de una norma general que ha sido sometida a diferentes reformas, a lo largo de más de un siglo, de variada finalidad, que permite a cualquier observador aseverar dicho defecto. Si se quiere, otros supuestos más cercanos en el tiempo: la LPL, cuya estructura data de principios del siglo XX y posee defectos puestos de manifiesto por la doctrina²³, no cumple cabalmente todos los requisitos indicados, y cada vez que se hace una reforma sustantiva ello implica nuevos procedimientos o modalidades especiales; otro tanto ocurre con la LEC, que desde su aprobación en el año 2000 ha sido objeto de diferentes reformas, no siempre acordes con la finalidad inicial de la misma (sin entrar en que su sistema de recursos nunca ha entrado en vigor, y parece que no lo hará) pero a la que, pese al reconocimiento propio de reducción de los procesos especiales, le crecen nuevas ramas, bien por exigencias internas, bien por exigencias comunitarias.

Por otro lado, nadie duda de la ineficiencia de la administración de justicia (con mayor o menor profundidad), tanto en medios materiales o personales, pero no siempre se anuda con los fines que debe cumplir

la jurisdicción y el proceso, aunque sí con los defectos que se producen que guardan relación con los arriba indicados.

Asistimos a una imposibilidad de asegurar el orden y unidad de la ley procesal, con una clara tendencia a la fragmentación, a la creación de «estatutos privilegiados» para categorías o grupos de personas, a tutelas diferenciadas a través de procedimientos especiales. Por otro lado, y desde la plenitud de la norma procesal, habría que poner de relieve el retraso de la tutela que genera frente a la complejidad y variedad de las relaciones sociales y económicas. Sirvan de referencia (no sólo en el caso español) la tutela de los derechos sociales, reconocidos en la constitución, pero carentes en muchos casos de tutela jurisdiccional expresa²⁴. En otros casos se producen lagunas y disfunciones que impiden el acceso a la tutela, como consecuencia de una ley incompleta desde el plano formal (falta de normas, como lo que he dicho sobre derechos sociales), bien desde el plano sustancial (falta de funcionamiento de las normas). Otro de los fenómenos que se producen es la complejidad y confusión de la ley procesal. Por una lado asistimos a reformas apresuradas, fundadas en exigencias eventuales o coyunturales (piénsese en las sucesivas reformas de la Ley del Menor, y el alejamiento de los fines y estructura inicial), con la finalidad de obtener remedios a corto plazo. También nos encontramos con reformas que inciden, en mayor o menor medida, en los diferentes aspectos citados, y que a la falta de una buena sistemática, añaden un controvertido diseño orgánico (piénsese en la reforma concursal, con un procedimiento –ya reformado– confuso, privilegiado, tanto en su vertiente estrictamente procesal, como orgánica –juzgados de lo mercantil– y para

²³ Sobre el tema, vid., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Deficiencias del proceso social y claves para su reforma*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2001.

²⁴ Sobre el tema, COLMENERO GUERRA, «Algunas notas sobre la tutela jurisdiccional de los derechos sociales», en *Nuevas Políticas Públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de la Administraciones Públicas*, nº 2 (2006), dedicado a los derechos sociales, págs. 285 a 306.

cuestiones más allá del concursal²⁵, que además ahora resulta que es ineficiente). El otro extremo lo representan normas procesales complejas y diferenciadas, normas vagas, fragmentarias, técnicamente defectuosas²⁶. Desde el plano funcional, la crisis de la norma procesal supone, pese al aumento de la litigiosidad, una huida a métodos alternativos al proceso, las famosas ADR («Alternative Dispute Resolution»), como consecuencia de las dilaciones indebidas. Los Planes de Mejora inciden sobre la materia, el del CGPJ, al hilo del proceso civil y penal, y el del Ministerio de Justicia, sobre todos los planos, pero estableciendo que la jurisdicción es la última ratio. No comparto dicho criterio, aunque soy partidario de las ADR, pero entendidas como «Adecuación» y no como alternativa, pues es posible la adecuación de mediaciones y arbitrajes al hilo de un proceso²⁷, también soy consciente que determinados conflictos jurídicos sólo pueden ser solucionados por la jurisdicción. Conviene tener en cuenta que en el campo de los derechos dispositivos (aunque se pueden arbitrar ciertos métodos en otros sectores) dichos instrumentos tienen sentido, pero no debe desdeñarse que (y dejamos en un segundo plano el arbitraje y nos centramos en la mediación), por ejemplo, la mediación no siempre es capaz de tutelar de forma adecuada los derechos de las

partes, e implica, en la mayoría de los casos una renuncia de derechos, pues su misión es llegar a un acuerdo, generalmente de sus intereses en juego sin entrar en disquisiciones jurídicas, de ahí que posiblemente no sea correcto hablar de «justicia», sino como he señalado de un método de solución de controversias, o de conflictos de intereses, que incluso podría acrecentar la desigualdad de las partes²⁸.

Pero también se puede preguntar uno por qué se produce la crisis de la ley procesal, que lleva a esa falta de coherencia e ineficiencia (en nuestro caso, ahora se pone el acento en ésta, pero también hay de la primera, e incluso de legitimidad como luego veremos). No vamos a poner de manifiesto todas las razones, pero sí deberían ser objeto de reflexión las siguientes²⁹: i) Una primera razón de peso es el modelo social en que nos desenvolvemos, pues nos encontramos ante una sociedad sometida a transformaciones socioeconómicas que transcurren con rapidez, y ello genera que el legislador procesal tenga dificultades para atender a estas necesidades, bien por razones institucionales (por ejemplo, hay derechos fundamentales en juego que hay que proteger, lo que no permite una decisión rápida), bien por razones prácticas (por ejemplo, dificultades para garantizar un buen funcio-

²⁵ Vid. sobre dichos juzgados, y los problemas que pueden plantear, BANACLOCHE PALAO, *Los Juzgados de lo Mercantil: régimen jurídico y problemas procesales que plantea su actual regulación*, Edit. Cívitas, Madrid, 2005. Por otro lado, la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer también ha sido objeto de críticas, sin entrar que a tiempo presente se encuentran colapsados, lo que va a requerir mayor dotación de juzgados, y ello sin entrar que tampoco está resolviendo los problemas para los que se creó, y que otros, fundamentalmente los de índole civil, no están recibiendo el tratamiento requerido, de ahí que los abogados muestren su preocupación sobre el tema. Quizás hubiera sido más rentable haber profundizado sobre el tema y haber creado la «jurisdicción de familia», que posiblemente, bien estructurada hubiera dado mejores resultados.

²⁶ Por ejemplo, sin discutir su necesidad y oportunidad, la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, pues ha añadido bastante confusión en el terreno de «escuchas telefónicas» y «protección de datos». Sobre el tema, vid. las ponencias (Pérez Sánchez, Salom Clotet, Martín Pallín y Moreno Catena), cuestionarios y debates realizados en el seno de la Agencia Española de Protección de Datos, *La protección de datos en la cooperación policial y judicial*, Edit. Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, págs. 125 a 265.

²⁷ Sobre el tema, BARONA VILAR, *Solución extrajudicial de conflictos. «Alternative dispute resolution» (ADR) y Derecho Procesal*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs.47 y ss. Recientemente, BUTTS GRIGGS, «La mediación en Norteamérica», en *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente* (Coordinadoras, Soletó Muñoz y Otero Parga), Edit. TECNOS, Madrid, 2007, págs.204 y ss.

²⁸ Sobre estas y otras cuestiones, incluida la colaboración entre jurisdicción y ADR, vid. TARUFFO, «Una alternativa a las alternativas: Patrones para la solución de conflictos», en *Jueces para la Democracia*, nº 60 (2007), págs. 91 a 100.

²⁹ Lógicamente seguimos, de forma resumida los planteamientos de TARUFFO, que lo hace, como ya he señalado, para la sociedad italiana, pero que son fácilmente identificables en la española. Vid. «Racionalidad y crisis...», op. cit., págs. 316 y ss.

namiento). Esta razón, cuando se produce una reforma genera lagunas, confusión, bajo nivel de las normas, etc; ii) También se produce hoy en día una creciente influencia de estímulos «corporativos» de diversa naturaleza. Por ejemplo, de sectores empresariales (piénsese en la reforma de la ejecución provisional en materia de procesos contra el derecho al honor e intimidad, que beneficia al sector periodístico) o incluso de la propia magistratura (por ejemplo, la polémica actual sobre la agenda judicial, que finalmente conservarán). Como se comprenderá se generan estatutos propios y privilegios; iii) Otro elemento que incide en la crisis es la falta de certeza entorno a los fines fundamentales de la administración de justicia, lo que incide en la manera y forma de configurar la ley procesal, que genera conflictos y confusiones (por ejemplo, la falta de racionalidad entre los principios de la norma general y la reforma concreta); iv) y por último, relacionado con el primer punto, nos encontramos en un momento de transición socio-cultural y ello ha supuesto una crisis de cultura jurídica, y ello se traslada a las reformas legales.

Ante dichos problemas hay adoptar soluciones³⁰, y en el caso español la respuesta ha sido los dos planes de reforma citados, habrá que esperar para ver los resultados y si las soluciones propuestas arreglan los defectos citados, aunque, pienso que las propuestas sólo inciden en parte de lo señalado, pues hay un elemento ya reflejado sobre el que la actuación prevista, posiblemente no incida, o no lo haga como debiera. Señalábamos que había que definir el papel que corresponde al juez en la sociedad, y que éste no era el correcto, y ello incide en su legitimidad, cuestión sobre la que nos vamos a ocupar ahora.

3 ■ LEGITIMACIÓN DEL PODER JUDICIAL

Cuando en el apartado anterior he puesto de manifiesto que la crisis del sistema procesal no sólo era de ineficiencia, sino que también había problemas de legitimación, era porque a fecha actual todavía nos encontramos con una falta de definición de la dicha cuestión. Es cierto que el fundamento de las instituciones, órganos, poderes, etc., constituye uno de los elementos en el análisis científico del Derecho, pues permite aproximarse a la razón de ser y el porqué de su nacimiento, que explica la función que están llamadas a cumplir.

Normalmente, se suele señalar que el fundamento de la Jurisdicción descansa en la necesidad primaria que toda sociedad política tiene de alcanzar la paz social, estableciendo un método eficaz para resolver los conflictos en los que alguno de los intereses aparece como especialmente tutelado. También se suele poner de relieve que la jurisdicción es una garantía secundaria, con la que se asegura la justiciabilidad de las violaciones de los derechos. Por tanto la jurisdicción es un instrumento indispensable de la implementación de los derechos. Desde este ángulo se comprenderá que la jurisdicción desde el plano del poder, o desde el de la potestad jurisdiccional no pueda ser entendida como un servicio público, o una rama de la administración pública, por mucho que en otros momentos históricos así fuera, y que haya que tener cuidado cuando se usa dicho término, pues con ello debe uno referirse, más que la actividad básica (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado), a las actividades instrumentales necesarias para su desarrollo. Así cuando en los planes de mejora de la justicia se la presenta como un

³⁰ TARUFFO, «Racionalidad y crisis...», op. cit., págs. 319 y ss., las soluciones (que comparto), lógicamente desde un plano analítico y abstracto, pasan por las siguientes actividades: i) Mutación de la cultura procesalista, que debe seguir tres direcciones: en primer lugar globalización del análisis, pues hay problemas comunes; en segundo lugar, el empleo sistemático de la comparación, como método de análisis y de confrontación de las líneas de evolución de los sistemas procesales, de búsqueda de soluciones; y en tercer lugar, el estudio interdisciplinar de los temas relativos a la justicia y ley procesal (sociología, economía, epistemología, análisis del lenguaje y psicología); ii) Recuperación de los valores fundamentales y de los principios generales del proceso (civil y penal), redefinición de los sujetos de la administración de justicia y análisis profundo de los derechos procesales y garantías constitucionales del proceso; iii) Redefinición sistemática de los instrumentos de tutela procesal; por ejemplo, expansión de la tutela cautelar y sumaria frente a la tutela ordinaria; Reforma de la ejecución, que normalmente suele ser hoy día el «cuello de botella» en el que se producen los atascos; concreción y determinación sobre la intervención de la justicia del Estado (pública) y cuándo, en cambio, la justicia privada.

servicio público, como el logro de un servicio público ágil, de calidad, etc., no debe olvidarse que nos referimos a las actividades necesarias para juzgar y ejecutar lo juzgado, pero no a dicha función, que bajo ningún concepto puede ser considerada un servicio público. Y traemos a colación dicha idea porque, a veces, se olvida que la actividad de juzgar y ejecutar lo juzgado es realizada por uno de los tres poderes del estado (el Poder Judicial), pero no es una actividad del ejecutivo, como pudiera darse a entender, ni dicha actividad es un verdadero servicio público. Por otro lado al preguntarnos por el porqué de la jurisdicción es cierto que siempre se pone el acento en la solución de los conflictos, de controversias, en la consecución de la paz social y de la justicia, pero automáticamente se centra la cuestión en que el juez tiene la obligación en su decisión de establecer lo que es el derecho (objetivo o subjetivo) en los casos concretos. Y bajo ese prisma se mantiene la cuestión. Sin embargo, hoy en día habría que matizar algunas cosas.

En primer lugar, que es cierto que la jurisdicción es un instrumento de implementación de los derechos, pero de carácter general (e incluso habría que decir universal), con lo que no se puede hablar de derechos si estos no van acompañados de su tutela jurisdiccional (lo que sería digno de reflexión en el caso de algunos derechos sociales). Por otro lado, habría que aquilatar la idea de implementación de los derechos, pues si bien es cierto que corresponde al juez establecer el derecho en los casos concretos, de resolver controversias, no lo es menos que debe conseguir la paz y la justicia, y ello sólo es posible a través de una decisión justa, con lo que la jurisdicción (y su instrumento, es decir el proceso) debe orientarse al cumplimiento de valores públicos³¹ («public values»). Y otro tanto habría que decir de aquellos que piensan que sólo es necesario el seguimiento de un procedi-

miento justo para obtener un resultado justo, pues la decisión justa exige otros elementos, además de un procedimiento justo.

Además de dichas cuestiones también creo que debe realizarse ciertas consideraciones sobre las razones o fundamentos de la jurisdicción, aunque sólo sea para matizar los postulados teóricos tradicionales. Es cierto que para referirse a la legitimidad de los jueces, hoy en día, se suele poner el acento en su independencia y sometimiento a la ley. Y la aseveración es correcta, pues su legitimación, a diferencia de las otras potestades, no es electiva, que es la que corresponde al poder legislativo y ejecutivo³². No obstante, desde el plano conceptual, y desde el plano histórico, también se ha puesto de relieve que su legitimación proviene de su «auctoritas», a la que luego, cuando se asume que la jurisdicción, además de dicho «saber», también está dotada de «potestas» se le buscan otras legitimaciones, encontrándolas en la manera de su elección o designación, e incluso que su labor se legitima por el procedimiento que utiliza. Todas estas opciones e interpretaciones perviven hoy día, cierto es que al hilo de dicha independencia y sumisión de la ley que antes he citado. Y habría que adaptar las mismas y tener presente que influencia pueda tener en la actual crisis de la justicia, que fundamentalmente se van a centrar en tres polos: por un lado los sistemas de selección de jueces, por tanto en su «auctoritas» y manera de designación, algo en lo que se incide poco pero que es más importante que un gran atasco judicial; es cierto que los jueces deben ser independientes y están sometidos a la ley, pero también en determinados supuestos su función no es de conocimiento, de aplicación de normas, sino de creación de normas; y en último lugar, y enlazando con los dos apartados siguientes del trabajo, que la decisión que se adopte debe ser justa y debe estar justificada.

³¹ Aunque la idea aparece en otros trabajos, vid. TARUFFO, «Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa», en *La Prueba*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2008, pag. 177. Sobre el proceso como instrumento de implementación de políticas, vid. DAMASKA, *Las caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2000, págs. 253 a 309.

³² Vid. TARUFFO, «Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción», en *Revista Doxa*, nº 31 (2008), pág. 390.

3.1. «AUCTORITAS»

El primer elemento que traemos a colación es la «auctoritas», entendida como saber o verdad socialmente reconocida, como prestigio o dignidad de los jueces, asumiendo que se trata de un atributo o garantía que deben concurrir con la potestad jurisdiccional, y que no es exclusivo de la jurisdicción. Dicho atributo no ha sido el mismo en todas las sociedades y tiempos³³, de ahí que se haya adornado la legitimación con otros elementos, como la forma de elección o selección de los jueces. No obstante, me interesa reflejar ahora que en el momento actual, es cierto que la «auctoritas», junto con la forma de selección, marca la primera frontera para la legitimación del poder judicial, y si ello es así, habría que preguntarse si dicha «auctoritas» es correcta, y si el sistema de selección lo es. Y en mi opinión, el modelo actual español, por lo demás el tradicional, variando quien los elige, pero siendo elegidos tras una oposición, basada en los conocimientos memorísticos, que sí dota de cierta «auctoritas», pero reclutando entre jóvenes, de los que, desde el campo de las competencias y habilidades, se desconoce su madurez, equilibrio, capacidad de expresión oral y escrita, cultura general, jurídica en particular, idiomas, etc., pues dichas aptitudes, cuando son seleccionados se desconocen, lo que no significa que no les adornen, pero es algo que se descubrirá cuando decidan los casos, es decir, cuando establezcan qué es derecho en los casos concretos, y quizás, entonces, al descubrir el error ya sea tarde, pues ya es funcionario y perdurará hasta la jubilación.

3.2. SISTEMAS DE DESIGNACIÓN DEL PERSONAL JURISDICCIONAL

Si la «auctoritas», como atributo o garantía, no era considerado suficiente para legitimar la actividad jurisdiccional, se ha tratado de explicar a través de otras consideraciones, que hay que insertar dentro de los dos grandes modelos políticos que se han sucedido desde el siglo XII en la Europa continental: la legitimación teocrática o autoritaria en los Estados absolutos, y la legitimación democrática en los modernos Estados de Derecho.

Respecto de la primera, ha señalado MORENO CATENA³⁴, que hasta la Revolución liberal burguesa de 1789, «el poder se venía concentrando en manos del Rey, como depositario y detentador de todas y cada una de sus formas, en la medida en que todo el poder le había sido atribuido por Dios: El rey, por razón de la legitimidad de su poder lo tenía en sus manos con carácter absoluto y, en lo que se refiere a la administración de la justicia, podía juzgar él mismo o hacer juzgar por quien quisiera, en el tiempo que quisiera y en el lugar que tuviera por conveniente. El rey era el principio y el referente de toda actividad que supusiera ejercicio del poder, y quien ostentara algún género de poder lo tendría porque del Rey le viniera. Sin embargo, éste podría delegar la jurisdicción caso a caso, o bien de forma estable, pero teniendo muy presente que esta delegación es esencialmente revocable (TOMÁS Y VALIENTE). Se crearon de este modo las categorías de la “justicia retenida” y la “justicia delegada” que sólo más adelante, con la Revolución francesa, consiguen quebrarse...».

³³ Vid. GIMENO SENDRA, *Fundamentos del Derecho Procesal*, Edit. Cívitas, Madrid, 1981, pág. 34. Sobre las notas de «auctoritas» y «potestas», vid. más ampliamente MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho Procesal*, Edit. Tecnos, Madrid, 1976, págs. 25 y ss.

³⁴ Vid. «El Poder Judicial», en *Introducción al Derecho Procesal* (con Cortés Domínguez), 3ª Edic., Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 52.

No voy a extenderme en el período histórico revolucionario, ni en su influencia en otros ordenamientos, como el español, pero sí debo señalar que el modelo judicial francés, partiendo de la teoría de división de poderes de los revolucionarios³⁵, quedará definitivamente instituido bajo el régimen napoleónico. Y las notas principales del sistema son las siguientes³⁶: i) Exclusión del control judicial de los actos administrativos y de Gobierno junto a los actos emanados del poder legislativo; ii) Burocratización, jerarquización y movilidad de los miembros de la judicatura; iii) El libre nombramiento de los mismos por parte del Poder Ejecutivo; y iv) La concepción de la justicia como un cuerpo administrativo.

Dicho sistema ha caracterizado el funcionamiento de buena parte la judicatura continental europea, con sus matizaciones, y desde luego la española. Desde entonces la contestación a cómo se legitima el poder judicial, fundamentalmente en los Estados democráticos de derecho (según las épocas) se ha derivado a la forma de designación o elección de los jueces, y también a la legitimación a través del procedimiento, para finalmente cifrarla en la independencia, imparcialidad y sumisión a la ley³⁷. Voy a abordar ahora los de designación y luego abordaré los otros dos.

A) Jueces Legos

La primera opción para legitimar la actividad jurisdiccional fue prescindir de los jueces designados, de ahí que la revolución francesa optara por el sistema de los jueces «legos», conforme al cual el pueblo asume personalmente el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Dicha intervención se encuadrada en el ámbito del proceso penal (aunque no ha sido el único ámbito pues también lo ha habido en el proceso laboral), con la institución del Jurado, hoy reconocida por la Constitución en el artículo 125, y desarrollada legislativamente a través de la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

No hay duda que la participación de la ciudadanía en la administración de justicia, a través del jurado, encarna la idea de democracia y de poder popular, que debe imperar no sólo en el legislativo y el ejecutivo sino también en el judicial. De tal manera que el Jurado se suele presentar como una manifestación social y política de los regímenes democráticos y de libertad. De la misma manera que en el caso español el jurado se encuentra presente en el ámbito de la justicia penal (y otro tanto ocurre en el resto de Europa), no ocurre así en el caso de los Estados Unidos, pues también tienen jurado para las cuestiones civiles, aunque ello no excluye la existencia de jueces, aunque buena parte de ellos elegidos por elección popular³⁸.

Las principales críticas, hoy día, para el jurado se dirigen al modelo, cuestión a la que no voy a referirme, pero también se dirigen a su participación en la administración de justicia, pues se discute su preparación, por tanto su falta de objetividad, pero también su posible manipulación. Asumiendo parte de la crítica, pues casos atípicos se han producido (también se producen con jueces técnicos), no se debe olvidar, al menos para los jurados cuya función es emitir un veredicto (juicio de hecho), que decidir sobre la existencia e inexistencia de los hechos, sobre la verdad o falsedad de unos enunciados, aunque tienen condi-

³⁵ Para una inteligente versión sobre dicha teoría, aplicada dentro de una teoría jurídica del estado, vid. Troper, *Por una teoría jurídica del Estado*, Edit. Dykinson, Madrid, 2001, págs. 203 a 216.

³⁶ Vid., sobre dichas cuestiones, PECES MORATE, «Consolidación de una estructura judicial», en *El Poder Judicial en el bicentenario de la revolución francesa*, Edit. Centro de Estudios Judiciales, Volumen 5, Madrid, 1990, págs. 187 y ss.

³⁷ Sobre el tema, con mayor precisión y extensión, Vid. GIMENO SENDRA, «Poder Judicial, potestad jurisdiccional y legitimación de la actividad judicial», en *Revista de Derecho Procesal iberoamericana-filipina*. 1978, págs. 311 y ss.

³⁸ Vid. HAZARD Y TARUFFO, *La justicia en los Estados Unidos*, Edit. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), sobre el jurado en el proceso civil, págs. 147 a 169, y sobre la designación política de los jueces págs. 75 a 79.

cionantes técnicos (indudables), es algo que pueden realizar los ciudadanos. A veces parece que la racionalidad y el sentido común (criterio que distingue al hombre de los animales) es algo que sólo adorna a los profesionales y no a los ciudadanos-jurados. Y, además, en el caso español, tras ello se esconde una falta de adaptación a las circunstancias, es decir, que los profesionales muchas veces no son capaces de transmitir al jurado lo que solicitan de ellos, por la utilización de un «metalenguaje» que no se adapta al auditorio, y por la tendencia natural, todavía, a hacer en la «instrucción» lo que corresponde al juicio oral, con lo que éste se encuentra devaluado y produce confusión, perplejidad, desilusión y desencanto en los ciudadanos-jurados, que muchas veces se van a deliberar sin haber recibido toda la información sobre lo que deben decidir, o no lo han recibido correctamente. Que el sistema es, todavía, de no cambio, por un prurito de facilidad de celebrar juicios con «jueces técnicos», se observa en el número de jurados que se celebran, y la jurisprudencia, ciertamente restrictiva, sobre cuándo debe conocer el jurado, de la que incluso se ha excluido la propia Sala II del Tribunal Supremo (repátese los Acuerdos de pleno no jurisdiccionales de dicha Sala), aunque la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado no estableciera dicha premisa (sólo excluía la Audiencia Nacional).

La LO 5/1995 opta por el Jurado anglosajón o «puro», el Jurado de hecho o de veredicto, siguiendo en realidad la tradición de nuestro derecho, pero con una corrección, pues dicho jurado debe motivar su veredicto, cuestión que ha demostrado su importancia, pero no exenta de críticas y polémicas. Ahora bien, si la motivación (art. 120.3 CE), rectamente entendida, es la justificación de la decisión, en el caso del jurado ello significa que deben dar buenas razones de su decisión sobre los hechos, actividad que, con mayor o menor técnica, pueden realizar los ciudadanos, lo que no obsta a que puedan cometer errores, como cualquier otra persona, incluidos los jueces técnicos, de

ahí que contra las decisiones se permitan recursos.

Junto al Jurado, la LOPJ confirma en nuestra organización judicial a los Juzgados de Paz (artículos 99 y ss.), únicos órganos jurisdiccionales que pueden ser dirigidos, en nuestro Derecho, por jueces legos, que se encargan de pequeños asuntos civiles y algunas faltas penales. Pese a que nos encontramos ante un colectivo numeroso, no se discute su presencia y la necesidad de los mismos, sobre todo por la labor de ayuda que prestan desde el plano de las comunicaciones judiciales, al ser el último eslabón de la cadena judicial, desde el plano territorial.

B) Justicia Popular

El sistema de la justicia popular, consistente en legitimar la actividad judicial por medio de la elección directa de los miembros del Poder Judicial por el pueblo mediante sufragio universal, libre y directo, al igual que sucede con los miembros del Poder Legislativo. Las principales críticas a este sistema pasan por la falta de independencia del juez electo frente a la «maquinaria electoral» que le llevó al cargo. Fundamentalmente se trata de un sistema previsto en el ordenamiento norteamericano, aunque se combina con el jurado y el sistema de designación³⁹.

C) Designación

El tercer sistema al que debe aludirse es el de designación ministerial, esto es, legitimación de la actividad jurisdiccional a través de la intervención del Poder ejecutivo, confiando al Ministro de Justicia (u otro organismo del Estado), que es responsable ante el Parlamento, la designación de los titulares de los órganos judiciales. Este sistema, con variantes está presente en numerosos países, tanto de la familia del «civil law» como del «common law», que junto al jurado

³⁹ Vid. HAZARD Y TARUFFO, *La justicia en los Estados Unidos*, Edit. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), sobre la designación política de los jueces, págs. 75 a 79.

(y en el caso norteamericano con la elección popular) conforman los sistemas legitimadores básicos.

En el ordenamiento español, tras la Constitución de 1978, inicialmente quedó residenciado en el Ministerio de Justicia la selección y formación de jueces y magistrados, quedando el Consejo General del Poder Judicial ajeno a dicha cuestión. No será hasta 1994 (LO 16/1994, de 8 de noviembre) que se hiciera plenamente efectivo el art. 122 CE, y que se le atribuyera CGPJ la competencia para establecer el procedimiento de selección y formación de jueces y magistrados (artículo 306 LOPJ), posteriormente retocado en el año 2003 (LO 19/2003, de 23 de diciembre). El procedimiento estableciendo señala como criterio básico la oposición libre, para la categoría de juez, junto con un curso teórico y práctico en la Escuela Judicial (art. 301 LOPJ). En el caso del ingreso en la categoría de magistrado, además del ascenso, es posible también acceder a juristas de reconocida competencia, en los casos y formas establecidos, que varían entre el acceso a la categoría de magistrado o la de magistrado del Tribunal Supremo. Si se accede a la categoría de magistrado también habrá que realizar un curso en la Escuela Judicial.

Estas son las premisas básicas hoy día, y respecto de ellas ya he manifestado que no son todo lo adecuadas posibles, pues el sistema principal es el ingreso por oposición libre, y luego un curso en la Escuela Judicial (teórico-práctico, de un año de duración cada uno). Sólo tangencialmente se admite otro modelo, el del acceso de juristas de reconocida competencia, cuyo desarrollo es desigual, e incluso su procedimiento real no siempre coincide con el legal (al final existe una entrevista personal que, pese a que no puede conver-

tirse en un examen general de conocimientos jurídicos, no siempre cumple la finalidad asignada). Ya he manifestado que existen otros modelos, con independencia de quien designe (sirva de botón de muestra Alemania), y que en general, salvo en el ámbito de los colectivos afectados, somos muchos los que pensamos que el ingreso debería ser más variado, pues un ingreso controlado, y lógicamente cumpliendo los requisitos para ello, de juristas provenientes de otras profesiones jurídicas mejoraría la legitimidad del poder judicial, y posiblemente también redundaría en una mayor calidad de las decisiones, no por los aspectos formales, sino por los sustanciales, que en definitiva son los que preocupan a la ciudadanía.

Es cierto que la doctrina se ha mostrado a favor del sistema de oposición, dotado de la garantía del anonimato de los candidatos y libre de cualquier filtro político sobre sus cualidades personales, y con ciertos tintes de sorteo confiado a la selección de las competencias⁴⁰. Pero el problema es si concurren dichas competencias («saberes») no secundarias, pues no se trata sólo y exclusivamente de conocimientos memorísticos, como actualmente acontece, pues como ya he expresado más arriba, deben concurrir otras habilidades y competencias que no se evalúan como deberían en el ingreso⁴¹. No niego que el sistema selecciona a candidatos, en muchos casos idóneos, que han dado lugar con el paso del tiempo a excelentes profesionales, pero ello no quita que el sistema genera cierta incertidumbre pues en otros casos no concurren dichas cualidades, y al déficit hay que sumar la ausencia de mecanismos que evalúen el desempeño profesional, y no sólo desde el plano cuantitativo, como ahora acontece, sino cualitativo, es decir si «reposa saberes», aunque ello no evita las equivocaciones

⁴⁰ A favor de ella, pero rodeándola de otras consideraciones, de las que luego me voy a ocupar, vid. FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 8ª Edic., Edit. Trotta, Madrid, 2006, pág. 597.

⁴¹ Sobre los sistemas de selección, abogando por otros modelos que no sólo son la oposición, vid. GUARNERI Y PEDERZOLI, *Los Jueces y la Política. Poder Judicial y democracia*, Edit. Taurus, Madrid, 1999, págs. 32 y ss.; desde el contexto español, vid. JIMÉNEZ ASENSIO, «El acceso a la judicatura en España: evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio», en *El acceso a la función judicial. Estudio comparado* (el autor coordinador), Edit. CGPJ. Manuales de formación continuada, Madrid, 2001, págs. 115 a 249.

y la falta de acierto singular. A ello se va a sumar otra cuestión, que hasta ahora ha pasado inadvertida⁴², y es que los «licenciados», de aquí al 2012, pasarán a ser «graduados», pues ha cambiado la titulación de derecho, que ahora ha pasado a ser de «grado en derecho», que ocupa cuatro años, y cuyos contenidos, aumentan en el conjunto de otras habilidades, pero disminuyen en cuanto al conocimiento de derecho positivo, y ello debe tenerse en cuenta, pues ahora mismo nos encontramos que otras profesiones jurídicas están pendientes de su estudios de postgrado para el posible ingreso en la profesión, cuestión a la que de momento es ajena la judicatura. Retomando lo que antes ya señale, la «auctoritas», como elemento moral no está asegurada y luego el sistema de resiente, pues no sólo hay que poner «sentencias», y hacen falta medios materiales y personales para ello, que parece que es la preocupación principal, sino que hay que poner «buenas sentencias», o mejor, sentencias que se basen en una «decisión justa».

3.3. LEGITIMACIÓN A TRAVÉS DEL PROCEDIMIENTO

De otra parte, es claro que las teorías anteriores se revelan insuficientes porque, si bien explican la legitimación de la Jurisdicción «ab initio», no la explican en su continuidad. Por ello hoy se combinan con otras opciones. En esta línea cabe reseñar la teoría de la *Legitimation durch Verfahren*- legitimación por el proceso- elaborada por LUHMANN⁴³, conforme a la cual la actividad jurisdiccional se legitima por la existencia del procedimiento mismo. Como ha puesto de manifiesto

GIMENO, resumiendo la tesis, «cuando surge un conflicto, el particular no puede generalizar su problema porque la sociedad no se movilizaría por el mismo, estando obligado por lo tanto a acudir a donde ella confía, es decir al proceso. Si dentro de él su pretensión no triunfa, queda el individuo aislado y no puede seguir teniendo las expectativas jurídicas originarias. El proceso le ha quitado la razón y su opinión no puede ser tenida en cuenta por la sociedad, por lo que debe reestructurar sus expectativas jurídicas originarias»⁴⁴.

En realidad hay que poner el acento en la aplicación de las normas sustantivas por parte de la jurisdicción (junto con la determinación de los hechos), además del uso del procedimiento correcto, previsto legalmente. Una variante de dicha opción viene representada por la corriente cultural jurídica y filosófica norteamericana de la «procedural justice», en sus distintas versiones, pues ésta ha puesto el acento, no en la justicia sustancial, sino en la justicia o injusticia del procedimiento, por tanto en la legitimación y aceptabilidad de la decisión judicial más que en su justicia sustancial. Por tanto, para estas corrientes la función de la jurisdicción se agota en asegurar la justicia de los procedimientos jurisdiccionales, pero no involucra a la justicia sustancial de las decisiones judiciales⁴⁵.

3.4. LA INDEPENDENCIA Y SUMISIÓN A LA LEY

Por lo tanto, en la actualidad, la mayoría de la doctrina considera que el problema de la legitimación de la función judicial ha de resolverse desde la propia inde-

⁴² No vaya a ser que pase como en el art. 475 de la LOPJ, que establece que para acceder al cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa se accederá con la titulación de Diplomado Universitario, Ingeniero Técnico, Arquitecto Técnico o equivalente. Dichas titulaciones están en tránsito de desaparición, pues ahora sólo hay grados, y no queda claro cuál será su equivalencia.

⁴³ Vid. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied, 1969.

⁴⁴ Vid. GIMENO, *Fundamentos...*, op. cit. págs. 39-40, que critica esta teoría porque afirmar que «la jurisdicción se legitima por la mera y sola existencia del proceso equivaldría a sostener que cualquier decisión material podría justificarse en sí misma, si ha sido pronunciada a través del proceso preestablecido».

⁴⁵ Vid. TARUFFO, «Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción», en *Revista Doxa*, n° 31 (2008), pág 387.

pendencia judicial y a partir de la sumisión de los jueces y magistrados al imperio exclusivo de la ley, observando en su actuación los principios de imparcialidad y responsabilidad. En este sentido, parece suficientemente claro el estatuto constitucional del Poder Judicial (art. 117.1 CE), en virtud del cual, la potestad jurisdiccional se otorga a Jueces y Magistrados en la medida en que éstos desempeñan su función con arreglo a los principios estatutarios de independencia, responsabilidad, inamovilidad y sumisión al imperio de la ley.

Ahora bien, dentro de dicha legitimación, que nos parece correcta, siempre que se tenga en cuenta cuanto he expresado en líneas anteriores, hay que realizar ciertas matizaciones. En primer lugar, que la sumisión a la ley le es para la aplicación a los casos concretos de las normas sustantivas, pero tras la determinación de los hechos sobre la base de las pruebas, y todo ello llevando a cabo una motivación-justificación correcta. En segundo lugar, que se debe dictar una solución o decisión justa.

No obstante, sí quisiera resaltar que, es cierto que la función principal de los jueces es de conocimiento, sobre todo de declarar el derecho en los casos concretos, pero que ello no evita que, en determinados casos, se vea en la obligación de crear derechos, generalmente por ausencia de normas o de situaciones jurídicas preexistentes. Ciertamente ello nos remite a la teoría de las lagunas y sus formas de colmarlas, pero también a la configuración del poder del juez de buscar, y eventualmente crear, la regla sustantiva que necesita para decidir. Con ello estamos poniendo de relieve, que la regla «remedies precede rights», típica del common law también es necesaria en el ámbito del civil law, aunque ello no quita que la premisa general siga siendo que «rights precede remedies»⁴⁶.

4 ■ LA DECISIÓN JUSTA

Sólo queremos ocuparnos de un aspecto, que pensamos que debe ser objeto de reflexión y perfeccionamiento, puesto que consideramos que es necesario en un Estado Social de Derecho. Nos referimos a la función del proceso o razón de ser del proceso. Tradicionalmente, al menos para un importante sector de la doctrina, la razón de ser del proceso se cifra en la satisfacción de pretensiones y resistencias, atendiendo a su relación con el objeto procesal, y que ello supone la solución de los conflictos intersubjetivos y sociales, para alcanzar la paz social y la justicia. Aceptando dicha premisa, queremos poner de relieve que tan importante como satisfacer pretensiones y resistencias debe ser el objetivo general de alcanzar la paz y la justicia, sobre todo cuando es el Estado quien ejerce dicho monopolio, con ello estamos poniendo de relieve que la jurisdicción debe cumplir valores públicos, como ya puse de manifiesto más arriba.

Generalmente se habla de la justicia desde un plano general, vinculándola a la justicia sustantiva, pero también de la resolución o decisión de un conflicto según justicia, vinculándola en la mayoría de los casos a aquella decisión que se acomoda la regla o norma de derecho positivo o aquella decisión en la que se han cumplido las normas del proceso. Pero la decisión justa no es sólo eso, implica otras cosas. Si aceptamos que la decisión, o al menos la decisión final, es una elección que hace el juez, entre las posibles alternativas que se le presentan en el caso concreto, será justa aquella decisión que opte por la solución que mejor se adapta al caso concreto, tanto en lo relativo a los hechos como al derecho.

Aunque se trata de un plano relativo, se pueden fijar unos criterios que permitan buscar en los casos con-

⁴⁶ Sobre el tema, vid. GIMENO, *Fundamentos...*, op. cit., pág. 41., y TARUFFO, «Leyendo a Ferrajoli:...», op. cit., pág. 389.

cretos una decisión justa. Fundamentalmente, la doctrina⁴⁷, ha fijado tres criterios, que necesariamente deben concurrir (puesto que ninguno por sí solo es suficiente), y que de la combinación de los mismos se puede obtener una decisión que puede ser valorada como justa. Dichos criterios son la corrección de la elección e interpretación de la norma jurídica aplicable al caso; la determinación y comprobación fiable de los hechos relevantes del caso; y el empleo de un proceso válido y justo para enjuiciar la decisión. Somos conscientes que los criterios seleccionados tienen difícil definición analítica, puesto que se basan en criterios axiológicos, estándares generales, que no tienen fácil concreción (piénsese en la interpretación de la norma o en la corrección del procedimiento). A ello se suma que dichos criterios sólo se pueden aprehender con el uso de escalas de valores de carácter relativo (no son del tipo sí/no, sino gradual, de más o menos justo), puesto que el juicio de derecho, el de hecho y proceso justo admiten diferentes modulaciones cualquiera de las cuales puede ser considerada idónea.

Pero que la modulación sea relativa, y suponga buscar los grados idóneos no es algo que no se pueda conseguir con el estado actual de la técnica. Para ello habrá que analizar las condiciones, dado un ordenamiento concreto, para que el juicio de hecho y de derecho y el proceso sean considerados justos, y de la conjunción de niveles justos de dichos criterios obtener los niveles de la decisión justa. Lo anterior, además, admitirá modulaciones en función de los procesos concretos, puesto que nos movemos en escalas axioló-

gicas, y es posible que, por ejemplo, en los procesos penales, los valores sea necesario fijarlos en unos niveles superiores (al menos para el juicio de hecho).

De todo lo anterior se deduce que la justicia de una decisión no es un valor unitario derivado de la suma algebraica de los valores obtenidos en cada criterio, sino que, es un algoritmo, es decir, un conjunto ordenado y finito de operaciones para resolver un problema. En dicha operación cada criterio mantiene su autonomía y opera individualizando valores singulares que deben ser tenidos en cuenta para poder hablar de una decisión justa.

5 ■ LA MOTIVACIÓN-JUSTIFICACIÓN

Por último, y tomando como referencia las consideraciones anteriores, hoy se suele señalar que además de ser independientes e imparciales, y de estar sometidos a la ley, los jueces, para hacer efectiva su responsabilidad social deben motivar, es decir justificar, sus decisiones⁴⁸. Como se comprenderá con este apartado no queremos poner de relieve un fenómeno de crisis, sino el cierre de los elementos que conforman la legitimación de la actividad judicial. La legitimación aparece de forma expresa en el art. 120.3 CE, y se ha discutido su inclusión en el texto constitucional. Desde luego que la inclusión de dicha obligación en la constitución no obedece simplemente a la elevación de rango de lo que ya disponían, y dis-

⁴⁷ Por todos, vid. TARUFFO, «Ideas para una teoría de la decisión justa», en *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*, Edit. Temis, Bogotá, 2006, págs. 199 a 212.

⁴⁸ En esta materia, con independencia de otras obras que aquí se citan, creo que es conveniente traer a colación varias monografías concretas (y ello no excluye, por suerte, que en la doctrina española existan otros trabajos y artículos de revistas relevantes que no puedo citar para no sobrecargar el trabajo): en primer lugar un clásico, TARUFFO, *La Motivación de la sentencia civil*, Edit. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2006; desde el plano procesal, COLOMER HERNÁNDEZ, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, donde puede encontrar uno un buen desarrollo de los fundamentos la motivación y de su engarce con la legitimidad del poder judicial; desde el plano teórico, RAFAEL DE ASÍS, *El juez y la motivación en el Derecho*, Edit. Dykinson, Madrid, 2005; y por último sobre la distinción motivación y justificación y sobre la obligación de motivar, vid. RODRÍGUEZ BOENTE, *La justificación de las decisiones judiciales. El art. Artículo 120.3 de la Constitución Española*, Edit. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2003.

ponen, las leyes de enjuiciamiento, pues ello no implicaría gran cosa, ya que desde ese ángulo se estaría poniendo de relieve la obligación del juez de justificar su decisión para que las partes conozca las razones de su decisión, y también los otros órganos jurisdiccionales si tuvieran que ocuparse del asunto en vía de recurso (función endoprocesal de la motivación)⁴⁹. Sin embargo la razón de incluirla en la constitución y su verdadero encaje persigue otros parámetros⁵⁰.

En realidad la motivación forma parte esencial del concepto de jurisdicción, y engarza con el art. 1.1 CE, de ahí que el Tribunal Constitucional haya entendido que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva. Dependiendo del plano desde el que se observe, el ciudadano, o el juez que imparte justicia la motivación cumple una función. Si nos situamos en el ciudadano, este tiene derecho a acceder a la jurisdicción, a la tramitación de un proceso justo y que dentro de éste se dicte una resolución conforme a la ley y motivada, para en último extremo ejecutarla si no se cumple voluntariamente. Si nos situamos en el juez, éste debe decidir determinando los hechos siguiendo cánones racionales, y aplicando a dichos hechos normas objetivas, pero para verificar que ha sido independiente, que ha sido imparcial y que ha seguido el camino racional en la determinación de los hechos y en la interpretación y aplicación de las normas, debe motivar su decisión. Con ello no sólo satisface el de-

recho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos que reclaman ante la administración de justicia, sino que además hace efectiva su responsabilidad social, pues con dicha motivación permite que cualquier ciudadano, la opinión pública en general, y el resto de poderes del estado, puedan verificar que no ha actuado de forma arbitraria o discrecional⁵¹, que ha aplicado correctamente el ordenamiento jurídico, cumpliendo de esa manera con la función extraprocesal de la motivación. En efecto, como afirman GUTIÉRREZ-ALVIZ ARMARIO y MORENO CATENA⁵² «la racionalidad y razonabilidad del juicio de decisión constituyen elementos imprescindibles no sólo para garantizar un control endoprocesal de las resoluciones judiciales, sino también para medir la credibilidad ciudadana en la Administración de Justicia, para legitimar la actividad judicial y, finalmente, para satisfacer las expectativas sociales depositadas en la aplicación del Derecho»⁵³.

En este sentido, se ha llegado a distinguir, entre una legitimación interna del Poder Judicial, y una legitimación externa. La primera es la de carácter jurídico o interno y puede explicarse con la idea tradicional de independencia y sumisión a la ley, como hemos visto más arriba. La segunda es de carácter democrático en el sentido expresado antes, en el sentido de externalizar la fuente de legitimación hacia el verdadero detentador de la potestad jurisdiccional⁵⁴.

⁴⁹ Sobre la función endoprocesal (y también la extraprocesal), y el control en vía de recursos ya me he ocupado en otra ocasión, con mayor profundidad, Vid. COLMENERO GUERRA, *El recurso de suplicación*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 263 a 338.

⁵⁰ Sobre la cuestión, al margen de otras obras del autor que también se ocupan de la cuestión, vid. IGARTUA SALAVERRÍA, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, fundamentalmente págs. 19 a 57 (aunque merece la pena toda la obra).

⁵¹ Sobre la arbitrariedad judicial, al margen de otra cuestiones sobre la motivación que tiene la obra, vid. ALEJANDRO NIETO, *El arbitrio judicial*, Edit. Ariel, Barcelona, 2000, págs. 353 a 397; desde el plano teórico, sobre la discrecionalidad, vid. IGLESIAS VILA, *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

⁵² Vid. «Comentario al art. 120», *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, (dir. por ALZAGA), Tomo IX, Madrid, 1998, pág. 403.

⁵³ En este sentido, FERRAJOLI, *Derecho y Razón...*, op. cit., págs. 622 y 623.

⁵⁴ En este sentido, FERRAJOLI, *Derecho y Razón...*, op. cit., pág. 623.

