

# La condición de independencia e imparcialidad en derecho: su contraste con la antropología y los sesgos cognitivos

Enrique Morera Guajardo



Reial Acadèmia Europea de Doctors  
Real Academia Europea de Doctores  
Royal European Academy of Doctors

BARCELONA - 1914



**ENRIQUE MORERA GUAJARDO** es Licenciado y Doctor en Derecho, con la tesis sobre *La Regulación de los Mercados de Valores no organizados. Estudio específico del Total Return Swap (TRS)*, y Máster en Economía y Dirección de Empresas (MBA-IESE), con más de 40 años de experiencia como abogado y más de 30 años como profesor de programas para ejecutivos y para alumnos del máster (IESE). Ejerce como árbitro del Tribunal Arbitral de Barcelona. Es fundador y en la actualidad Presidente no ejecutivo de la reconocida firma Balaguer-Morera & Asociados, Abogados (BM&A), especializada en derecho de empresa, penal económico y tributario, administrativo y sucesorio, tanto facilitando servicios de asesoramiento como actuando ante tribunales de la jurisdicción ordinaria o arbitrales. También es Presidente de la sociedad cotizada Desarrollos Especiales de Sistemas de Anclaje, S.A. Su doble formación jurídica y económica y su experiencia profesional en empresas de diversos sectores, le ha permitido, desde su triple condición de abogado, empresario y docente, acometer y dirigir destacados asuntos de nuestra reciente historia corporativa y judicial. En el ámbito corporativo, resulta destacable su participación en la *start up* de una significativa aerolínea, hoy integrada en un grupo aéreo de bandera, y la compra y posterior participación en el *listing* en bolsa de una cadena de televisión en abierto hoy integrada en un potente grupo de medios. En el ámbito judicial ha logrado relevantes anulaciones de laudos arbitrales y absoluciones en procedimientos penales, así como una condena al Reino de España ante el TEDH. Sigue integrado en múltiples consejos de administración y es autor de numerosos artículos y publicaciones jurídicas. Ha sido ponente en sesiones relativas a los mercados regulados y de específicas materias jurídicas.





# **La condición de independencia e imparcialidad en derecho: su contraste con la antropología y los sesgos cognitivos**

Excmo. Sr. Dr. Enrique Morera Guajardo



# **La condición de independencia e imparcialidad en derecho: su contraste con la antropología y los sesgos cognitivos**

Discurso de ingreso en la Real Academia Europea de Doctores, como  
Académico Correspondiente, en el acto de su recepción  
el 30 de noviembre de 2022

por

**Excmo. Sr. Dr. Enrique Morera Guajardo**  
Doctor en Derecho

y contestación de la Académico de Número

**Excmo. Sr. Dr. Jaume Armengou Orús**  
Doctor en Dr. en Ingeniería de caminos, canales y puertos

**COLECCIÓN REAL ACADEMIA EUROPEA DE DOCTORES**



Reial Acadèmia Europea de Doctors  
Real Academia Europea de Doctores  
Royal European Academy of Doctors

BARCELONA · 1914

[www.raed.academy](http://www.raed.academy)

© Enrique Morera Guajardo  
© Real Academia Europea de Doctores

La Real Academia Europea de Doctores, respetando como criterio de autor las opiniones expuestas en sus publicaciones, no se hace ni responsable ni solidaria.

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del “Copyright”, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamos públicos.

Producción Gráfica: Ediciones Gráficas Rey, S.L.

Impreso en papel offset blanco Superior por la Real Academia Europea de Doctores.

ISBN: 978-84-09-46132-5

D.L: B-22126-2022

Impreso en España –Printed in Spain- Barcelona

Fecha de publicación: noviembre 2022



*Este trabajo lo dedico especialmente a los numerosos jueces que mayoritariamente me han demostrado la entrega y dedicación a su trabajo desde el estricto y riguroso sometimiento a la Ley y cuyas resoluciones me han supuesto continua fuente de inspiración y aprendizaje a lo largo de toda mi vida profesional.*

*Lo brindo también a toda mi familia y amigos que estoicamente han soportado mis disertaciones sobre sesgos cognitivos y especialmente lo dedico a mi inseparable compañero de fatigas profesionales, mi muy querido Emilio Llorens, que durante más de 30 años y desde una proverbial capacidad de trabajo, profesionalidad y lealtad me sigue soportando. Sin su ayuda, análisis y aportaciones, esta publicación no hubiera sido posible.*

Cuatro características corresponden al juez: escuchar cortésmente, responder sabiamente, ponderar prudentemente y decidir imparcialmente.

Atribuido a Sócrates (469 a.C. - 399 a.C.)



## ❖ AGRADECIMIENTOS

Excmo. Sr. Presidente de esta Real Academia, Dr. Alfredo Rocafort, Excmos. Sres. Académicos, Excmas. e Ilmas. Autoridades, querida familia; queridos amigos.

En primer lugar, quiero agradecer sinceramente al Presidente y a la Junta Directiva el honor de pasar a formar parte de esta Institución, lo que para mí supone, quizá el último eslabón de una vida dedicada apasionadamente al derecho. Espero estar a la altura de la confianza depositada.

Singular agradecimiento he de expresar al Vicepresidente de la Academia, el Excmo. Sr. Dr. Xabier Añoveros, que impulsó, con su conocido ímpetu, mi nombramiento desde el conocimiento de mi trayectoria. Por el gran afecto que le profeso mucho lamento que por la enfermedad que le aqueja no pueda acompañarnos. De corazón le deseo una pronta recuperación.

Hacia mi padrino en este acto, el Excmo. Sr. Dr. Juan Carlos García-Valdecasas, y ya me perdonará esta distinguida audiencia que, al rendirle un sentido reconocimiento, exprese mi sentimiento de orgullo por la profunda admiración que le profeso desde que salvó la vida de mi hijo en 1989 y pude así, de primera mano, conocer su impresionante trayectoria profesional nacional e internacional, forjándose una entrañable amistad que hoy se adereza con la circunstancia de ser consuegros.

Lleno de profunda añoranza, me es dado efectuar un emocionado recuerdo al Académico fallecido en 2019, el Excmo. Sr.

Dr. José Antonio Segarra, al que consideraba un hermano y con el que tantos proyectos compartimos. Su muerte nos arrebató a una maravillosa persona y a un extraordinario docente y profesional que todo lo impregnaba con una inigualable bonhomía. A él le debo el impulso, desde que en 1980 acabamos el Máster del IESE, a que compaginara el ejercicio de la abogacía con la actividad empresarial, la investigación y la docencia.

Muy honrado me siento al tener la oportunidad de que el profesor y muy querido amigo el Excmo. Sr. Dr. Jaume Armengou, pronuncie el discurso de contestación. Su trayectoria profesional, desde su formación como Ingeniero de Caminos -doctorándose como el más joven de España-, se puso de manifiesto en este mismo escenario en el acto de su recepción como Académico y que resultó buena prueba de su prolífica y exitosa actividad, primero como empresario y luego dedicándose a la Universidad. Se añade a su inicial formación técnica, un formado humanismo, racional y espiritual, que impregna toda su actividad, como así lo acreditan sus múltiples publicaciones, hasta el punto de que está investigando y tratando los sesgos cognitivos en los programas de formación empresarial en el IESE. Gracias de corazón.

Por último, me corresponde también agradecer sinceramente la dedicación y magnífica labor de todos los servicios administrativos de la Academia en la organización de este acto, que hago extensivo también a mis sufridas asistentes.



# ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS .....	9
SIGLAS Y ABREVIATURAS.....	15
DISCURSO DE INGRESO .....	17
<b>I.- INTRODUCCIÓN; APROXIMACIÓN GENERAL A LOS CONCEPTOS JURÍDICOS DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD; ANÁLISIS PRELIMINAR DE LA VERTIENTE JUDICIAL ANTE LA DUDA RAZONABLE Y LA APARIENCIA .....</b>	<b>17</b>
<b>II.- BREVE REVISIÓN HISTÓRICO-JURÍDICA DE LOS CONCEPTOS OBJETO DE ESTUDIO .....</b>	<b>51</b>
<b>II.1.- En el derecho Romano.....</b>	<b>52</b>
A) Etapa de la República (desde el siglo VI a.C. hasta el año 27 a.C.).....	52
B) En el período Imperial o del Principado (siglo I-VI d.C.) .....	53
C) A partir del siglo VI d.C. (534-565 d.C.).....	53
<b>II.2.- En el derecho visigodo .....</b>	<b>54</b>
<b>II.3.- En el derecho musulmán .....</b>	<b>54</b>
<b>II.4.- En el derecho de la Alta Edad Media .....</b>	<b>57</b>
A) En el Derecho Canónico de la Edad Media .....	58
B) En el derecho local en la Baja Edad Media.....	58
B.1) La recopilación del derecho castellano (siglo XIII-XV)....	59
B.2) El Fuero Real de España (Alfonso X, <i>circa</i> 1255) .....	60
B.3) Las Partidas (Alfonso X, <i>circa</i> 1256-1265) .....	61
B.4) El Ordenamiento de Alcalá de Henares (Alfonso XI de Castilla, 1348).....	61
<b>II.5.- En el Derecho en la Edad Moderna .....</b>	<b>62</b>
<b>II.6.- En el Derecho constitucional del siglo XIX .....</b>	<b>67</b>
A) La Constitución Política de la Monarquía Española (Cádiz, 1812).....	68

B) La normativa de los Consejos Provinciales.....	68
II.7.- Leyes de Enjuiciamiento Civil y Mercantil de la segunda mitad del siglo XIX.....	70
II.8.- En la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal y en la Novísima Ley de Enjuiciamiento Criminal.....	80
II.9.- En la normativa de enjuiciamiento civil de finales del siglo XIX; la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 .....	81
II.10.- En la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985.....	83
II.11.- En la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 .....	84
<b>III.- ACTUAL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LAS CONDICIONES DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD; REFERENCIA SOBRE PARTICULARIDADES Y CIRCUNSTANCIAS .....</b>	<b>89</b>
III.1.- Jueces, Magistrados, miembros de Jurados y fiscales .....	89
III.2.- Árbitros e instituciones arbitrales.....	107
1.- Falta de imparcialidad e independencia del árbitro. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de enero 2017 .....	116
2.- Falta de imparcialidad del árbitro. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de noviembre 2016: .....	118
3.- Falta de imparcialidad e independencia de la institución administradora del arbitraje. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de noviembre de 2014.....	121
4.- Convenio arbitral inexistente o invalido por infracción del principio de igualdad. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de julio 2018 .....	124
III.3.- Administración, supervisores y funcionarios .....	132
1.- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 19 de octubre 1999; obligación de abstención de un catedrático de universidad pública .....	143
2.- Obligación de abstención de un alcalde. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 4 de febrero 2011.....	144
III.4.- Peritos .....	148
1.- Obligación de abstención de un perito designado judicialmente. Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 6 de junio 2007 .....	157
2.- Perito de parte y su vinculación con la ésta. Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona de 23 de julio de 2015 ....	159

3.- Perito designado judicialmente que dicta informe con conocimiento de su inexactitud y las consecuencias penales por falso testimonio. STS de 30 enero de 1998.....	161
<b>III.5.- Auditores</b> .....	163
1.- Nulidad del acuerdo social de nombramiento de auditor de cuentas por incompatibilidad con la función de asesoramiento fiscal (en las dos instancias). Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 27 de abril 2007 .....	174
2.- Validez del acuerdo social de nombramiento de auditor de cuentas por incompatibilidad con la función de asesoramiento fiscal. STS de 26 de febrero de 2018 .....	176
<b>III.6.- Testigos</b> .....	183
1.- Testigo con relaciones de parentesco. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de marzo 2009.....	184
2.- Testigo con relaciones mercantiles y de parentesco. Sentencia de Audiencia Provincial de Madrid de 3 de junio 2009 .....	185
3.- Validez testimonio testigos tachados. STS de 12 de junio de 1998 .....	185
<b>III.7.- Administradores de sociedades de capital</b> .....	188
1.- Impugnación de acuerdos sociales por conflicto de interés. Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 1 de San Sebastián de 16 de marzo 2017 .....	194
2.- Impugnación de acuerdos por una situación de competencia entre el socio minoritario y la sociedad. STS de 11 de noviembre de 2014.....	195
<b>IV.- SESGOS COGNITIVOS; SU INFLUENCIA EN LA IMPARCIALIDAD DEL DECISOR</b> .....	199
<b>IV.1.- Introducción</b> .....	199
<b>IV.2.- El proceso mental de toma de decisiones; racionalidad limitada y la heurística</b> .....	211
<b>IV.3.- Tratamiento genérico de los sesgos por los tribunales. Tesis de “apariencia”; sesgo por “contaminación” anterior con el objeto del proceso y “exteriorización previa de opinión”</b> .....	222
<b>IV.4.- Sesgo ideológico (política, raza, sexo, religión); su tratamiento por los tribunales</b> .....	239
<b>IV.5.- Sesgos cognitivos propiamente dichos</b> .....	253
A) Sesgo de grupo y su relación con el sesgo ideológico.....	254

A.1) Vertiente endógena. El sesgo de grupo como generador de sesgo ideológico, de raza, de sexo o de religión; algunas referencias antropológicas.....	255
A.2) Vertiente exógena del sesgo de grupo .....	263
B) Sesgo retrospectivo .....	267
C) Sesgo de anclaje .....	268
D) Sesgo de confirmación .....	269
E) Sesgo de representatividad .....	275
E.1) El asunto de Sally Clark (Reino Unido, juicio en 1999)..	276
E.2) Asunto de Lucía de Berk (Holanda, juicio en 2004) .....	277
F) Sesgo de conveniencia.....	279
G) Especialidad del sesgo de conveniencia: el <i>Efecto Beckett</i> .....	291
H) El sesgo que acecha; la inteligencia artificial y sus algoritmos .	292
 V.- CONCLUSIONES .....	 297
NOTAS .....	305
BIBLIOGRAFÍA; WEBGRAFÍA .....	359
 DISCURSO DE CONTESTACIÓN.....	 369
Publicaciones de la Real Academia Europea de Doctores.....	381





<b>SIGLAS Y ABREVIATURAS</b>	<b>SIGNIFICADO</b>
A(A)TC	Auto(s) del Tribunal Constitucional
A(A)TS	Auto(s) del Tribunal Supremo
AEAT	Agencia Estatal de la Administración Tributaria
BOE	Boletín Oficial del Estado
CAM	Centro de Arbitraje y Mediación
CAS	Court of Arbitration for Sport
CCE	Cámara de Comercio de España
CE	Constitución Española
CEA	Club Español del Arbitraje
CCom	Código de Comercio
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEE	Comunidad Económica Europea
CENDOJ	Centro de Documentación Judicial
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CNE	Comisión Nacional de la Energía
CNMC	Comisión de los Mercados y de la Competencia
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CP	Código Penal
DGS	Dirección General de Seguros
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
ICAC	Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas
INAP	Instituto Nacional de Administración Pública
ITSS	Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social
LA	Ley de Arbitraje
LAC	Ley de Auditoría de Cuentas (Texto Refundido)
LBRL	Ley de las Bases del Régimen Local
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTIC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

*Cont...*

SIGLAS Y ABREVIATURAS	SIGNIFICADO
LPAC	Ley de Procedimiento Administrativo Común
LRJCA	Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa
LSA	Ley de Sociedades Anónimas (derogada)
LSC	Ley de Sociedad de Capital (Texto Refundido)
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (derogada)
NIC	Normas Internacionales de Contabilidad
NIIF	Normas Internacionales de Información Financiera
PGC	Plan General de Contabilidad
RAC	Resolución Alternativas de Conflictos
RAE	Real Academia Española
RCCE	Reglamento de la Cámara de Comercio de España
RCL	Repertorio Cronológico de Legislación
RDL	Real Decreto Legislativo
RECJ	Red Europea de Consejos de Justicia
RJ	Repertorio de Jurisprudencia
S(S)TC	Sentencia(s) del Tribunal Constitucional
S(S)TEDH	Sentencia(s) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
S(S)TS	Sentencia(s) del Tribunal Supremo
TAB	Tribunal Arbitral de Barcelona
TC	Tribunal Constitucional
TEAC	Tribunal Económico-Administrativo Central
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
ZPO	Código Procesal Civil Alemán (2005)



## ❧ I.- INTRODUCCIÓN; APROXIMACIÓN GENERAL A LOS CONCEPTOS JURÍDICOS DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD; ANÁLISIS PRELIMINAR DE LA VERTIENTE JUDICIAL ANTE LA DUDA RAZONABLE Y LA APARIENCIA

*La justicia es humana, toda humana, nada más que humana.*

P.J. Prohondon (1809-1865)

Fácil es convenir en que la imparcialidad e independencia de quien administre justicia, o emita juicio u opinión, como función a la que por la Ley se concede efectos jurídicos, conforma uno de los pilares esenciales de un estado democrático, por lo que su análisis nos conduce ante uno de los mayores retos del derecho.

La conocida imagen de la dama de la justicia<sup>1</sup>, con los ojos vendados, es la expresión del desiderátum de la independencia y de la imparcialidad, transmitiendo iconográficamente la idea, entre otras, de que la Justicia aplica la Ley mirando los hechos y no a las personas. El barón de Montesquieu<sup>2</sup> lo expresó radicalmente sentando que los jueces deben ser *la boca muda que pronuncia las palabras de la Ley*.

Resulta obvio destacar que la Justicia se imparte por seres humanos muy alejados de esa divinidad y, en consecuencia, de ese desiderátum de impartir, con carácter universal, justicia y desarrollar funciones que causen estado y efectos jurídicos desde una total independencia e imparcialidad. Por su importancia, resulta lógico que los cuerpos legales en todo el mundo establezcan imperativamente que determinadas funciones, encaminadas a producir efectos legales, se desarrollen por personas jurí-

dicas o físicas –sean o no operadores del derecho- que ostenten la condición de *independiente* o *imparcial* cuando tengan que juzgar, laudar<sup>3</sup>, dictar resoluciones administrativas, expresar mera opinión -como sucede con los consejeros de sociedades mercantiles- o emitir dictamen, en el caso de auditores, peritos o cualquier otro experto. No en vano los “Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura” adoptados por las Naciones Unidas<sup>4</sup>, establecen al respecto:

*Considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra concretamente el principio de la igualdad ante la ley, el derecho de toda persona a que se presuma su inocencia y el de ser oída públicamente y con justicia por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley,*

*1. La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.*

*2. Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.*

Dicho en palabras de Galán González: *cabría afirmar la imparcialidad del juez constituye una exigencia consustancial a la propia esencia de legitimidad de la jurisdicción*<sup>5</sup>. Vaya por delante que, para el derecho, al margen de distintas y a veces contradictorias concepciones, *independencia* e *imparcialidad* no son conceptos análogos.

Mayoritariamente la doctrina y la jurisprudencia refieren que la condición de *independencia* se limita a circunstancias de hecho que afectan al individuo y, en consecuencia, resultan objetivas. La *imparcialidad*, por el contrario, alude a un estado mental del decisor o emisor respecto a los interesados en su juicio o en relación con su objeto. Así, puede decirse, que *imparcialidad* se refiere a la ausencia de condiciones subjetivas del sujeto que pudieran afectar a su ecuanimidad y rectitud. Ahora bien, aunque en hipótesis se pueda considerar que una situación de dependencia no determina *per se* parcialidad, lo cierto es que para el derecho ello no es así. Una vez establecido que un sujeto se encuentra en situación de dependencia, por más que esa situación pudiera ser superada por el individuo, el derecho no le considerara imparcial.

La distinción entre *independencia* e *imparcialidad* tiene pues su utilidad, en su aparente sencillez, pues sirve para discernir las circunstancias externas (dependencia) de las internas (parcialidad) que afectan al individuo. Nuestro Diccionario (Real Academia Española), fuente también del derecho, se acerca bastante a esa distinción, cuando define ambos conceptos en las diferentes acepciones que aquí interesan. Veamos:

- (i) Independencia: *Cualidad o condición de independiente. Independiente: Que no tiene dependencia, que no depende de otro; Dicho de una persona: Que sostiene sus derechos u opiniones sin admitir intervención ajena.*
- (ii) Imparcialidad: *Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud; Neutralidad, objetividad en el ejercicio de una función, especialmente la jurisdiccional, y en la toma de decisiones en procesos selectivos.*

No obstante, la diferencia entre ambas voces, tanto general como jurídica, puede resultar equívoca y compleja, ya que ambos conceptos se entrelazan a la hora de determinar la idoneidad de un individuo para juzgar o emitir opinión. En efecto, el TC en reiteradas sentencias<sup>6</sup>, ha ido más allá y ha distinguido, a su vez dos tipos de imparcialidad:

- (i) La imparcialidad subjetiva, en relación con las partes o sujetos del procedimiento.
- (ii) La imparcialidad objetiva, respecto al objeto del proceso, que se configura como la falta de sesgos y prevenciones, conscientes o inconscientes, en el ánimo del sujeto o tribunal que le permite acercarse al *thema decidendi* sin riesgo de haber tomado postura previamente.

En esta ponencia no se abordarán los conceptos de imparcialidad e independencia en todo su alcance; sino que se circunscribe precisamente a su problemática en relación con los sesgos, a los que nadie es ajeno, que pueden influir en el ánimo del juez o tribunal llamado a resolver un litigio y su puesta de manifiesto de estos a través de las apariencias generadas por determinadas circunstancias, subjetivas u objetivas, que puedan valorarse, y que concurran en el decisor en relación con las partes o con el objeto del procedimiento, dictamen u opinión.

Así, y porque ello no entraña mayor problema en nuestra normativa, doctrina y jurisprudencia, no se tratará ni el cohecho ni la prevaricación, como tampoco se tratará la defensa de la propia independencia del juzgador ante ataques externos, o determinadas causas de abstención o recusación que por su claridad no ofrecen mayor problema que su prueba y su formulación en forma y plazo<sup>7</sup>. Se acomete a continuación, para que el lector tenga una inicial visión de la trascendencia y complejidad de la

cuestión, la ambigua e incluso errática posición al respecto de nuestra judicatura, desde la proclamación de la vigente Constitución y hasta la fecha, para profundizar sobre todo ello en los Capítulos III y IV de esta ponencia<sup>8</sup>.

En efecto, la cuestión se torna compleja cuando a los conceptos de imparcialidad e independencia se añade que el juzgador no sólo debe reunir esos requisitos como derecho fundamental de los justiciables, sino que además debe parecerlo, por evidentes razones que no sólo interesan a las partes, sino que las desbordan, entrañando una auténtica necesidad de interés público por cuanto la ciudadanía está llamada a confiar plenamente en sus tribunales como así se establece explícitamente en múltiples resoluciones y doctrina. Así la ya lejana STC de 12 julio 1988<sup>9</sup>, recogiendo una pacífica doctrina anterior del TEDH vino a establecer:

*[...] Por ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su decisión sobre el caso “De Cubber”, de 26 octubre 1984, y ya antes en la recaída sobre el caso “Piersack”, de 1 octubre 1982, ha insistido en la importancia que en esta materia tienen las apariencias [...]*

Sin embargo, la STC núm. 69/2001, de fecha 17 de marzo, citando otras muchas, alude al concepto de “apariencia”, relativizándolo, desandando así parte de lo andado; lo hizo en estos términos:

*Es importante tener presente en este aspecto que, para que, en garantía de la imparcialidad, un Juez pueda ser apartado del conocimiento concreto de un asunto, es siempre preciso que existan sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos [...] por más que hayamos reconocido que en este ámbito las apariencias son importantes [...]*

Como se desprende del texto transcrito y se verá, acrece la complejidad cuando se trata de establecer qué tipo y concretas circunstancias de cada caso son constitutivas de una apariencia que pueda generar dudas razonables sobre la imparcialidad o independencia del juez. Ello se puso también de manifiesto con la STC núm. 157/1993, de 6 de mayo<sup>10</sup>, dado que -a pesar de referir expresamente la doctrina del TEDH indicada en su sentencia de 1988 con base en un censurable positivismo rigorista y haciendo responsable de la situación al legislador- vino a declarar lo siguiente:

*Cuanto antecede conduce, como bien se comprende a rechazar la presente cuestión, pues no cabe censurar de inconstitucionalidad al art. 219.10 L.O.P.J. por no haber incorporado a su texto una hipótesis de abstención y de recusación que no guardaría relación, como queda argumentado, con los supuestos previstos en aquel precepto. El legislador puede, con los límites también reseñados, modificar aquellas causas de abstención y de recusación y puede asimismo, si lo llegara a considerar procedente, incluir entre ellas la hipótesis que aquí hemos examinado, pero en modo alguno cabe sostener que tal acto positivo de legislación sea un imperativo constitucional.*

Resulta cierto que, en el texto constitucional, la imparcialidad se refiere exclusiva y expresamente a los funcionarios (artículo 103 de la CE) y al Ministerio Fiscal (artículo 124 de la CE). No obstante, la imparcialidad se encuentra ínsita en el sistema, tal como proclamó el TC en su antigua sentencia núm. 113/1987 de julio 1989, siguiendo a su vez la núm. 47/1982<sup>11</sup> que ya reconoció que la imparcialidad judicial se encuentra implícitamente contenida en el artículo 24 de la CE, cuando establece el derecho de los ciudadanos a un juicio con todas las garantías.



No obstante, y como el lector reparará, el texto transcrito de la STC núm. 157/1993 vacío de contenido práctico este importante pilar del sistema reconocido por los tratados internacionales a los que se ha adherido el Reino de España. A ellos se remite el artículo 10.2 del texto constitucional, de forma que, entre otros, resulta de directa aplicación el artículo 6.1 del CEDH<sup>12</sup> y, en consecuencia, la jurisprudencia sobre el mismo emanada del TEDH, como también lo son los *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura* adoptados por las Naciones Unidas que más atrás se han reproducido y que la sentencia en cuestión contravino frontalmente.

Esa resistencia, que se ampara en la doctrina de nuestros TS y TC, para flexibilizar las causas de recusación -derivadas de una razonable duda por “contaminación” previa con el asunto o por posible existencia de sesgos que pudieran influir en el ánimo del decisor- ampliando el alcance de los supuestos establecidos como causas de abstención y recusación para jueces prevista en la LOPJ, sería perfectamente posible, sin necesidad de cambios legislativos, por más que fueran recomendables, vía incorporación jurisprudencial de la doctrina del TEDH y tendencias legislativas de países de nuestro entorno. Hasta tal punto la resistencia indicada se convierte en principio axiomático que llevó a declarar a nuestro más alto Tribunal en la STC de 9 abril de 2008<sup>13</sup> relegando de forma que bien podría decirse inconstitucional<sup>14</sup>, ese derecho fundamental a otras consideraciones:

*[...] que en determinadas circunstancias deba sacrificarse una estricta comprensión del principio de imparcialidad judicial [...]*

La STC núm. 11/2000 de 17 enero<sup>15</sup> -trayendo a colación la anterior STC núm. 60/1995, de 16 de marzo<sup>16</sup>-, rechazó la

causa de recusación por previa “contaminación” con el asunto de uno de los magistrados disponiendo:

*Se alega por el quejoso ciertas coincidencias parciales en las dos resoluciones judiciales. Sin embargo, una decisión de levantar el sobreseimiento y ordenando proseguir un procedimiento penal no incluye necesariamente una imputación que tenga que transformarse luego en un juicio de culpabilidad.*

No obstante, muy lentamente y en línea con las resoluciones del TEDH, la duda razonable sobre la imparcialidad con base en la apariencia va permeando a nuestra judicatura acogiendo, caso a caso, la estimación de algunas recusaciones desde el, aún hoy, preminente rigorismo. De este modo la STC de 17 de marzo 2001<sup>17</sup> (asunto Marey) si bien rechazando la causa de recusación, contó con un desarrollado voto particular de don Pablo García Manzano que se pronunció en los siguientes términos:

*Lo que pretende esta causa de abstención y recusación es eliminar esferas de intereses contrapuestos que han podido entrar en contacto (ni siquiera que hayan entrado en la realidad) y ello, cualquiera sea el uso o dirección en que los conocimientos extraprocesales, con ocasión del ejercicio del cargo, sean después utilizados por el Magistrado instructor. El riguroso entendimiento que se hace por la sentencia de la que discrepo, tornaría en inaplicable dicha causa legal, tendencialmente orientada a separar dos esferas de actuación que, para salvaguardar la necesaria imparcialidad objetiva, deben permanecer ajenas a toda influencia recíproca.*

Consagrando la línea restrictiva y recopilando su propia anterior doctrina, la STC núm. 60/2008 de 26 de mayo<sup>18</sup>, afirmó (FJ 3º):

*Ahora bien, según la misma doctrina, aun cuando es cierto que en este ámbito las apariencias son muy importantes, porque lo que está en juego es la confianza que en una sociedad democrática los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos, no basta con que tales dudas o sospechas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar caso a caso si las mismas alcanzan una consistencia tal que permitan afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (SSTC 69/2001, de 17 de marzo, FFJJ 14 y 16; 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4). Por ello la imparcialidad del Juez ha de presumirse y las sospechas sobre su idoneidad han de ser probadas (SSTC 170/1993, de 27 de mayo, FJ 3; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5) y han de fundarse en causas tasadas e interpretadas restrictivamente sin posibilidad de aplicaciones extensivas o analógicas.*

Como se puede apreciar el nudo gordiano de la problemática radica en la determinación de la consistencia de las circunstancias que puedan generar dudas sobre la falta de imparcialidad o independencia del juez concernido, y no se le escapará al lector que ello permite unos márgenes de discrecionalidad a quien debe resolver la recusación, que lleva a que impere un muy elevado grado subjetividad del decisor, influenciada, a su vez por sesgos propios (ideológicos o de cualquier clase), de carácter individual o conjunto, de los miembros del tribunal que hubiera de determinar la existencia de apariencia suficiente o insuficiente para dar lugar o no a la recusación. De ahí la proliferación de votos particulares y de resoluciones que en supuestos de hecho similares se pronuncian de forma diferente.

Así la Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia de 30 de junio 2011<sup>19</sup>, anulando un laudo por imparcialidad del árbitro presidente, manifestó:

*[...] a la hora de determinar si se ha respetado el derecho a la existencia de un juez imparcial, no es necesario que el juzgador, de hecho, no sea imparcial, bastando con que las circunstancias que rodean su actuación creen una duda fundada sobre la imparcialidad del mismo.*

En relación con el “Caso Bárcenas” y el Partido Popular, la Audiencia Nacional, en auto de 3 de noviembre 2015<sup>20</sup>, estimó, acogiendo jurisprudencia del TEDH, la recusación contra el Magistrado Excmo. Sr. Don Enrique López y López estableciendo:

*La imparcialidad, junto con la independencia, es situación indispensable para la legitimidad de la actuación del juez, pues se trata de la confianza que en una sociedad democrática los tribunales deben inspirar a los justiciables y a la ciudadanía.*

Sin embargo, el auto acabado de referir contó con un voto particular disidente suscrito por cuatro miembros de la Sala, trufado de un acerado nivel de crítica hacia la resolución mayoritaria, sosteniendo, en suma, que la afinidad ideológica no es suficiente presupuesto para constituir causa de recusación, lo que resulta síntoma de la resistencia que existe en nuestros tribunales a la hora de flexibilizar la consideración de la apariencia y duda razonable sobre la imparcialidad como causa de recusación demostrando, al tiempo, lo referido sobre el grado de subjetividad que impera al respecto de los jueces llamados a decidir una concreta recusación.

Como se puede ya apreciar no resulta aún acotada, con carácter general, en unos términos, siquiera mínimos, el concepto de la “duda razonable” sobre la independencia o imparcialidad que se genere en la parte interesada en función de las apariencias creadas por determinadas circunstancias que afecten al sujeto

concernido. Ello ha llevado a que sólo se acojan recusaciones por esta causa de “apariencia” en casos muy extremos y aun así fácil resulta, como se ha referido, encontrarse con resoluciones sobre situaciones parecidas de sentido opuesto.

La misma Audiencia Provincial de Madrid en su auto de 15 de junio de 2017<sup>21</sup>, en un supuesto de sesgo ideológico, con hechos muy similares al del “Caso Marey”, y en función de lo establecido en la STC núm. 60/2008 ya referida<sup>22</sup>, rechazó estimar la recusación promovida, esta vez por el Partido Popular, contra la Magistrada Excm. Sra. Rosa María Freire Pérez por su presunta cercanía al PSOE. Esa resolución de 2017 se dictó sólo dos años después de haberse dictado por la Audiencia Nacional el auto núm. 81/2015 (asunto Marey) que acogió, como se ha indicado, la recusación de un magistrado por su supuesta proximidad ideológica al Partido Popular, y seis años tras la sentencia de 30 de junio de 2011 de la propia Audiencia Provincial comentada *supra*.

El regresivo auto de 15 de junio 2017 reconoce, sin embargo, la dificultad de valorar si determinadas circunstancias tienen o no la capacidad de influenciar determinada decisión y lo efectúa del siguiente modo (FJ 5º):

*Además, desde un punto de vista objetivo, y sin poder negar lo relativo que resulta siempre valorar este tipo de circunstancias, también llega esta Sala a la conclusión de que las acciones o relaciones detalladas por las partes recusantes no traspasan los límites ordinarios de la actitud imparcial [...]*

Previamente en el FJ 4º de este auto se puede leer, describiendo lo que luego se verá es reconocido por la psicología como sesgo cognitivo:

*Estas causas legales incluyen situaciones de diversa índole que tienen en común la capacidad para generar, conforme a las reglas de la experiencia, influencia sobre el sentido de una decisión en el ánimo de un hombre normal. Por ello puede colegirse que también incidirán en el ánimo de un Juez, generando una relevante dificultad para resolver con serenidad, objetividad, ponderación y total desapasionamiento, así como desinterés por cualquiera de las partes, la cuestión litigiosa que se le somete.*

Como se desprende del texto acabado de transcribir se establece, en contra de otras resoluciones, que se incluye en actuales causas legales de recusación, circunstancias que puedan influir en el sentido de una decisión, aunque no se encuentren entre las tasadas como *numerus clausus* en el artículo 219 de la LOPJ. Sin embargo, el auto manteniéndose en una muy restrictiva posición al respecto, a modo de justificación del rechazo a la recusación -a mi entender no acorde con la protección de tan relevante derecho fundamental ni con la interpretación al respecto del TEDH- sigue diciendo lo siguiente:

*Por razones de seguridad jurídica y para evitar tanto precipitadas abstenciones como abusivas o infundadas recusaciones, el ordenamiento jurídico no ha encomendado al criterio particular del Juez la apreciación de los motivos por los que debe de abstenerse de resolver un determinado litigio, ni ha dejado al libre arbitrio de los interesados la facultad de recusar al Juez por cualquier causa, sino que se han precisado legalmente las circunstancias que sirven taxativamente de causas comunes de abstención y recusación, relacionándolas en el art. 219 de la L.O.P.J. [...]*

Estas contradicciones valorativas que se producen ante tema tan espinoso, pero de la mayor relevancia y al que el justiciable suele ser ajeno, se han puesto recientemente de manifiesto tam-

bién en el auto de 13 de octubre 2021 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña<sup>23</sup> relativo a un litigio civil de carácter hereditario en el que se interesó la recusación de una Sala de la Audiencia Provincial de Barcelona que tramitaba una apelación y que ya había estado en contacto con el asunto al tramitar una apelación contra un previo auto del Juzgado de Primera Instancia que estimó debía procederse a continuar con el trámite del procedimiento. El referido auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que desestima la recusación, contó con un contundente voto particular de dos de los seis miembros de la Sala, entre ellos el del propio presidente. Por la importancia de su contenido se reproduce en extenso el voto mayoritario. Se puede leer en su FJ 2. 2º:

*La garantía de efectividad de este derecho a juez y tribunal imparcial se plasma de manera objetiva, como es sabido, mediante la articulación de una serie de causas de abstención y recusación taxativamente establecidas, que contemplan tanto relaciones con el objeto del proceso (causas objetivas) como su relación con las partes del mismo (causas subjetivas).*

*En la aplicación de estas causas legales de recusación, la sala especial del artículo 61 LOPJ del Tribunal Supremo, ha recordado recientemente que el derecho a la imparcialidad del juez coexiste con el derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE), razón por la cual debe considerarse que las causas legales de abstención y recusación de los jueces y magistrados enumeradas en el artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no solo constituyen una lista tasada, sino que son de interpretación estricta (...) La razón es que, de lo contrario, la conformación del órgano jurisdiccional quedaría a la libre disposición de los litigantes, que tendrían un resquicio para buscar juzgadores a su medida, por no mencionar que ello podría representar una excusa para jueces o*

*magistrados deseosos de apartarse de asuntos incómodos. Y todo ello determinaría, como es obvio, una quiebra del principio de la predeterminación legal del juez o tribunal (arts. 24 y 117 CE), que se encuentra en el núcleo mismo del Estado de derecho (ATS2 Sala Especial artículo 61 LOPJ 3/2018 de 13 sep. y de las SS TC 145/1998, 162/1999 y 69/2001). También la doctrina emanada del Tribunal Constitucional (ATC 26/2007 de 5 de febrero) viene recordando que la enumeración establecida actualmente en el artículo 219 LOPJ es taxativa y de carácter cerrado, de forma que los motivos de recusación han de subsumirse necesariamente en algunos de aquellos supuestos que la ley define como tales (SSTC 69/2001 coma de 17 de marzo y 157/1993, de 6 de mayo citadas en ATC 61/2003, de 19 de febrero), si bien es cierto también que conforme a la doctrina del propio Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, podría existir causa de recusación atendiendo no al sentido literal de la causa legalmente prevista sino al fundamento de la misma (SSTC del pleno 65, 69/2001, de 17 de marzo y 104/2004 coma de 13 de septiembre).*

Más adelante en el FJ 3º. 1º, sigue diciendo el auto:

*No distinta respuesta merece la causa que se invoca al amparo del art. 219.11ª de la LOPJ, es decir, “por haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia”. El presente motivo de recusación requiere de la participación de los magistrados de quienes se duda de su imparcialidad en el procedimiento antecedente, como instructor de una causa penal o por haber dictado resolución en anterior instancia de la misma causa. Por el contrario, esta causa de abstención o recusación no se cumple con la sospecha o palpito de la parte recusante de cuál pueda ser el sentir de los integrantes de un órgano judicial en la interpretación del Ordenamiento jurídico, por más que éstas se concreten una*



*relación jurídica similar a otras anteriormente analizadas. Esta concepción extensiva de la causa de abstención impediría que los tribunales puedan crear doctrina jurisprudencial, y que sus integrantes tuvieran que ser sucesivamente apartados al conocer de asuntos repetitivos o de los incidentes que se suceden en una misma causa, provocando efectos indeseables en la seguridad jurídica, la previsibilidad de la respuesta judicial y la eficacia del servicio público de administrar Justicia. Así se desprende también de la doctrina del Tribunal Constitucional (de la que son ejemplo las SSTC 157/1993, 170/2002, 240/2005, 269/2005, 313/2005), que viene reiterando que es conforme a la Constitución que la normativa procesal y orgánica no prevea como causa abstención o de recusación el supuesto de que el mismo juez que decidió ya la causa fuera llamado, de nuevo, a resolver por haberse anulado su sentencia en razón de los vicios de procedimiento apreciados, por más que hubiera anticipado su convicción sobre el fondo de la causa.*

*Como, en especial de la STC 221/2002 que, en relación a las circunstancias de que los integrantes de una misma Sección de una Audiencia Provincial haya tenido que resolver en anteriores ocasiones recursos de apelación interpuestos contra diversas resoluciones dictadas como consecuencia de un mismo proceso, declara que esto “no permite afirmar que los magistrados que la integran tengan un prejuicio que les haga inidóneos para resolver otros recursos que se interpongan contra otras resoluciones que puedan dictarse en relación con esta cuestión, pues al margen de otras consideraciones, al ser distintas las cuestiones planteadas ni siquiera existiría en este caso un contacto previo con el thema decidendi (STC 11/2000, de 17 de enero, FJ 4), lo que permite descartar, sin más, la vulneración del derecho a la imparcialidad en su vertiente objetiva por la específica razón alegada.*

Sorprendentemente, más adelante en su FJ 3º. 2º indica:

*Por consiguiente, es lo cierto y relevante que los magistrados no participaron en la instrucción de ninguna causa penal ni resolvieron ese pleito en la primera instancia”*

Se reproduce a continuación buena parte del contenido del disidente voto particular en abierto contraste con el voto mayoritario:

*3.1.- A nuestro juicio, diferente análisis y respuesta debe merecer la causa que se invoca al amparo del art. 219.11ª de la LOPJ, es decir, por “haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia”. Aun cuando el grueso de la jurisprudencia elaborada tanto por el TEDH como por el TC en torno a este motivo de recusación se proyecta sobre escenarios generados en la tramitación y conocimiento de procesos penales, no por ello pierde eficacia cuando se hace valer en un proceso civil en reivindicación del derecho al juez imparcial y en aseguramiento de las condiciones que mejor garanticen la imparcialidad del juez o tribunal en la toma de decisiones.*

*3.2.- En El supuesto que se nos somete a examen, como ocurría en el caso abordado en el ATS, Civil, 31 de mayo de 2021(ECLI: ES: TS: 2021: 8551A), es evidente que ninguna de las dos circunstancias objetivas que se describen en la causa de recusación invocada se realizan en su sentido literal; así, por un lado, no estamos en una causa penal y, por otro, los magistrados a los que afecta la recusación no han resuelto el pleito en una instancia anterior, sino que el pronunciamiento supuestamente contaminante recayó al conocer en apelación contra una resolución de inadmisión a trámite del Juez de la primera instancia, y ahora se les demanda una nueva resolución desde su*

*misma posición como tribunal de apelación. Ello, sin embargo, no se convierte en óbice insalvable para la apreciación de la causa esgrimida, pues no son infrecuentes resoluciones dictadas por un Tribunal de apelación revisando resoluciones interlocutorias desde un contacto previo con los medios de prueba y valoraciones jurídicas propias de la primera instancia, con evidente compromiso para el conocimiento y resolución definitiva sobre las cuestiones de fondo.*

Tras repasar al respecto la doctrina restrictiva del TC y del TS se sigue indicando en el voto particular disidente:

*No obstante ello, el citado ATS, Civil, de 31 de mayo de 2001 (con reproducción del anterior ATS, Civil, de 23 de abril de 2014 -FJ2-) deja abierta la puerta al acogimiento de una causa de recusación aun cuando la base del motivo se encuentre el resoluciones jurisdiccionales anteriores, en estos términos: “cuando las sospechas de parcialidad se apoyan en decisiones jurisdiccionales anteriores, es decir cuando proceden de criterios interpretativos y de aplicación del derecho expresados por los jueces en el ejercicio de su función jurisdiccional, no pueden servir de presupuesto para fundamentar una recusación por falta de imparcialidad objetiva sin perjuicio de la operatividad, en sus términos estrictos, de las causas números 11ª, 13ª y 16ª. del art. 219 de la LOPJ.*

En el FJ 4º. 1º y tras enumerar una amplia doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la resolución concluye que se está obligado a indagar sobre la solvencia de las motivaciones de una recusación atendiendo, no tanto al sentido literal de la causa legalmente prevista sino al fundamento de la misma, comprobando si las sospechas de parcialidad están objetivamente justificadas, exteriorizando así -con apoyo en datos objetivos- que el juez o tribunal no es aje-

no a la causa que debe decidir, porque ya antes haya entrado en contacto con ella y realizado valoraciones jurídicas concluyentes en términos que podrían determinar una resolución futura. En el siguiente FJ 4º. 2º se estableció:

*Para responder a la cuestión de si las sospechas de parcialidad expresadas están objetivamente justificadas habrán de ser examinadas necesariamente las circunstancias concretas de la causa de la que surgen.*

El voto particular concluyó que en este caso no cabía duda de que los miembros de la Sala que tenían que resolver la apelación se encontraban “contaminados” por previas resoluciones y valoración de unos mismos elementos probatorios. Al respecto y contrariamente a la doctrina contenida en el voto particular en cuestión en un reciente ATS de 16 de febrero de 2021 declaró lo siguiente:

*La actuación previa del magistrado recusado, que la parte recusante alega como causa de recusación al amparo de la norma transcrita, no puede encuadrarse en la causa legal 11.ª del artículo 219 LOPJ, en la que la sospecha de parcialidad que justifica legalmente la recusación resulta de haber participado antes como instructor en una causa penal (no civil) o de haber resuelto el mismo pleito en una instancia anterior (y no en el mismo grado de jurisdicción) [...] En definitiva, la conducta alegada como causa de recusación no está comprendida en la causa legal invocada ni en ninguna otra porque lo que el legislador trata de evitar es que un mismo juez o magistrado intervenga sucesivamente en un mismo pleito, esto es, en una instancia previa y en la superior, pero la regulación actual de las causas de abstención y recusación no solo no impiden, sino que conducen a que sea el mismo juez o magistrado que intervino en unas actuaciones declaradas nulas por defecto de tramitación quien resuelva y en*

*la nueva deliberación se ha de resolver teniendo en cuenta el escrito de oposición al recurso que no pudo ser tenido en cuenta con anterioridad al no constar unido a los autos.*

Como el lector habrá podido apreciar en este breve repaso sobre las resoluciones de nuestros tribunales, el enfrentamiento doctrinal, incluso entre componentes de una misma Sala respecto a un mismo caso, y en resoluciones sobre supuestos similares, es notable y supone una importante anomalía, si bien como excepción, en la conformación de nuestra jurisprudencia.

No cabe duda de que en los últimos años se aprecia una lenta, pero continua, evolución (siquiera por la vía de los votos particulares) que intenta quebrar el exasperante rigorismo positivista que impide una acorde interpretación de la normativa que -en línea con la jurisprudencia del TEDH de mayor rango que la de nuestro Reino y a la que en consecuencia se deben nuestros tribunales- permita avanzar en las garantías de lo que constituye el mayor de los derechos fundamentales que (integrado en el artículo 24.2 de la CE) determina que contar con un juzgador libre de toda sospecha de falta de imparcialidad o de independencia es el primero de los presupuestos para obtener una tutela judicial efectiva, como expresamente consagra la acabada de indicar norma constitucional. El propio TC en la sentencia núm. 157/93, y más explícitamente en la STC núm. 162/99 ya señaló sin ambages antes de la reforma de la LOPJ de 2003: *los pronunciamientos jurisdiccionales del TEDH pueden llegar a identificar supuestos no contemplados en nuestra legislación, en cuyo caso habría que proceder a la acomodación de nuestro derecho al precepto internacional.*

Es evidente que lo mismo puede predicarse sobre la jurisprudencia tras la tímida reforma de la LOPJ antes referida.

A su vez, la razonabilidad y el fundamento de la “duda” -que pueden determinar en términos jurídicos una recusación, o incluso la propia voluntaria abstención del sujeto concernido- introducen conceptos que, como ya se ha indicado, requieren de necesaria concreción. Y aquí sobresale, como materia capital, por constituir a su vez un derecho fundamental de cualquier individuo y en consecuencia también de los jueces, los elementos que integran su ideología, (se tratan en el Capítulo IV.4), ya sea de carácter filosófico, moral, religioso o político, y todo tipo de sesgos de carácter aún más sutil (se tratan en el Capítulo IV.5) y que pueden, como resulta evidente, determinar una específica decisión. En palabras de Javier Hernández García<sup>24</sup>:

*Esa dimensión decisional de la ideología judicial ha sido poco valorada, por no decir ignorada, en España cuya cultura de la jurisdicción, y sobre la jurisdicción, parece todavía transitar por el recto camino del iluminismo normativo y la idea de fungibilidad de los jueces consecuente a una fuerte y poderosa tradición formalista.*

De forma rotunda se expresaba el controvertido pero notable y preclaro jurista Carl Schmitt<sup>25</sup>:

*[...] parte del factum psicológico de qué son los momentos “voluntaristas” los que obran en el fallo del juez que decide una sentencia. Según se dice la sentencia ha sido concebida antes de que se haya establecido su fundamentación, es decir, con anterioridad para que pueda ser deducida desde la premisa de la ley. De ahí se extraen conclusiones que permiten responder a la cuestión del cuando una decisión puede ser considerada correcta. Se dice que el intérprete, o el juez en último término, se deja llevar por sus sentimientos, de lo que se deduce, de modo más o menos explícito, que es superfluo conservar la argumentación como eslabón intermedio en la construcción del fallo, parecería*

*bastante más razonable y auténtico apelar abiertamente a la recta conciencia del juez y a su saludable sentido común, antes que seguir representando semejante comedia. Lo que pueda verdaderamente hacer el juez, en términos psicológicos, al tomar una decisión, determinará después la rectitud de la misma. Generalmente se señala con gran rotundidad hasta qué punto un juicio se encuentra mediatizado por consideraciones extralegales [...] El positivismo vale entonces como un método puramente jurídico, cuya pureza consiste en eliminar cualquier consideración metafísica o metajurídica. Ahora bien, son metajurídicos todos los puntos de vista ideológicos, morales, económicos, políticos o cualesquiera otros que no sean puramente jurídicos.*

Contrariamente a lo que sucede en nuestro Reino, el TEDH y el sistema norteamericano vienen, desde hace años, profundizando en esta dimensión ideológica y su proyección en la imparcialidad, que más pronto que tarde, como incluso se empieza a notar en tribunales inferiores, influenciará la doctrina tanto del TS como del TC<sup>26</sup>. Como indica con notable claridad la profesora Candela González Galán<sup>27</sup>:

*Ciertamente, siendo la propia Constitución la que consagra al más alto nivel el derecho fundamental al juez imparcial, la revelación de una circunstancia no contemplada en el elenco de causas de abstención y recusación, pero susceptible de cuestionar la imparcialidad del juzgador, permitiría la aplicación directa de la Constitución. Y ello por cuanto que esta garantía constitucional debe primar tanto sobre el principio de legalidad como sobre los medios de interpretación empleados para delimitar el contenido de las causas de abstención y recusación, porque éstos constituyen el medio para garantizar la imparcialidad del juez, pero no dotan de contenido a dicha garantía. La advertencia de circunstancias que razonablemente pueden cuestionar la imparcialidad del juzgador, y que son*

*difícilmente incardinables en las causas legales de abstención y recusación, ha supuesto una inflexión jurisprudencial que cuestiona la concepción del derecho al juez imparcial como un derecho de configuración legal.*

*Precisamente, la jurisprudencia emanada del TEDH, la cual sin duda alguna constituye un valioso acervo que debe ser utilizado como criterio hermenéutico para determinar el contenido de los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, tal y como el propio texto constitucional establece en el artículo 10.2, permite identificar otras causas que posibilitan una duda razonable acerca de la imparcialidad del juez en quien concurren, aunque no se consignan en la ley como causas que posibilitan la separación del juez competente en el conocimiento del proceso. Cabría reseñar que la jurisprudencia del TEDH proporciona un inestimable argumento a favor de una interpretación flexible de las causas legales de abstención y recusación para hacer más efectivo, este derecho fundamental. En esta labor interpretativa es preciso descubrir la ratio legis de la norma, en cuanto que la determinación del elemento teleológico permite distinguir una finalidad que trasciende al estricto tenor literal de la misma.*

*Ello, en modo alguno supone avalar una desnaturalización de lo que tradicionalmente ha significado el incidente de recusación, sino que por el contrario supone una acentuación de su significado de garantía, a costa de una interpretación excesivamente rígida [...]*

*Sin embargo, la jurisprudencia sostiene como principio axiomático el carácter tasado o numerus clausus de las causas dispuestas por el legislador, y precisamente la defensa de esta taxatividad ha constituido el fundamento empleado para justificar una interpretación limitativa o restrictiva de las mismas, a fin*



*de evitar que a través de una interpretación poco rigurosa y respetuosa con el tenor literal se incorporen causas que no hubieren sido previstas por ley. No cabe duda de que la adopción del sistema de numerus clausus debiera constituir corolario de una enumeración llevada a cabo con un marcado carácter de exhaustividad de forma que, la adopción de dicho sistema, no sólo hallase su razón de ser en la seguridad jurídica que procura, sino en su plenitud.*

*Admitida la imposibilidad legal de prever todas las situaciones susceptibles de menoscabar a imparcialidad del juez, hemos de optar por un criterio interpretativo más flexible y acorde con el espíritu constitucional que consagra el derecho de todos los ciudadanos a un proceso con todas las garantías. Entendemos que avalar el criterio de interpretación restrictivo comporta la privación a cualquiera de los litigantes de los instrumentos funcionales adecuados para obtener, o preservar la vigencia de la garantía constitucional que supone el derecho al juez imparcial. En consonancia, parece preferible un criterio de interpretación teleológico como método conciliador entre el principio de taxatividad, por un lado, y el derecho fundamental cuya salvaguarda se pretende, por otro.*

Efectivamente, nuestros altos tribunales deben asumir como necesario avance de nuestro sistema, así ya se ha referido *supra*, la confluencia de su doctrina con la interpretación normativa y judicial de la Unión Europea que nos hemos impuesto respetar. En este sentido integró ya un avance notable el auto núm. 151/2009, de 23 de julio de 2009 de la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid (Rollo de Apelación núm. 323/2009) en donde se interpreta y extiende el alcance de la causa 1ª del artículo 219 de la LOPJ, que establece como motivo de abstención o recusación: *El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o*

*afinidad dentro del cuarto grado con las partes o el representante del Ministerio Fiscal. En el auto referido se establece:*

*De conformidad con lo dispuesto en los arts. 99.2, 100 y 102 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 219,1ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, procede estimar justificada la abstención, por relación de parentesco por afinidad dentro del segundo grado de la magistrado que se abstiene con el apoderado de la empresa demandante ....., por lo que procede declararlo así, a efectos de que la magistrado se aparte definitivamente del asunto y entregue las actuaciones a quien haya de sustituirla, con terminación de la suspensión del procedimiento.*

En el mismo sentido, en el más reciente auto núm. 748/2018, de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Murcia de 15 de noviembre de 2018 (Rollo de Apelación núm. 15/2018) se lee:

*El artículo 219.1ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece como causa de abstención, entre otras, el parentesco por consanguinidad hasta el cuarto grado (lo que abarca hasta los primos hermanos, como sería el caso), con partes de la causa. En este supuesto la perjudicada es una persona jurídica, lo que obliga a su actuación, defensa y representación a través de personas físicas que ostenten su representación o estén apoderadas, y que en el procedimiento intervengan en interés de la persona jurídica perjudicada. Precisamente éste el caso, por cuanto el primo hermano de la Magistrada es apoderado de la mercantil perjudicada, y actúa como testigo en el presente procedimiento en esa condición, representando y defendiendo los intereses de la perjudicada, lo cual determina que la causa de abstención concorra en términos de razonabilidad y exigencia, en pro de garantizar en todo momento que no está en juego el principio de imparcialidad y objetividad en la actuación judicial que la Juzgadora representaría en este procedimiento.*

*Por lo tanto, a fin de no mancillarse la imagen de imparcialidad y objetividad que debe primar en toda actuación judicial, y apreciándose la razonabilidad de la obligada abstención imputada, dado que el vínculo de sangre legalmente previsto afecta a la imparcialidad judicial que debe concurrir y garantizarse en el juez que ha de conocer del enjuiciamiento, procede aprobar la abstención de la citada Magistrada en el Procedimiento [...]*

Más adelante, se volverá sobre tan espinosa cuestión, que además ha adquirido relevante actualidad por importantes causas con orígenes e indudables connotaciones políticas seguidas en nuestro país. Sobre las “dudas” que puedan generar las apariencias, el profesor argentino Jorge W. Peyrano<sup>28</sup> sostenía que: [...] *más importante que ser “imparcial” a todo trance es ser justo. Más importante que parecer un buen juez, es serlo.*

Siendo ello cierto, la afirmación se antoja voluntarista, ya que tan peligroso es caer en un riguroso formalismo nominalista como carecer de mínimos elementos normativos y procedimientos tasados encaminados a otorgar seguridad jurídica a todos los interesados, incluido el propio sujeto concernido por una posible causa de abstención. Como se ve el asunto reviste, como hemos anticipado, todos los elementos de una alta complejidad que, además, no permite establecer un *numerus clausus* de situaciones o parámetros consolidados que determinen la condición de parcialidad o de dependencia del sujeto concernido. Se impone pues un tratamiento multidisciplinar que excede de la tradicional aproximación a la cuestión por parte del derecho continental y que el sistema norteamericano, hace ya tiempo viene tratando en profundidad.

En cualquier caso, los intentos de categorizar los conceptos de independencia e imparcialidad devienen, a la postre, en un debate escolástico, alejado del fin que se persigue y que no es otro

que el sujeto o tribunal emita una opinión o juicio alejado de cualquier elemento o influencia externa o interna que le prive, total o parcialmente, de ser ecuánime y objetivo. El camino para ello, no se encuentra pues en una cerrada codificación de los referidos conceptos o en una detallada descripción de supuestos que puedan determinar una recusación o voluntaria abstención del sujeto en cuestión, y ello a pesar de que sería deseable, siquiera vía la jurisprudencia, que se establecieran unos mínimos términos de carácter general.

La clave no es otra para delimitar la existencia de un temor, o sospecha fundada y razonable sobre falta de imparcialidad, que la expuesta por el Excmo. Sr. Don Fidel Cadena analizando lo establecido en la STEDH de 15 de octubre de 2009 (asunto *Micallef* contra la República de Malta)<sup>29</sup> y lo declarado en las SSTC núm. 47/2011 y núm. 149/2013. Se refiere a ello, al margen de otros pacíficos extremos con este tenor:

*[...] iii) la valoración objetiva, debe determinarse si, aparte de la conducta del juez, hay hechos verificables que puedan crear dudas sobre su imparcialidad. El elemento determinante consiste en saber si los temores del interesado pueden considerarse objetivamente justificados [...]*

Se trata pues de determinar, simplemente, si las concretas circunstancias pueden generar en el justiciable una fundada duda aplicando la máxima de la experiencia sobre la consideración que sobre las mismas circunstancias se generaría en el ánimo del común de los mortales. Juntamente con lo acabado de señalar y teniendo en cuenta los infinitos supuestos de imposible inventario que pueden recaer en la persona atañida, se trataría también de que, junto a una enumeración de las situaciones más frecuentes que inhabilitarían al sujeto, se establezcan, legislativamente o jurisprudencialmente de forma consolidada,

causas genéricas abiertas y adecuados procedimientos y criterios de valoración de la idoneidad para el desarrollo de la concreta función que al sujeto concernido le corresponda desarrollar.

Por otro lado, el tratamiento jurídico, tanto por la jurisprudencia como por la normativa<sup>30</sup>, sobre la duda y las apariencias difiere notablemente según se trate de jueces y árbitros, atendida:

- (i) La presunción de imparcialidad e independencia que se otorga a los primeros y un *número clausus* de situaciones que determinan su falta de idoneidad.
- (ii) A que la LA, cuando establece imperativamente la condición de independencia e imparcialidad para los árbitros indica expresamente en su artículo 17.2: *La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.*

No obstante, el a veces exasperante formalismo que impera en nuestro derecho ha llevado a que erráticamente alguna doctrina y jurisprudencia, pretenda trasladar a los árbitros las previsiones normativas sobre abstención y recusación de jueces. Se incidirá sobre ello en el apartado 2º del Capítulo III. Por añadidura, lo que se tratará separadamente en capítulos y apartados posteriores, el tratamiento de la cuestión por normativa, doctrina y jurisprudencia no se circunscribe sólo a jueces y árbitros; y, además, no resulta unitario.

De hecho, la regulación es autónoma para cada una de las diferentes funciones que despliegan efectos jurídicos previstas por el legislador, siendo la jurisprudencia la que ha venido acotando, de forma casuística y con mayor o menor grado de exi-

gencia, según la función, qué es lo que ha de entenderse por independencia e imparcialidad de la persona concernida.

Así el legislador se limita:

- (i) Bien a efectuar una enumeración de circunstancias prácticamente objetivas que determinan la situación de independencia, como en el caso de consejeros independientes en sociedades mercantiles cotizadas como previene el artículo 529 duodecies de la LSC.
- (ii) Bien a establecer circunstancias que niegan la consideración de que el sujeto concernido pueda considerarse jurídicamente independiente e imparcial, como establece el artículo 219 de la LOPJ, al enumerar las causas tasadas de abstención y de recusación de los jueces y magistrados, en un *totum revolutum*, que engloba circunstancias objetivas y subjetivas.
- (iii) O bien, el legislador se refiere, genérica y exclusivamente, a que una determinada función ha de efectuarse por sujeto independiente, como entre otros se ordena en el artículo 228 d) de la LSC, cuando, respecto a las obligaciones de los consejeros de cualquier sociedad mercantil, dispone simplemente que habrán de actuar con *libertad de criterio e independencia*; o cuando, sin ninguna otra referencia, *ex* artículo 69 de la LSC, se exige un informe de valoración para las aportaciones no dinerarias en sede de sociedades anónimas emitido por *experto independiente*.

Ello prueba, las dificultades del legislador a la hora de regular y categorizar los conceptos genéricos que se han señalado, y que enunciativamente tienen que ver con:

- (i) Las infinitas circunstancias de hecho que pueden afectar a un determinado sujeto o institución que deba realizar la función prevista.
- (ii) Las circunstancias subjetivas y propias de cada sujeto en particular, que vendrán determinadas, en muy buena parte, por sus valores y conciencia moral o religiosa e incluso política, de muy difícil valoración y detección.
- (iii) La influencia del subconsciente y del inconsciente, en el sujeto concreto que, desde sutiles sesgos adquiridos o interesadamente provocados por un interesado, determine, en todo o en parte, el juicio u opinión que deba emitir. A fin de cuentas, se trata de influencias que, al escapar del proceso consciente que prefija el juicio u opinión del individuo, constituyen circunstancias subjetivas que limitan, cuando no invalidan, su independencia e imparcialidad.

Aparece pues como indiscutible que las circunstancias relacionadas con elementos psicológicos determinan una directa incidencia en la independencia e imparcialidad de la persona que deba desarrollar, con esas condiciones, una prevista actuación.

Por otro lado, la importancia de elementos sociológicos, que coadyuvan a su vez a conformar la personalidad de un concreto individuo, resulta también un factor de primer orden que el legislador no debería desconocer y que, por añadidura como es patente, evolucionan, cada vez más aceleradamente, con el paso del tiempo. Como el ponente ha tenido ocasión de señalar<sup>31</sup>:

*[...] hasta mediados del siglo pasado los cambios en las estructuras sociales y los desafíos que tenía que afrontar el derecho (si bien con un ritmo creciente y cada vez más inmediato), permitían que la respuesta tradicional del derecho: [nueva circuns-*

*tancia + permanencia en el tiempo + constatación empírica + análisis jurídico científico → nueva normativa] fuera, en términos generales, más que satisfactoria.*

En efecto, fácilmente se observa que los avances tecnológicos que, entre otros, han eclosionado en redes y sistemas de comunicación, y que junto con notables cambios en la moral social positiva (entendida ésta como moral vigente en un tiempo determinado) como fenómenos que se retroalimentan recíprocamente, determinan a su vez la moral y conciencia individual de un sujeto determinado. Así, no es equiparable el temor a Dios en el medioevo al que se le tiene en la actualidad<sup>32</sup>.

Tampoco son comparables, por obvias razones, las sanciones de ahora con las de antaño que podían llegar a la pena de muerte o mutilación para quién hubiera faltado conscientemente a su deber de imparcialidad o voluntariamente hubiera falseado su declaración, incluso por omisión, sobre su situación de independencia.

En definitiva, el objeto de esta ponencia rebosa el concreto ámbito jurídico, ya que los propios conceptos de independencia e imparcialidad (individual o institucional) que por normativa se predica como condición imperativa para desarrollar una concreta función jurídica, se adentran en la propia antropología y en el estudio del análisis de la conducta y de los procesos mentales de los individuos, y ello al margen de lo mucho que la simple técnica jurídica pueda aportar para perfeccionar la actual regulación.

De forma tímida y sólo muy recientemente, se ha comenzado a reconocer la importancia del proceso mental a la hora de emitir juicio u opinión por la ciencia jurídica y el derecho de nuestro Reino. Contadas, aunque contundentes, son las sentencias



que aluden al mismo y destacable resulta también alguna reforma legislativa. El denominado en psicología “sesgo cognitivo” en sus categorías, entre otras muchas, de “sesgo de confirmación”<sup>33</sup>, “sesgo de anclaje” y “sesgo retrospectivo”, no han sido conceptos con significado y entidad propia para el derecho hasta bien entrada la segunda mitad del siglo XX.

Así, la doctrina jurídica norteamericana, a la vista de un número inusitado de comprobados errores judiciales por condenas a afroamericanos<sup>34</sup>, empezó a mostrar atención al efecto de los “sesgos cognitivos” en los jueces, tras un artículo publicado en 1957, de Jerome y Bárbara Frank<sup>35</sup>, que se recoge en el magnífico trabajo de 2010 de Ken Roach<sup>36</sup>.

En la década de los 60 y 70 del siglo pasado, los psicólogos Amos Nathan Tversky (Israel, 1937-1966) y Daniel Kahneman (Israel, 1934)<sup>37</sup>, considerados los padres científicos de los “sesgos cognitivos”, profundizaron sobre la influencia de la heurística<sup>38</sup> para la toma de decisiones. De hecho, tras el trabajo de los mencionados psicólogos<sup>39</sup>, se consolida definitivamente la importancia de los “atajos mentales” en la toma de decisiones, que a tantos errores llevan. En definitiva, se ha de reiterar que no se trata sólo de que el sujeto no se encuentre incurso en circunstancias objetivas fácilmente comprobables o, cuando menos, de fundada sospecha elevada a categoría jurídica de “duda razonable”, que determine *per se* su falta de independencia e imparcialidad en términos jurídicos, sino que se trata, además, de que las condiciones de imparcialidad existan plenamente, sin que se encuentren amenazadas por prejuicio o sesgo que condicione su decisión.

A fin de cuentas, lo que se persigue es que la emisión de un juicio u opinión por un sujeto o sujetos atienda exclusivamente a los hechos, y que la valoración de éstos no se vea mediatizada

por influencias externas o internas del propio individuo, que lleven o pudieran llevar al desarrollo de la función asignada desde el cohecho, la prevaricación o también a un error inconsciente de juicio no querido. En todos los casos y al margen de la sanción o del reproche para el infractor o para el aquejado de ese perjuicio o sesgo, el resultado y efecto final acaba siendo igualmente lesivo y perjudicial para el justiciable en caso de juicio o procedimiento, o para quién -siendo ajeno a esas circunstancias- sea el destinatario de una opinión que pueda producir efectos jurídicos.

Se pone de manifiesto así la dificultad y limitaciones que tiene el derecho para abordar la concurrencia de condiciones que, mayoritariamente, provienen de conceptos cuyo análisis excede no ya sólo el ámbito jurídico -como se ha dicho- sino que incluso la antropología y psicología aún siguen estudiando. No cabe duda de que todo ser humano se encuentra sesgado por su educación, entorno y el sin fin de experiencias propias y ajenas que han marcado su vida y conformado su personalidad, por lo que establecer la frontera entre sesgo admisible y no admisible a efectos jurídicos no resulta tampoco fácil empresa.

Así pues la respuestas sobre ¿qué es ser independiente? y sobre ¿qué es ser imparcial? aparecen extraordinariamente complejas o, al menos, resultan incompletas al objeto que aquí interesa, ya que, desde la simplicidad de la definición lingüística, hasta planteamientos filosóficos sobre libertad y determinismo, pasando por los avances sobre procesos heurísticos y cognitivos, existe todo un elenco de circunstancias que no resulta fácil que sea incorporado por el derecho, ya que se incardina en la propia, compleja y misteriosa naturaleza del ser humano.

A pesar de que nunca podrá alcanzarse totalmente el desiderátum de una justicia sin tacha<sup>40</sup>, se trata, como se anticipaba, de

uno de los más intrincados problemas a los que puede enfrentarse cualquier sistema jurídico en un deseado y continuo perfeccionamiento. Por ello esta ponencia -también por la transversalidad, amplitud y complejidad de su objeto- no pretende, como si de una tesis doctoral se tratase, resultar exhaustivo en el tratamiento de las diferentes instituciones, conceptos y funciones jurídicas que aborda, ni establecer soluciones mágicas que se vienen persiguiendo desde que existe un mínimo de organización judicial y legislativa en la humanidad. Su modesto objeto, es facilitar al lector una visión panorámica, con elementos de reflexión crítica y, en algunos de sus apartados, esbozar líneas de trabajo para mejorar la normativa.

Nada mejor, para que se vislumbre la magnitud de la problemática que se aborda en esta ponencia, que acudir a lo que el fallecido Plácido Fernández-Viagas expresó al respecto<sup>41</sup>:

*En una sociedad de masas, los paradigmas establecidos por los mismos pueden afectar esencialmente la libertad de decisión del juez aislado. Sus posibilidades son además extraordinariamente peligrosas porque no operan directamente sino a través del mundo del inconsciente, de lo que no es perceptible por los sentidos. Se puede estar convencido de la completa independencia personal y, no obstante, sufrir un serio condicionamiento de índole psicológico a través del pensamiento dominante de un determinado núcleo social [...] Se ha llegado a decir que el juez ya no está sometido a la ley sino la ley sometida al juez, lo que engarza con la idea de Bachof sobre el retorno a la idea del "Derecho como previo a la Ley, que al juez corresponde precisar en cada caso.*





## ❧ II.- BREVE REVISIÓN HISTÓRICO-JURÍDICA DE LOS CONCEPTOS OBJETO DE ESTUDIO

*La justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su Derecho.*

Justiniano (482-565)

Una vez situada brevemente la problemática, a la luz de relevantes resoluciones judiciales del periodo posterior a la vigencia de la vigente Constitución, procede revisar brevemente los antecedentes históricos que nos han llevado hasta aquí, para a continuación abordar concretos tratamientos normativos en vigor, con carácter previo a efectuar un modesto análisis sobre la influencia de los sesgos cognitivos, apenas tratada en nuestra doctrina, que siendo comunes a cualquier ser humano, adquieren mayor trascendencia en quien tiene asignada la función de juzgar, emitir dictamen u opinión que pueda determinar efectos jurídicos.

Los precedentes sobre la necesaria independencia e imparcialidad en el entorno jurídico se encuentran fundamentalmente referidos a la labor de juzgar. No es hasta época reciente que, por imperativo legal, se extienden esas condiciones a otras personas como necesarias circunstancias para ejercer otras funciones con vocación de producir efectos jurídicos. De ahí que este breve repaso histórico, salvo alguna colateral referencia a peritos, se circunscriba a los jueces y árbitros<sup>42</sup>, teniendo en cuenta que, en cualquier caso, el tratamiento de su independencia e imparcialidad en el pasado ha informado la normativa moderna respecto a otras muchas funciones jurídicas. En cualquier caso, el estudio y la regulación de la recusación y abstención por falta de independencia e imparcialidad de quien haya sido

llamado para juzgar no es materia reciente, como tampoco lo son sus intentos de solución.

Se seguirá, en esta breve descripción histórica a Santos Coronas, Ana Alemany<sup>43</sup> y otros, ya que son escasos los trabajos serios al respecto.

## **II.1.- En el derecho Romano**

Se plantea y regula, ya desde el derecho Romano, la vertiente práctica de qué hacer en el procedimiento cuando surge, o parece que surge (sospecha), la falta de independencia o imparcialidad del juzgador. De ahí, nace la institución de la *recusatio iudicis suspecti*. La figura no se encuentra definida claramente y sufre diferentes variaciones en su configuración jurídica durante todo el desarrollo del Derecho Romano (siglo V a.C. al siglo VI d.C.). En períodos históricos sucesivos, se seguirá legislando también de forma cambiante y errática.

El tratamiento de la independencia e imparcialidad en los once siglos de Derecho Romano resulta inconstante, pero, no obstante, se asienta sobre unas bases comunes, con importantes diferencias sobre el sistema de nombramiento de quien deba juzgar, y que seguidamente se sintetizan en:

### **A) Etapa de la República (desde el siglo VI a.C. hasta el año 27 a.C.)**

Coincidente con la promulgación de leyes por asambleas populares (*ordo iudiciorum privatorum*), se estableció un sistema de acuerdo mutuo de las partes en conflicto para la elección entre los diferentes jueces que designaba el *Magistratus*<sup>44</sup>.

En caso de no alcanzarse acuerdo y después de diferentes intentos, se procedía a un sorteo entre distintos jueces incluidos en

un listado, permitiéndose la recusación si fuera el caso. Apenas hay rastros del sistema previsto para tramitar la exclusión del juez, aunque hay que suponer que en última instancia la decisión del caso correspondería al *Magistratus* correspondiente.

#### **B) En el período Imperial o del Principado (siglo I-VI d.C.)**

Se produce un sistema de promulgación de leyes por el emperador o sus delegados, se configuró un sistema de juez no electo por las partes (la designa correspondía a diferentes autoridades sin intervención de demandante y demandado), estableciéndose un sistema de recusación ante un juez jerárquicamente superior que, o bien resolvía que la sentencia de instancia era nula y se incoaba nuevamente el procedimiento, o bien dictaba directamente la nueva sentencia. Se encontraban previstas elevadas penalidades en caso de resultar falsa la acusación de la causa de recusación.

#### **C) A partir del siglo VI d.C. (534-565 d.C.)**

El emperador Justiniano creó un procedimiento de recusación, independiente al principal (excepción de carácter prejudicial), en el que se exigía una causa justa de recusación sin referencia o enumeración alguna, siquiera genérica, y que debía interponerse antes de la contestación a la demanda (plazo preclusivo). Se estableció primero un sistema de sustitución del juez recusado por otro juez, luego un sistema de juicio conjunto de ambos jueces, y más tarde un sistema obligatorio de juicio conjunto con el propio juez recusado en el que el nuevo juez era el obispo. También se estableció una diferenciación entre el “juez delegado” (el designado por la autoridad) que podía ser recusado y sustituido por un árbitro designado por las partes y el “juez ordinario” (el directamente nombrado por el *princeps*) que sólo podía ser recusado por causa justa y únicamente sustituido por la decisión del propio *princeps*<sup>45</sup>.

## **II.2.- En el derecho visigodo**

Con el derecho Visigodo (siglo V-VIII d.C.), básicamente recogido en el *Liber Iudiciorum* (Recesvinto, *circa* 654), se estableció un sistema de recusación siguiendo, aunque con matices, las pautas del derecho romano. Se afianzó el procedimiento del doble enjuiciamiento por parte del juez recusado y del obispo de la diócesis que actuaba como garante de la rectitud del proceso y vigilante del recusado. El procedimiento terminaba con sentencia firmada por ambos. Cabía una adicional apelación y de queja de la sentencia ante el rey por causa de la recusación, con un sistema de penalización, pecuniaria y corporal hacía el apelante, según fuera el veredicto real final. Una novedad diferenciadora con el sistema justiniano es que el tiempo procesal para interponer la recusación se extendía a cualquier momento posterior a la contestación la demanda, incluso hasta después de pronunciada la sentencia. El sistema visigodo no distingue ya entre diferentes tipos de jueces por lo que el régimen de recusación devino único.

## **II.3.- En el derecho musulmán**

El derecho en la España Musulmana no ha sido materia de exhaustivos estudios y, desde luego, no lo ha sido en la profundidad que sería de merecer<sup>46</sup>. Lo más significativo en lo jurídico es que el derecho aplicable a los territorios conquistados a partir del año 711 será completamente distinto al del entorno cristiano y que sólo culminará con la toma de Granada en 1492 por los Reyes Católicos, aunque por un tiempo se continuará aplicando el derecho musulmán a las comunidades moriscas.

El derecho musulmán es confesional, donde derecho y religión son lo mismo sin distinción, y se aplica, a modo de estatuto



jurídico, para una “comunidad de creyentes”. Las estructuras de poder (de los califas primero y los *ulemas* después) no legislan, ya que la Ley Divina (*sharía*, como el “conjunto de obligaciones religiosas reguladoras de la vida de todo musulmán en todas sus facetas”) es inmutable, siendo la labor de aquellas la de aclarar los mandatos contenidos en el *Corán*, que como libro sagrado y jurídico es la fuente del derecho por excelencia, y en la *Sunna* (dichos, hechos y pensamientos del Profeta Mahoma), lo cuales que conforman las fuentes materiales de ese derecho, junto con las recopilaciones de opiniones autorizadas de esos intérpretes. El sistema, simplificado en su explicación, se cierra con la intervención de los juristas -si bien el término “jurista” no debe interpretarse como en la actualidad, pues eran más bien teólogos dado que el derecho era religión-, cuya labor reside en aplicar racionalmente y por analogía un precepto de esas fuentes materiales al caso concreto, en el supuesto de no existir una solución previa. El magistrado más importante era el *Cadí* (“juez de la Corte”), persona de alta moral y religiosidad. El *Cadí* tenía sus correspondientes delegados, estando todos ellos asesorados por expertos religiosos.

Los diferentes cambios en el domino peninsular político-militar musulmán van parejos a la preponderancia de las distintas escuelas religioso-jurídicas, especialmente a partir del siglo IX. Durante el Califato de Córdoba se produce el auge de los juristas hispanomusulmanes, de los cuales el ejemplo más destacado fue el polifacético Averroes en el siglo XII.

Por lo dicho, el tratamiento de la recusación en derecho musulmán medieval no se centraba en el *Cadí*, al que se le suponía que por su autoridad religiosa estaba inmune a cualquier debilidad, sino que se centraba en los testigos como estudia Loubna El-Ouazzani Chahdi<sup>47</sup>, en su magnífico trabajo *El proceso penal hispanomusulmán: Competencia, iniciación y pruebas* (2006),

siguiendo, a su vez, al profesor David Peláez Portales, adscrito al Departamento de Derecho Civil, Penal y Procesal de la Universidad de Córdoba, que describe la organización judicial musulmana en los siguientes términos, según textualmente, en lo aquí interesa indica la argentina, periodista y profesora de historia, Viviana Vecchi:

*[...] nos presenta aquí un estudio sobre la organización judicial en al-Andalus. La obra está dividida en tres partes correspondientes a la organización judicial, al enjuiciamiento civil y al enjuiciamiento criminal, acompañadas por traducciones de las fuentes islámicas, bibliografía y un glosario de las voces árabes. Centrando su trabajo sobre la región de Córdoba, utiliza como fuente principal, las crónicas del siglo XI. En la primera parte se analiza la conformación de los tribunales, lugar donde el cadí —autoridad máxima judicial y religiosa— dictaba sentencia. Por ser una autoridad superior el cadí también podía juzgar en su domicilio [...] Peláez Portales destaca que las audiencias eran públicas y que tanto para alcanzar un puesto judicial como para presentarse como simple testigo en un juicio se debían cumplir gran cantidad de requisitos tales como: llevar una vida decorosa, no participar en juegos y no darse a vicios. En el área judicial también la mezquita cumplía un importante papel, [...] allí se juraba fidelidad al Emir o al Califa [...] Asimismo, como la magistratura del cadí era religiosa, el acto de impartir sentencia era considerado un acto agradable a Dios que también sería recompensado en la otra vida. Más adelante se analiza el perfil de otros funcionarios judiciales, como los Jueces Inferiores —los Hukkam— con una esfera propia de jurisdicción. Estos no podían juzgar en su casa y estaban en dependencia directa del cadí que vigilaba sus sentencias y la vida que llevaban. Los Jueces Suplentes, siguientes en la escala judicial, se veían ceñidos a un régimen más estricto [...].*

En la investigación desarrollada nada más se ha podido localizar que resulte de acceso asequible, por lo que hay que concluir que en el derecho musulmán de la Edad Media que imperaba en España, sólo se podría apartar al *Cadí*, o a los jueces delegados por éste, mediante denuncia y juicio previo.

En definitiva, al término de la Reconquista en el siglo XV se puso fin a la existencia de dos ordenamientos jurídicos diferentes, si bien el musulmán fue paulatinamente desapareciendo a medida que decaían los asuntos judiciales con un componente mudéjar o morisco por lo que fue prevaleciendo el sistema de recusación a quien desarrollaba de juzgar imperante en la España cristiana, heredero del derechos romano.

#### **II.4.- En el derecho de la Alta Edad Media**

Con el derecho de la Alta Edad Media, tras el fin del período visigodo (siglos VIII-XIII), coincidente con la invasión musulmana de la península, y como indica el ya citado Santos Corona, se “oscurece” la institución de la recusación.

El sistema de recusación sufrió un retroceso, atendido el cambio de configuración de los órganos judiciales. Los órganos unipersonales fueron sustituidos por los veredictos emitidos por tribunales reales o populares (antecedente del jurado).

El anterior sistema se sustituyó por juramentos de imparcialidad de los nombrados y por apelaciones de las sentencias al rey. El sistema judicial sufrió la pérdida de control por parte de las autoridades eclesiásticas, conformándose un carácter colectivo de la administración de justicia, junto con una mínima intervención de los jueces en el proceso, que simplemente verificaban las pruebas y declaraban la ley o costumbre aplicable.

### A) En el Derecho Canónico de la Edad Media

La recusación judicial canónica por causa manifiesta -*Liber Extra* (1234), *Liber Sextus* (1298) y *Clementinas* (1317)<sup>48</sup>- se presenta ante el mismo juez eclesiástico que a su vez debía designar un segundo juez que analizara juntamente con el recusado si existía causa de recusación. En período posterior, corresponderá resolver la recusación, bien por mutuo acuerdo de las partes para nombrar el segundo juez, o bien por un grupo de terceros que elegían a este último segundo juez por mayoría. Si la recusación no se estimaba, juzgaría el procedimiento el primer juez y si se estimaba lo hacía el segundo con inhibición del primero.

No se regulaba el momento de proponer la recusación o sus causas, que debían ser interpretadas a la luz, con matizaciones, de la normativa romana justiniana; que, por ejemplo, sólo admitía la recusación después de contestada la demanda si con anterioridad no se conocía la causa de recusación.

Sin perjuicio de la indicada normativa específica de la jurisdicción canónica, se produce el tránsito de la Alta Edad Media -en la que se mantuvieron, al menos en teoría, las reglas sobre tutela canónica de los procedimientos civiles- al siglo XIII y a la Baja Edad Media en donde será la jurisdicción civil la única que regulará y controlará los sistemas de recusación de los jueces civiles. Como indica también Santos Corona: *En adelante la recusación civil seguirá una trayectoria diferente en la legislación civil y canónica, sin perjuicio de su mutua influencia.*

### B) En el derecho local en la Baja Edad Media

A partir del siglo X se otorgan por el rey los fueros municipales y se produce el doble fenómeno de la decadencia de las asam-

bleas (tribunales) populares con una tendencia a la delegación de las funciones judiciales ostentadas en “probi homines” (pro-hombres) y el auge del poder jurisdiccional de los monarcas a través de los “jueces reales”. En todo caso, los fueros no regularon la recusación judicial, manteniéndose la exigencia de juramento sobre imparcialidad de quién resultase juez, que se arriesgaba a sufrir elevadas penalidades en caso de que hubiera jurado en falso. En algunos casos, el derecho local integrado por los fueros contenía la previsión de directa de apelación de la sentencia al monarca.

### **B.1) La recopilación del derecho castellano (siglo XIII-XV)**

Surge con Alfonso X, marcando el retorno de la recusación, si bien de forma dispersa en la regulación de estos siglos. La figura de la recusación, que se denominaba *desechar por sospechoso*, reaparece regulada de forma expresa en el *Espéculo* (Alfonso X, circa 1255-1260) con el siguiente título: *De las sospechas contra los judgadores, e como las partes deven razonar contra el judgador que los fizo aplazar primeramente la sospecha, [...]*.

La recusación debía alegarse como primer motivo de defensa antes de iniciarse el litigio. En caso contrario no se admitiría, aunque si se contemplaba que la causa de recusación no se conociese por la parte recusante o hubiera sobrevenido con posterioridad, lo que permitía aducirla en el momento en que aflorase. Por vez primera, se encuentra una regulación que enumera el tipo de causas de recusación, como el interés del juez en la demanda, enemistad o parentesco con las partes. Al tiempo se incluía, según infiere, Santos Corona<sup>49</sup> siguiendo a la doctrina canónica, como causa de recusación la sospecha de por sí, añadiendo que ésta nace de otras muchas. En el *Espéculo*, la posibilidad de recusación se reducía exclusivamente a las categorías de jueces *ordinarios* y *delegados*. Los primeros juzgaban todo tipo de pleitos ordinarios y comunes. Frente a éstos, la re-

cusación se instaba ante el alcalde. Si la recusación fuera negada por el juez concernido, se tenía que designar dos o más nuevos jueces o un *ome bueno* de acuerdo entre las partes, que decidían junto con el juez concernido sobre si la recusación debía o no prosperar. En el caso de que la recusación fuera aceptada por el propio juez recusado o se hubiera probado su causa, el asunto de fondo lo enjuiciaba el juez recusado y un nuevo juez o un *ome bueno* en el que concurriera la cualidad de no ser sospechoso para ninguna de las partes.

La causa de sospecha respecto a los *jueces delegados* designados por el rey para pleitos especiales debía ser probada ante un hombre bueno elegido por el juez recusado y la parte que lo recusa.

Si se probaba la sospecha, el juez recusado debía inhibirse y tenía que apartarse del procedimiento, debiendo nombrarse un nuevo juez delegado.

En la sustanciación del proceso por los denominados *jueces de avenencia* que eran elegidos por común acuerdo entre las partes no cabía ni se contemplaba procedimiento alguno de recusación, por entenderse que las partes no podían ir contra sus propios actos.

## **B.2) El Fuero Real de España (Alfonso X, circa 1255)**

El Fuero Real otorga a diversas ciudades una normativa específica y uniforme (fuero) para promocionar el comercio y asentar el derecho real frente al derecho feudal. El *Fuero Real* se encontraba influido por el derecho justinianeo y, respecto a la recusación judicial, mantiene un sistema parecido al regulado en el *Espéculo* en cuanto a la causa y el momento procesal de su denuncia. Si la parte que recusa al juez prueba ante un alcalde que considera libre de sospecha la causa de recusación, el primero debe inhibirse del procedimiento y el segundo debe juzgarlo. Si

no hubiera alcaldes libres de sospecha, debería juzgar el caso un hombre bueno libre de sospecha.

### **B.3) Las Partidas (Alfonso X, *circa* 1256-1265)**

Se establece en la Tercera Partida, bajo el título *De los jueces, et de las cosas que deben facer et guardar*, el procedimiento de recusación respecto de los jueces ordinarios y de los jueces delegados. En el caso del juez ordinario, no debería ser recusado, ya que había sido designado por el rey para conocer de todos los pleitos. No obstante, se contemplaba la posibilidad de “sospechar” del mismo, en cuyo caso se procedía, por parte del mismo juez recusado, al nombramiento de uno o dos hombres buenos para que juzgasen juntamente con él. En el caso del juez delegado, se seguía el sistema de sustitución, debiendo recusarse antes de iniciarse el procedimiento, no siendo necesario ni siquiera mencionar la causa y exigiéndose juramento de que no se interponía la recusación para prolongar el procedimiento. Las partes de común acuerdo designaban a varios hombres buenos para que decidiesen al respecto.

Si no se estimaba la recusación el juez tramitaba el procedimiento; si se admitía la recusación, también las partes designaban a varios hombres buenos para que conocieran del caso.

En el supuesto de que no se pusieran de acuerdo en el nombramiento, éste era efectuado por el juez ordinario.

### **B.4) El Ordenamiento de Alcalá de Henares (Alfonso XI de Castilla, 1348)**

Sigue, en líneas generales, la tendencia anterior. En uno de sus apartados se trata la recusación y que ya se denomina con el mismo término con que hoy se conoce. Apareció como elemento obligatorio, a diferencia de la normativa anterior, el juramento del recusante y se diferenció entre jurisdicción civil y

jurisdicción penal, superándose así la anterior distinción entre jueces ordinarios o delegados. El tratamiento de la recusación en las dos jurisdicciones era, en síntesis, el que a continuación se expone. En el caso de litigios civiles, el juez recusado debía nombrar un hombre bueno con el que conjuntamente juzgaría el asunto, bajo juramento de ambos de que sería conforme a derecho y equidad. En los procedimientos penales, el juez recusado debía juzgar junto con otro u otros jueces. Si no los hubiera, se establecían distintas opciones en función de la existencia de acuerdo entre las partes en la elección de dos hombres buenos. En otro caso se procedería a un sorteo.

## **II.5.- En el Derecho en la Edad Moderna**

En la Edad Moderna (siglos XV-XVIII), se reguló la recusación con base en los cánones normativos asentados en la Baja Edad Media, especialmente los de la época alfonsina, si bien extendiendo su ámbito de aplicación a nuevas jurisdicciones, como el Consejo Real, las Cancillerías y las Audiencias.

La normativa es múltiple y se promulga de forma principal en el reinado de los Reyes Católicos: Ordenamiento de las Cortes de Toledo de 1480, Ordenamiento de Montalvo de 1484, Ordenanzas de Medina del Campo de 1489, Ordenanzas de Madrid de 1502, Leyes de Toro de 1505 y Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla de 1567 ya con Felipe II. En todo caso la regulación de la recusación como configuración normativa autónoma, tampoco durante la Edad Moderna es uniforme. Se produjo una regulación general con la Nueva Recopilación y una normativa específica según fuera el órgano judicial. A fin de tener una visión general de su tratamiento en este período, y siguiendo al citado autor Santos Coronas, se condensa la misma a partir de los elementos, subjetivos y procesales:



Conceptualmente y como se ha visto desde su origen romano y canónico, la recusación tenía una naturaleza eminentemente procesal, lo que hoy se conoce como excepción declinatoria<sup>50</sup>, aunque algunos autores la considerasen una excepción dilatoria<sup>51</sup>. Estos conceptos muy técnicos, no impiden tener una idea clara de cómo se consideró la recusación en este período de la Edad Moderna. Así, a principios del siglo XVII, el jurista Juan Hevia Bolaños<sup>52</sup>, definió la recusación con estas palabras que, como se verá, extiende la situación de sospecha no sólo al juez sino también y por primera vez de forma expresa a sus auxiliares:

*[...] remedio de la sospecha que se tiene del juez y oficial, que en conocimiento de la causa no procederá jurídicamente por ser apasionado y ser cosa peligrosa que el tal conozca de ella.*

Destacable resulta el uso de la voz “apasionado” que no es otra cosa que un afecto o emoción desordenada por alguien o por algo. Con una sola palabra en el siglo XVII se englobaban causas objetivas y subjetivas, incluyendo, en consecuencia, los sesgos que podían influir en el sujeto.

Como primer elemento subjetivo nos encontramos con el *demandante-recusante*, que históricamente ha venido siendo el principal sujeto activo de la recusación. Por lo general y superando las tradicionales garantías de rectas conductas vía la exigencia de juramento para el ejercicio de la acción, se impone para el recusante una fianza, permitiéndose en alguna normativa eximir la constitución de este tipo de depósito si quien instaba la acción fuera pobre. Como segundo sujeto aparece el *juzgador-recusado*.

Durante el final de la Edad Media y en la Edad Moderna el estamento jurisdiccional se dividía en dos grandes bloques: la

*alta magistratura* (integrada por el Consejo Real<sup>53</sup>, las Cancillerías<sup>54</sup> y las Audiencias<sup>55</sup>) y la *jurisdicción inferior*, compuesta principalmente por la figura del Corregidor<sup>56</sup>, junto con jueces ordinarios, alcaldes y jurados. Respecto del recusante, y bajo la inicial normativa de los Reyes Católicos, el procedimiento comenzaba por la prestación del requisito previo de juramento en debida forma de actuar con honestidad. Progresivamente se incrementó la penalidad por una recusación infundada.

Planteada la recusación y sin entrar en el fondo del pleito, se analizaba la recusación por parte de jueces del mismo orden que el recusado y si ésta era fundada, se apartaba al juez recusado del conocimiento del pleito en favor de otro juez. También se regulaba el momento procesal para alegar la recusación con el fin de evitar la dilación de los procedimientos, dividiéndose estos en antes y después de que estuvieran conclusos. Antes de la conclusión y de dictarse sentencia, se podía recusar en cualquier momento del procedimiento y después sólo y excepcionalmente si aparecía una causa de recusación sobrevenida y previo depósito de una elevada cifra, y si posteriormente no se acogía la recusación, ésta era repartida entre el juez injustamente recusado y la Cámara Regia<sup>57</sup>. Tras dictarse sentencia desaparecía la posibilidad de recusar.

Respecto a los jueces recusados, ya el *Ordenamiento de Montalvo* (1484) recogiendo normativas anteriores, regulaba la recusación en las jurisdicciones inferiores, que fue recogida sin variaciones por la *Nueva Recopilación* de Felipe II (1567) y muy posteriormente por la *Novísima Recopilación de las Leyes de España* de Carlos IV (1805). Resumidamente, se regulaba de forma muy limitada la posibilidad de recusación de los jueces ordinarios o delegados sin necesidad de alegar el motivo y con el juramento correspondiente, a lo que el juez recusado debía -juntamente con un hombre bueno que normalmente era un

letrado- jurar que juzgaría el caso *bien i derechamente*. La forma y contenido de la recusación, no tuvo grandes variaciones normativas durante el período analizado. La solicitud se formulaba oralmente ya desde la Baja Edad Media, y así se mantuvo durante las regulaciones de la época moderna para la jurisdicción inferior. El régimen de petición escrita se impone en la recusación de los miembros del Consejo Real, de las Cancillerías y de la Audiencias, con expresión de sus causas y con el preceptivo juramento. El procedimiento, en resumen (*Ordenanzas de Madrid*, 1502), consistía en:

- i) Petición escrita de recusación, requiriéndose posteriormente, bajo sanción de inadmisión, que aquella estuviera firmada por uno de los letrados de la parte recusante;
- ii) Examen sumario y preliminar de los jueces; emisión de juicio sobre si la recusación se encontraba planteada conforme a términos veraces y justos;
- iii) Admisión de la solicitud de recusación, si resultaba rechazada en el análisis preliminar, el recusante era castigado al pago de una sanción pecuniaria de 3.000 maravedís<sup>58</sup>;
- iv) Fase de prueba, si la parte recusante no podía probar las causas alegadas, se la castigaba al pago de una sanción pecuniaria de 30.000 maravedís que posteriormente se elevó a 120.000 maravedís y
- v) Resolución.

Como se ha visto, por lo general y con las excepciones de las decretales eclesiásticas y las primeras regulaciones tardomedievales (*Espéculo* y *Fuero Real de España*), desde la normativa romana no se exigía a la parte recusante que expresara las causas

de recusación en su petición. Esa línea legislativa se mantuvo para la recusación de los miembros de la jurisdicción inferior, pero no así para los de la alta magistratura, asentándose también en este aspecto procesal un doble régimen diferenciador según la clase de jueces de que se trataba.

Las causas generales para alegar la recusación, siguiendo los textos legales civiles citados, se circunscribían a relaciones del juez recusado con los intervinientes en el procedimiento como parentesco, afinidad, estrecha amistad, enemistad o interés propio del concernido con el objeto del procedimiento.

Estas contadas y generales causas fueron analizadas por la doctrina de la época, llegando a contabilizarse hasta cuarenta causas distintas de recusación<sup>59</sup>. Existe una concreción general de las clases de causas de recusación que recoge la doctrina del siglo XVIII del siguiente tenor:

*[...] unas inocentes sin culpa de los jueces, como la de parentesco, de consanguineidad y afinidad, o la de amistad anterior con alguna de las partes que litigan; y otras criminosas, como la de soborno, enemistad y otras semejantes*<sup>60</sup>.

Los plazos para la petición de recusación dependían de la naturaleza procesal que se atribuya al hecho de recusar y de la clase de jurisdicción de que se tratase.

En los tribunales superiores, si se consideraba una excepción declinatoria, la petición debía formularse al inicio del procedimiento, si bien también se admitían solicitudes posteriores por causas de recusación sobrevenidas. En la jurisdicción inferior se admitía la interposición de la recusación en cualquier momento del procedimiento, incluso con sentencia dictada, siempre que ésta no hubiera estado notificada.

Para la alta magistratura y desde principios del siglo XVII, se fijó que la petición de recusación podía interponerse hasta antes de quince días de la fecha en que el procedimiento estuviese señalado para votación, aunque como se contemplaba en períodos anteriores, se admitía posteriormente por causas sobrevenidas. Respecto a los efectos de la recusación no puede construirse un resumen ordenado y sintético de la normativa al respecto, atendido la variedad de soluciones que cada ordenamiento ha ido dando, incluso en un mismo período. Pero si podemos concluir con que dos han sido los remedios generales a cómo, o mejor, a quien correspondía juzgar el procedimiento en el que se planteaba la recusación del juez predeterminando.

En efecto, o bien el juez recusado que conocía el procedimiento seguía conociéndolo junto con otro juez o, en su caso, con otro hombre bueno del lugar (*Espéculo* en cuanto a los jueces ordinarios, *Ordenamiento de Alcalá Henares*), o bien el juez recusado dejaba de conocer absolutamente el procedimiento en favor de otro juez u hombre bueno (*Espéculo* en cuanto a los jueces delegados, *Las Partidas*).

En definitiva y en términos generales, la Edad Moderna poco aportó, más allá de lo indicado, respecto a variaciones del procedimiento y el intento de codificar las causas por lo que los inmediatos efectos y el sistema para resolver la recusación quedaron así fijados con pocas variaciones posteriores hasta el período constitucional.

## **II.6.- En el Derecho constitucional del siglo XIX**

En este período no se modificó de forma sustancial el sistema establecido de recusación judicial que desde finales de la Edad Moderna venía imperando.

### **A) La Constitución Política de la Monarquía Española (Cádiz, 1812)**

Estableció la nueva organización nacional en todos sus aspectos, no conteniendo referencia alguna al respecto y, por tanto, se siguió aplicando la normativa anterior. El desarrollo legislativo y reglamentario posterior tampoco estableció nueva reglamentación sobre la materia, ni siquiera referida a los miembros del recién creado Tribunal Supremo de Justicia (1812).

No obstante, la posterior creación de diversos órganos administrativos de nuevo cuño sí que trajo consigo una regulación concreta del instituto de la recusación. El Consejo Real (1845) y los Consejos Provinciales (1845) se constituyeron como auténticos tribunales para resolver asuntos contencioso-administrativos, regulando en sus respectivos reglamentos la recusación.

### **B) La normativa de los Consejos Provinciales**

Esta regulación estableció, en su articulado, su régimen interno, que, salvo el *jefe político* que no podía serlo, el vicepresidente y los vocales podían ser recusados por las siguientes causas:

- (i) Por parentesco, por consanguinidad o por afinidad hasta cuarto grado con alguna de las partes.
- (ii) Por causa criminal seguida a instancias del concernido al momento de la recusación o en los tres años precedentes contra alguna de las partes, sus cónyuges, consanguíneos o afines en línea recta.
- (iii) Por causa civil en los mismos términos anteriores, pero con el plazo de seis meses anteriores.

- (iv) Por relación de tutor, curador o defensor de cualquiera de las partes o de administración de una compañía o establecimiento que fuera parte del procedimiento.

Procesalmente, se establecía también el momento y la forma de formular la petición de recusación.

Si los hechos fueran anteriores, debía proponerse antes de contestar la demanda a salvo que se tuviera conocimiento con posterioridad. La recusación debería formularse por escrito firmado por la parte recusante. El miembro recusado podía contestar a la recusación por escrito u oralmente ante el Consejo Provincial, que podía recibir el incidente a prueba incluyendo la declaración del miembro recusado si lo estimaba necesario y fallando sin posterior recurso. Si la recusación era admitida, el recusado no podría conocer el asunto.

La recusación de los vocales del Consejo Real contemplaba las mismas causas establecidas para los Consejos Provinciales u “*otras equivalentes a juicio del Consejo*” a modo de causa abierta. El procedimiento para sustanciar la recusación, si bien similar al de los miembros de los Consejos Provinciales contenía algunas notables diferencias. Así se mantenía el momento procesal inicial de contestación a la demanda para su alegación y con la misma excepción de conocimiento posterior del hecho recusable. La recusación también debía interponerse por escrito, pero sin embargo el recusado debía contestar también por escrito sin poder optar a hacerlo oralmente. Si no se aceptaba la recusación por el recusado, el Consejo Real recibía la cuestión a prueba si lo estimaba necesario sin intervención del recusado y fallaba sin ulterior recurso. Si la recusación no era admitida, se imponía una penalidad a su promotor de 6.000 reales de plata<sup>61</sup> de cuantía máxima y, si era admitida, el recusado no podía conocer del asunto.

## II.7.- Leyes de Enjuiciamiento Civil y Mercantil de la segunda mitad del siglo XIX

Al respecto, las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Mercantil de la segunda mitad del siglo XIX acuñan la “codificación” de las normas de régimen interno de los juzgados y tribunales y, en consecuencia, de los jueces y magistrados.

A) La dispersión en materia de recusación que caracterizará los “códigos” del siglo XIX, se inicia con la *Ley de Enjuiciamiento sobre negocios y causas de comercio* promulgada en 1830, que vino a regular los aspectos procesales de los negocios mercantiles regulados en el Código de Comercio de 1829 (conocido como *Código Andino*, por ser el gaditano Pedro Sáinz de Andino su redactor). La Ley regulaba dos clases de recusación, en función del sujeto recusado:

- (i) La recusación en los Tribunales de Comercio. Los jueces de dichos órganos podían ser recusados por las partes expresando la causa y jurando que no se efectuaba con “malicia”. Eran causas de justas de recusación: las de parentesco; amistad entre un litigante y el juez; si éste dependiese de aquel como factor, administrador u otro género de servicio remunerado; haber recibido el juez del litigante “*beneficios de importancia*” o dadivas; odio o resentimiento del juez contra el recusante; pleito pendiente entre ambos; haber manifestado el juez su opinión sobre el pleito antes de dictar sentencia; u ostentar intereses en el pleito por el juez. La recusación podía interponerse en cualquier fase del procedimiento antes de la declaración de su conclusión. Interpuesta la causa, el tribunal declaraba si era o no suficiente, previo dictamen del “letrado consultor”<sup>62</sup>, sin la concurrencia del juez recusado que era, entre tanto, sustituido. Si se estimaba que era suficiente, el procedimiento quedaría



en suspenso, y se tramitaba con periodo de prueba (diez días) y resolución. Si no se estimaba la recusación, el juez recusado continuaba conociendo del procedimiento con imposición de multa al recusante. Lógicamente si se estimaba el juez queda totalmente separado el procedimiento.

- (ii) La recusación de los Árbitros de Comercio. La ley establecía que, aunque hubiera pleito comenzado, toda contienda sobre negocios mercantiles podía ser “comprometida” (sometida) al juicio de árbitros de comercio. La revocación del nombramiento de los árbitros podía ser por acuerdo (convenio) de las partes o por recusación de una de ellas y, en este caso, siempre que hubiera sido por causa legal sobrevenida después del compromiso arbitral y no antes. Las causas legales eran las mismas que antes se han indicado para los jueces de los Tribunales de Comercio. Promovida la recusación, los árbitros debían suspender las actuaciones hasta la resolución que al respecto dictase el Tribunal de Comercio. El incidente de recusación tenía una duración -incluyendo el plazo de prueba- ante dicho Tribunal de Comercio de ocho días.

**B)** Los trabajos de unificación se iniciaron con la creación de la Comisión General de Codificación (1843) y la elaboración de distintos proyectos, en los cuales se incluían propuestas de regulación específica sobre la recusación judicial. Las reformas sobre la materia se dirigían en dos sentidos fundamentales: las causas de recusación y la separación del juez recusado.

Ambas materias se trataron en la primera *Ley de Enjuiciamiento Civil* (1855), cuyo Título III rezaba *De las Recusaciones*. La norma derogaba todo lo anterior y recogió en dos secciones, la recusación de los jueces y la recusación de los subalternos. Según palabras de Santos Corona, la nueva Ley: [...] *actúa como gozne*

*o punto de unión entre la tradición legislativa y las novedades en este campo que ella misma introduce.* Los jueces sólo podían ser recusados por las causas o motivos taxativos que se señalaban en la Ley y que fueron los diez siguientes:

1. La consanguineidad o afinidad dentro del cuarto grado civil con cualquier de los litigantes.
2. Haber sido defensor de alguno de los litigantes, o emitido dictamen sobre el pleito como letrado.
3. Tener interés directo o indirecto en el pleito, u otro semejante.
4. Tener el juez o alguno de sus consanguíneos afines dentro del cuarto grado civil, directa participación en cualquiera sociedad o corporación que litigue.
5. Tener pleito pendiente con el litigante que recuse.
6. Ser o haber sido denunciador o acusador del litigante que recuse.
7. Estar acusado o haberlo sido por el recusante.
8. Haber sido denunciado por el mismo como autor de cualquiera falta o delito.
9. Amistad íntima.
10. Enemistad manifiesta.

Repárese, el significativo cambio que supone poder recusar genéricamente sobre “justa causa”, previsto en períodos anteriores, a la relación de un *numerus clausus* de supuestos por los que se podría recusar.

Respecto al procedimiento si la causa de recusación es anterior al inicio de éste, debía interponerse en el primer escrito que se

presentase por la parte recusante. Si la causa fuera posterior o anterior, pero no se conociera, debería presentarse en cuando se supiera. La recusación no podía presentarse después de que las partes fueran citadas para sentencia. La recusación tenía que presentarse por escrito firmado por letrado y por la parte recusante y debía constar “determinada y claramente”.

Tras ello:

- (i) Si la causa era cierta, el juez recusado se debía apartar del conocimiento de los autos.
- (ii) Si el juez recusado no se apartaba, se oía a la otra parte por tres días, se abría el procedimiento a prueba por ocho días y se dictaba sentencia. Si la resolución aceptaba la recusación resultaba irrecurrible, y si se denegaba era apelable a ambos efectos (devolutivo y suspensivo), es decir que el pleito principal seguía suspendido.

Por lo que respecta a la recusación de unos de los miembros de un tribunal colegiado, que la ley denominaba “presidente” o “ministro”, el concernido debía separarse del conocimiento y conocerían los restantes magistrados no recusados, si pudieran formar Sala, y si no fuera el caso, se completaba la Sala con cualesquiera otros jueces -los más modernos- de otras Salas.

La normativa de la recusación de esta *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855 se extendió a otros sujetos del ámbito jurisdiccional como eran los denominados subalternos [...] *del Tribunal Supremo, de las Audiencias y Juzgados de primera instancia*. Esta recusación de subalternos podía hacerse:

- (i) Con causa. Las causas de recusación eran las mismas diez que para los jueces y magistrados, y el recusado se separaría

del asunto, siendo sustituido por el subalterno más antiguo.

- (ii) Sin causa. Se prescribía que un litigante sólo podía recusar sin causa dos veces. Si la causa de recusación fuese cierta el recusado se separaba del asunto y era reemplazado por otro subalterno. Si no se separase, y al igual que lo previsto para los jueces, se oía a la otra parte y al recusado por 3 días, se recibía el asunto a prueba por 8 días y se dictaba sentencia. Las sentencias que admitan la recusación resultaban apelables a un solo efecto con costas a cargo del recusado y las que la denegaban a ambos efectos con costas a cargo del recusante.

La recusación de los subalternos planteó una importante cuestión interpretativa, ya que la ley indicaba *todos los subalternos*, sin definir tal concepto. Téngase en cuenta que por dicho término podía entenderse un sin número de personas vinculadas con la Administración de la Justicia como los relatores, escribanos de cámara y de juzgados de primera instancia, secretarios de juzgados de paz, pero también otros como procuradores, cancilleres, tasadores, alguaciles o porteros que a la doctrina de la época le parecía difícil encajar en la recusación, porque en palabras del autor ya referido Santos Coronas *no podían perjudicar directamente a las partes en juicio*, ratio evidentemente de cualquier recusación. Esta *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855, regulaba también la recusación de otros sujetos de la Administración de Justicia.

Respecto a los peritos, sólo podían ser recusados aquellos denominados *perito tercero*, es decir los que habían sido nombrados por el juez o de común acuerdo por las partes, y no aquellos que la parte hubiera designado por su voluntad. No se podía recusar a más de dos peritos y sólo podían serlo por causa de:

1. Consanguineidad y afinidad hasta cuarto grado,
2. Haber prestado servicios como perito al litigante contrario,
3. Tener interés directo o indirecto en el pleito,
4. Tener participación en la sociedad o empresa contra la cual litigue el recusante,
5. Enemistad manifiesta y,
6. Amistad íntima.

Una vez admitida la recusación, el perito recusado se apartaba del asunto procediéndose a designar otro por el mismo sistema que lo haya sido el recusado. Respecto a los árbitros y a los amigables componedores.

Se trataba de aquellos que podían ser nombrados en escritura pública de compromiso por las partes para que decidieran sobre determinado litigio (amigables componedores), sin sujeción a formalismos legales, salvo respecto a materias excepcionadas como las referentes al estado civil de las personas o en las que debía intervenir el Ministerio Fiscal, y fuera cual fuera el estado del procedimiento de arbitraje.

Esta tipología de *juzgadores privados*, sólo podían ser recusados por causa sobrevenida después del compromiso o que se desconociese al momento de contraerlo, siendo las causas de recusación las mismas que las indicadas para los jueces. Se tenía que plantear ante los mismos recusados, y si no se aceptase la recusación, se debía reproducir ante el juez de primera instancia, que paralizaba el procedimiento hasta que resolviese.

C) La regulación de la recusación del Título III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 fue derogada en su totalidad por

la *Ley provisional de Organización del Poder Judicial* de 1870, en la que se reguló la materia en su Título VIII *De la recusación de jueces, magistrados y asesores* en los siguientes Capítulos: i) *Disposiciones generales*; ii) *De la substanciación de las recusaciones de los jueces de instrucción, de partido y de los magistrados* y iii) *De la substanciación de las recusaciones en los juicios verbales y de faltas*.

En términos generales, se mantiene la normativa anterior de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855, respecto a las causas de recusación y, aunque se mantiene su *numerus clausus*, se vuelve a hablar de “causa legítima”. Se reformulan varias de las anteriores causas por las que los jueces y magistrados podían ser recusados, que pasaron de diez a ser once, por la eliminación de una prevista en la anterior normativa *Tener el juez o alguno de sus consanguíneos afines dentro del cuarto grado civil, directa participación en cualquiera sociedad o corporación que litigue*, y por la inclusión de dos nuevas causas, referidas a situaciones de tutela y curatela<sup>63</sup> que afectaran al juez o magistrado concernido. Así se codificaron las siguientes causas o motivos de recusación en la nueva Ley:

1. El parentesco de consanguinidad o afinidad hasta cuarto grado civil.
2. El mismo parentesco dentro del segundo grado con el letrado de alguna de las partes.
3. Estar o haber sido denunciado por alguna de las partes en un delito o falta.
4. Haber sido defensor de algunas de las partes.
5. Ser o haber sido denunciante o acusador privado del que recusa.
6. Ser o haber sido tutor o curador de alguna de las partes.
7. Haber estado en tutela de alguna de las partes.

8. Tener pleito pendiente con el recusante.
9. Tener interés directo o indirecto en el pleito.
10. Amistad íntima.
11. Enemistad manifiesta.

No deja de ser sintomática, la desaparición de la causa antes transcrita, ya que no cabe duda de que se trata de una circunstancia que puede afectar a la independencia e imparcialidad de cualquier juez. Es una prueba más de la indudable dificultad que encuentra el legislador a la hora de intentar, por un lado, cerrar la posibilidad de indiscriminadas recusaciones, y por otro, de intentar enumerarlas taxativamente, en un ejercicio que se antoja imposible porque innúmeros son los contextos que pueden afectar al juzgador de forma directa o indirecta en su requerida e indispensable situación de independencia e imparcialidad.

En esta regulación de 1870, se establecía la obligación de inhibición por parte de los propios jueces y magistrados en los casos en que se dieran las causas relacionadas, sin necesidad de que se produjera la recusación.

Esta es una novedad legislativa importante, porque vino a establecer una obligación *ex lege* que debe cumplir el propio juez. Si se encuentra en una de las causas de recusación, ha de “inhibirse”, es decir, abstenerse en lenguaje actual, de conocer el asunto.

En cuanto al momento procesal para la interposición de la recusación, la Ley de 1870 reguló el procedimiento sin muchas diferencias con la Ley de 1855; aunque distinguiendo la jurisdicción civil de la penal:

- (i) En los asuntos civiles, se debía proponer en el primer escrito del recusante cuando la causa legítima fuera anterior y se tuviera conocimiento de esta, y si fuera posterior o no se hubiera tenido conocimiento de ella, se debía interponer *tan luego como llegue a su noticia*.
- (ii) En los asuntos criminales, se podía proponer la recusación en cualquier estado del procedimiento.
- (iii) En ambas jurisdicciones, no podía proponerse cuando se hubiera iniciado la vista o el juicio público.

Del mismo modo, la Ley de 1870 estableció una diferente sustanciación en función de la tipología de procedimientos:

- (i) En los procedimientos de mayor y menor cuantía y en los delitos, la recusación se debía interponer por escrito con firma del abogado, del procurador y del recusante, con posterior ratificación ante el juez y expresándose claramente la causa de recusación. Si el juez aceptaba la recusación, resolvía motivadamente y se apartaba del conocimiento del asunto, pasándose las actuaciones a quien por sustitución correspondía. Contra esa decisión no cabía recurso. Si el juez no estimaba la recusación ordenaba formar una pieza separada del asunto principal y en la que no podía intervenir y que debía ser resuelta por el sustituto natural estableciéndose una casuística en función de la categoría del juez recusado. No se suspendía la tramitación del procedimiento principal que seguía desarrollándose hasta la vista o juicio público. En la pieza separada de recusación se establecía la necesidad de dar audiencia a las otras partes del procedimiento en el perentorio plazo de 3 días, transcurridos los cuales se recibía a prueba la recusación que



debía celebrarse en el plazo de 8 días. Finalizado el período de prueba debía dictarse resolución motivada.

Las resoluciones, aunque con algunas variaciones en función de la categoría de quien dictará la resolución no serían apelables si se admitía la recusación y podrían serlo a ambos efectos si se denegaba. La denegación de la recusación llevaba aparejada la condena en costas y una multa en función de la categoría del juez recusado, que oscilaba entre 25 y 400 pesetas<sup>64</sup>. El impago de las multas era sancionado con prisión subsidiaria. Al margen de la dificultad a la hora de establecer equivalencias de valor sobre las multas respecto a regulaciones anteriores, aparece claramente una evolución a la baja de los importes de las multas, al margen de la obligación del pago de las costas. La idea es que el importe de la multa no resultase excesivamente disuasorio a la hora de poder denunciar causas de falta de independencia e imparcialidad como fin último a proteger.

- (ii) En los juicios verbales y de faltas, la recusación se realizaba verbalmente en el acto procesal de la comparecencia ante el juzgado. El juez si la causa de recusación era cierta se apartaba del asunto y lo traspasaba a su suplente. Si el juez no aceptaba la recusación, pasaba el conocimiento del incidente a su suplente, que establecía una comparecencia de las partes.

En ese mismo acto se celebraba la prueba dictándose resolución inmediata si fuera posible y en otro caso en el plazo máximo de dos días. Contra la resolución admitiendo la recusación no cabía recurso y frente a la que la denegase cabía el recurso de apelación ante el “*tribunal de partido*”<sup>65</sup> a interponerse verbalmente ante el propio juez que había resuelto la denegación en el propio acto en el que hubiere dictado la resolución denegatoria.

El contenido de la apelación se incorporaba en la correspondiente diligencia que se levantaba por el secretario del juzgado<sup>66</sup>. Si la resolución final daba lugar a la recusación el asunto lo conocería el juez suplente. Si no se daba lugar a la recusación, el juez recusado volvía a conocer del procedimiento imponiéndose las costas al recusante vencido.

## **II.8.- En la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal y en la Novísima Ley de Enjuiciamiento Criminal**

Atención especial se dedica a la *Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal* (1872) y a la *Novísima Ley de Enjuiciamiento Criminal* (1882). La primera de ellas reguló la recusación de los jurados, dejando la recusación del resto de integrantes del Poder Judicial a la *Ley provisional de Organización del Poder Judicial* (1870) acabada de tratar.

La primera Ley Procesal Criminal fue sustituida por la *Novísima Ley de Enjuiciamiento Criminal* apenas diez años después de su promulgación.

Esta norma -siguiendo la tradición de técnica legislativa- reiteraba, después de sentar que magistrados, jueces y asesores, fuera cual fuera su grado y jerarquía, podían ser recusados por causa legítima y debían abstenerse antes de que se les hubiera recusado (inhibirse, en la terminología de la Ley) enumeró hasta doce causas de recusación. La norma regulaba separadamente la recusación de los jueces de instrucción y magistrados, la recusación de los jueces municipales, la recusación de los auxiliares de los tribunales y juzgados las excusas y recusaciones de los asesores y las abstenciones del Ministerio Fiscal.

El texto de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 1882, si bien con las modificaciones que se fueron introduciendo con el

tiempo (especialmente y en la materia objeto de estudio, las derivadas de la Ley 1/2000) ha venido manteniendo el Título III (*De las recusaciones y excusas de los Magistrados, Jueces, Asesores y Auxiliares de los Juzgados y Tribunales y de la abstención del Ministerio Fiscal*), si bien se suprimió: (i) la relación de causas legales de recusación que reenvió a la *Ley Orgánica del Poder Judicial* (1985) y (ii) el procedimiento de tramitación del incidente, que lo reenvió a la *Ley de Enjuiciamiento Civil*.

Lamentablemente, las reformas introducidas (la reciente de mayor calado, Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica*), no han aprovechado la ocasión para suprimir las incomprensibles incongruencias de una Ley que tiene casi 140 años de vigencia. Sirva de muestra, el Capítulo destinado a las excusas y recusaciones de los asesores, cuando esta figura anacrónica desapareció con la Ley de Bases de la Justicia Municipal (1944) o las referencias al Ministerio de Gracia y Justicia que deben entenderse hechas al Ministerio de Justicia (desde 1931).

## **II.9.- En la normativa de enjuiciamiento civil de finales del siglo XIX; la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881**

La *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881 derogó la anterior de 1855, como resultado de las sucesivas modificaciones de la primera Ley Procesal. Sus muy numerosas disposiciones, integradas en 2.182 artículos, parte de la separación del Derecho Procesal en dos jurisdicciones diferenciadas, la contenciosa y la voluntaria, estableciéndose una primera parte (Libro) de disposiciones comunes a ambas. En términos generales es una norma en la que -siguiendo los criterios históricos- se da preminencia a las partes en el proceso, antes que a la actividad del juez como

impulsor y rector de aquél. Quizá por ello, nos encontramos con una regulación extensísima de la recusación judicial con casi sesenta preceptos dedicados a la materia (Libro I, Título V “*De las recusaciones*”, artículos 188 a 247). No se procede a un detalle de la regulación, pues ésta se encuentra fácilmente al alcance del lector en manuales, compilaciones y códigos recientes, pero sí que conviene destacar, ya que será la técnica que posteriormente se seguirá aplicando en las sucesivas reformas parciales, la estructura que el legislador adopta para presentar la materia.

Se inicia la nueva *Ley de Enjuiciamiento Civil*, con una Sección de Disposiciones Generales, donde se recoge el principio general de que jueces y magistrados son recusables cualquiera que sea su grado y jerarquía, añadiéndose que también lo son los auxiliares de los tribunales y juzgados.

Se mantuvieron las mismas causas legítimas de recusación que en la normativa anterior, si bien se suprimió la de haber estado sometido a tutela de alguna de las partes y se añadió que los jueces, magistrados y auxiliares en los que concurriera alguna de las causas legítimas indicadas, deberían abstenerse de conocer el procedimiento antes de que fueran recusados.

Se mantuvo el momento procesal para establecer la recusación, ya que debía ser manifestada en el primer escrito que se presentase por el interesado si la causa hubiera sido anterior al procedimiento o en la primera ocasión en la que se tuviera noticia si la causa fuera posterior o no se hubiera tenido conocimiento con anterioridad. Resultaba inhábil la recusación cuando las partes hubieran sido citadas para sentencia o después de haberse iniciado la vista en las instancias de la Audiencia Provincial o en el Tribunal Supremo.

La estructura se concretaba en las Secciones siguientes del Título, siguiendo el modelo de organización judicial establecido: Recusación de los magistrados de Audiencia Provincial, del Tribunal Supremo, y de los jueces de primera instancia. Recusación de los jueces municipales. Recusación de los auxiliares de los tribunales y juzgados relatores, secretarios, escribanos de Cámara, oficiales de Sala en el Tribunal Supremo y en las Audiencias y escribanos y secretarios de los Juzgados de Primera Instancia). A lo largo de sus casi de 120 años de existencia y hasta la nueva *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000, la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881 tuvo numerosas modificaciones, si bien hay que decir que en sus últimos tiempos y en lo que respecta a la institución de la recusación salvo la modificación parcial operada por la reforma de la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, fueron escasas las variaciones en la materia.

## **II.10.- En la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985**

Notable resulta la dispersión normativa que, al igual que con otras materias procesales, se produce con la institución de la recusación.

El legislador, introdujo la regulación del Poder Judicial en la ya referida *Ley Provisional sobre organización del Poder Judicial* de 1870, que fue completada con una serie de normativa al respecto como la *Ley Adicional a la Orgánica del Poder Judicial* de 1882 y la *Ley de Bases para la reforma de la Justicia Municipal* de 1944. Pero fue la necesidad de ajustar las normas sobre la organización y funcionamiento del Poder Judicial a las demandas de la sociedad, a los principios de la *Constitución Española* de 1978 y a la nueva concepción del Estado como Social y Democrático, lo que propició la nueva regulación del Poder Judicial, mediante la promulgación de la hoy vigente Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, *del Poder Judicial* (objeto de posteriores

reformas), poniendo fin así a la “provisionalidad” de la regulación que se venía manteniendo desde 1870 y adaptándola al escenario constitucional como se indica en la Exposición de Motivos. A pesar de que la recusación se trata en diferentes preceptos de forma dispersa, la materia se regula en el Título II, Capítulo V (*De la abstención y recusación*, artículos 217 a 228).

Se inicia con la declaración de que los jueces y magistrados en quienes concurra alguna de las causas de recusación se abstendrán del conocimiento del asunto sin esperar a que se le recuse.

Se establecen hasta dieciséis causas legales de abstención o recusación, que son básicamente las que nuestra legislación ha ido manteniendo, pero desglosando algunas en situaciones concretas como la de haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia; ser o haber sido una de las partes subordinado del juez que deba resolver la contienda litigiosa; o haber ocupado cargo público, desempeñado empleo o ejercido profesión con ocasión de los cuales haya participado directa o indirectamente en el asunto objeto del pleito o causa o en otro relacionado con el mismo.

El resto de la regulación establece los distintos órganos competentes para conocer y decidir sobre la abstención y recusación, los jueces sustitutos, las causas de inadmisión de las recusaciones planteadas, la forma y procedimiento de instrucción de los incidentes de recusación y los sistemas de recursos a las decisiones que se adopte.

## **II.11.- En la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000**

La derogación de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881 vino con la promulgación de la vigente Ley 1/2000 de 7 de enero, *de Enjuiciamiento Civil*, que con menor extensión y sus 827 ar-

títulos, regula la materia objeto de esta ponencia en el Libro I, Título IV (*De la abstención y la recusación*, artículos 99 a 128). Destacables resultan las explicaciones que en la Exposición de Motivos se dan a la nueva regulación de la recusación que se reproducen textualmente:

*Mención especial merece la decisión de que en esta Ley se regule, en su vertiente estrictamente procedimental, el instituto de la abstención y de la recusación. Es ésta una materia, con innegables facetas distintas, de la que se ocupaban las leyes procesales, pero que fue regulada, con nueva relación de causas de abstención y recusación, en la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985. Empero, la subsistencia formal de las disposiciones sobre esta citada materia en las diversas leyes procesales originó algunos problemas y, por otro lado, la regulación de 1985 podía mejorarse y, de hecho, se mejoró en parte por obra de la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre. La presente Ley es ocasión que permite culminar ese perfeccionamiento, afrontando el problema de las recusaciones temerarias o con simple ánimo de dilación o de inmediata sustitución del Juez o Magistrado recusado. En este sentido, la extemporaneidad de la recusación se regula más precisamente, como motivo de inadmisión a trámite, y se agilizan y simplifican los trámites iniciales a fin de que se produzca la menor alteración procedimental posible. Finalmente, se prevé multa de importante cuantía para las recusaciones que, al ser resueltas, aparezcan propuestas de mala fe (Exposición de Motivo V) [...]*

*Se excluye la recusación de los peritos cuyo dictamen aporten las partes, que sólo podrán ser objeto de tacha, pero a todos los peritos se exige juramento o promesa de actuación máximamente objetiva e imparcial y respecto de todos ellos se contienen en esta Ley disposiciones conducentes a someter sus dictámenes a explicación, aclaración y complemento, con plena contradicción (Exposición de Motivos XI).*

La nueva normativa regula por tanto la abstención y recusación de todo el personal al servicio de la Administración de Justicia (jueces, Magistrados, fiscales, letrados de la Administración de Justicia, peritos, que no sean de parte, y funcionarios del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa, del Cuerpo de Tramitación Procesal y del Administrativa y Cuerpo de Auxilio Judicial), que sólo podrán serlo por las causas que señala la *Ley Orgánica del Poder Judicial* (1985), reafirmando así el principio de legalidad en la materia. A diferencia de otras normativas anteriores, la vigente *Ley de Enjuiciamiento Civil* no recoge las causas de abstención y recusación, por cuanto éstas ya se encuentran contempladas en la indicada Ley Orgánica, evitando así duplicidades y posibles contradicciones por la dicción de los textos. Se excepciona de ello, la recusación de los peritos designados judicialmente que, además, de las causas establecidas en la mencionada norma, se podrán recusar, como se verá en el capítulo siguiente, por las siguientes causas:

- (i) Haber dado anteriormente sobre el mismo asunto dictamen contrario a la parte recusante.
- (ii) Haber prestado servicios como tal perito al litigante contrario o ser su dependiente o socio.
- (iii) Tener participación en sociedad, establecimiento o empresa que sea parte del proceso.

Se mantiene, evidentemente, el deber de abstención cuando concurren las causas legales de recusación, procediéndose a la regulación específica de cada uno de los cuerpos que conforman la Administración de Justicia. Se regula a continuación la forma y plazos de proposición de la recusación, la competencia para instruir y decidir los incidentes de recusación o los efectos del incidente sobre el procedimiento principal (efecto



suspenso). Siguiendo la técnica disuasoria se prevé que, si la resolución final del incidente de recusación estima la existencia de mala fe en el recusante, se podrá imponer multa de entre 180 a 6.000 euros.

Una breve puntualización final sobre el derecho a recusar regulado en la LOPJ (versión, 2003), como es el “principio de preclusión”, que se erige normativamente como un requisito de admisibilidad procesal y como carga para el recusante. Si cierto es que se impone una actuación diligente de quien recusa para evitar tácticas dilatorias en el procedimiento principal, no menos cierto es el deber correlativo de comunicar situaciones de no imparcialidad o sobre la propia composición del tribunal juzgador. Así, señala Galán González (página 203): *Este deber de actuación diligente impuesto al recusante tiene como contrapartida la obligación por parte del Tribunal de notificar convenientemente a las partes cualquier modificación que acaezca en su composición.* Existe una diferencia conceptual en esta cuestión, ya que al tribunal le corresponde una simple obligación procesal de notificar su composición o su situación personal en relación con el proceso y las partes, si bien esto posibilita un doble efecto: por un lado, un derecho ordinario de poder recusar en función del cambio o situación comunicada y, por otro lado, un derecho constitucional –obviando el imperativo de la preclusión– si no se produce esa comunicación y ésta falta tiene relevancia determinante en la lesión del artículo 24 de la CE a un juicio con todas las garantías y, por tanto, a un juez imparcial.

Se ha visto la evolución legislativa a lo largo de más de veinte siglos de los conceptos de imparcialidad e independencia relacionados, principalmente, con la función social y política de “juzgar”, y como los diferentes ordenamientos jurídicos históricos han intentado, por decirlo de algún modo, crear una encuadre perfecto y automático de la figura del “juzgador” en dichos

conceptos. Pero eso parece no ya una misión imposible, sino que ni siquiera resulta recomendable por cuanto visto así se estaría limitando el libre albedrío. Así señala Fernández Viagas<sup>67</sup>:

*Si afirmamos que la imparcialidad constituye una de las garantías que debe reunir el “proceso justo”, aceptamos al mismo tiempo que todo “juicio” implica una actividad humana de carácter racional que puede escoger una solución, entre varias, de los litigios con arreglo a Derecho. La resolución judicial no está predeterminada de manera matemática, pues el juez es un hombre que elige libremente dentro del marco del ordenamiento jurídico. Esto que parece elemental y obvio, no lo es, ni lo fue históricamente, si nos planteamos de manera teórica el fundamento y origen de la función de juzgar. La idea de un juez como máquina perfecta que, ante cada concreto litigio, tiene una solución única previamente fijada constituyó una de las aspiraciones originarias del pensamiento “ilustrado”. La sociedad sería el producto de un juego de fuerzas y contrafuerzas, siempre idénticas. Conociendo sus reglas era posible describir la manera de resolver la totalidad de los conflictos que pudieran originarse. En estos supuestos, si el aplicar de la norma no adopta una solución correcta no nos encontraríamos, estrictamente hablando, ante un problema de “parcialidad” sino de ineficaz funcionamiento de la máquina, sea cual fuera la última causa.*



### III.- ACTUAL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LAS CONDICIONES DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD; REFERENCIA SOBRE PARTICULARIDADES Y CIRCUNSTANCIAS

*Una cosa no es justa por el hecho de ser ley.  
Debe ser ley porque es justa.*

Barón de Montesquieu (1689-1755)

El objeto de esta ponencia no conlleva una completa exposición didáctica del enunciado de este Capítulo, pero resulta obligado tras el desarrollo de los antecedentes históricos, apuntar la principal normativa vigente en el ordenamiento jurídico de nuestro Reino y la jurisprudencia especialmente seleccionada en relación con su objeto, al margen o con reiteración de la ya indicada en el Capítulo I. Y ello, para que el lector pueda tener un panorama, forzosamente general y sin ánimo exhaustivo, sobre las principales particularidades y circunstancias que se pueden derivar del sistema de garantías sobre las condiciones de independencia e imparcialidad en nuestro derecho, tanto bajo un punto de vista exclusivamente técnico como respecto a su concreta aplicación.

Se ha optado por una clasificación subjetiva, es decir en función de los distintos sujetos jurídicos que, de alguna manera, dentro y fuera de cualquier procedimiento judicial o arbitral, deben emitir juicios, decisiones u opiniones, destinadas a producir distintos y diversos efectos jurídicos.

#### III.1.- Jueces, Magistrados, miembros de Jurados y fiscales<sup>68</sup>

Como es sabido, los jueces y magistrados y los miembros de un jurado, individual o colegiadamente<sup>69</sup>, son aquellos miembros

del orden jurisdiccional que investidos por la ley de autoridad vinculante (*potestas*), tienen el encargo de analizar y resolver, conforme al ordenamiento jurídico vigente en cada momento y en las diferentes jurisdicciones (civil, mercantil, penal, social, fiscal, administrativo...) los conflictos que se someten a su consideración por personas físicas o jurídicas<sup>70</sup>. En ese sentido, la Constitución -tras prohibir en su artículo 26 los Tribunales de Honor en organizaciones profesionales y en el ámbito de la administración civil (permanecieron vigentes en el ámbito militar hasta 1989 y 2005<sup>71</sup>), establece en su artículo 117.3:

*El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.*

El hecho de juzgar (potestad jurisdiccional), más allá de ostentar determinados requisitos personales de preparación técnica<sup>72</sup>, implica hacerlo por quien está llamado a realizar tal tarea, primero con una recta apreciación de los hechos y circunstancias que debe enjuiciar y, segundo con una correcta aplicación del sistema legal de normas jurídicas y de la jurisprudencia que las interpreta. Por lo tanto, resulta evidente que jueces, magistrados, y miembros de un jurado -circunstancia que como se verá afecta también a los árbitros-, deben reunir unas condiciones caracterizadas por la independencia y la imparcialidad ante las partes y alejados de cualquiera sesgo cognitivo, sea del tipo que sea, que se abordará en el Capítulo IV.

El sistema normativo protege estas condiciones endógenas, así como la obligación generalizada de su pleno respeto por cualquier tercero que se contiene en el artículo 13 de la LOPJ:

*Todos están obligados a respetar la independencia de los Jueces y Magistrados.*

Así, las condiciones de independencia e imparcialidad judicial -como elementos básicos del ejercicio del cargo-, implican también que jueces y magistrados deben ser independientes de cualquiera, incluidos los tribunales superiores y cualquier órgano del Poder Judicial.

Se inicia a continuación un breve recorrido por nuestra vigente legislación, enunciando los principales preceptos que establecen de una forma directa o indirecta la obligación de jueces y magistrados de juzgar desde la imparcialidad e independencia.

El vértice normativo se encuentra en la *Constitución* de 1978 en los arts. 117, 124 (Ministerio Fiscal) y 127 (independencia), enmarcados en Título VI sobre el Poder Judicial, y en el artículo 159 que se encuentra en el Título IX sobre el TC. Le sigue en desarrollo de estos principios constitucionales, la LOPJ de 1985 que, como expresión del Estado de Derecho y de los valores superiores del ordenamiento jurídico, refleja en su artículo 1, como indica su Exposición de Motivos, la separación de poderes y el imperio de la Ley, por lo que se ha desarrollado una regulación específica para el conjunto de órganos que constituyen el Poder Judicial como uno de los tres poderes del Estado y el ejercicio -en exclusividad- de la potestad jurisdiccional.

Destacable resulta, como se valorará ampliamente en el Capítulo IV apartado 3, que la condición de necesaria imparcialidad que debe concurrir en jueces y tribunales no viene expresamente recogida ni en la CE, ni directamente en cualquier otra norma de nuestro ordenamiento. No obstante, este prevalente pilar del sistema es reconocido por los tratados internacionales a los que se ha adherido el Reino de España y a ellos se remite

el artículo 10.2 del texto constitucional, de forma que entre otros y como se verá en el correspondiente Capítulo, resulta de directa aplicación el artículo 6.1 del CEDH, que establece:

*Derecho a un proceso equitativo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella [...]*

Por su parte la LOPJ regula así, y entre otros aspectos, el estatuto de los jueces y magistrados y el gobierno de los juzgados y tribunales y, por tanto, todo aquello que puede afectar a su independencia e imparcialidad estableciendo las causas de falta de idoneidad. Por su importancia se reproducen las actuales causas de recusación y abstención recogidas en dicha norma y al que se refieren las leyes de procedimiento de todas las jurisdicciones:

*Artículo 219 Son causas de abstención y, en su caso, de recusación:*

- 1. El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado con las partes o el representante del Ministerio Fiscal.*
- 2. El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del segundo grado con el letrado o el procurador de cualquiera de las partes que intervengan en el pleito o causa.*
- 3. Ser o haber sido defensor judicial o integrante de los organismos tutelares de cualquiera de las partes, o haber estado bajo el cuidado o tutela de alguna de éstas.*
- 4. Estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta, siempre que la*

*denuncia o acusación hubieran dado lugar a la incoación de procedimiento penal y éste no hubiera terminado por sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento.*

5. *Haber sido sancionado disciplinariamente en virtud de expediente incoado por denuncia o a iniciativa de alguna de las partes.*
6. *Haber sido defensor o representante de alguna de las partes, emitido dictamen sobre el pleito o causa como letrado, o intervenido en él como fiscal, perito o testigo.*
7. *Ser o haber sido denunciante o acusador de cualquiera de las partes.*
8. *Tener pleito pendiente con alguna de éstas.*
9. *Amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes.*
10. *Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa.*
11. *Haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia.*
12. *Ser o haber sido una de las partes subordinado del juez que deba resolver la contienda litigiosa.*
13. *Haber ocupado cargo público, desempeñado empleo o ejercido profesión con ocasión de los cuales haya participado directa o indirectamente en el asunto objeto del pleito o causa o en otro relacionado con el mismo.*
14. *En los procesos en que sea parte la Administración pública, encontrarse el juez o magistrado con la autoridad o funcionario que hubiese dictado el acto o informado respecto del mismo o realizado el hecho por razón de los cuales se sigue el proceso en alguna de las circunstancias mencionadas en las causas 1ª a 9ª, 12ª, 13ª y 15ª de este artículo.*

15. *El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable, o el parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, con el juez o magistrado que hubiera dictado resolución o practicada actuación a valorar por vía de recurso o en cualquier fase ulterior del proceso.*
16. *Haber ocupado el juez o magistrado cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad.*

El procedimiento para interponer la recusación se encuentra principalmente reglado en los artículos. 99 a 113 de la LEC, de los que destaca lo dispuesto en el artículo 112.1 de la LEC, que establece multas de 180 a 6.000 euros para el caso de que, rechazada la recusación, se aprecie mala fe en el recusante. A este procedimiento se remite el artículo 54 de la LECrim. con las especialidades previstas para la jurisdicción penal en sus artículos 52 a 71, la LRJCA (Disposición Final) y también la práctica totalidad de las específicas leyes procesales de las respectivas jurisdicciones.

Por la importancia que tiene la imparcialidad en la función de juzgar y, como se verá, su directa relación con los sesgos cognitivos se desarrolla ampliamente en los Capítulos IV.3 a IV.5 con el tratamiento dado por nuestros tribunales y por el TEDH en relación con el genérico y abierto término jurídico de imparcialidad y en los que se aborda un amplio análisis de las sentencias más relevantes<sup>73</sup>.

No obstante, y como ya se ha indicado en el capítulo I, la actual configuración cerrada y de números clausus de las causas de abstención y de recusación para jueces y magistrados que el legislador establece en la actualidad, a diferencia como se ha visto



de otros momentos históricos, lo cierto es que, acogiendo la jurisprudencia del TEDH y, aún de forma tímida y restrictiva, la desarrollada respecto a los árbitros, sobre la “duda razonable o justificada”<sup>74</sup> comienza a abrirse paso con base en la doctrina establecida por el TC y el indicado TEDH que se analizará más adelante.

Conviene para cerrar este apartado, realizar una breve reseña sobre las exigencias de imparcialidad e independencia de los miembros de un jurado. La institución, no desconocida en la historia de nuestro ordenamiento jurídico, se reguló en diferentes Constituciones decimonónicas, iniciándose en la Constitución Política de la Monarquía Española de 1812 y finalizando, antes de la actual, con la de Constitución de 1931. Tiene en la actualidad su base en el artículo 125 de la CE y en el artículo 83 de la LOPJ, cuando se señala que:

*Los ciudadanos podrán participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine.*

Por tanto, el Tribunal del Jurado es aquella institución formada por ciudadanos (no profesionales del derecho) *ad hoc* que se constituye para juzgar de forma exclusiva casos concretos de la jurisdicción penal<sup>75</sup> atribuidos a su competencia.

El Jurado decide y atribuye o no la culpabilidad del encausado y sin que en supuesto alguno pueda establecer la pena que corresponda a un veredicto de culpabilidad, ya que tras esa declaración le corresponde al juez que hubiera presidido el tribunal establecer la condena en sentencia. Respecto a lo que nos interesa señala la Exposición de Motivos de *la Ley del Tribunal del Jurado* (1995):

*La Ley prevé la posible recusación por las partes presentes en el inicio de las sesiones. El fundamento de la recusación admitida, incluso sin alegación de causa por el recusante, no es otro que el de lograr, no ya la imparcialidad de los llamados a juzgar, sino que tal imparcialidad se presente como real ante los que acuden a instar la Justicia. Pero tal ideal, que exigiría la inexistencia de límites en la recusación, ha de conciliarse con las exigencias de que la Institución no se vea frustrada en su funcionamiento efectivo.*

Nótese el ánimo que alberga el legislador cuando refiere que lo único importante no es la imparcialidad en si misma de los miembros del jurado sino su apariencia. Sobre ello y en relación con los jueces -sobre los que la jurisprudencia excepcionalmente viene acogiendo la tesis de la “apariencia”- se efectuaran las consideraciones que ello suscita en el Capítulo siguiente.

La Ley señala en su artículo 21 como causas de recusación la falta de requisitos o cualquiera de las causas de incapacidad, incompatibilidad o prohibición previstas en la propia Ley, que son reguladas en sus artículos. 8 a 12, incluyendo aquellas excusas, que no entrarían dentro de las causas de recusación y por las que cualquier ciudadano puede evitar ser jurado por su voluntad. Si bien más adelante se efectúa un detallado estudio de jurisprudencia, el objeto de la presente ponencia no permite una mayor extensión sobre los apuntes normativos que se han venido refiriendo. No obstante, se dedicarán las próximas líneas unas breves reflexiones sobre la mejora del actual sistema. Aparece como evidente que cualquier cuestión relacionada con la independencia e imparcialidad de quien tiene que juzgar debe ser abordada desde la propia responsabilidad del sujeto, que integra una *dimensión individual*, y al tiempo desde la legislación que conforma una *dimensión normativa*.

Se aventura un esbozo de nuevas medidas sobre ambas dimensiones. Veamos:

Ante la muy tasada relación de causas de recusación y abstención establecidas en el artículo 219 de la LOPJ -superadas por el avance de jurisprudencia siguiendo al TEDH-, se generan sentencias antagónicas y no poca confusión. Por ello desde el ámbito normativo, sería muy recomendable, seguir el camino abierto por el ZPO alemán (2005). En efecto, en su Título Cuarto de la Parte Primera, establece en el §41 seis causas concretas de abstención (excusación) muy evidentes y objetivas, fijando en el siguiente §42 una genérica y abierta regulación sobre causas de recusación basada en un concepto abstracto como es el del temor justificado a la parcialidad del juzgador. Textualmente se establece:

*§ 42 Recusación de un juez:*

1. *Un juez puede ser recusado, excluido del ejercicio de la judicatura por fuerza de la ley, cuando exista temor de parcialidad.*
2. *La recusación por temor de parcialidad tiene lugar cuando se justifique en una desconfianza contra la imparcialidad de un juez.*
3. *El derecho de recusación corresponde a ambas partes en todos los casos.*

Obviamente, un cambio normativo de esta naturaleza debería venir acompañado de la correspondiente previsión sobre medidas frente a los recusantes que evitaran un espurio uso de esta facultad, contemplando incluso sanciones adecuadas como se ha visto que históricamente se venían aplicando, ya que las actuales podrían resultar bajas ante tal cambio de normativa.

Como se verá más adelante con detalle en el siguiente Capítulo, la imparcialidad no es abordada normativamente desde la perspectiva psicológica y poca atención viene mereciendo por parte de la jurisprudencia y de la doctrina el proceso de razonamiento del ser humano (psicología cognitiva) y sus sesgos, cuando y como se verá, la interacción entre decisiones jurídicas y psicología resulta evidente y se configura con entidad propia. No obstante, se avanza que ni en los temarios para el acceso a la judicatura ni en los impartidos en la Escuela Judicial se dedica atención alguna a la cuestión, como si no fuera necesario preparar a quién ha de impartir justicia acerca de los riesgos (heurística y sesgo cognitivos) a los que habrán de enfrentarse los futuros jueces derivados de las características que reúne cualquier ser humano a la hora de conformar opinión y decidir. Debería resultar pacífico que la disciplina de psicología cognitiva, bajando al detalle de los principales sesgos cognitivos y de los métodos que favorecen a que se minimicen, convendría que se encuadrara de forma específica en los temarios, tanto de las oposiciones a la carrera como en los concretos de la Escuela Judicial. Se trataría de “entrenar” a los futuros jueces para que se cuestionen permanentemente y desde que asumen un asunto a preguntarse “porque pienso lo que estoy pensando”.

Existen métodos que los especialistas cognitivos han desarrollado sobre cómo evitar el sesgo de anclaje o el sesgo retrospectivo, a base de que el sujeto concernido genere mentalmente, ante lo que se somete a su juicio y desde el inicio, otras alternativas posibles a la primera que adopta, evitando así que se aferre a una sola idea. Por otro lado, aunque es de temer que la judicatura no se encuentre predispuesta (a pesar de que en otros ámbitos del servicio público como la policía, enseñanza y educación sí que se practica), sería un buen camino de concienciación del colectivo y del propio sujeto concernido, efectuar exámenes psicotécnicos y entrevistas efectuadas por especialistas. Esta

metodología puede y debería aplicarse con carácter previo a aquellos que pretenden opositar, durante la permanencia en la Escuela Judicial y con carácter periódico a aquellos que se encuentren ya en el ejercicio de la judicatura.

La medida, tendería a la muy clara finalidad de detectar trastornos de la personalidad, psicopatías (que se encuentra presente entre el 1% y 3% de la población) e incluso cualquier tipo de sesgo ideológico o similar, emulando y adaptando en lo menester lo que ya es una realidad y práctica habitual en Estados Unidos. Se es consciente de los obstáculos de toda naturaleza que ello supondría, pero de entrada cabe decir que no se debería prescindir de esas importantes herramientas encaminadas a la mejora del sistema, siempre, obviamente, abordando su puesta en práctica con las necesarias cautelas sobre confidencialidad, alcance y utilización de los resultados que habría que contemplar en la reglamentación a desarrollar.

Inicialmente, y para los jueces en activo, las entrevistas y exámenes psicotécnicos podrían establecerse de forma voluntaria con el objeto de sensibilizar al estamento judicial de que se trata de mecanismos de ayuda para el mejor desarrollo de su labor y de elementos que se facilitan individualmente para incrementar las garantías sobre la imparcialidad judicial en la medida que el sujeto, vía introspección, se conoce mejor y puede evitar así riesgos de inconsciente desviación que puedan afectar a su imparcialidad, que por la propia naturaleza de la carrera y función que ha elegido persigue cualquier juez.

Estas medidas dirigidas a la magistratura son perfectamente aplicables a otros sujetos que participan en la Administración de Justicia, como son los Letrados adscritos a la misma (los antiguos secretarios judiciales) y a los que se les viene dotando cada vez mas de atribuciones decisorias; también en el ámbito

de los Fiscales, puesto que no hay que olvidar que su misión, constitucional por otra parte, es la de, según reza el artículo 124.1 de la CE:

*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, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.*

Señala dicho precepto en su apartado 2º, que son principios de funcionamiento, los de *unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.*

Las medidas referidas, sin perjuicio de la dificultad de su desarrollo por, entre otras, las consideraciones referidas, se enfrentarían con el obstáculo sistémico y permanente de nuestra administración de justicia, originado por la permanente falta de adecuadas dotaciones presupuestarias para medios materiales y humanos. En efecto, estas restricciones conforman, junto con el resto de los elementos que se han visto y los que se desarrollarán sobre sesgos cognitivos en el siguiente Capítulo IV, una permanente amenaza hacía la imparcialidad de jueces y magistrados. Como indica el magistrado Tuset del Pino<sup>76</sup>:

*La Justicia en nuestro país debe enfrentarse actualmente a varios retos: consolidar la imagen de su plena independencia, objetividad e imparcialidad, como poder constitucional del Estado, ganarse la confianza de la sociedad, afrontar los retos de los grandes avances sociales, culturales, económicos y tecnológicos de la sociedad global, y racionalizar su funcionamiento desde parámetros de eficacia y rendimiento compatibles con su adecuada*

*carga de trabajo [...] Según estadísticas del propio CGPJ, en el conjunto de los órganos judiciales españoles ingresaron durante el año 2018 un total de 5.993.828 asuntos, un 2% más que los ingresados en 2017, mientras que la tasa de congestión y, especialmente, la de pendencia han aumentado entre 2017 y 2018, disminuyendo la tasa de resolución.*

El colapso en la administración de justicia y su creciente aumento es exponencial y hay que ponerlo en relación, no sólo con las causas de un alto grado de litigiosidad en nuestro Reino, sino además con la escasa inversión en el incremento en el número de jueces y magistrados. El propio magistrado citado, en otro artículo publicado en un medio digital en marzo de 2017<sup>77</sup>, señala este mal endémico de relación habitantes con el número de Jueces comparativo con otras naciones de nuestro entorno:

*Déjenme recordarles que, según el Cuadro de Indicadores de la Justicia de la UE de 2016 presentado por la Comisión Europea, España cuenta con un total de 12 jueces por cada 100.000 habitantes, lo que sitúa a nuestro país en la cola de Europa, si bien hay países de nuestro entorno con ratios más bajos como Italia (11), Chipre (11), Francia (10), Malta (9,5), o Irlanda (3,5) [...]*

No cabe duda de que una de las mayores amenazas a la imparcialidad proviene de que jueces y tribunales estén sometidos a una excesiva carga de trabajo que implica que no puedan prestar la atención debida a cada procedimiento que se somete a su juicio, lo que de por sí conlleva que los apriorismos y sesgos a los que se encuentra expuesto adquieran mayor entidad cuando se adoptan rápidamente decisiones que siempre deben ser reflexivas.

Para finalizar el presente apartado y más allá de las breves referencias que se han hecho con carácter general al Ministerio Fiscal, se dedican a continuación, al objeto de enmarcar su necesaria imparcialidad, algunas reflexiones sobre su labor, que contrastan con esa proclamada exigida condición.

En efecto, los fiscales, al igual que el resto de los sujetos de la Administración de Justicia, en el ejercicio de su labor deben ser imparciales e independientes de las partes y del objeto del proceso. Tal como señala el artículo 1 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, *por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*, su misión es 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, además de velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

Este mandato legal (que proviene del artículo 124.1 de la CE, que se expresa en iguales términos) puede chocar con tres elementos que configuran la naturaleza del Ministerio Público: (i) su carácter de institución jerárquica única y, por tanto, sometida a una dependencia orgánica superior dentro de un escalafón (artículo 22 y siguientes de la Ley 50/1981); (ii) su sometimiento a la legalidad y a la imparcialidad, objetividad e independencia (artículos 124.2 de la CE y 2 y 7 de la Ley 50/1981) y (iii) la imposibilidad de ser recusados, si bien deberán abstenerse<sup>78</sup> por propia iniciativa de intervenir en los actos judiciales en los que concurren las causas de recusación y abstención contempladas, como se ha visto, en el artículo 219 de la LOPJ (si bien no son todas, sino sólo aquellas que “les sean de aplicación”), según señalan los artículos 96 de la LECrim. y 28 de la Ley 50/1981).



Este sistema, fuera del ordinario que se aplica al resto de sujetos de la Administración de Justicia, veta parcialmente la intervención de los justiciables ante la existencia de una eventual causa de abstención no atendida por el propio fiscal concernido. La única solución legal que se ofrece cuando ello pueda suceder, viene contemplada en los artículos 99 de la LECrim. y 28 de la Ley 50/1981, al señalar que quien se sienta agraviado por la no excusa del fiscal en un proceso, podrá presentar un recurso de queja al inmediato superior jerárquico que se tramita a modo de expediente gubernativo con una resolución final motivada, si bien esta decisión no podrá ser objeto de recurso ordinario.

Se antoja que el sistema se queda muy corto con vistas a la protección del tan relevante derecho fundamental como es garantizar la imparcialidad de tan relevante figura en el sistema judicial. Pero es que, además, la cuestión se ve agravada por dos relevantes circunstancias que se dan en la práctica forense.

La primera es la dificultad *a priori* de conocer quién será el concreto fiscal que actúe en cada momento en el procedimiento, atendido el carácter orgánico y organizativo (carga de trabajo) del Ministerio Fiscal, lo cual nos lleva a concluir que en este aspecto el sistema permite una franca mejora, ya que para acudir a la particular “recusación” de los fiscales (el recurso al superior jerárquico que se ha referido), es del todo necesario que las partes conozcan quien es el fiscal concreto que conoce del asunto en cada momento y ver si en su persona confluye alguna de las causas que le hubieran obligado a abstenerse.

La segunda, es más comprometida, y viene referida a la función que los fiscales pueden tener en determinados procedimientos, especialmente los de carácter penal-tributario, ya que a diferencia de los fiscales especializados (Fiscalía de Delitos Económi-

cos o Anticorrupción) no existe especialización al respecto y la acusación pública es ejercida por fiscales ordinarios a los que no se les exige ninguna preparación particular, lo que no entiende atendida la complejidad que suelen conllevar dichas causas y la vertiente económica y numérica que entrañan.

Sin perjuicio, como se ha visto *supra*, de que la misión del Ministerio Fiscal es velar por la legalidad en general y específicamente, entre otras, la defensa de los derechos de los ciudadanos (incluso frente a las propias Administraciones Públicas), en algunas ocasiones, de forma especial en aquellos procedimientos penales derivados precisamente de presuntos delitos fiscales (piénsese que la mayoría de éstos delitos son normas en blanco que deben completarse con conductas y actuaciones reguladas exclusivamente en la normativa tributaria), pero en los cuales el Ministerio Fiscal es el promotor a instancias de la Hacienda Pública, se produce la circunstancia que se deja la instrucción o las diligencias previas en manos de expertos pertenecientes a la propia AEAT, en la creencia generalizada de fiscales y jueces que los informes, dictámenes y manifestaciones de dichos expertos -apoyados en los procedimientos por la Abogacía del Estado-, por ser materias con alto contenido técnico-tributario, tienen un alto grado de credibilidad y ante quienes precisamente desconocen la materia por entenderse que la Agencia Tributaria persigue el interés público.

Esta tendencia, se ha visto agravada con el enorme desarrollo de medios y personal de la Hacienda Pública, se ve, en cierta medida paliada, aunque abocando al contribuyente a un auténtico vía crucis de alto coste y muy largo plazo, con resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central y de los propios tribunales contencioso-administrativos y del orden penal. Se estima que al menos un 50% de las liquidaciones son revocadas bien en la vía administrativa bien en sede judicial.

Muy relevante resulta al respecto, la reciente STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de fecha 8 de febrero de 2022 (núm. 202/2022), siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez, por lo que señala en sus Fundamentos de Derecho, en relación con el valor probatorio de los informes y dictámenes de funcionarios, en los que obviamente se incluyen los emitidos por la Agencia Tributaria, que los mismos no tienen un valor especial a cualquier otro emitido por una parte, ya que se emiten en favor de la administración por un funcionario a ella adscrito cuando ésta es parte en un procedimiento (vid. más adelante entre otros sesgos cognitivos el *Efecto Beckett*, como especialidad del sesgo de conveniencia en IV.5; G). Por su importancia y alto valor técnico jurídico se reproduce lo más relevante de dicha sentencia a estos efectos:

*1º) Naturaleza y valor probatorio de los informes de la Administración obrantes en el expediente administrativo más los aportados en sede judicial como pericial, todos elaborados por funcionarios o técnicos de la Administración, y, en particular, si deben ser tenidos como informes de parte y ser valorados como tales o, si por el hecho de proceder de funcionarios de los que se presume objetividad tienen un plus de fuerza probatoria frente a los informes de parte [...].*

*[...] es preciso hacer tres consideraciones adicionales a fin de dar cumplida respuesta a la cuestión de interés casacional objetivo. En primer lugar, tal como señala el recurrente, no es lo mismo que un informe o dictamen emanado de la Administración se haga valer como medio de prueba en un litigio entre terceros o en un litigio en que esa misma Administración es parte. En este último supuesto, no tiene sentido decir que el informe o dictamen goza de imparcialidad y, por ello, merece un plus de credibilidad: quien es parte no es imparcial. Además, cuando esto ocurre, el dato es relevante, pues exige no eludir la proveniencia*

*puramente administrativa del informe o dictamen, examinando hasta qué punto ello ha podido influir en las conclusiones periciales.*

*En segundo lugar, en conexión con lo que se acaba de decir, no todos los expertos al servicio de la Administración se encuentran en una misma situación de dependencia con respecto al órgano administrativo llamado a decidir. Por mucha que sea la capacitación técnica o científica de la concreta persona, no es lo mismo un funcionario inserto en la estructura jerárquica de la Administración activa que alguien que -aun habiendo sido designado para el cargo por una autoridad administrativa- trabaja en entidades u organismos dotados de cierta autonomía con respecto a la Administración activa. A este respecto hay que recordar que, entre las causas de tacha de peritos no designados judicialmente, el art. 343 de la Ley de Enjuiciamiento Civil incluye “estar o haber estado en situación de dependencia o de comunidad o contraposición de intereses con alguna de las partes o con sus abogados o procuradores”. Y el art. 344 del propio cuerpo legal dispone que la tacha debe ser tenida en cuenta al valorar la prueba pericial. Pues bien, mientras que el funcionario inserto en la estructura jerárquica de la Administración activa está manifiestamente en situación de dependencia, el lazo es menos acusado en el otro supuesto. Precisar y ponderar, en cada caso concreto, el mayor o menor grado de dependencia del experto con respecto al órgano administrativo llamado a decidir es algo que, sin duda, debe hacer el juzgador.*

*En tercer y último lugar, seguramente hay supuestos en que los informes de origen funcionarial, aun habiendo sido elaborados por auténticos técnicos, no pueden ser considerados como prueba pericial. Ello ocurre destacadamente cuando las partes no tienen ocasión de pedir explicaciones o aclaraciones (arts. 346 y 347 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y art. 60 de la Ley de la*

*Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Dichos informes no tendrán más valor que el que tengan como documentos administrativos, y como tales habrán de ser valorados.*

Esta sentencia, con alto valor jurisprudencial, habla por sí sola, y es de esperar que los tribunales de instancia y las audiencias la tengan muy en cuenta para evitar situaciones como la que resolvió la sentencia núm. 2148/2013, de 13 de diciembre de 2013 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Contencioso Administrativo), que se vuelve a citar en III.3:

*Lo único jurídicamente intolerable es la actitud contumaz de la Administración tributaria, la obstinación en el error, la reincidencia en idéntico yerro una y otra vez. Una tesitura así atentaría contra su deber constitucional de eficacia, desconociendo de paso el principio constitucional de seguridad jurídica e incurriendo en un indudable abuso de derecho.*

### **III.2.- Árbitros e instituciones arbitrales**

Un árbitro es aquel que eventualmente, con mayor o menor frecuencia, por sí sólo o formando parte de un tribunal arbitral, junto con otros árbitros, ejerce la función de juzgar (laudar) una controversia entre partes<sup>79</sup> conforme a las normas jurídicas vigentes o según criterios de equidad<sup>80</sup> generalmente aceptados, que previa o coetáneamente y de forma establecida convencionalmente las partes de un contrato han elegido el sistema arbitral<sup>81</sup> para dirimir sus posibles diferencias, generalmente designando también una institución arbitral para que administre el procedimiento<sup>82</sup>.

A continuación se indicará, somera y enunciativamente, las reglas directas que tratan sobre la necesaria imparcialidad e independencia que deben predicarse de quien ejerce la función

de árbitro ya que excedería de esta ponencia extenderse sobre lo que es y significa la convivencia del doble sistema de resolución de conflictos: el jurisdiccional de jueces y magistrados y el arbitral<sup>83</sup> ejercido por particulares, generalmente profesionales del derecho o de la materia técnica concreta que pueda ser objeto del procedimiento arbitral. Las medidas de prevención previstas en la normativa para evitar situaciones que afecten a la imparcialidad e independencia de los árbitros son, como veremos, abiertas y específicas de la institución. No obstante, y aunque tampoco debe predicarse una aplicación automática de las causas de recusación y abstención de las que se regulan bajo *números clausus* para jueces y magistrados (vid. al respecto la transcripción de la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje que más adelante se transcribirá), sí que son también fuente y complemento, o deberían serlo, del régimen abierto establecido para los árbitros. Y ello por cuanto ambos sistemas realizan la misma función de juzgar situaciones de conflicto.

Hay que tener muy en cuenta a la hora de analizar el sistema y las causas de recusación previstas en la Ley de Arbitraje que las resoluciones que dictan los árbitros (laudos), sólo son recurribles por violación del Orden Público ante los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas por cuestiones meramente formales o procesales, y muy excepcionalmente sobre el fondo de lo laudado.

La normativa básica al respecto es la LA 2003<sup>84</sup> que, entre el resto de las normas del procedimiento arbitral, regula los supuestos de recusación y abstención<sup>85</sup> con apelación a causas genéricas y abiertas, junto con la obligación, de oficio o a instancia de parte, de revelación de circunstancias personales que pudieran afectar a la pretendida independencia e imparcialidad, (neutralidad), obviamente también predicable de quienes ejercen la función jurisdiccional de naturaleza arbitral y también, aunque no se

establece de forma expresa -y sólo tratada en reciente jurisprudencia- de aquellas instituciones y sus miembros, encargados de la administración de los procedimientos arbitrales. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de julio de 2018 (núm. 34/2018) de forma muy contundente, y sobre el vacío normativo al respecto, ha establecido, que *mutatis mutandis* se han de exigir las mismas condiciones de independencia e imparcialidad establecidas para los árbitros, a las instituciones que administren procedimientos arbitrales, y a sus miembros<sup>86</sup>. Se señala en la Exposición de Motivos de la Ley respecto de la independencia e imparcialidad de los árbitros:

*Se establece el deber de todos los árbitros, al margen de quien los haya designado, de guardar la debida imparcialidad e independencia frente a las partes en el arbitraje. Garantía de ello es su deber de revelar a las partes cualquier hecho o circunstancia susceptible de poner en duda su imparcialidad o independencia. Se elimina el reenvío a los motivos de abstención y recusación de jueces y magistrados, por considerar que no siempre son adecuados en materia de arbitraje ni cubren todos los supuestos, y se prefiere una cláusula general.*

*Respecto del procedimiento de recusación, la premisa es una vez más la libertad de las partes, ya sea por acuerdo directo o por remisión a un reglamento arbitral.*

*En su defecto, se establece que sean el árbitro o los árbitros quienes decidan sobre la recusación, sin perjuicio de poder hacer valer los motivos de recusación como causa de anulación del laudo. La posibilidad de acudir directamente a los tribunales frente a la decisión desestimatoria de la recusación tendría, sin duda, la ventaja de una certidumbre preliminar sobre la imparcialidad, pero se prestaría a una utilización dilatoria de esta facultad. Se estima que serán mucho menos frecuentes los supuestos en que*

*una recusación será indebidamente desestimada y dará lugar a la nulidad de todo el procedimiento arbitral que los casos en que se formularían pretensiones inmediatas ante la autoridad judicial con la finalidad de dilatar el procedimiento.*

En cualquier caso y al margen de las muy profundas diferencias respecto al procedimiento de recusación de árbitros en relación con el establecido para jueces y magistrados, la disparidad fundamental la encontramos en la consideración de la “duda justificada” como causa autónoma y abierta prevista en el artículo 17 de la LA y que, sin embargo, no figura ni en la LOPJ ni en las leyes procesales como causa de abstención o recusación de jueces y magistrados.

Entiende la doctrina que el sistema de recusación arbitral incorpora en el citado precepto una cláusula general y abierta con un propósito deliberadamente indeterminado para garantizar en mayor medida esa imparcialidad e independencia.

Esta previsión determina que lo que ha de valorarse no es tanto la propia imparcialidad o independencia, sino la justificación de las dudas que pudieran surgir, lo que evidentemente ha de llevar siempre a un análisis casuístico<sup>87</sup>. Para que el lector se haga una cabal idea de cómo funciona en la práctica este particular sistema se reproduce, en su parte bastante a estos efectos, la aceptación de una recusación por “duda justificada” del presidente de un tribunal arbitral que posteriormente acabo con transacción entre las partes.

*Nótese el lenguaje utilizado:*

*5. En mi opinión, lo anterior revela la falta de fundamento de la acusación de la Demandada y los Intervinientes. En cualquier caso, como Árbitro Presidente, es esencial que las partes*



*confíen plenamente en mí y, ya sea por razones fundadas o no, parece obvio que la Demandada y los Intervinientes han perdido esa confianza.*

*6. Como resultado de eso, y reiterando mi imparcialidad e independencia, me retiro como Árbitro Presidente en este caso.*

No obstante, siempre ha de tenerse en consideración que la independencia e imparcialidad de los árbitros nunca se presumirá, al menos bajo la dicción e interpretación actual del artículo 17.3 de la LA, como la de los jueces y magistrados. En ese sentido es claro que<sup>88</sup>:

*A la vista de la dicción literal del 17.3 LA, del principio de igualdad de las partes recogido en el artículo 24 LA y del que -según creemos- es el espíritu y finalidad de estas normas, entendemos que la Ley de Arbitraje establece como valor superior del sistema arbitral el derecho de las partes a un árbitro independiente e imparcial, sin que pueda presumirse la independencia e imparcialidad del árbitro como ocurre con el juez .... Es por ello por lo que, si concurren circunstancias que generen dudas sobre el particular, debe inclinarse la balanza del lado de la abstención o, en su defecto, recusación del árbitro.*

*Y desde esta perspectiva el artículo 17.3 de la Ley de Arbitraje de 2003 positiviza un principio general del derecho arbitral que sería el de “in dubio pro separatione”, que define el sistema arbitral en esta materia y lo diferencia del sistema de recusación y abstención de jueces y magistrados.*

Algo así resulta de difícil equiparación respecto a la recusación de un juez o magistrado, si bien, como ya se ha adelantado, la “duda razonable o justificada” se empieza a abrir puertas también respecto de la judicatura por la vía jurisprudencial y en

función de la doctrina establecida en las SSTC de 22 de julio de 2014 (núm. 133) y la de 15 octubre de 2009, que se comentarán en el Capítulo IV.3.

También destacable resulta que a diferencia del sistema previsto para la recusación de jueces y magistrados en el que normativamente se encuentra prevista la imposición de costas y de multa en caso de apreciarse mala fe, nada se contempla al respecto en la Ley de Arbitraje lo que tiene su sentido con el actual sistema de control de garantías que sólo permite el examen de las condiciones de independencia e imparcialidad de los árbitros ante los Tribunales Superiores de Justicia en el procedimiento de anulación de un laudo.

No obstante, las especiales circunstancias, comprobadas por dilatada y extensa experiencia, en las que se desenvuelve el arbitraje institucional en nuestro país, llevan a establecer que el sistema dista muy mucho de garantizar los elementos de independencia e imparcialidad tanto de las instituciones administradoras de arbitrajes y sus miembros<sup>89</sup> como de los propios árbitros y ello más allá de lo que determina una normativa que no se puede menos que calificar de voluntarista.

Voluntarismo éste que lleva, demasiado a menudo, a que situaciones arbitrales donde la abstención y, ante su falta, la recusación es rechazada, obliga a seguir un largo camino hasta el dictado del laudo y, después, la eventual anulación judicial del mismo. Se transcribe parcialmente a continuación un escrito que pone de manifiesto la disfunción del sistema ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid interpuesto en un procedimiento arbitral en el cual hubo que proceder a la recusación de todos los miembros del Tribunal Arbitral y de la propia institución administradora de un concreto arbitraje. En dicho procedimiento se dictó la nulidad de un laudo por el Tribunal

Superior de Justicia de Madrid<sup>90</sup> por falta de imparcialidad e independencia y mediante un recurso de “rectificación y aclaración”<sup>91</sup> de la parte afectada por la nulidad del laudo, se puso en entredicho la sentencia anulatoria con duros reproches. Ante el recurso, se alegó, entre otros argumentos, por la parte que había instado la anulación lo siguiente:

*Por ello, y en realidad, lo que está en juego es el control mismo en nuestro Reino de la práctica, tan alejada del espíritu y de la doctrina, de un perverso y endogámico sistema arbitral, que sólo muy limitadamente, por lo dispuesto en la Ley de Arbitraje puede ser ejercitado por las salas de los Tribunales Superiores de Justicia. Pues bien, esa Sala a la que tenemos el honor de dirigirnos, desde hace tiempo está poniendo coto con su rigurosa doctrina, no exenta de distintas sensibilidades, a los “desmanes” que poco a poco van aflorando en un sistema arbitral, que, por su estructura y naturaleza fáctica, permite que los poderosos campen a sus anchas.*

*Entre otras graves ineficiencias, y lo decimos sin desmerecer a los muchos que actúan con absoluto rigor y honestidad, el sistema de remuneración de los árbitros propicia que estos sean propensos, siquiera de forma inconsciente, a permanecer en el encargo hasta la finalización del arbitraje, hasta el punto de que en nuestro país la recta aplicación del consagrado principio de kompetenz kompetenz (<sup>92</sup>) acaba siendo, en muchos casos, un simple desiderátum. Por añadidura las listas de árbitros en las instituciones arbitrales, lleva a que los que acaban siendo designados árbitros “agradezcan” el nombramiento y pensando en futuros procedimientos, sean “dóciles” a influencias directas o indirectas, sutiles o abiertas de quienes les nombran.*

*A ello se nos lleva, por un lado, en muchos casos, por las elevadas remuneraciones y por otro por la complejidad de una rápida*

*y contundente materialización del régimen de responsabilidad previsto en el artículo 21 de la Ley de Arbitraje que en la práctica apenas despliega sus efectos. Por otro lado, las instituciones de administración de arbitrajes <sup>(93)</sup> y sus miembros viven de estos y no pueden defraudar a sus poderosos y solventes “clientes”, que mayoritariamente son los que las designan en los convenios arbitrales más o menos impuestos o de adhesión.*

*En fin, podríamos seguir destacando lo que resulta “máxima de la experiencia” para cualquier operador jurídico que haya convivido con esta realidad, pero a los efectos aquí pretendidos nos parece suficiente ya que enmarca y desenmascara –junto con lo que concretamente diremos– el “por qué” y el “cómo” del prepotente escrito del que trae causa el presente [...] no pasará desapercibida la encendida defensa de los intereses de las entidades financieras de hurtar a los tribunales el conocimiento de sus desmanes a los tribunales ordinarios, pretendiendo ocultar en el “equivalente jurisdiccional” que tan bien controlan, todas sus perversiones e ilícitos. Por todo ello no gustan las sentencias de esa Sala, porque no sólo controlan los laudos, sino que, como consecuencia de ese control, se pone en tela de juicio el sistema que, hasta recientemente, y al margen de cualquier ética o principio jurídico, tantos réditos vienen aportando a los poderosos y a quienes por interés propio “les bailan el agua” si se nos permite esta coloquial expresión. Todo un cuidado entramado de ilegítimos intereses oculto en un aparentemente muy respetable “equivalente jurisdiccional” que utiliza además plataformas, como los clubs de arbitraje desarrollando un cuidado networking.*

Lo referido y el propio contenido de la sentencia ponen claramente de manifiesto que la independencia e imparcialidad de las instituciones arbitrales se encuentran en tela de juicio, hasta el punto de que en fecha 25 febrero 2019, quién fuera presidente en funciones del Tribunal Superior de Justicia de Ma-

drid, el Magistrado don Juan Pedro Quintana Carretero hizo pública la siguiente manifestación como se recoge en “*Lawyerpress News*”<sup>4</sup>:

*[...] se ha referido a la “responsabilidad institucional” de los Colegios a la hora de fomentar buenas prácticas en materia de arbitraje ya que, en su opinión, son los colegios profesionales los que tienen “legitimidad, solvencia y las notas de independencia e imparcialidad” que otro tipo de instituciones “no verían tan claramente reconocidas”.*

La cuestión es de suma trascendencia dado que únicamente proviene de una construcción jurisprudencial<sup>5</sup> el que, al igual que los árbitros, las instituciones arbitrales deban reunir las características de independencia e imparcialidad. En efecto ni una palabra al respecto en la *Ley de Arbitraje* ni en los reglamentos de las instituciones arbitrales, como tampoco nada se prevé respecto a la abstención o recusación de los miembros y órganos encargados de la designación de los árbitros o de la administración del arbitraje o sobre el procedimiento a seguir para cuestionar la inhabilidad de los mismos sin que, además, pueda producirse un control jurisdiccional previo o coetáneo a la sustanciación del arbitraje, de forma que cualquier denuncia sobre una presunta falta de idoneidad de la institución o sus miembros sólo puede producirse *ex post* vía anulación del arbitraje. En resumidas cuentas, un sin sentido que deja vacía cualquier garantía de preservación de derechos fundamentales.

Para cerrar este apartado se han elegido unas pocas sentencias, al margen de las que se referirán en el próximo Capítulo IV, para apreciar la interpretación que respecto a imparcialidad e independencia de árbitros e instituciones arbitrales ofrece nuestra jurisprudencia en procedimientos de anulación de laudos, que son las siguientes:

1.- Falta de imparcialidad e independencia del árbitro. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de enero 2017<sup>96</sup>

La sentencia resuelve un recurso de anulación interpuesto por la parte demandada en un arbitraje cuyo laudo fue dictado por un árbitro único bajo la administración de la Corte Española de Arbitraje. Se alega para la anulación la falta “radical” de independencia e imparcialidad puesto que el árbitro designado ocultó que era el director de la asesoría jurídica de una entidad que tenía numerosas relaciones profesionales con la parte demandante del procedimiento arbitral. Se denuncian como vulnerados los artículos 24 de la CE, 1.7 de la LA, el *Reglamento de la Corte Española de Arbitraje* y la *Guía Internacional de Conflicto de intereses del Arbitraje*. Se puede leer en la sentencia.

*En el procedimiento de designación de árbitros, como en la designación misma, se ha de observar, de un lado, un mandato legal, y, de otro lado, una prohibición: el mandato viene impuesto por el artículo 15.2 LA cuando establece que en el procedimiento para la designación de árbitros no se puede vulnerar el principio de igualdad; la interdicción aparece en el artículo 17.1 LA cuando, tras afirmar que “todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial”, añade: “En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial”.*

*En total coherencia con esa prohibición la Ley establece una obligación correlativa: la obligación de la persona propuesta como árbitro y también del árbitro, a partir de su nombramiento, de “revelar todas las circunstancias que puedan lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia”*

*(artículo 17.2 LA); más aún: el precepto precisa con mayor detalle el alcance de esa obligación para el caso de que el árbitro ya haya sido designado: entonces su deber consiste “en revelar a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida”. En suma: el árbitro deberá proporcionar la información que pueda suscitar dudas sobre su imparcialidad o independencia con carácter previo a su aceptación, en la medida en que el artículo 17.2 LA expresa claramente que esa obligación recae sobre ‘la persona propuesta para ser árbitro’. Pero ese deber se mantiene a lo largo de todo el proceso de arbitraje, de manera que el árbitro ya nombrado está obligado a revelar “sin demora” las circunstancias sobrevenidas -o anteriores, pero no comunicadas- que pudieran afectar a su imparcialidad e independencia [...].*

*A los presentes efectos no es determinante el hecho de que no fuera indagado tal extremo por (...) en el procedimiento arbitral, ni que constara en internet la trayectoria profesional del Sr. (...), ya que la falta de imparcialidad apuntada implica una vulneración del orden público, susceptible de protección ex artículo 41.1.f) LA, que el mismo comprende la tutela de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución. [...]*

*Hay que tener en cuenta que la merma de la garantía de la imparcialidad lleva aparejada la infracción del derecho a que el proceso arbitral sea justo o equitativo, en expresión del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, siendo un supuesto de quiebra de esa igualdad la infracción de un principio elemental “que quien juzga no sea una de las partes (nemo iudex in causa propria), por lo que no cabe aplicar el artículo 6 de la LA, pues las causas de nulidad que afectan al orden público puede ser apreciada de oficio.*

## 2.- Falta de imparcialidad del árbitro. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de noviembre 2016<sup>97</sup>:

Se trae a colación esta sentencia por cuanto se declaró la nulidad del laudo arbitral en un ejercicio de extremada “pulcritud” por parte de la Sala. Se trata de un arbitraje administrado por el Tribunal Arbitral de Barcelona entre una compañía mercantil y una entidad bancaria, en el cual fue nombrado árbitro único un notario de la plaza de Madrid, que emitió sendos laudos parciales, a instancia de la recurrente y con pronunciamientos en contra de la caducidad del procedimiento arbitral y de nulidad o inexistencia del convenio arbitral.

Si bien las causas de nulidad alegadas son múltiples y se entremezclan distintas cuestiones jurídicas, cabe destacar la invocación de la falta de independencia e imparcialidad del árbitro y de la institución arbitral (en base al artículo 41.1.d) y 41.1.f) de la LA), por las relaciones profesionales del primero como notario con la entidad instante del arbitraje. Esta entidad introduce a su vez como contraargumentación la de que las posibles relaciones entre ambos no pueden ser calificadas de “clientelismo” ni pueden comprometer la recta actuación del árbitro. La sentencia declaró:

*La exigencia categórica e indeclinable del artículo 17.1 LA (RCL 2003, 3010) debe entenderse referida tanto al momento presente como al momento futuro. De un lado, la Ley quiere destacar que, en el momento de la designación como árbitro, no deben existir ciertas relaciones entre los árbitros y las partes -una o todas- que puedan poner en entredicho las garantías de imparcialidad e independencia.*

*De otro lado, la prohibición no puede dejar de proyectarse pro futuro, de tal modo que las partes no se relacionen extraproce-*



*salmente con el árbitro mientras se desarrolla el procedimiento arbitral y hasta que se dicte el laudo. Tales relaciones podrían dar lugar a sospechas fundadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro; de ahí que, para evitar recusaciones por esos motivos sobrevenidos, el legislador impone el deber de que entre las partes y los árbitros se mantenga la distancia necesaria que requieren las garantías de neutralidad e independencia. Estamos, en efecto, ante una verdadera prohibición: la Ley prohíbe tales relaciones, y si éstas existieran en el momento de la designación -en determinados casos incluso antes podrían ser alegadas como motivo de recusación y, en su caso, dar lugar a la sustitución del árbitro.*

*En total coherencia con esa prohibición la Ley establece una obligación correlativa: la obligación de la persona propuesta como árbitro y también del árbitro, a partir de su nombramiento, de “revelar todas las circunstancias que puedan lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia” (artículo 17.2 LA); más aún: el precepto precisa con mayor detalle el alcance de esa obligación para el caso de que el árbitro ya haya sido designado: entonces su deber consiste “en revelar a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida”. En suma: el árbitro deberá proporcionar la información que pueda suscitar dudas sobre su imparcialidad o independencia con carácter previo a su aceptación, en la medida en que el artículo 17.2 LA (RCL 2003, 3010) expresa claramente que esa obligación recae sobre ‘la persona propuesta para ser árbitro’. Pero ese deber se mantiene a lo largo de todo el proceso de arbitraje, de manera que el árbitro ya nombrado está obligado a revelar “sin demora” las circunstancias sobrevenidas -o anteriores, pero no comunicadas- que pudieran afectar a su imparcialidad e independencia. Y ello en el bien entendido de que lo determinante para apreciar la parcialidad del árbitro no es la infracción del deber de revelación -por más que pueda ser un indicio de la falta*

*de neutralidad-, sino que “lo esencial es que las circunstancias no reveladas a las partes en el procedimiento arbitral denotaran la falta de condiciones de imparcialidad o independencia” (FJ 7, STSJ Madrid nº 61/2015 (PROV 2015,239445) [...]*

*Nadie duda de los rasgos definitorios o inherentes al recto ejercicio de la función notarial -asesoramiento imparcial en la observancia de la legalidad.*

*Pero lo relevante para la decisión del presente caso no es cómo el Notario desempeña su cometido, sino si éste, aun rectamente ejercitado, puede entrañar una colusión de intereses con la función arbitral, que es de naturaleza pública y que tiene sus propias e ineludibles exigencias de imparcialidad e independencia. [...]\_A la luz de lo que antecede, de los hechos probados y de la doctrina expuesta, resulta absurdo e inadmisibile pretender que las dudas objetivas sobre la imparcialidad de un árbitro que tiene relaciones profesionales con una de las partes cuando es designado y durante el desarrollo del arbitraje hayan de fundarse en la existencia de una “corriente de negocio preponderante a nivel cualitativo o cuantitativo”.*

*El inequívoco planteamiento del artículo 17.1 LA (RCL 2003, 3010) es, ya lo hemos visto, justamente el inverso del que hace la demandada siguiendo los postulados del TAB: “en todo caso, -dice la Ley- el árbitro no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o mercantil”.*

*Se trata de un mandato general e incuestionable del Legislador; no decimos con esto que no sea imaginable algún supuesto extremo -v.gr., por su nimiedad- que pudiera excepcionar la regla general, pero no, desde luego, en el caso objeto de nuestro enjuiciamiento. [...]*

*En suma: vistas las circunstancias del caso, la Sala entiende como razonables y objetivamente fundadas las dudas de [...] sobre la imparcialidad del árbitro, [...], que debió abstenerse y, en su caso, ser removido por el TAB. Los Laudos impugnados infringen, pues, el orden público al haber sido dictados por un árbitro no imparcial.*

### 3.- Falta de imparcialidad e independencia de la institución administradora del arbitraje. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de noviembre de 2014<sup>98</sup>

Se refiere a una acción de anulación interpuesta por la parte demandante en un laudo arbitral en el que se alega la falta de imparcialidad (neutralidad) en la intervención de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de la Comunidad de Madrid (vulneración del artículo 41.1.f) de la LA por cuestión de orden público). Existe una “colusión de intereses” por cuanto la Corte de Arbitraje de Madrid se integra en la Cámara de Comercio e Industria de la Comunidad de Madrid, la cual es propietaria significativa, a su vez, de la parte demandada en el procedimiento arbitral. Se alega también, que la parte demandada en el arbitraje impuso a la demandante un contrato de adhesión en el cual se contenía la sumisión a la Corte de Arbitraje de Madrid que es quien ha designado al árbitro. La contraargumentación se basa en que el supuesto no se encuentra recogido legalmente, que la institución arbitral se limita a la administración del arbitraje siendo la decisión sobre el fondo cuestión exclusiva del árbitro y que la relación que se denuncia era notaria y publica. Dice la sentencia:

*No se discute, pues, que el árbitro que dicta el laudo haya sido parcial, o incurrido en causa de abstención, sino el hecho mismo de que CORTE DE ARBITRAJE DE MADRID haya admi-*

*nistrado este arbitraje sin haber puesto en conocimiento de las partes que la institución en que se encuadra es propietaria del 30,72% de la demandada en el arbitraje, con la consiguiente colusión de intereses. [...]*

*La Ley de Arbitraje es muy clara al fijar los cometidos básicos de las instituciones arbitrales: “la administración del arbitraje y la designación de árbitros [...], velar por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como su independencia” (apdos. 1 y 3 del artículo 14 LA). Tanto en la designación de árbitros (artículo 15.1 LA) como en la sustanciación de las actuaciones arbitrales (artículo 24.1 LA) la institución arbitral ha de respetar el principio de igualdad. Las funciones que desempeñan las Cortes de arbitraje al administrarlo -nombramiento de árbitros, comunicaciones entre las partes, fe del procedimiento arbitral...-, han de estar presididas, es incuestionable, por el respeto al principio de igualdad, lo que es tanto como decir que la Corte arbitral ha de actuar con neutralidad respecto de las partes, con desinterés respecto del thema decidendi, y con independencia, con ausencia de vínculos de sujeción -más allá de los que son propios de o inherentes al arbitraje institucional- que puedan poner en entredicho, fundadamente, la ecuanimidad de su proceder. [...] Asimismo, el Estatuto de la Corte de Arbitraje de Madrid comienza señalando que la Corte “se constituye como un servicio de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid (artículo 1º), con las funciones que se determinan en su artículo 2º, y que pormenoriza el Reglamento respecto del nombramiento de árbitros y, en general, de la administración del arbitraje. Frontispicio del Estatuto es también la declaración, enfatizada por la parte aquí demandada, de que “en la administración de los procedimientos arbitrales la Corte actuará con total independencia de los restantes órganos de la Cámara” [...]*

*Esa neutralidad subjetiva y ese desinterés objetivo, necesarios en el caso concreto, se predica, desde luego, de cada uno de los miembros de la Corte (artículo 9º de los Estatutos), pero también de la Corte misma (artículo 3º de los Estatutos) y, por inexcusable conexión o consecuencia, se ha de extender a la corporación, asociación o entidad sin ánimo de lucro que haya creado la Corte y que, directamente, designa sus órganos de gobierno. Esta es una necesidad sentida, fuera y dentro de España, por los operadores del arbitraje. No ignora la Sala, dicho sea a modo de ejemplo, las recomendaciones del Club Español del Arbitraje (CEA) sobre buenas prácticas arbitrales, y en particular -porque hace al caso- aquella que señala que las instituciones arbitrales actuarán de forma independiente y neutral, especificando -v.gr., deber 6-, sub epígrafe De los conflictos de intereses, cómo dichas instituciones “deberán informar a las partes de cualquier situación que pueda generar dudas sobre su independencia y neutralidad” (imparcialidad e independencia de las instituciones arbitrales que se reitera en la recomendación VII del CEA sobre independencia e imparcialidad de los árbitros) [...]*

*La exigencia más clara, más incontestable del principio de igualdad en el ámbito del arbitraje es la que obliga a respetar un principio muy elemental: que quien juzga o administra el arbitraje no sea una de las partes o adolezca de la ecuanimidad necesaria para desempeñar tales cometidos [...]*

*Pues bien, es incontestable que la ratio de la vigente LA es la misma que la de su inmediato precedente por exigencia constitucional: limitar las cláusulas leoninas o abusivas en beneficio de una de las partes, como concreción en el ámbito del arbitraje de lo que no es sino un límite general de la autonomía de la voluntad contractual expresamente regulado en el artículo 1256 del Código Civil [...]*

*En este sentido, son innegables los estrechos y lógicos vínculos de dependencia, personal y orgánica, entre CAM y la institución en la que se encuadra [...].*

#### **4.- Convenio arbitral inexistente o inválido por infracción del principio de igualdad. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de julio 2018<sup>99</sup>**

En este caso, la institución encargada de la administración de un arbitraje (Corte Española de Arbitraje de Madrid) mantiene intensas relaciones con una de las partes (instante del procedimiento arbitral) y, además, mantiene con la otra parte (instada en el procedimiento arbitral) una serie de procedimientos contenciosos derivados de un anterior arbitraje sobre el mismo asunto y con las mismas partes, que fue anulado por el la Audiencia Provincial de Madrid (entonces, órgano judicial competente para conocer de la nulidad) por, entre otras cuestiones, falta de imparcialidad del árbitro-presidente. Tras un exhaustivo análisis, con además un voto particular convergente y otro divergente, se concluye que, con base en el principio de igualdad, la institución arbitral nunca debió aceptar la encomienda del arbitraje y, por tanto, el laudo dictado es nulo.

*En principio, la imparcialidad que se predica en la Ley de Arbitraje (RCL 2013, 3010) viene referida a los árbitros, no a la institución administradora del arbitraje. [...]*

*Ahora bien, el citado criterio ha sido matizado por este Tribunal, en el sentido de que sí bien, este criterio, correcto con carácter general –aun cuando admita matizaciones–, pues responde a la concepción –legal y doctrinalmente aceptada– de que la imparcialidad ha de predicarse de quien tiene que resolver a lo largo del proceso, no obsta a la debida preservación de principios básicos del quehacer jurisdiccional y también del arbitraje,*

*en tanto en cuanto éste es un “equivalente jurisdiccional”, en locución ya clásica del Tribunal Constitucional: principios básicos tales como el de igualdad a lo largo de todo el procedimiento arbitral, conciliado con la necesaria libertad a la hora de emitir la voluntad de someterse a arbitraje. [...]*

*De ahí que sea evidente de toda evidencia que la sumisión a una institución arbitral deba realizarse con plena libertad en la declaración de voluntad –incompatible con la desigualdad de las partes o con la situación de preeminencia de una sobre la otra-, y que resulte asimismo incuestionable que la posición de la institución arbitral en el ejercicio de sus funciones, que aúna y representa la voluntad de ambas partes, haya de estar regida por la debida ecuanimidad [...] Tal y como ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal, entre otras, en las sentencias de 14 de noviembre de 2014, y 10 de mayo de 2016, entre otras: “De entrada, resulta innegable la conexión que existe entre la autonomía de la voluntad de los contratantes, que ha de ser ejercida con libertad y en condiciones de igualdad, y la “limitación” que a esa autonomía supone la aceptación de un arbitraje institucional, que precisamente por ello ha de ser una aceptación libre y respetuosa con el principio de igualdad, cuya quiebra no sería admisible aun en el caso de que fuera consciente y deliberada. [...]*

*Dadas las amplias funciones de la Corte, que hemos indicado, se deben extremar las cautelas en el arbitraje institucional, lo que se traduce en el escrupuloso respeto al principio de igualdad, lo que es tanto como decir que la Corte arbitral ha de actuar con neutralidad respecto de las partes y con pleno desinterés respecto del thema decidendi. Esa neutralidad subjetiva y ese desinterés objetivo, necesarios en el caso concreto, se predica, desde luego, de cada uno de los miembros de la Corte (artículo 9º de los Estatutos). También debemos traer a colación, tal y como lo*



*hace la demandante, las recomendaciones del Club Español del Arbitraje (CEA) sobre buenas prácticas arbitrales, y en particular la que señala que las instituciones arbitrales actuarán de forma independiente y neutral, especificando —v.gr., deber 6-, sub epígrafe De los conflictos de intereses, cómo dichas instituciones “deberán informar a las partes de cualquier situación que pueda generar dudas sobre su independencia y neutralidad” (imparcialidad e independencia de las instituciones arbitrales que se reitera en la recomendación VII del CEA sobre independencia e imparcialidad de los árbitros) [...]. Si lo anterior no fuera suficiente, también ha quedado acreditado que entre el Consejo Superior de Cámaras, al que pertenecía la Corte de Arbitraje de Madrid, y (...) existían litigios, y hay que tener en cuenta que esa neutralidad subjetiva y ese desinterés objetivo, necesarios en el caso concreto, ha de predicarse, desde luego, de cada uno de los miembros de la Corte (artículo 9º de los Estatutos) y de la Corte misma (artículo 3º de los Estatutos), pero también, por inexcusable conexión o consecuencia, se han de extender a la corporación, asociación o entidad sin ánimo de lucro que haya creado la Corte y que, directamente, designa sus órganos de gobierno [...]*

*Tal y como ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal la exigencia más clara, más incontestable del principio de igualdad en el ámbito del arbitraje es la que obliga a respetar un principio muy elemental: que quien juzga o administra el arbitraje no sea una de las partes o adolezca de la ecuanimidad necesaria para desempeñar tales cometidos. Y, con mayor motivo, esta conclusión debe ser sostenida cuando la lesión del principio de igualdad se produce en el origen mismo del arbitraje, con la restricción indebida de la libertad negocial. La nulidad del convenio que se predica de la vulneración del principio de igualdad con respecto a la designación de árbitros ha de ser afirmada, al menos con idéntica razón, del convenio arbitral que encomien-*



*da la administración del arbitraje –con todas las competencias y facultades que de ella se siguen- a una institución respecto de la que, fundadamente, quepa apreciar que adolece del desinterés objetivo y de la neutralidad subjetiva imprescindibles para el desempeño de su cometido. En tales circunstancias no estaríamos ante un auténtico contrato de arbitraje, convenido con el respeto al principio de igualdad que la Ley y la Constitución demandan, sino ante una posición de predominio y de abuso de una parte sobre otra, incompatible con un consentimiento arbitral válido [...].*

Es de destacar de esta sentencia, el voto particular concurrente del magistrado Excmo. Don Jesús María Santos Vijande, que después de invocar la doctrina jurisprudencial sobre la necesidad de extremar las cautelas en el arbitraje institucional al objeto de respetar el principio de igualdad (o lo que es lo mismo *actuar con neutralidad respecto de las partes y con pleno desinterés respecto del thema decidendi*) y, en consecuencia evitar cualquier posible conflicto de interés (*deberán informar a las partes de cualquier situación que pueda generar dudas sobre su independencia y neutralidad*), centra la cuestión concreta objeto de la sentencia en lo siguiente:

*En suma: he de convenir con la demandante, sin la menor duda, en que los Estatutos de la Corte no evidencian ningún mecanismo de aseguramiento de su independencia de la Cámara de Comercio de España ni desde el punto de vista orgánico, ni administrativo, ni financiero.*

*Mecanismos que, a mi juicio, son insoslayablemente exigibles cuando es parte en el arbitraje quien, ex lege, integra la CCE –artículo 20.3 L. 4/2014 y artículo 1 RCCE- en calidad de “gran empresa de mayor contribución”, entre las cuales se halla el (...), con la consiguiente asignación de puestos en los órganos*

*de dirección del CCE –arts. 25.2.b), 26.2 y DT 2ª.3 de la Ley 4/2014-, pudiendo influir decisivamente en el nombramiento de quienes a su vez componen los órganos de la CEA, cuando no formar directamente parte de los mismos, como es el caso del Comité Permanente de la CEA. En este sentido, sobre la base de la doctrina supra transcrita –que expresamente afirma la singularidad de la independencia de las Cortes de Arbitraje y su no exacta asimilación a la independencia judicial por razones obvias-, se ha de ponderar el hecho plenamente acreditado de que, desde su constitución, el Grupo [...] ha estado presente en el Pleno y en el Comité Ejecutivo de la CCE del modo siguiente –docs. 92 y 93 de la demanda: [...]*

*A la luz de lo expuesto, creo que la sentencia debió examinar si la presencia de [...], en los órganos de gobierno de la CCE y, en su caso, en la CEA, tenían, como creo, un efecto determinante de la plena ineficacia del convenio, si bien por razones sobrevenidas: en concreto, por quiebra de la apariencia de neutralidad y de la debida independencia, rectamente concebidas, que han de presidir la actuación de toda Corte llamada a administrar un arbitraje.*

*Sobre este extremo son precisas unas breves reflexiones finales.*

*Nada hay que objetar, obvio es decirlo, a que la CCE dependa económicamente de un modo significativo de una “gran empresa de mayor contribución”, en el caso del [...].*

*Ahora bien; no cabe decir lo mismo, insisto, a la vista de los Estatutos de la Corte Española de Arbitraje, de las consecuencias que ese subvenir a la financiación de la CCE tienen, por disposición legal, en cuanto a la presencia de [...] en los órganos de gobierno de la CCE y, en consecuencia inexorable –por disposición estatutaria de la CEA-, de su capacidad de decisión e influencia en la cooptación y/o remoción de quienes han de*

*integrar los órganos de gobierno de tal Institución arbitral; dándose incluso el caso de que altos directivos de [...] formen parte de la propia estructura orgánica de la CEA, y que tal suceda por su pertenencia al Comité Ejecutivo de la CCE. [...]*

*Pero lo que es aún más importante: desde la instauración del nuevo sistema de financiación de la Cámara de Comercio de España y de la cooptación de sus órganos de gobierno, puestos en conexión con el no modificado Estatuto de la CEA, tengo que concluir que en [...] pudieron razonablemente surgir, amén de las cuitas que ya venía expresando desde 2011, dudas fundadas, del todo ajustadas a razón, sobre el desinterés objetivo de la entidad administradora del arbitraje, sobre su neutralidad y sobre la ausencia de vínculos de dependencia con los máximos dirigentes, a nivel nacional e internacional, de la financiera [...], contraparte de [...] en un arbitraje de nada irrelevante cuantía económica —por encima de los trescientos millones de euros, considerando la demanda y la reconvencción. [...]*

*Esta conclusión es coherente con algo que ya ha afirmado esta Sala con total claridad, v.gr., en su sentencia —supra citada— 70/2016, de 4 de noviembre (FJ 6º), a saber: que la parcialidad de la Corte Arbitral a quien se encomienda la administración del arbitraje “puede ser sobrevenida a la ratificación del propio convenio, privándolo de eficacia, dado su carácter normativo”.*

*En suma: compartiendo la argumentación que plasma la sentencia, ésta debió también haber sustentado su decisión anulatoria en las razones que, con el máximo respeto, expreso en este voto concurrente, pues tienen indudable virtualidad —mientras permanezcan las vinculaciones expresadas entre la CCE y la CEA, y la falta de autonomía estatutaria de ésta respecto de aquella—, para postular, con el debido fundamento, la invalidez sobrevenida del convenio arbitral en su día suscrito [...]*

Teniendo en cuenta que el actual sistema arbitral que se ha descrito aparece como mucho más sensible a las influencias externas e internas de quienes deben laudar o administrar institucionalmente un procedimiento arbitral, fácil resulta concluir que habría que regular la posibilidad de un rápido control judicial<sup>100</sup>, previo a la emisión del laudo, compatible con el posterior de su nulidad, evitando abusos y retrasos deliberados del procedimiento, por la vía de establecer una penalidad económica u otros mecanismos sancionadores<sup>101</sup>, facilitando así la separación expeditiva de árbitros, de instituciones administradoras o de alguno de sus miembros de los procedimientos arbitrales en aquellos casos que resulte evidente la inhabilidad para laudar o administrar el procedimiento y todo ello a la luz de la jurisprudencia sobre la normativa contenida en la *Ley de Arbitraje* y la *Ley Modelo*<sup>102</sup>, oxigenándose así, al tiempo, los casos de nulidad de laudos arbitrales ante los Tribunales Superiores de Justicia.

La propia Exposición de Motivos de la vigente LA (resultado, sin duda y en buena parte, de los poderosos *lobbies* arbitrales) apunta que la razón por la que no se prevé el inmediato control judicial de árbitros e instituciones es por el temor a un uso torticero de la facultad de recusar encaminado al retraso del procedimiento. Se antoja que resulta peor el remedio que la enfermedad -más cuando se podría establecer que la recusación interesada en vía jurisdiccional, no paralizase el procedimiento- y una clara disfunción del sistema de garantías de protección de derechos fundamentales con claros perjuicios de tiempo, coste y daños irreversibles para quién se ve sometido a un procedimiento, de una única instancia, en manos de árbitros o instituciones potencialmente parciales, cuyo laudo no resulta susceptible de apelación y por cuanto además éste resulta ejecutivo, aunque se ejerza la acción de anulación que exclusivamente ha de versar sobre cuestiones de orden público<sup>103</sup>.

Se debería, al tiempo, vigorizar y agilizar el procedimiento de responsabilidad compensatoria de los árbitros y de las instituciones arbitrales (artículo 21 de la LA) derivada de los casos de anulación de laudos, que en la práctica forense carecen de virtualidad incluso respecto de clamorosos casos de falta de imparcialidad, a través de las enunciativas medidas que se apuntan a continuación a modo de líneas de trabajo. Así se debería proceder al cambio del mencionado artículo 21 de la LA<sup>104</sup>, ya que con su actual redactado la responsabilidad se circunscribe, como literalmente indica el precepto, a supuestos materiales de *mala fe, temeridad o dolo*. Bastaría con la referencia a cualquier clase de culpa o negligencia del árbitro. Sin responsabilidad efectiva y sin consecuencias para quien se desvíe de la importante función que tiene encomendada, se propicia la proliferación de todo tipo de influencias que, a la postre, determinan que la independencia e imparcialidad sean meras expresiones vacías de cualquier contenido.

Al margen de la reclamación de daños se debería contemplar también una modificación normativa que estableciera que un laudo anulado, fuera cual fuera el motivo, implicase la directa e inmediata devolución por la institución administradora o por los árbitros del coste soportado y anticipado por la parte que hubiera instado la nulidad o incluso la devolución a ambas partes, con base en la frustración del encargo y del mandato otorgado a la institución y a los árbitros<sup>105</sup>.

El procedimiento, que obviamente habría que diseñar con las debidas garantías, tendría que estar sometido a muy cortos plazos, cómo se prevé para los juicios verbales que se tramitan en los incidentes concursales.

En paralelo debería implementarse un control efectivo por parte de la propia administración sobre las instituciones arbitrales

de derecho público, de quienes forman parte de sus órganos y especialmente de aquellos que tiene como función la designa de los miembros de un tribunal arbitral que debería ser siempre colegiada.

En efecto, si antes ya era débil el control de la Cámaras de Comercio, tras la reforma operada en 2014, éste resultará absolutamente inoperante por cuanto mayoritariamente la financiación de estas, y en consecuencia de sus departamentos arbitrales, se encuentra en manos privadas (bancos y grandes empresas)<sup>106</sup>.

Además, como complemento a lo anterior, y en línea con las declaraciones anteriormente transcritas del magistrado don Juan Pedro Quintana Carretero, habría que potenciar otras instituciones para administrar arbitrajes como los Colegios de Abogados, de Notarios o de Procuradores que se autofinancian y se encuentran mucho más alejados de influencias de emporios económicos. En definitiva, y salvando siempre a personas e instituciones que efectúan su labor desde la más estricta honestidad y rigor y que sin duda serán muchas, lo cierto es que con independencia de una mayor exposición a los sesgos cognitivos que más adelante se tratarán y en particular respecto al sesgo de conveniencia, el arbitraje en nuestro Reino merece una profunda reforma que tenga en cuenta que la diferente legislación que, desde los años ochenta, se viene modificando, no sólo no ha logrado los efectos pretendidos, sino que la experiencia práctica nos demuestra el adulterado uso a que ha dado lugar.

### **III.3.- Administración, supervisores y funcionarios**

Al margen de lo que se referirá en el capítulo siguiente sobre sesgos y, en particular, sobre el denominado *efecto Beckett*<sup>107</sup>, merecería tratamiento específico, en trabajo separado, los informes que despliegan efectos directos en el ciudadano, la mayoría

de las veces ejecutivos, y que se acompañan a resoluciones y actas de los reguladores y supervisores, por las Administraciones públicas o por organismos dependientes de la Administración Central como, entre otros muchos, la AEAT, y la ITSS<sup>108</sup>. Estos informes a modo de *pericial cualificada*<sup>109</sup>, producen efectos en los procedimientos judiciales que se entablan frente a las administraciones públicas o por esta frente al justiciable, o incluso entre partes cuando en paralelo media una denuncia ante el propio organismo o una petición judicial o de parte respecto de un informe cuya emisión haya de recaer en uno de estos organismos por su especial cualificación.

Por su importancia no se pueden obviar unas breves líneas siquiera para resaltar el *statu quo* y algunas de sus circunstancias al objeto que se producen en este ámbito y que aquí interesa.

Resulta indiscutible que la independencia e imparcialidad, con sumisión al principio de legalidad, *ex* artículo 9.3 de la CE, son condiciones que han de imperar en la actividad de la Administración, en la de los organismos de ella dependientes, y en la de sus miembros, y que en consecuencia deben verse también garantizadas y respetadas en este ámbito.

Las decisiones y resoluciones de referencia se concretan en actos administrativos que despliegan importantes efectos jurídicos y económicos, directos e indirectos, tanto de carácter cualitativo y cuantitativo como en volumen de resoluciones.

De ello no cabe duda. Piénsese en el abundante número de sectores que resultan directa y especialmente supervisados y regulados en España por un sin número de organismos jurídicamente considerados autónomos e independientes<sup>110</sup> y a los que hay que añadir las actuaciones de la AEAT y de la ITSS, entre otros, que, aunque no son considerados como reguladores y

supervisores, al ser organismos dependientes directamente del gobierno de la Nación, en la práctica y a los efectos que aquí interesan actúan como tales.

El volumen de intereses en juego resulta incalculable, por lo que las garantías respecto a la necesaria independencia e imparcialidad, que no ha recibido apenas atención por la doctrina en este ámbito, deberían extremarse y desde luego, como se ha dicho, merecen un estudio y tratamiento que excede del objeto de la presente ponencia.

Obviamente esos informes, resoluciones y actas, no pueden considerarse ni tienen la consideración de informes periciales (salvo casos muy específicos), pero si suelen terminar en un procedimiento judicial, tras el correspondiente recurso o por cualquier otra razón, desplegando ante el juez o tribunal un efecto probatorio de elevada credibilidad, dado que además en la mayoría de las ocasiones reúnen las condiciones *iuris tantum* de presunción de certeza y de veracidad, que vienen otorgadas *ex lege* por cuanto se emiten por alguien al que se le presupone que persigue y defiende el interés público, sesgándose así y de entrada, la opinión del juzgador. Además, se emiten sobre materias altamente técnicas y de elevada complejidad, sobre las que el juez o tribunal, aun pudiendo tener algún conocimiento, en la mayoría de las ocasiones no las domina y las directas nociones que tenga pueden llegar a ser muy limitadas.

De ahí que, aunque la posición de la Administración o de sus organismos reguladores y supervisores en un caso concreto se pueda contrastar con informes periciales de parte, la dificultad de llevar al ánimo de quién juzga que la Administración “se ha equivocado”, resulte una tarea titánica. Por añadidura en muchos casos las Administraciones públicas, sus organismos y respectivos miembros anteponen sus propios intereses a la obli-



gación de plena sumisión al principio de legalidad, sin respetar la necesaria imparcialidad y neutralidad, y en consecuencia tampoco los derechos de particulares<sup>111</sup>.

La cuestión se torna grave, hasta el punto de que alguna resolución judicial ha venido a definir, reconociendo así su existencia, alguna de estas conductas administrativas de carácter ilícito e ilegal, especialmente en sede tributaria y que abarca toda la cadena desde la propia AEAT hasta los Tribunales Económico-Administrativos (supuesto de denuncia por reiterados errores de interpretación de los hechos por parte del TEAR de Castilla y León, en materia de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto de Sociedades). Así la sentencia núm. 2148/2013, de 13 de diciembre de 2013 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso Administrativo:

*Lo único jurídicamente intolerable es la actitud contumaz de la Administración tributaria, la obstinación en el error, la reincidencia en idéntico yerro una y otra vez. Una tesitura así atentaría contra su deber constitucional de eficacia, desconociendo de paso el principio constitucional de seguridad jurídica e incurriendo en un indudable abuso de derecho.*

Todo ello se lleva a cabo con medios infinitamente superiores al del ciudadano o justiciable y amparándose en una cadena de órganos de decisión en el que la responsabilidad se difumina a lo que hay que añadir que muchos reguladores y supervisores actúan a través de personal que no reúne la condición de funcionario público<sup>112</sup>.

A la fecha el actual sistema de recusación (común para cualquier funcionario) apenas ha suscitado la crítica de la doctrina y contados son los casos resueltos por la propia Administra-

ción o los tribunales. Se acomete a continuación brevemente su actual tratamiento normativo que pretende garantizar la imparcialidad e independencia de los órganos y miembros de la Administración.

En general, la recusación que se corresponde con el deber de abstención del sujeto concernido, funcionario o no, en procedimientos administrativos -que puedan dar lugar a esos informes, resoluciones o actas administrativas y que a su vez pueden acabar desplegando efectos en cualquier jurisdicción-, se encuentra regulado de forma genérica en el artículo 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de *Régimen Jurídico del Sector Público*.

En su siguiente artículo 24 se otorga la posibilidad, ejercitable en cualquier momento de la tramitación del procedimiento, de interponer la recusación por quién resulte interesado frente a quién viene interviniendo o participando -como titular o miembro colegiado del órgano que ha resolver o dictar el acto administrativo-, denunciando que concurre en el mismo una de las causas de abstención previstas. Son las siguientes:

*Artículo 23. Abstención.*

*1. Las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas en el apartado siguiente se abstendrán de intervenir en el procedimiento y lo comunicarán a su superior inmediato, quien resolverá lo procedente.*

*2. Son motivos de abstención los siguientes:*

- a) Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser admi-*

*nistrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado.*

- b) *ener un vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato.*
  - c) *Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior.*
  - d) *Haber intervenido como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate.*
  - e) *Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.*
3. *Los órganos jerárquicamente superiores a quien se encuentre en alguna de las circunstancias señaladas en el punto anterior podrán ordenarle que se abstengan de toda intervención en el expediente.*
4. *La actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurren motivos de abstención no implicará, necesariamente, y en todo caso, la invalidez de los actos en que hayan intervenido.*
5. *La no abstención en los casos en que concorra alguna de esas circunstancias dará lugar a la responsabilidad que proceda.*

Repare el lector que si bien el legislador ha contemplado en la causa *d*) como motivo de abstención (*Haber intervenido como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate*), brilla por su ausencia cualquier referencia a la intervención en el procedimiento coadyuvando a la resolución. Nótese que en la mayoría de los procedimientos administrativos el superior jerárquico tiene que autorizar la propuesta de resolución (en los casos de actas tributarias interviene además la *Oficina Técnica* cuya composición se desconoce por el contribuyente) y normalmente es ese mismo superior ante quien se interpone el correspondiente recurso. En todo caso el sesgo de “anclaje” y de “confirmación” se encuentran servidos (vid. apartados C y D del Capítulo IV.5.). Este sesgo es, sin duda, el que promueve actuaciones administrativas (incluso en Tribunales Económico-Administrativos) como la que proscribe, aunque no se alude a él directamente ni se cita, en la sentencia trascrita *supra* del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

Con esta normativa se pretende velar por la pureza del procedimiento administrativo con idea de garantizar la imparcialidad de los órganos administrativos y de sus miembros con la finalidad última que se respete la legalidad administrativa. La jurisprudencia<sup>113</sup>, ha sentado que la falta de las condiciones requeridas incumpliendo, cuando concurre causa, la obligación de abstención de quienes instruyen y participan en los procedimientos administrativos, supone un perjuicio al interés público. Al lector no le pasará desapercibido la dificultad que entraña para ciudadanos y empresas, conocer *ab initio* quién instruye y participa en un procedimiento sancionador o de cualquier otra naturaleza administrativa, y más aún las circunstancias que pueden concurrir en el mismo.

De hecho, muchas veces ni siquiera conoce su identidad hasta el final y en la mayoría de las ocasiones suscriben el informe

más de un funcionario que ha podido, lo que suele ser frecuente, recibir instrucciones verbales de superiores que no aparecen identificados en los expedientes.

Por otro lado, se produce el efecto inhibición en quién resulta interesado, pues la recusación que resulta altamente difícil que prospere -salvo casos sangrantes y muy evidentes en los que la prueba no deje lugar a dudas-, determina que el ciudadano o empresa piense que puede generar un efecto *bumerán*. Ello resulta muy evidente en el caso de empresas y sus ejecutivos que sometidos a la “*sujeción especial*”<sup>114</sup> de un regulador y supervisor, han de continuar forzosamente la relación con el mismo, con independencia de cuándo y cómo termine un concreto procedimiento o expediente.

Lo indicado se pone de manifiesto claramente con la AEAT. El contribuyente, salvo casos especiales, prefiere pactar que ejercer su derecho con el temor que existan represalias y por las que si opta por enfrentamiento se encontrara con una vía cruce de procedimientos que se alarga en el tiempo y además inmovilizando el importe del acta. Aparece como evidente que el régimen previsto resulta altamente mejorable en un sistema que, aunque formal y nominalmente respeta los derechos fundamentales y las garantías consagradas en la Constitución, dista muy mucho en la práctica, de adecuada protección sobre todo en el ámbito regulatorio.

Como el ponente tuvo ocasión de señalar<sup>115</sup>:

*A la inflación legislativa se une, y salta a la vista que, en nuestro Reino en mayor medida, un fenómeno que poca atención produce a la doctrina y que sin embargo debería resultar de enorme preocupación. En realidad, no es otra que la traslación y acumulación de los tradicionales poderes del Estado, que desde*

*Montesquieu se viene asumiendo como dogma, en los órganos reguladores.*

*En efecto la expresión “Montesquieu ha muerto”, que se nos ofreció en la transición, adquiere carta de naturaleza en la realidad, no sólo por la proliferación de dichos reguladores, e incluso por la lucha en su control territorial por parte de las administraciones autonómicas (imposible en algunos supuestos sectoriales), sino por la acumulación que “de facto” subviene en los mismos respecto a facultades normativas, ejecutivas y sancionadoras.*

*La normativa de sectores y actividades de alta sensibilidad para la economía, para el servicio público o por el peligro que entrañan, por ser específica y altamente especializada, de una forma u otra, surge del propio regulador que la ofrece a su aprobación al Gobierno y a las Cortes Generales. Una vez aprobada, la reglamentación delegada, las circulares y el desarrollo interpretativo descansan en el propio regulador. También las facultades de supervisión, apertura de expediente y sanción radican en el mismo.*

*Por más que quepa el recurso de alzada y el acceso a los tribunales de lo contencioso, salta a la vista la dificultad de (i) enfrentarse al regulador desde la sujeción especial que implica estar sometido al mismo y (ii) retrotraer una situación sancionadora cuando el regulador, al que se le supone la protección del interés y bien público y un pleno conocimiento de una actividad altamente especializada y compleja, ha dictaminado, vía el propio expediente sancionador, una responsabilidad determinada. El enorme poder que ello implica para el Estado, e incluso para las administraciones periféricas, ya que se encuentra facultado, en términos generales, para el nombramiento de sus órganos de administración, es una realidad, a la que tristemente ni la clase jurídica ni la opinión pública presta la atención requerida y por la que sin embargo, y a su través, el Gobierno puede desplegar un poder e influencia, que*

*en muchas ocasiones puede acabar en una “desviación de poder” de carácter prevaricador. Estas situaciones deberían estar proscritas y protegidas desde cualquier clase de concreto ordenamiento con independencia de la ideología que lo inspire.*

En todo caso mucho puede exigirse de las Administraciones Públicas y, especialmente, a los reguladores y supervisores en cuanto a las relaciones que mantienen y las sospechas -incluso políticas- que dichas relaciones y, en su caso, dependencia provocan y ello por la incidencia que se produce en los derechos fundamentales en la tramitación de los procedimientos y en sus decisiones. Para ello, se necesita profundizar en tan espinosa problemática, algo que nuestra doctrina y expertos, como ya se ha indicado, han tratado bien poco. No obstante, hay excepciones entre las que merece mención el trabajo coordinado por quien fuera presidente de la CNMV don Julio Segura Sánchez<sup>116</sup>, citando el “papel” de la independencia en este juego de poderes:

*Al fin y al cabo, la independencia no es un fin en sí misma, sino un instrumento para resolver un tipo de problemas que los poderes tradicionales no son capaces de gestionar adecuadamente. Esto nos lleva al tema del diseño de las administraciones independientes, es decir, de la consideración conjunta de su independencia, transparencia, eficacia y rendición de cuentas.*

Lo reflejado sobre el particular no es una mera opinión del autor, más o menos fundada, sino que nuestro Tribunal de Cuentas ya en su informe elaborado en 2007 indicaba:

(i) Respecto a la actuación del Banco de España:

*El BE no dispone de una norma escrita que describa los diferentes procedimientos que se llevan a cabo para supervisar las enti-*

*dades de crédito, las fases en que se dividen estos procedimientos, las actuaciones que se deben efectuar en cada una de ellas, los documentos que se deben generar en cada momento, su contenido mínimo, las personas autorizadas para cada actuación de la supervisión, las funciones de cada una de las personas que intervienen en el proceso de supervisión, así como sus responsabilidades. Esta importante carencia puede provocar subjetividad y falta de transparencia de la actividad supervisora.*

*- De la documentación entregada por el BE, se puede deducir que el procedimiento teórico de supervisión descrito en anteriores apartados es adecuado a su finalidad. Sin embargo, el Tribunal de Cuentas no ha tenido acceso, entre otros, a los Planes de Supervisión y de Actuaciones, a un listado de las inspecciones realizadas y a los expedientes de las mismas correspondientes a los ejercicios fiscalizados. Esta circunstancia ha impedido a este Tribunal emitir una opinión sobre la supervisión de entidades de crédito llevada a cabo por el BE.*

(ii) Respecto de la CNMV sobre funciones de supervisión y sanción:

*Por todo lo anterior, no es posible emitir una opinión en relación con la adecuación práctica a la normativa vigente de la actividad de supervisión, tanto a distancia como “in situ”, desarrollada por la CNMV, y valorar si en la tramitación de los expedientes derivados de las visitas de inspección se actúa con la debida homogeneidad y objetividad. Como consecuencia de las importantes limitaciones, no ha sido posible comprobar la aplicación práctica de los procedimientos sancionadores instruidos por la Dirección del Servicio Contencioso y del Régimen Sancionador, ni evaluar si en la tramitación de los expedientes sancionadores se ha actuado con plena objetividad y homogeneidad.*



Más claro agua, pero sorprende no ya sólo el quietismo del legislador y del ejecutivo, sino de la doctrina y del sector jurídico en general.

No obstante, alguna sentencia sobre la que nadie se ha hecho eco se ha pronunciado de forma contundente como la SAN de 10 de junio 2013<sup>117</sup> en estos términos:

*[...] puesto que tal circunstancia trasciende de los contornos de este enjuiciamiento, donde actuamos en contemplación a criterios de imparcialidad, objetividad y tipicidad, al contrario del criterio de clara y excesiva oportunidad con que ha venido actuando el organismo español regulador del mercado de valores.*

Se mencionan a continuación dos sentencias en dos ámbitos distintos; uno en el ámbito universitario y otro en el de la administración municipal en las que se incide en casos clamorosos de interés del funcionario:

#### **1.- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 19 de octubre 1999<sup>118</sup>; obligación de abstención de un catedrático de universidad pública**

Un catedrático de derecho evaluó y firmó la correspondiente acta, con calificación de sobresaliente, de una alumna que resultaba ser su hija, abriéndose expediente disciplinario y dictándose resolución, por el Rector de la Universidad, sancionadora por falta grave, importando al caso la consideración que “administrativamente” se tuvo de la actuación llevada a cabo por el catedrático, el concepto de culpabilidad subjetiva en relación con el deber de abstención y como afecta dicha actuación al interés público para ser considerado, en su caso, un perjuicio.

La sentencia se pronunció de la siguiente forma:

*La abstención y la recusación son dos figuras jurídicas del Ordenamiento Administrativo, referentes a los órganos de la Administración Pública, que velan por la pureza del procedimiento administrativo para garantizar la imparcialidad de sus órganos y por ende la legalidad administrativa, por lo que es evidente que la transgresión de las normas que recogen el deber de abstención supone un perjuicio del interés público.*

**2.- Obligación de abstención de un alcalde. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 4 de febrero 2011<sup>119</sup>**

Un alcalde, adoptó determinados acuerdos (Decretos de Alcaldía) sobre una unidad de actuación urbanística, contra los que se recurrió en nulidad por parte de un particular, por entender que el alcalde tenía intereses familiares en dicho proyecto. Las fincas aportadas eran inicialmente propiedad de la madre, que asumió las cargas de las fincas aportadas, pero no de la unidad concreta de actuación urbanística indicada. La sentencia, dio la razón al particular del siguiente modo<sup>120</sup>:

*Las causas de abstención y la recusación de los órganos de la administración pública velan por la pureza del procedimiento administrativo, con el fin de garantizar la imparcialidad de sus órganos y por ende la legalidad de la actuación administrativa, por lo que es evidente que la transgresión de las normas que recogen el deber de abstención supone un perjuicio del interés público.*

En términos generales, las posibles soluciones mitigadoras de los problemas de parcialidad y falta de independencia que pueden adolecer las actuaciones de los organismos reguladores y supervisores y más allá del control por parte de los tribunales,

habría de enmarcarlo en una amplia reforma normativa que incrementase el sistema de garantías y sobre lo que aquí se efectúa un somero esbozo. En efecto, por más que formalmente la supervisión por un lado y la instrucción de un expediente sancionador se efectúe por distintas personas, lo cierto es que en la práctica y dentro de un organismo regulador, ello carece de virtualidad alguna para garantizar una adecuada independencia, ya que los miembros del concreto supervisor acaban dependiendo de los mismos superiores jerárquicos.

Ello aparece como muy claro en la práctica ante reguladores y organismos como la Agencia Tributaria que además desarrolla e interpreta la normativa que ella misma ha creado, y se suaviza en las administraciones tradicionales como los Ayuntamientos. Sería conveniente, emulando al sistema francés, la absoluta separación, incluso física, entre organismos reguladores, los de supervisión y en mayor medida, los que tuvieran potestades de instruir expedientes sancionadores. La conformación de ese sistema excede con creces el objeto de esta ponencia, pero no cabe duda de que ello se antoja vital para seguir conformando y reforzando unas garantías que al final acaban siendo, en la mayoría de las ocasiones, nominales.

Actualmente, y como ejemplo del sistema existente en relación con la AEAT, existen tribunales administrativos que se “interponen” entre los organismos inspectores, liquidadores y sancionadores de la Agencia Tributaria y los Tribunales Contencioso Administrativos.

Son los denominados Tribunales Económico-Administrativos Regionales, con sede en cada capital de Comunidad Autónoma y en las ciudades de Ceuta y Melilla, y el Tribunal Económico-Administrativo Central con sede en Madrid, con competencias que se distribuyen en función de la materia tributaria

concreta y de la cuantía de los procedimientos que se someten a su revisión.

Ante estos organismos se plantean, básicamente, las reclamaciones económico-administrativas en un intento de separar lo que es la gestión tributaria de lo que son las reclamaciones de los contribuyentes contra la misma. No obstante, y en su actual configuración, aunque gozan de independencia funcional, se integran en el Ministerio de Hacienda.

De hecho, la página de referencia del Ministerio de Hacienda<sup>121</sup> califica dichos Tribunales Económico-Administrativos como *un recurso especial para impugnar los actos tributarios ante la propia Administración* y por tanto con un grado más elevado de posible visión sesgada de los asuntos y, por tanto, de parcialidad y dependencia en sus decisiones.

A pesar de ello hay que reconocer que revocan muchos actos de la AEAT, aunque se encuentran totalmente colapsados, lo que acaba siendo un “cuello de botella” para el contribuyente. En un demoledor artículo de Coello de Portugal<sup>122</sup>, que merece la pena leer en su integridad, se cuestiona de raíz la existencia misma de estos tribunales. Por su importancia se transcribe lo más significativo al objeto que aquí interesa:

*Se trata de una competencia omnímoda e importantísima. Afecta a toda clase de actos y a todos los tributos. Y a pesar de su indudable importancia, el funcionamiento de los Tribunales Económico-Administrativos es lamentable... Si atendemos a las Memorias que anualmente publica el tribunal económico-administrativo central, la carga de trabajo es muy importante. No puede ser de otra manera, porque los “tribunales” económico-administrativos se han echado encima una tarea titánica: controlar a la Hacienda Pública. O más bien, la Hacienda*

*Pública ha derivado su control hacia órganos administrativos que dependen del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, aunque no de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Un hermano controla a otro hermano, lo que suele ser causa de abstención [...] según las memorias del TEAC, las estimaciones han superado, varias veces, el 51%, lo que para la AEAT es una auténtica vergüenza [...]*

*Los “tribunales” económico-administrativos no son Tribunales. Es una quimera que todavía hoy no sé cómo se consiente. La Constitución proclama a los cuatro vientos (artículo 117) que el ejercicio de la función jurisdiccional corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales [...] sin que nadie proteste ni diga nada.*

*Los “tribunales” económico-administrativos, por más que la Ley General Tributaria diga lo contrario, no son órganos independientes, sino órganos dependientes del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en los que la independencia de criterio desaparece totalmente a la vista del origen de los funcionarios que los sirven. Todos los funcionarios de los “tribunales” económico-administrativos son funcionarios del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas [...] prohibido intervenir en otras jurisdicciones en las causas en las que una de las partes sea el Estado, porque la parcialidad que se genera a favor de las entidades públicas al cabo de años de servicio es más que notoria, [...] No tiene sentido el trasiego de inspectores que hoy hacen liquidaciones y mañana resoluciones.*

En todo caso la problemática se encuentra también en la base y no sólo en el régimen de recursos en vía administrativa o jurisdiccional, porque atendida la ejecutividad de las actas y resoluciones emitidas *de facto* por quién inspecciona y supervisa, se producen dos evidentes efectos:

- (i) la sanción acaba resultando automática; y
- (ii) el contribuyente o sujeto interesado ha de someterse al vía crucis de recursos que pueden durar entre cinco y diez años teniendo que garantizar los importes a salvo de verse ejecutado y embargado.

En definitiva, lo anteriormente planteado respecto a la separación entre procedimiento de supervisión o inspección y sancionador, parte de la idea de que se efectúen por organismos con total independencia organizativa, funcional, y presupuestaria con el fin de generar superiores garantías, al tratarse de cuerpos o entidades diferentes, en relación con la perseguida y necesaria independencia e imparcialidad<sup>123</sup>.

Más adelante y en el apartado correspondiente a los Auditores, se volverá sobre la cuestión en relación con el concreto aspecto de la tramitación de denuncias ante organismos dependientes de las Administraciones Públicas, por ciudadanos y empresas interesados en que dicho organismo -en ejercicio de sus facultades de supervisión-, investigue los hechos denunciados que se encuentran sometidos a su control. No obstante, se puede ya concluir que el déficit democrático y de garantías que afectan a derechos fundamentales de primer orden y que se desprende del actual estado de cosas descrito y que el ciudadano apenas percibe, salvo que sea objeto de un procedimiento, no debería pasar desapercibido a la clase política.

### **III.4.- Peritos**

Un perito es un experto profesional acreditado en una materia o materias concretas que, en un procedimiento judicial, arbitral o administrativo, a solicitud de cualquiera de las partes o de

ambas, emite su opinión o dictamen bajo razonada *lex artis*<sup>124</sup> referida al objeto que se ha sometido a su consideración. Cabe también que se produzcan informes periciales de contraste o réplica sobre previos informes aportados al procedimiento. El informe pericial ha de ayudar al juez a tomar conocimiento sobre la entidad técnica sobre la que pueda versar el procedimiento, que en principio el órgano decisor desconoce o no conoce en profundidad. Las materias objeto de una pericia pueden ser de cualquier clase<sup>125</sup>, salvo evidentemente, aquellas cuestiones de naturaleza y contenido jurídico que son exclusivamente competencia del juez y al que le corresponde, instado por las partes, pero en exclusiva, su discernimiento e interpretación.

En función de quien designa al perito, se adjetiva a éste “de parte” o “judicial” si respectivamente ha sido nombrado por cualquiera de interesados o directamente por el juez o tribunal, que a su vez puede nombrarlo de oficio, o a instancia de alguna o ambas partes. Al perito judicial en la jurisdicción civil, entendido como aquel que es nombrado por un juez o tribunal, le resulta de aplicación lo que se ha indicado en el apartado III.1, como asimilado a estos efectos a jueces y magistrados, si bien y como es lógico, la condición de perito tiene elementos y características comunes, tanto si su nombramiento proviene de una de las partes como si es de carácter judicial.

La diferencia fundamental radica en las causas y el procedimiento de recusación y abstención, sistema que resulta inexistente para el perito de parte. Así, para la recusación de peritos judiciales, en la jurisdicción civil, habrá de estarse a lo que se dispone en el Título IV (“De la abstención y recusación”) en el actual artículo 99 de la LEC (concordante con lo fijado en el artículo 343.1 de la LEC), incardinado en el Capítulo I que establece las “Disposiciones generales” al respecto, y que textualmente reza:

*Artículo 99 Ámbito de aplicación de la Ley y principio de legalidad.*

*1. En el proceso civil, la abstención y la recusación de Jueces, Magistrados, así como la de los miembros del Ministerio Fiscal, los Secretarios Judiciales, los peritos y el personal al servicio de la Administración de Justicia, se regirán por lo dispuesto en este Título.*

*2. La abstención y, en su caso, la recusación de los indicados en el apartado anterior sólo procederá cuando concurra alguna de las causas señaladas en la Ley Orgánica del Poder Judicial para la abstención y recusación de Jueces y Magistrados.*

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 124.1 de la LEC que, además y en el apartado 3 de este precepto, amplía las causas de recusación de los peritos sobre las previstas para jueces y magistrados en el artículo 219 de la LOPJ, con las siguientes:

*3. Además de las causas de recusación previstas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, son causas de recusación de los peritos:*

*1.<sup>a</sup> Haber dado anteriormente sobre el mismo asunto dictamen contrario a la parte recusante, ya sea dentro o fuera del proceso.*

*2.<sup>a</sup> Haber prestado servicios como tal perito al litigante contrario o ser dependiente o socio del mismo.*

*3.<sup>a</sup> Tener participación en sociedad, establecimiento o empresa que sea parte del proceso.*

Adicionalmente y al objeto de evitar el denominado sesgo de anclaje, el artículo 335.3 de la LEC prohíbe, salvo acuerdo de las partes, que el perito en un arbitraje lo sea después en un procedimiento judicial, al disponer:



*3. Salvo acuerdo en contrario de las partes, no se podrá solicitar dictamen a un perito que hubiera intervenido en una mediación o arbitraje relacionados con el mismo asunto.*

Es decir, el legislador, sin duda por la importancia que puede implicar una prueba pericial para la resolución de un litigio, determina la aplicación de la misma normativa para los peritos judiciales al objeto de intentar garantizar la imprescindible independencia e imparcialidad de quién tiene que transmitir conocimientos de una específica materia al juez o tribunal y que ha sido nombrado por éste. En palabras de Santiago Carretero Sánchez<sup>126</sup>:

*La prueba pericial en Derecho, a medida que éste cambia y se complica, se ha tornado en esencial para la resolución de un litigio y la fijación de sus hechos por parte del Juez [...] Sólo se entiende el principio “iura novit curia”<sup>(127)</sup> en perfecta armonía entre los jueces y los peritos, por ello, su papel esencial, debe ser cuidado, tanto como poco igual, que el de los jueces. Su juicio previo puede ser objeto de una resolución injusta, y ello, sin responsabilidad directa del juez.*

El procedimiento de recusación de los peritos en la jurisdicción civil se encuentra establecido en los artículos. 124 a 128 de la LEC al que se remite también la LRJCA, así como la *Ley de la Jurisdicción Social*. Sin embargo, el régimen de recusación se sustituye por el de “tachas” cuando se trata de peritos de parte. Así, los artículos. 343 y 344 de la LEC, que resultan también de aplicación en otras jurisdicciones por la remisión en bloque o supletoria a la LEC efectuada por sus correspondientes leyes procedimentales, disponen:

*Artículo 343 Tachas de los peritos. Tiempo y forma de las tachas.*

*1. Sólo podrán ser objeto de recusación los peritos designados judicialmente.*

*En cambio, los peritos no recusables podrán ser objeto de tacha cuando concurra en ellos alguna de las siguientes circunstancias:*

*1.º Ser cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad, dentro del cuarto grado civil de una de las partes o de sus abogados o procuradores.*

*2.º Tener interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante.*

*3.º Estar o haber estado en situación de dependencia o de comunidad o contraposición de intereses con alguna de las partes o con sus abogados o procuradores.*

*4.º Amistad íntima o enemistad con cualquiera de las partes o sus procuradores o abogados.*

*5.º Cualquier otra circunstancia, debidamente acreditada, que les haga desmerecer en el concepto profesional.*

*2. Las tachas no podrán formularse después del juicio o de la vista, en los juicios verbales. Si se tratare de juicio ordinario, las tachas de los peritos autores de dictámenes aportados con demanda o contestación se propondrán en la audiencia previa al juicio.*

*Al formular tachas de peritos, se podrá proponer la prueba conducente a justificarlas, excepto la testifical.*

*Artículo 344 Contradicción y valoración de la tacha. Sanción en caso de tacha temeraria o desleal.*

*1. Cualquier parte interesada podrá dirigirse al tribunal a fin*

*de negar o contradecir la tacha, aportando los documentos que consideren pertinentes a tal efecto. Si la tacha menoscabara la consideración profesional o personal del perito, podrá éste solicitar del tribunal que, al término del proceso, declare, mediante providencia, que la tacha carece de fundamento.*

*2. Sin más trámites, el tribunal tendrá en cuenta la tacha y su eventual negación o contradicción en el momento de valorar la prueba, formulando, en su caso, mediante providencia, la declaración de falta de fundamento de la tacha prevista en el apartado anterior. Si apreciase temeridad o deslealtad procesal en la tacha, a causa de su motivación o del tiempo en que se formulará, podrá imponer a la parte responsable, con previa audiencia, una multa de 60 a 600 euros.*

Con la regulación indicada, el legislador, asumiendo que la independencia e imparcialidad de un perito judicial se presupone en mayor medida de alguien que resulte nombrado por una de las partes interesadas, y como se ha referido, sí que permite que se utilice el mecanismo de la recusación frente a quién resulte designado judicialmente, mientras que para el nombrado por la parte permite, en los términos expresados en los artículos transcritos, que la posible falta de la necesaria independencia e imparcialidad -falta de objetividad en el lenguaje de la LEC-, sea simplemente puesta en duda a través del sistema de la “tacha”.

Por el sistema de tachas al momento de valorar el informe pericial y su ratificación en el juicio, el juez o tribunal puede tener en cuenta que ha podido ser emitido sin la objetividad necesaria o influenciado por su relación con la parte que lo ha designado. Sin embargo, y al poder desplegar el mismo valor o relevancia probatoria un informe pericial “judicial” o de “parte”, este doble sistema previsto por el legislador no deja de ser cuestionable. Nótese el voluntarismo que implica lo que se

dispone en el apartado 2 del artículo 335 de la LEC, que se transcribe a continuación y que es de aplicación tanto para el perito judicial como para el de parte<sup>128</sup>:

*Artículo 335 Objeto y finalidad del dictamen de peritos. Juramento o promesa de actuar con objetividad.*

*2. Al emitir el dictamen, todo perito deberá manifestar, bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliére su deber como perito.*

Es evidente que la parte que designa al perito sufraga su coste y a partir de ahí la objetividad se encuentra en tela de juicio. Es máxima de la experiencia que un perito de parte se convierte en un coadyuvante del equipo jurídico de la parte que lo ha designado.

No sólo, tendrá un lógico interés para contentar con quién le ha designado<sup>129</sup>, sino que además puede aspirar a futuros nombramientos o a ser contratado por quién le ha nombrado para diferentes prestaciones de servicios a los que también se pueda dedicar. Esta situación, a salvo de contadas excepciones, fácilmente puede determinar la emisión de informes sesgados desvirtuándose lo querido por el legislador.

Como último y dificultoso sistema para garantizar que no existan voluntarias desviaciones de los deberes y obligaciones que afectan a los peritos, el legislador establece, para tales casos, las sanciones penales<sup>130</sup> que por referencia y remisión se contienen en el apartado 2 del artículo 335 que se ha transcrito.

Así, a la dificultad de prueba genérica que entrañan este tipo de procedimientos y para poder demostrar el falso testimonio regulado en los arts. 459 y 460 del CP, habrá que contar, además, en la mayoría de las ocasiones y a su vez, con un perito experto en la misma materia que lo sea aquel al que se pretenda inculpar.

De ahí que, al margen de lo que se predique respecto a la igualdad del valor probatorio entre una pericial de parte y una pericial judicial como se ha encargado de establecer el TS en reiteradas sentencias<sup>131</sup>, la credibilidad *de facto* otorgada por jueces y tribunales a esta última sea muy superior, si bien en la práctica y también en este tipo de pericial pueden existir también efectivas disfunciones derivadas de la fijación del *quantum* que ha de percibir el perito y cuál de las partes lo ha de sufragar.

En efecto, por más que exista un cierto control judicial<sup>132</sup> al respecto, lo cierto es que el perito designado judicialmente ha de entrar en contacto con las partes para poder emitir su dictamen y en esa relación, de forma directa o indirecta, abierta o sutilmente, se pueden generar circunstancias, de imposible o muy difícil prueba, que determinen un dictamen, en el mejor de los casos, sesgado y sin la objetividad necesaria proveniente de alguien que ha podido perder la independencia e imparcialidad por un interés que le influya consciente o inconscientemente (vid. al respecto los comentarios sobre el “sesgo de conveniencia”).

A su vez la LECrim. fija las siguientes causas de recusación para los peritos judiciales, tras establecer en el artículo 456 que por el juez se acordará el informe pericial para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia de importancia.

*Artículo 468. Son causa de recusación de los peritos:*

- 1.ª El parentesco de consanguinidad o de afinidad dentro del cuarto grado con el querellante o con el reo.*
- 2.ª El interés directo o indirecto en la causa o en otra semejante.*
- 3.ª La amistad íntima o la enemistad manifiesta.*

*Artículo 467. Si el reconocimiento e informe periciales pudieren tener lugar de nuevo en el juicio oral, los peritos nombrados no podrán ser recusados por las partes.*

*Si no pudiere reproducirse en el juicio oral, habrá lugar a la recusación.*

El sistema de remuneración del perito judicial en esta jurisdicción, a diferencia del de la civil, impide en mucha mayor medida posibles influencias y disfunciones ya que es sufragada por el erario, según dispone el artículo 465 de la indicada Ley que reza:

*Los que presten informe como peritos en virtud de orden judicial tendrán derecho a reclamar los honorarios e indemnizaciones que sean justos, si no tuvieran en concepto de tales peritos, retribución fija satisfecha por el Estado, por la Provincia o por el Municipio.*

No obstante, se permite también la aportación de informes periciales de parte y resulta destacable que en la dicción literal del artículo 723 de la LECrim se contemple también su posible recusación. Respecto a la jurisprudencia que se ha seleccionado para este apartado, se destaca la relacionada en los siguientes casos:

1.- Obligación de abstención de un perito designado judicialmente. Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 6 de junio 2007<sup>133</sup>

En un procedimiento civil de reclamación de cantidad indemnizatoria, entre un particular y una residencia y patronato de un colegio (con una compañía de seguros también como demandada), se adopta la decisión judicial de declarar nulo el dictamen médico-forense de un perito designado por el juzgado y el nombramiento de un nuevo perito judicial. La nulidad, a instancias de las demandadas, se basaba en que el primer perito emitió un informe médico sobre una persona a la que anteriormente ya había asistido (*examinado con anterioridad a su pericia*), yendo en contra de la obligación reglamentaria (*Código de Deontología Médica*), que no legal, de abstención. La sentencia de la Audiencia Provincial trata sobre el momento procesal de formulación de la recusación y sobre la causa concreta de recusación:

*[...] por lo que la cuestión de nulidad planteada por los demandados, que se basaba en una infracción procesal consistente en la vulneración del contenido del artículo 335-2 de la LEC que obliga a los peritos a actuar con la mayor objetividad posible, y se alegaba infracción del Código Deontológico, concretamente del artículo 41 del mismo que prohíbe taxativamente a los peritos la asistencia médica al mismo paciente sobre el que ha de emitir su pericia, resultaba de perfecta admisibilidad. Así las cosas, admitida la posibilidad legal de plantear la nulidad de la prueba en cuestión, se ha de relacionar el precepto citado, artículo 228 LEC, con el contenido del artículo 125 de dicho texto legal, que, en su número 3, permite que aquellas causas de recusación que existan al tiempo de emitirse el dictamen, pero se conozcan después, sean expuestas al tribunal antes de que se dicte sentencia y si esto no fuese posible, permite dicho precepto,*

*incluso que se pongan de manifiesto ante el tribunal de la Segunda Instancia, por lo que, en uso de dicha posibilidad legal y puesto que la alegada falta de imparcialidad y objetividad del perito se puso de manifiesto tras ratificar el señor Fidel su dictamen en el acto del juicio, en el cual reconoció haber tratado, prescrito o sometido a tratamiento médico a Dña. Rita, por más que ésta manifieste que no lo siguió, ello se puso en conocimiento del juzgador a quo, y si bien es verdad que el precepto examinado, no anuda consecuencia jurídica alguna al hecho de que las partes, en aras de esa facultad que les confiere el artículo 115.3 LEC, pongan en conocimiento del juzgador esa causa de recusación que existe al tiempo de emitirse el dictamen pero que se conozca después, no es menos cierto que si el legislador ha previsto dicha posibilidad, incluso para ante el tribunal de apelación, es porque su intención es que por el juzgador se tome una decisión al respecto, pues lo contrario sería dejar a las partes en clara situación de indefensión y esta decisión no puede ser otra que la de promover la declaración de nulidad, que en el caso de autos, fue promovida por las partes, o la de nombrar un nuevo perito para que sea emitido un nuevo dictamen sobre lo que había sido objeto de la pericia viciada de falta de objetividad, por ello, no cabe entender que por el juzgador a quo se han vulnerado las normas que sobre la recusación de peritos contiene la ley procesal, más cuando si visionamos el acto del juicio, podemos concluir que lo que plantearon las partes, no fue propiamente un incidente de recusación sin que, ante las manifestaciones del perito que reconoció haber sometido a tratamiento médico a Dña. Rita, lo que está expresamente prohibido por su código Deontológico, se puso de manifiesto al juzgador a quo, tal cuestión, es decir, que el perito informante tenía relación de dependencia con la actora, lo que hacía dudar de su imparcialidad al emitir el dictamen [...]*



*Se extralimitó en sus funciones, que eran, única y exclusivamente examinar y reconocer a la lesionada y emitir la pericia que le había sido solicitada y para la que fue designado, comprometiendo así su imparcialidad y objetividad, y conculcando el precepto procesal citado, dejando por ello en situación de indefensión a las partes demandadas, lo que autorizaba, previa audiencia de las partes, como así se hizo, declarar la nulidad pretendida. A efectos meramente polémicos se puede señalar a la parte apelante que el código Deontológico existe y concretamente el artículo 41 del mismo y así lo acreditaron los demandados, que lo aportaron a los autos.*

*[...] por haber quebrado el perito, con su actuación, todas las garantías de imparcialidad y objetividad que para este medio probatorio persigue el artículo 335 de la ley procesal, más aún cuando el artículo 41.3 del Código Deontológico de la profesión médica establece una prohibición expresa entre la actuación como peritos y la asistencia médica al mismo paciente, lo que está acreditado por su propio reconocimiento [...].*

**2.- Perito de parte y su vinculación con la ésta. Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona de 23 de julio de 2015<sup>134</sup>**

En un procedimiento de concurso necesario, a instancias de la Administración Concursal (y de otras partes acreedoras) se insta, como incidente concursal, una compleja solicitud de reintegración de operaciones contractuales (crédito y préstamos participativos y reconocimientos de deuda) contra la compañía concursada y otra serie de sociedades mercantiles, en parte relacionadas todas ellas.

Durante la prueba y juicio se aportó por la concursada demandada un informe pericial en soporte de sus alegaciones, que fue puesto en “tela de juicio” por el juez, por cuanto el perito era auditor de cuentas de varias de las compañías demandadas en el incidente y, deduciéndose en consecuencia, un interés “*aunque sea indirecto* en lo que se resuelva por la demanda. La sentencia se expresó del siguiente modo:

*Por las condiciones económicas en las que se otorgaron esos créditos y préstamos, no teniendo precedentes en cuanto a importes, fechas de vencimiento pactadas (no estando prevista en la mayoría de los casos la posibilidad de recuperar el principal hasta pasados 15 años), por haber pactado un tipo de interés remuneratorio inferior al interés de mercado, por ser a favor de compañías bajo la órbita de influencia y control del [...], porque la recuperación de esos préstamos es cuanto menos que dudosa por la situación financiera y de endeudamiento en la que se encuentran esas compañías demandadas, a la vista de sus ratios de insolvencia y, además, porque no se exigió ningún tipo de garantía a cambio. Al respecto, es muy ilustrativo el extenso informe emitido por el [...] [perito de una de las partes demandantes como acreedora], el cual respondió durante el juicio a las preguntas formuladas de manera coherente, sin incurrir en contradicciones a diferencia del perito de [...] [perito de la parte concursada], cuyas conclusiones deben ser puestas en tela de juicio tanto por su vinculación con las demandas, al ser auditor de cuentas de varias de ellas y por tanto, tener un interés aunque sea indirecto en lo que se resuelva en el pleito, por las contradicciones en las que incurrió durante el juicio y porque muchas de sus conclusiones, resultan contrarias a toda lógica como afirmar que para una empresa es lo mismo tener 30 millones de euros en tesorería que en inversiones a largo plazo en su filial, que los intereses que se pactaron entre matriz y filial son indiferentes, al igual que la exigencia o no de garantías, que las fechas en las*

*que se llevaron a cabo esas operaciones tampoco importa, etc. lo que pone en tela de juicio la credibilidad de su informe por falta de imparcialidad.*

**3.- Perito designado judicialmente que dicta informe con conocimiento de su inexactitud y las consecuencias penales por falso testimonio. STS de 30 enero de 1998<sup>135</sup>**

Con independencia de lo que más adelante se verá sobre los testigos (y, en concreto, sobre los testigos-peritos), la sentencia trata de un procedimiento penal por el delito de falso testimonio contra un asesor fiscal y contable, nombrado perito judicial en un procedimiento civil de jura de cuentas, en el que se emitió informe pericial sobre determinados bienes inmuebles embargados, a sabiendas y con conocimiento de que el valor real de dichos inmuebles era muy superior al tasado, no haciéndose constar, además, las cargas y anotaciones existentes sobre los inmuebles.

La sentencia de la Audiencia Provincial condenó al perito por el delito indicado y a la inhabilitación especial para el ejercicio de dicho cargo ante los órganos judiciales.

La STS no acogió la casación interpuesta en estos términos:

*[...] el recurrente pretende demostrar el error del juzgador por presumir que había sido apercebido por la Autoridad Judicial de que podría incurrir en el delito de falso testimonio, ya que en los documentos invocados no se hace constar dicho apercebimiento ni siquiera de forma genérica [...].*

*La alegación de la Sala <a quo> cuando afirma que el acusado tasó los bienes a sabiendas y con conocimiento de que su valor real era muy inferior se adentra, sin justificación ni razona-*

*miento alguno, en el ámbito subjetivo de aquél basándose para ello únicamente en el cotejo de las valoraciones efectuadas por el condenado con otras valoraciones periciales obrantes en las actuaciones, obviando los documentos citados en el recurso, carece de fundamento y sólo puede ser entendido en el contexto de una esforzada estrategia defensiva que, aunque loable, resulta infructuosa ante la contundencia de una verdad material que, en contra de lo pretendido por el recurrente, se impone a las puras formalidades con que se justificó una operación de avalúo impresentable para un profesional [...].*

*El tipo de delito del artículo 330 en relación con el 329 objeto de acusación <no requiere que el autor haya obrado con un propósito determinado, ya que específicamente, no se exige que haya querido perjudicar a alguna de las partes sino contra la Administración de Justicia, que no requiere un específico elemento subjetivo cuya acreditación resulta superflua dado que el tipo penal no lo contiene> hemos de admitir que el acusado actuó con conocimiento de la inexactitud del dictamen presentado, faltando así al deber de veracidad impuesto al perito ante la Administración de Justicia, por lo que no cabe otra decisión que la desestimación del Motivo.*

*Al margen de todo lo que se abundará de forma común respecto de los sesgos cognitivos, y de forma similar a lo que se verá seguidamente respecto a los auditores de cuentas, sería conveniente reformar en profundidad la normativa respecto de los peritos para garantizar en mayor medida su debida imparcialidad e independencia. Al respecto se apunta un esbozo en relación con su nombramiento y sobre la percepción de los correspondientes emolumentos.*

En efecto, mediando el nombramiento de peritos exclusivamente por parte de jueces y tribunales a través del procedi-

miento conocido como insaculación (sorteo) se obtendría una mayor garantía de independencia para el desarrollo de tan importante función, incluso en procedimientos arbitrales, desterrando cualquier participación de los nombrados por las partes que no deberían tener ya la consideración de informes periciales y si de mero documento de experto de parte. Al tiempo debería establecerse que la remuneración del perito se efectuase siempre vía tasas judiciales preestablecidas.

### III.5.- Auditores<sup>136</sup>

Los auditores de cuentas son profesionales, además de prestar otros tipos de servicios, expertos en analizar la contabilidad, de las empresas y de cualquier tipo de instituciones, incluyendo organismos públicos, que generen ingresos y gastos o cualquier tipo de flujo monetario, estudiando sus cuentas y sus procesos contables, al objeto de poder auditar compañías.

Es la propia Ley 22/2015, de *Auditoría de Cuentas*, la que nos da una definición legal de “auditor de cuentas” y de “sociedad de auditoría” en su artículo 3:

*Auditor de cuentas: persona física autorizada para realizar auditorías de cuentas por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, conforme a lo establecido en el artículo 8.1, o por las autoridades competentes de un Estado miembro de la Unión Europea o de un tercer país.*

*Sociedad de auditoría: persona jurídica, independientemente de la forma societaria mercantil adoptada, autorizada para realizar auditorías de cuentas por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, conforme a lo dispuesto en el artículo 8.1, o por las autoridades competentes de un Estado miembro de la Unión Europea o de un tercer país.*

Así pues, los auditores verifican y controlan si los “números” de las empresas y otras organizaciones son ciertos, veraces y se ajustan a las normativas legales, contables y tributarias vigentes en el período que es objeto de auditoría, dictaminando sobre su situación económica, financiera y patrimonial al objeto de establecer si esta ofrece una “imagen fiel”. Este principal y básico principio de contabilidad que han brindar las cuentas anuales viene referido en el artículo 34 del CCom.<sup>137</sup> que refiere:

*[...] 2. Las cuentas anuales deben redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, la situación financiera y los resultados de la empresa, de conformidad con las disposiciones legales.*

*3. Cuando la aplicación de las disposiciones legales no sea suficiente para mostrar la imagen fiel, se suministrarán las informaciones complementarias precisas para alcanzar ese resultado.*

*4. En casos excepcionales, si la aplicación de una disposición legal en materia de contabilidad fuera incompatible con la imagen fiel que deben proporcionar las cuentas anuales, tal disposición no será aplicable. En esos casos, en la memoria deberá señalarse esa falta de aplicación, motivarse suficientemente y explicarse su influencia sobre el patrimonio, la situación financiera y los resultados de la empresa.*

No se escapará al lector la enorme importancia que reviste para la economía de un país y para la seguridad de todos los *stakeholders* e interesados en la marcha de una compañía u organización la relevante actividad que supone la revisión de los estados contables por expertos independientes que emiten un informe con presunción de veracidad y que se confía en que se ha efec-

tuado desde la objetividad e independencia. Pero ese desiderátum choca con el sistema de contratación y los intereses en juego como se verá a lo largo de las siguientes líneas.

Existen dos categorías de auditores, la de los “auditores internos” que trabajan directamente en una empresa y reciben su sueldo de ésta y los “auditores externos” que trabajan de forma *independiente*, aunque su remuneración también es a cargo de la propia empresa que los contrata. Los auditores de cuentas “externos”, que son los que aquí interesan, tienen la facultad de certificar sus análisis de manera que tienen una presunción de certeza y veracidad pública. Se establecen en la normativa especial aplicable a los auditores de cuentas externos, estrictas reglas tanto sobre el trabajo técnico como sobre el control de calidad interno. Sin embargo, y es lo que aquí interesa, la normativa que les afecta se complementa con múltiple y diversa regulación acerca de su actuación ética que ha ido ganando terreno en los últimos años y por el que se ha ido configurando el deber de independencia de los auditores de cuentas.

Según indica la Exposición de Motivos de la LAC:

*Un aspecto sustancialmente modificado fue el deber de independencia de los auditores, el cual se basa, por una parte, en la enunciación de un principio general de independencia que obliga a todo auditor a abstenerse de actuar cuando pudiera verse comprometida su objetividad en relación a la información económica financiera a auditar, y por otra parte, en la enumeración de un conjunto de circunstancias, situaciones o relaciones específicas en las que se considera que, en el caso de concurrir, los auditores no gozan de independencia respecto a una entidad determinada, siendo la única solución o salvaguarda posible la no realización del trabajo de auditoría.*

Hay que destacar que la Ley incorpora el concepto de “*red*”, acorde con el creciente fenómeno globalizador, la formación de grandes firmas de auditoría y su expansión internacional junto con determinados escándalos que se han dado en los últimos decenios.

Así se engloba en el concepto de “*red*” aquella organización internacional a la que pertenece el auditor de cuentas, de manera que con base en la idea de unidad de decisión de la organización -relaciones de control, relaciones de jerarquía, relaciones de influencia-, cualquier auditor de cuentas de una misma organización puede verse afectado en la independencia que debe concurrir en su persona<sup>138</sup>.

La LAC, con un extensa y excesiva minuciosidad, hace hincapié en el principio general de independencia y en las causas de incompatibilidad por circunstancias derivadas de situaciones personales y de circunstancias derivadas de los servicios prestados. Además, relaciona las causas de abstención, es decir la denegación de aceptar el encargo, por determinado volumen de honorarios ya percibidos del cliente en función con los totales de la firma y las incompatibilidades y servicios prohibidos.

Lo previsto normativamente hasta la fecha no deja de ser también altamente voluntarista, ya que las firmas de auditoría no sólo tienen en juego poder volver a auditar a la misma organización, tras cesar durante los períodos que marca la normativa, sino que además tienen departamentos que prestan todo tipo de servicios accesorios como son los de consultoría, *corporate*<sup>139</sup>, legales, tributarios (hay países que prohíben que una firma de auditoría preste servicios legales) y de *forensic*<sup>140</sup>.

Se anticipaba que muchos son los intereses en juego y ello se constata por los ingresos de las cuatro grandes auditoras<sup>141</sup> que



a nivel mundial en 2017 ingresaron más de 134 mil millones de dólares (unos 114 mil millones de euros, aproximadamente) y sólo en España en 2018, facturaron 2.251,6 millones de euros con continuos crecimientos año tras año.

En nuestro Reino, las firmas de auditoría y los propios auditores están sometidos a regulación y supervisión por el ICAC y, por lo que se dirá, relevante resulta lo que dispone el Real Decreto 2/2021, de 12 de enero, por el que se aprueba el *Reglamento de desarrollo de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas*, que en relación con el sistema de denuncias dispone:

*Artículo 116. Denuncia.*

- 1. Cualquier persona podrá poner por escrito en conocimiento del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas la existencia de hechos que pudieran ser constitutivos de una infracción tipificada en la Ley 22/2015, de 20 de julio, aportando cuanta información y datos obren en su poder y haciendo referencia expresa a las normas reguladoras de la actividad de auditoría que hayan podido resultar incumplidas en la actuación del auditor de cuentas.*
- 2. Se acordará el archivo de las denuncias cuando se consideren infundadas, o cuando los hechos denunciados no posean suficiente entidad o trascendencia o sean de imposible investigación o cuando se refieran a los mismos auditores y trabajos sucesivos a aquellos que se hubieran denunciado e investigado con anterioridad.*
- 3. Se podrá solicitar al denunciante que aporte otros datos o medios de prueba que obren en su poder. El denunciante no tendrá la condición de interesado en la actuación administrativa que se inicie a raíz de la denuncia ni será informado del resultado*

*de las actuaciones realizadas en relación con los hechos denunciados, que podrán dar lugar al archivo de las actuaciones o a la incoación de expediente sancionador. Se establecerán los procedimientos necesarios para garantizar la protección de los datos del denunciante.*

*4. Sin perjuicio de los instrumentos y procedimientos de colaboración entre Administraciones Públicas, los órganos e instituciones públicas en general cooperarán con el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas para facilitarle el ejercicio de sus competencias de control y disciplinaria de los auditores de cuentas y sociedades de auditoría de cuentas.*

Se reproduce a continuación, y por su interés, parte de sendas y recientes denuncias efectuadas a una de las cuatro principales firmas relativas a trabajos de auditoría de cuentas de un ejercicio determinado de grandes empresas que resultaron demandadas en la jurisdicción civil por quién promovió la imputación de mala praxis.

La primera denuncia trae causa de un procedimiento de impugnación de acuerdos sociales, que estableció una “operación acordeón”<sup>142</sup> expulsando del accionariado a un socio minoritario y la segunda por conflicto de interés.

Se reproduce por la utilidad descriptiva de la normativa, aunque resulta extensa, la parte de fundamentos legales y reglamentarios de la denuncia interpuesta ante el ICAC, en la que se sostenía que la actuación de la sociedad de auditoría había adolecido de la falta de independencia que la normativa de aplicación impone a las firmas auditoras:

*La independencia se configura como el principio básico y fundamental que debe regir la actuación de los auditores. Así lo*

*indica el artículo 14 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, al establecer que: [...]*

*Del tenor del referido precepto no cabe ninguna duda de que la independencia es debida para que un auditor pueda auditar las cuentas de una sociedad Don[...] el concepto de independencia se constituye como un concepto general y abstracto en el sentido más amplio y, para intentar contextualizar los ámbitos en los que en todo caso debe entenderse amenazada la independencia, la Ley de Auditoría establece en su artículo 15.2, que dichas amenazas podrán proceder de factores como la auto revisión, interés propio, abogacía, familiaridad o confianza, derivados de conflictos de intereses o de alguna relación comercial, financiera, laboral o de otra clase, ya sea directa o indirecta.*

*Posteriormente, el artículo 16 de la Ley de Auditoría establece cuales son, en todo caso, y como propuesta de mínimos, los supuestos en los que se considera que existe causa de incompatibilidad, sin excluir cualesquiera otras causas (numerus apertus) [...]*

*Entre dichos servicios se encuentran, obviamente y como no podría ser de otro modo, los servicios de contabilidad o preparación de registros contables, los servicios de valoración, la prestación de servicios de auditoría interna, la prestación de servicios de abogacía (en determinados supuestos) o el diseño y puesta en práctica de procedimientos de control interno o de gestión de riesgos relacionados con la elaboración o control de la información financiera [...].*

*Conforme indica el artículo 14.4 LAC no podrán intervenir ni influir en la auditoría quienes tengan una relación comercial con la entidad auditada que pueda ser vista como conflicto de interés; al respecto, el artículo 15.2 extiende dicha prohibición*

*a cualquier relación ya sea directa o indirecta, por lo que incluye, como no puede ser de otro modo a las relaciones con los socios de control de la Compañía de tipo comercial que pudieran suponer conflictos de interés. Al respecto el artículo 43.2 del Reglamento de la LAC, establece que: “Se entiende, en todo caso, por independencia la ausencia de intereses o influencias que puedan menoscabar la objetividad del auditor en la realización de su trabajo de auditoría.*

*Y el artículo 44.2 del mismo cuerpo legal, establece:*

*“La independencia de los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría puede verse afectada por, entre otros, los siguientes tipos de amenazas:*

*a) Interés propio: por la existencia de un conflicto financiero o de otro tipo, incluido el motivado por la existencia de relaciones o intereses económicos comunes” [...] Pero, es más, esta recurrencia en la prestación de los servicios entre el auditor y [...], no solo supone una amenaza respecto al “interés propio”, sino que también se configura como una clara amenaza por familiaridad o confianza (conforme al artículo 44.2.d del Reglamento que desarrolla la LAC y conforme al artículo 15.2 LAC), por cuanto supone una “influencia y proximidad excesiva”.*

*Ello le ha mermado en su actuación del escepticismo y juicio profesional que debería haber empleado conforme al artículo 13 LAC y que le obliga a tener siempre “una mente inquisitiva y especial alerta ante cualquier circunstancia que pueda indicar una posible incorrección en las cuentas anuales auditadas, debida a error o fraude y examinar de forma crítica las conclusiones de auditoría” [...] Si bien podía pretenderse cualesquiera otras interpretaciones, la única que puede prosperar, conforme a lo establecido en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

*de 24 de enero de 2018 (TJUE – Sala Octava – Caso Presidencia del Consiglio dei Ministri y otros contra Gianni Pantuso y Otros TJCE\2018\13), es la de la finalidad que persigue la Directiva de la que pende la Ley Nacional. Pues bien, la Ley de Auditoría, transpone en nuestro ordenamiento la Directiva 2014/56 UE del Parlamento Europeo y del Consejo d 16 de abril de 2014, que modifica la Directiva 2006/43/CE relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales. Dicha Directiva 2014/56 UE establece respecto de la independencia de los auditores en su exposición de motivos (Considerando 7) que:*

*<Los auditores legales y las sociedades de auditoría deben gozar de independencia para la realización de las auditorías legales de las entidades auditadas, y es preciso evitar los conflictos de interés. A efectos de determinar la independencia de los auditores legales y las sociedades de auditoría, conviene tener en cuenta los casos en que operan en un entorno de reDonEl requisito de independencia debe cumplirse durante al menos el período que cubre el informe de auditoría, que incluye tanto el período al que se refieren los estados financieros que se hayan de auditar como el período en que se realiza la auditoría legal>.*

La segunda denuncia, y como hemos dicho frente a la misma sociedad de auditoría, deviene de un alineamiento por conflicto de intereses, de ésta con el socio único (una importante multinacional) que procede a “abandonar” una compañía holding ejercitando un *put* (opción de venta) y en consecuencia a su numeroso grupo de sociedades participadas, frente a los gestores y ejecutivos, dejándolos solos ante una situación económico financiera y patrimonial al borde del colapso y en donde la actuación de los auditores de cuentas (en clara parcialidad) consiste en denegar la opinión en el informe de auditoría de la matriz de un ejercicio determinado y retrasar las opiniones de las participadas.

La firma de auditoría y según lo que constaba en la memoria de las cuentas anuales de un determinado ejercicio había percibido de la multinacional en cuestión más de 9 millones de euros en el mismo ejercicio por la prestación de distintos servicios. Se reproduce en lo necesario la argumentación vertida ante el ICAC en esta concreta denuncia:

En concreto indica la Exposición de Motivos de la Ley 22/2015 de Auditoría de Cuentas:

*En todo caso, debe evitarse cualquier situación o relación que pudiera aparentar una posible participación en la entidad auditada, relación con ésta, o en su gestión, definiéndose qué se entiende por ésta, de modo que se pudiera concluir que la independencia resulta comprometida, tal como establece la Directiva.*

*Como señala la Recomendación de la Unión Europea de 16 de mayo de 2002, sobre la independencia de los auditores de cuentas en la Unión Europea: principios fundamentales, son dos los elementos sustanciales del requisito de independencia, real y apariencia, de modo que los auditores deben ser y parecer ser independientes. Siendo esta una actitud mental inobservable la normativa y práctica internacional delimita las situaciones o servicios que se configuran como presunciones iuris et de iure, generadoras de incompatibilidad con la realización de la auditoría>.*

*[...] Dentro del concreto articulado de la Ley de Auditoría antes indicada, constan diversos motivos tasados como reveladores de “amenazas” a la independencia entre ellos, el artículo 16 1 b) indica que lo son la prestación de servicios bien sea de servicios de contabilidad o preparación de registros contables o estados financieros, así como de servicios de valoración a la compañía auditada.*

La clave está en que la veracidad del informe de auditoría se presupone y un informe pericial de contraste no resulta nada sencillo de producir por falta de acceso del demandante o interesado a la información contable de la empresa que ha sido objeto de auditoría, por lo que el único mecanismo del afectado acaba siendo la denuncia al regulador y supervisor (ICAC) que mantiene al igual que la mayoría de los órganos administrativos de supervisión un importante oscurantismo en sus procedimientos de investigación y sanción<sup>143</sup>. Abordar el estudio de las razones de la opacidad referida excederían también el objeto de esta ponencia, pero ha de subrayarse que, con ser diversas, provienen de la falta de una efectiva, por más que proclamada, independencia e imparcialidad de los organismos reguladores y supervisores, que resultan un último bastión de poder difuso, por la falta de un efectivo control institucional, lo que lleva a que los gobiernos de turno y a través del nombramiento de sus presidentes los utilicen como un instrumento más para sus políticas(vid. apartado III.3).

En todo caso lo grave es que, aunque el denunciante tenga interés evidente no se le permite, desde luego fácilmente, participar en el expediente de denuncia y ello, aunque a la postre resulte el único medio para acreditar la incorrección de un determinado informe de auditoría como único o principal medio para ver reestablecido su derecho en la instancia correspondiente. Así lo establece, si bien de forma genérica, el apartado 4 del artículo 78 (RDL 1/2011) que se ha resaltado; y ello a pesar de que el TS<sup>144</sup> se ha manifestado en reiteradas ocasiones favorable a que, si al denunciante le asiste un interés que justifica debidamente, se le debe permitir participar en el expediente de denuncia y en su caso en el procedimiento sancionador.

Respecto a la Jurisprudencia, se han seleccionado las siguientes sentencias:

**1.- Nulidad del acuerdo social de nombramiento de auditor de cuentas por incompatibilidad con la función de asesoramiento fiscal (en las dos instancias). Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 27 de abril 2007<sup>145</sup>**

Supuesto de impugnación de acuerdos sociales en una compañía mercantil, por nombramiento de un auditor de cuentas que era, a su vez, el legal representante de una empresa, otra distinta de la de auditoría (de la que también era el legal representante), que prestaba regularmente asesoramiento fiscal a la compañía auditada, lo que se consideró afectaba a la objetividad del auditor de cuentas. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil estimó en parte la demanda de impugnación, decretando la nulidad, entre otros, del acuerdo de nombramiento de dicho auditor de cuentas; confirmándose dicha nulidad en sede de apelación.

*[...] La segunda de las cuestiones suscitadas relativa a la designación en la Junta General de nombramiento de auditores por un período de tres años, para los ejercicios dos mil cinco, dos mil seis y dos mil siete, deberá correr idéntica suerte adversa la tesis defendida en alzada por la apelante, procediendo la confirmación de la resolución judicial impugnada, dado que se ha producido un incumplimiento de lo previsto en el artículo 8 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, a cuyo tenor “los auditores de cuentas deberán ser independientes, en el ejercicio de su función, de las empresas o entidades auditadas”, especificando en su apartado quinto, letra a), que “a los efectos de este artículo, las menciones a la empresa o entidad se extenderán a aquellas otras con las que esté vinculada directa o indirectamente”, especificándose aún más en el artículo 36.2 y 3 del Real Decreto 1636/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprobara el Reglamento que desarrolla aquélla Ley, como interpretación legal que “se entiende por independencia la ausencia de intereses o influencias que puedan menoscabar la objetividad del audi-*



tor” y que “para apreciar la falta de independencia, se tomará en consideración, entre otras circunstancias, la realización para la empresa o entidad auditada en otros trabajos que puedan limitar la imparcialidad del auditor”, añadiendo a renglón seguido que “en todo caso, se considerará que no existe independencia cuando el auditor de cuentas haya realizado trabajos durante los tres ejercicios anteriores a aquel que se refiere la auditoría, relativos a la ejecución material de la contabilidad de la empresa o entidad auditada”, [...] entidad mercantil que presenta lazos de unión más que significativos con la designada como auditora no solamente por tratarse de un servicio que afecta a la empresa revisada sino también por producir posibles efectos frente a terceros que mantengan relaciones con la misma, según se recoge en la Exposición de Motivos de la precitada Ley, [...] de tan amplia y profunda incidencia sobre el funcionamiento de la economía de mercado y de los intereses de muy diversas personas y grupos, justifique objetiva y razonablemente que se prevea un control técnico del sistema, pues parece de evidencia incuestionable que si ciertas entidades vienen obligadas a realizar periódicamente auditorías, y de ellas se siguen efectos frente a terceros distintos de los administradores de las entidades auditadas, sea preciso controlar que tales auditorías se realicen siguiendo unos determinados criterios que garanticen su fiabilidad, ya que de otra manera los objetivos perseguidos por la norma -proporcionar una información rigurosa, objetiva y completa sobre la situación de la entidad auditada- no podrían obtenerse, finalidad ésta que no se lograría caso de mantenerse en vigor el acuerdo adoptado en Junta en el que se entremezclan los intereses en juego de la sociedad auditora con la que ha venido teniendo la última palabra en el control contable de la empresa auditada, lo que hace no solamente aconsejable, sino necesario, legalmente, el excluir del control auditor a la sociedad nombrada por la demandada, lo que determina el perecimiento del motivo de apelación que no podrá sustentarse sobre la normativa citada al colisionar frontalmente con la legal a que nos hemos referido,

*determinando, en definitiva, el fracaso del recurso de apelación y, consecuentemente, la conformación íntegra de la sentencia dictada en primera instancia.*

**2.- Validez del acuerdo social de nombramiento de auditor de cuentas por incompatibilidad con la función de asesoramiento fiscal. STS de 26 de febrero de 2018<sup>146</sup>**

Supuesto, también, de impugnación de acuerdos sociales por el nombramiento de auditor de cuentas, cuyo domicilio y otros datos de contacto son los mismos que la empresa que prestaba servicios de asesoría fiscal a la sociedad auditada, analizándose en esta resolución el concepto de “pertenencia a la misma red”.

El Juzgado de lo Mercantil desestimó íntegramente la demanda de impugnación de acuerdos sociales; mientras que la Audiencia Provincial la revocó en la parte del nombramiento del auditor de cuentas, declarando dicho acuerdo social nulo. El TS confirmó la primera tesis y revocó el pronunciamiento de la Audiencia Provincial que estimó la acción de impugnación del acuerdo de nombramiento de auditor de cuentas, con las siguientes, entre otras declaraciones:

*i) La sentencia recurrida impugna el acuerdo de nombramiento de auditor porque considera que la sociedad auditadora que ha sido designada puede llegar a incurrir en el riesgo de autorrevisión, pero del tenor del artículo 12.1 TRLAC solo cabe concluir que la independencia del auditor de cuentas solo se encuentra amenazada si ya se han producido actos concretos de autorrevisión y estos tienen la suficiente relevancia para comprometer dicha independencia. [...].*

*ii) La actuación de la sociedad auditadora designada nunca puede verse condicionada por los trabajos realizados por la sociedad*

*que presta asesoría fiscal a la demandada, pues la asesoría fiscal no puede tener ninguna incidencia en los trabajos de auditoría, que se centran en la contabilidad.*

*iii) Las sociedades de auditoría de cuentas pueden prestar otro tipo de servicios siempre que no supongan la ejecución material de la contabilidad. Como no están acotados los servicios o trabajos que, fuera de lo expuesto, pueden provocar una falta de independencia, no es posible determinarlos a priori y solo cuando se produzca esa afectación a su independencia, el auditor deberá renunciar al trabajo de auditoría o a ese otro servicio que afecte a su independencia [...].*

*La regulación contenida en la normativa societaria y de auditoría sobre la independencia del auditor de cuentas de la sociedad configura un sistema mixto, que combina el principio general de independencia de los auditores y el deber de adopción de medidas de salvaguarda, contenido en el artículo 12 TRLAC y desarrollado por los artículos 43, 44, 45 y 48.1 RAC, con la regulación de las causas de incompatibilidad contenida en el artículo 13 TRLAC y desarrollada en otros preceptos del propio TRLAC y del RAC, causas de incompatibilidad en las que se establece que «en todo caso» el auditor no goza de independencia en el ejercicio de sus funciones respecto de la sociedad auditada. La sentencia recurrida aprecia la falta de independencia de la sociedad de auditoría nombrada por la junta general para realizar la auditoría de cuentas anuales de la sociedad por aplicación del principio general, no de alguna causa concreta de incompatibilidad, y por razones generales que serían aplicables a toda sociedad de auditoría que prestara servicios de asesoría fiscal a la sociedad auditada o, como en este caso, que estuviera vinculada estrechamente a la sociedad que presta esos servicios de asesoría fiscal a la sociedad auditada [...].*

*La Audiencia Provincial considera que la asesoría fiscal influye en la confección de la contabilidad, por lo que al realizar la auditoría tendría que operar sobre datos y asesorías aportadas por su propia empresa o grupo de empresas e incurriría en autorrevisión.*

*Un primer argumento impugnatorio expuesto en el recurso consiste en que la independencia del auditor de cuentas solo se encuentra amenazada si ya se han producido actos concretos de autorrevisión y estos tienen la suficiente relevancia para comprometer dicha independencia, no puede basarse en un riesgo potencial, sin que se haya acreditado actuación concreta alguna en que se fundamente la incompatibilidad.*

*No puede aceptarse, de un modo general y sin realizar precisión alguna, la tesis de la recurrente de que la vulneración del principio de independencia del auditor respecto de la sociedad auditada ha de ser real y efectiva, pues debe derivarse de que se hayan producido actos concretos de autorrevisión, y no puede deducirse de la simple existencia de un riesgo [...].*

*Distinta suerte deben correr otros argumentos del recurso, en los que se plantea la compatibilidad de los servicios de auditoría de cuentas con los de asesoría fiscal, de modo que solo cuando se produzca la afectación a su independencia, el auditor deberá renunciar al trabajo de auditoría o a ese otro servicio que afecte a su independencia. Como se ha expuesto, la Audiencia Provincial anuló el acuerdo de nombramiento de auditor porque consideró incompatible en todo caso que el auditor, o una sociedad vinculada al auditor, percibiera una remuneración de la sociedad auditada por la prestación del servicio de asesoría fiscal.*

*La compatibilidad entre ambas actividades, asesoría fiscal y auditoría de cuentas, y la trascendencia que esta concurrencia*

*de actividades puede tener en la independencia del auditor es una cuestión muy debatida en la doctrina, y cuya regulación no es uniforme en los Estados miembros de la Unión Europea. La Directiva 2006/43/CE establece una «armonización mínima» pues «los Estados miembros que exijan una auditoría legal podrán imponer unos requisitos más estrictos, salvo que se disponga lo contrario en la presente Directiva» (artículo 52).*

*En conclusión, el sistema que regula la independencia de los auditores de cuentas en la Directiva 2006/43/CE, antes de su reforma por la Directiva 2014/56/UE, y la normativa nacional que la traspone (TRLAC y RAC) no contiene una prohibición absoluta e inmatizada de la prestación de servicios de asesoría fiscal por parte del auditor a la empresa auditada, pese a que contenía un listado de actividades de asesoría que, con ciertas matizaciones, resultaban incompatibles con la realización de la auditoría de cuentas debido al riesgo de autorrevisión. De modo concordante con este sistema, el apartado 1.3.6 de las Normas Técnicas de Carácter General, dentro de las Normas Técnicas de Auditoría aprobadas por Resolución de 19 de enero de 1991, prevé que «el resto de los servicios que el auditor puede prestar a su cliente, como consultoría y asesoramiento fiscal, no provocan, en principio, incompatibilidad en este sentido».*

*Respecto de la dependencia económica, la principal causa de incompatibilidad vendría constituida por la percepción de honorarios derivados de la prestación de servicios de auditoría y distintos del de auditoría a la entidad auditada, siempre que éstos constituyan un porcentaje significativo del total de los ingresos anuales del auditor de cuentas o sociedad de auditoría, considerando la media de los últimos tres años (artículo 13.h TRLSC) [...] El riesgo que intenta evitarse con esta causa de incompatibilidad es que el auditor o la sociedad de auditoría se encuentre en una situación de dependencia respecto de un clien-*

*te, porque reciba de él una parte significativa de sus ingresos, y esa situación le impida gozar de la necesaria independencia para prestarle servicios de auditoría.*

*Pero esos ingresos han de constituir un «porcentaje significativo del total de los ingresos anuales del auditor de cuentas o sociedad de auditoría», de lo que se desprende que el mero hecho de percibir alguna remuneración de la sociedad de auditoría por la prestación de otros servicios, si no constituye un «porcentaje significativo», no supone la falta de independencia del auditor.*

*La Audiencia Provincial considera contrario a la ley que la sociedad de auditoría nombrada por la junta general de la sociedad demandada para auditar sus cuentas pertenezca a la misma red que la sociedad que le asesora fiscalmente, y lo hace por aplicación del principio general que consagra la independencia del auditor de cuentas, pues no llega a encuadrar la situación en ninguna de las incompatibilidades previstas en el artículo 13 TRLAC.*

*Asimismo, tampoco se afirma que los honorarios que perciben las sociedades integradas en la misma red de la auditora, por cualesquiera servicios, constituyan un porcentaje significativo del total de los ingresos anuales del auditor de cuentas o sociedad de auditoría, considerando la media de los últimos tres años, porque el importe de tales honorarios ni siquiera ha sido tomado en consideración, porque no se aborda el tema de los honorarios del auditor y del asesor fiscal, como tampoco se hacía en la demanda.*

*Teniendo en cuenta lo expresado, consideramos que la aplicación del principio general de independencia por parte de la Audiencia Provincial para considerar ilícita la designación de la sociedad auditora contradice el sistema diseñado por la Directiva 2006/43/CE, por cuanto que sin apreciar circunstancias distintas de la mera prestación de asesoramiento fiscal a la de-*

*mandada por una sociedad integrada en la misma red que la sociedad nombrada para auditar las cuentas de la demandada, considera que la prestación de ese asesoramiento fiscal determina por sí solo que la sociedad auditora no sea independiente y que, por tanto, no pueda auditar las cuentas de la demandada.*

*Esta contradicción con el sistema se produce porque cuando el TRLAC ha determinado las incompatibilidades por razón del riesgo de autorrevisión o autoevaluación, no ha incluido entre las mismas la prestación de asesoramiento fiscal, pese a que el criterio de desvalor que determinaría la incompatibilidad sería en este caso el del riesgo de autorrevisión, el mismo que justifica otras incompatibilidades expresamente previstas. Y, como se ha expresado, la propia Directiva 2006/43/CE contempla la posibilidad de que el auditor o la sociedad de auditoría (u otra persona o sociedad integrada en su red) preste asesoramiento fiscal a la empresa auditada, al exigir que en la información que se publique sobre los honorarios abonados al auditor por todos los servicios se desglosen los prestados por asesoramiento fiscal.*

*Por tanto, la resolución de la Audiencia Provincial lleva a resultados antitéticos con la regulación de las incompatibilidades y con las demás normas reguladoras de la independencia, puesto que considera prohibida una conducta que, por el contrario, resulta admitida en principio por la normativa reguladora de la auditoría de cuentas.*

A pesar de la, como se ha visto, extensa regulación sobre la independencia de los auditores de cuentas y sus incompatibilidades, el sistema sigue presentando graves deficiencias como lo demuestran los periódicos escándalos financieros que internacionalmente y en nuestro país se vienen produciendo, donde siempre emerge la figura del auditor de cuentas, y por su importancia, como una especie de “cooperador” en la generación

de particulares ruinas empresariales. Se indican por ello a continuación algunos apuntes sobre necesarias reformas.

El ICAC debiera incrementar su actuación supervisora, tanto en el sentido de investigar de oficio, y no solo a instancia de parte, a las principales firmas de auditoría, como procediendo con contundencia a la imposición de sanciones, permitiendo a los interesados, tras la oportuna reforma normativa, participar en los expedientes.

Además, se garantizaría en mayor medida la independencia de los auditores de cuentas, si su nombramiento como tales de las compañías mercantiles, especialmente las que tiene obligación legal de auditar sus cuentas anuales, se efectuase -en todo caso- por los Registros Mercantiles y de forma rotatoria o por sorteo.

Actualmente este sistema de designación por el Registro Mercantil se aplica en los casos legal y reglamentariamente previstos como cuando no se designan por la compañía mercantil en los plazos correspondientes o cuando sin obligación de auditarse un socio o accionista lo solicita.

Por otro lado, el pago de los honorarios de los auditores de cuentas debería sustraerse de las compañías mercantiles y ser liquidados exclusivamente contra un fondo constituido por una tasa que a tal efecto tuvieran que liquidar al Registro Mercantil regularmente las propias compañías en función de diferentes parámetros como los ingresos o resultados.

De este modo se evitaría, lo que es un evidente contrasentido: que el auditor tenga a la vez que cuidar al cliente y competir por él, y al tiempo efectuar la labor que integra un máximo interés público revisando las cuentas de quien es fuente de sus ingresos.



### III.6.- Testigos

Un testigo en juicio es aquella persona física que tiene suficiente idoneidad para declarar en un procedimiento judicial sobre un hecho del que tiene conocimiento directo o indirecto como *testigo de referencia* (porque por ejemplo se lo han contado) y un saber no técnico o profesional, puesto que en ese sentido sería un perito<sup>147</sup>, y que tiene relación con el objeto de dicho proceso.

Según el artículo 360 de la LEC puede ser testigo aquel que *tengan noticia de hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto del juicio*, aunque sea ajeno al mismo<sup>148</sup>. La normativa sobre testigos en juicio no prescribe su imparcialidad o independencia, sólo establece la obligación de decir la verdad sobre lo que se les pregunta, artículo 365 de la LEC:

*Antes de declarar, cada testigo prestará juramento o promesa de decir verdad, con la conminación de las penas establecidas para el delito de falso testimonio en causa civil (<sup>149</sup>), de las que le instruirá el tribunal si manifestare ignorarlas.*

De ahí que pueda establecerse que se pretende por el legislador que la percepción que transmita el testigo en juicio deba ser lo más objetiva posible -imparcial alejada de cualquier interés o si éste existe que lo ponga de manifiesto- sobre los hechos que conoce, puesto que, si eso no fuese así, se podría más que razonablemente dudar que pueda mentir y eso es precisamente lo que prohíbe el precepto transcrito al advertir de la posible sanción penal en caso de contravención. La regulación y normativa de aplicación, con alguna peculiaridad, no varía en los otros órdenes jurisdiccionales. La Ley establece también una casuística sobre posibles situaciones que pueden hacer dudar de esa imparcialidad, ya sea mediante una serie de preguntas previas a su interrogatorio, artículo de la 367 LEC o mediante el sistema de

“tacha”<sup>150</sup> de los testigos *ex* artículo 377 de la LEC. Lo cierto es que pocas son las causas en las que se enjuicia a un testigo por falso testimonio y existe una generalizada permisividad ante la inmensidad de casos que se producen.

No cabe duda de que la causa de todo ello radica en el sistema de valores y cultura imperante, sobre lo que se incidirá más adelante, al tiempo que no se persiguen los delitos de falso testimonio.

En cuanto a la jurisprudencia, se ha seleccionado aquella sobre el carácter de los testigos en juicio y, especialmente, sobre la valoración que de sus declaraciones debe extraerse:

**1.- Testigo con relaciones de parentesco. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de marzo 2009<sup>151</sup>**

En un procedimiento civil sobre resolución de un contrato de arrendamiento urbano (demanda desahucio por expiración del plazo), no se tuvo en cuenta la declaración de un testigo que era pariente consanguíneo directo de la parte demandada, pudiéndose acreditar los hechos que se manifiestan con otras pruebas más imparciales y creíbles. En primera instancia se desestima la demanda de desahucio, estimándose en apelación y declarándose resuelto el contrato de arrendamiento:

*[...] sin que las alegaciones de parte [...] o las declaraciones de la testigo hija de la demandada en similar sentido proporcionen certeza a tales afirmaciones que de ser reales podían acreditarse a través de medios más objetivos que la simple manifestación de parte y la declaración de la hija que vive con ella, cuyos vínculos parentales e interés directo en el asunto, artículo 367.2º y 4º y 377.1.1º y 3º LEC, comprometen claramente su imparcialidad y condicionan su credibilidad, sobre todo cuando pudieran de-*

*mostrarse los hechos sobre los que declara por otros medios como fotografías, certificaciones de correos, acta notarial...etc. que dotaran de objetividad a lo que no son sino simples manifestaciones de parte y persona interesada que nada demuestran a juicio de este tribunal y que tratan de justificar la no reclamación de los burofaxes remitidos por la parte arrendadora.*

## 2.- Testigo con relaciones mercantiles y de parentesco. Sentencia de Audiencia Provincial de Madrid de 3 de junio 2009<sup>152</sup>

En un procedimiento sobre cese de actos de competencia desleal (respecto a una página web), no se tiene en cuenta la declaración de un testigo de la parte demandante por existir una vinculación con la empresa (era su apoderado general) y con la persona de su administradora y socia única (esposo). En primera instancia se desestima la demanda por no haber ningún acto de competencia desleal, confirmándose en apelación dicha resolución.

*[...] Es cierto que se nos ha hablado por la defensa de la recurrente de que esta sociedad se constituyó como una suerte de continuadora de la actividad de otras entidades precedentes, pero ni esto se adujo de modo explícito en la demanda, lo que deja fuera del proceso ese aspecto, ni tampoco se habría aportado prueba a este respecto dotada de garantías de objetividad, ya que no puede considerarse como tal la declaración testifical de [...], pues la falta de imparcialidad de éste resulta manifiesta, en tanto que es el apoderado general de la entidad demandante y el marido de la administradora y socia única de la misma.*

## 3.- Validez testimonio testigos tachados. STS de 12 de junio de 1998<sup>153</sup>

La declaración de cualquier testigo tachado es perfectamente válida a todos los efectos, sin perjuicio del valor que, en cada

caso y según las reglas de la sana crítica, le atribuya el juzgador del caso concreto. Se trataba, originariamente, de una demanda civil sobre reclamación de cantidad entre varios particulares y se estimó parcialmente en primera instancia la demanda, y confirmandose en apelación en cuanto al fondo. La sentencia del TS desestimando el Recurso de Casación interpuesto, señala que la “tacha de testigos” no es un verdadero medio de prueba, sino un simple sistema de cuestionar la prueba testifical:

*La tacha de testigos, que no es un verdadero medio de prueba a pesar de su enclave legal, es simplemente un sistema o procedimiento para cuestionar, en principio, la prueba testifical, ya que es una alegación de parte procesal, por la cual se pretende desvirtuar la fuerza probatoria de lo declarado por aquellos testigos que pueden ser parciales en sus declaraciones.*

*Por ello, con las tachas, no se demuestra directamente la falta de veracidad del testigo, sino que se puede sospechar de que puede no haber sido veraz, y por ello la declaración del testigo tachado será válida, sin perjuicio del valor que le dé el Juez al apreciar la prueba testifical, según las reglas de la sana crítica, a tenor de lo dispuesto en el artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

*Por ello puede ser absurdo el pedimento de este motivo, cuando en él se habla de la ausencia de un auto que defina o califique la tacha alegada, y ello, por la simple razón de que en las tachas alegadas en la instancia, no se propuso prueba, por lo que a tenor de lo dispuesto en el artículo 664 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo único que había que hacer, como se hizo por el juzgador «a quo» es tenerlas presentes a su tiempo, y así se desprende del fundamento jurídico segundo de la sentencia [...]*

En la declaración de un testigo siempre intervienen dos corrientes: la de abogado que lo ha propuesto y que se supone que

lo ha hecho porque dicha declaración coadyuvará a su tesis y la del abogado contrario que intentará en su interrogatorio de contraste que las declaraciones que vierta el testigo -que él no ha propuesto aunque también puede hacerlo suyo-, queden en evidencia y carezcan de valor, siendo el juzgador quien al final valore, dentro del conjunto de las pruebas practicadas, la credibilidad del testigo en cuestión y de sus manifestaciones. Por su importancia se indican a continuación brevemente unas líneas de trabajo para la mejora y credibilidad del sistema.

Los testigos, denominados de parte y más allá del sistema de tachas que no impide su declaración, pueden, y de hecho lo hacen en muchas ocasiones, mentir y faltar a la verdad sobre los hechos y circunstancias que se enjuician y ello en cualquier procedimiento, civil, mercantil, si bien en el penal en menor medida. Frente a esa falta de imparcialidad voluntaria y a sabiendas sólo cabría, siquiera respetar a la Administración de justicia, llevar a cabo lo que la actual normativa ya establece sobre el falso testimonio en juicio. De poco sirve aquella normativa que no se aplica cuando debe utilizarse, ya que pierde fuerza coercitiva y perjudica gravemente la credibilidad de las instituciones cuando se incurre en delito impunemente, generándose así una muy negativa corriente que se extiende a cualquier otro ámbito y contamina todo el tejido social.

Pero tampoco de nada serviría impulsar la aplicación de la ley sobre falso testimonio, si al final hubiera que acudir a tramitar largos procedimientos penales, por lo que deberían establecerse mecanismos procedimentales para su encausamiento que fueran rápidos y eficaces. En este sentido una posible vía sería la de tramitar -sin perjuicio de acudir a la vía penal del falso testimonio de los arts. 458 a 462 del CP, en aquellos casos flagrantes- un procedimiento sumario ante el mismo juzgado en el que se ha producido la testifical, a cargo del Letrado de la Administra-

ción de Justicia y en el que se ventilase la cuestión finalizando con la imposición de importantes sanciones pecuniarias con constancia en un registro especial al que se tuviera acceso por parte de los juzgados para posteriores ocasiones en que dicho testigo pudiera ser llamado a declarar en otro procedimiento.

Debe puntualizarse que atendido que una testifical es una prueba dentro de un conjunto y a la que el juez dará el valor que tenga por conveniente, la implementación de un procedimiento sumario como el que se propone, en ningún caso debería suponer una posibilidad de recurrir o anular la sentencia que en el procedimiento principal se dictase, salvo en los procedimientos penales en los que se pusiese de manifiesto que la declaración de ese testigo hubiera sido determinante para condenar a un acusado.

### **III.7.- Administradores de sociedades de capital**

Según la RAE y según sus diversas acepciones, un *administrador* es quien administra bienes ajenos, siendo el verbo *administrar* la acción de *dirigir una institución y ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes*. En efecto, definido así el concepto es evidente que se pueden dar innúmeras situaciones de conflicto de interés, directa o indirectamente, por parte de quién tiene, bien el poder como socio de imponer determinados acuerdos que pudieran resultar lesivos para otros socios, o bien por parte de quien administra la sociedad, directamente o por situación de dependencia con el socio que se encuentre sometido a dicho conflicto.

Es evidente que se trata de situaciones en las que la independencia y la imparcialidad se encuentran en entredicho y de ahí que proceda, siquiera a vuela pluma, abordar la problemática.

Interesa pues aquí centrarse, en mayor medida, en la persona o personas, físicas o jurídicas, que dirigen, administran, gestionan una sociedad mercantil y que pueden comprometerla haciéndola titular de derechos y obligaciones legalmente considerados. El Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la LSC, siguiendo las Directivas Comunitarias, regula las sociedades de capital y, en concreto, el régimen de responsabilidad para los administradores sociales (arts. 225 y siguientes de la LSC).

Entre sus normas, se establecen determinadas reglas, imperativas también para sociedades cotizadas, sobre la independencia de los administradores en el ejercicio de su cargo y de las funciones inherentes al mismo.

Evidentemente esa independencia, y si bien el legislador utiliza el mismo concepto que usa para proclamarla como condición que deben reunir jueces, árbitros y otros operadores jurídicos, en la práctica y para los administradores, aparece vacía de contenido, salvo cuando la normativa establece los supuestos de conflicto de interés que pueden afectar al concernido en una determinada decisión, que sólo o colegiadamente deba adoptar la sociedad.

Es evidente que el administrador de una sociedad mercantil actúa en interés de ésta en el mundo exterior e internamente sobre las decisiones que le competen, con lo que poca neutralidad puede predicarse cuando precisamente su actuación debe estar principalmente comprometida con el “interés social”<sup>154</sup> e incluso en provecho de quién le ha designado mientras actúe con arreglo a sus obligaciones y responsabilidades.

Lo que se predica pues de los administradores sociales es que ejerzan esa independencia *ex* artículo 228 d) de la LSC en bue-

na fe, y según su artículo 227.1 en *el mejor interés de la sociedad* en las posibles relaciones propias o de personas afines, con la compañía, evitando en todo momento que surja un conflicto de interés entre ellas. Por ello, con pretendido carácter exhaustivo -que de hecho lleva a muchos equívocos, ya que parece que lo que no está expresamente prohibido está consentido-, se regula, por un lado, los deberes y obligaciones de los administradores sociales y por otro aquellas situaciones que puedan, presumiblemente, colocar a los administradores y a la compañía en situación de conflicto de interés y, por tanto, romper la predicada independencia de los primeros frente a la segunda.

Por la claridad con que se expresa el texto, se resume brevemente el comentario que el profesor don Jesús Alfaro Águila-Real (Doctor en Derecho y abogado en ejercicio) efectúa respecto a la STS de 2 de febrero de 2017<sup>155</sup>, que aborda un supuesto de impugnación de acuerdos sociales, adoptados en Junta General, para los que fue decisivo el voto de un socio.

Dicho socio persona jurídica, pertenecía mayoritariamente al administrador de la sociedad que adoptó los acuerdos, por lo que se producía un claro conflicto de interés al no haberse abstenido en la votación del acuerdo impugnado. Dicho acuerdo, venía dado sobre la información respecto a la situación de determinados contratos de prestación de servicios a cargo de la sociedad y de préstamos concedidos a compañías pertenecientes al socio mayoritario, así como, la dispensa al administrador sobre la prohibición de competencia.

Los socios minoritarios solicitaron en la votación de la Junta General que se dejaran sin efecto dichos contratos y que no se otorgara dicha dispensa, por lo que promovieron la abstención del socio mayoritario por estar en la indicada situación de conflicto de interés.



E Juzgado de lo Mercantil estimó la demanda, declarando nulo el acuerdo adoptado respecto a lo referido. La Audiencia Provincial, revocó la sentencia con la consideración que la normativa aplicable (por aquel entonces, los arts. 52 y siguientes de la LSRL, hoy derogada por la LSC), establecía unos *numerus clausus* de supuestos de conflicto de interés, que no podían ser ampliados y sin que los supuestos del caso tuvieran encaje en algunos de los prescritos normativamente. El TS desestimó el Recurso de Casación confirmando la sentencia revocatoria de la Audiencia.

Note el lector, y una vez más el formalismo exasperante en nuestro derecho que en este supuesto al igual que respecto a la recusación de jueces y magistrados lleva a primar, sobre el fin teleológico pretendido por el legislador, la literalidad de la norma.

Volviendo al caso, comenta el autor de referencia la existencia de una doble concepción:

- (i) “conflicto de interés por cuenta ajena”, concurre cuando hay que decidir entre dos obligaciones incompatibles entre sí (v.gr. cuando el administrador tiene que decidir entre el interés del socio que lo designó y el interés social de la sociedad que administra). En este caso, no existe entre administrador y socio una vinculación en el sentido expresado en la Ley, cuando se refiere a personas vinculadas y, por tanto, una situación así no está regulada.
- (ii) “conflicto de interés por cuenta propia” (o por cuenta de una persona vinculada al administrador), concurre cuando existe una obligación del administrador y un interés propio del administrador (o de persona vinculada a ese administrador). En este caso, se aplica la norma de prohibición de participar en la decisión y, por tanto, de abstenerse.

Cuestión distinta es, como indica el autor de referencia que el *socio que pueda considerarse como una persona interpuesta o «dominada» por el administrador*. En principio y según éste, el hecho de que el administrador sea un socio mayoritario a través de una sociedad sienta una presunción, que admite prueba en contrario, de que existe un conflicto de interés cuando se trata de un acuerdo sobre dispensa de prohibición de competencia del administrador, por ser la sociedad socia una persona vinculada al administrador en el sentido legal.

Tras la sentencia objeto de comentario, se ha promulgado la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el *texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas*.

La reforma ha supuesto la modificación e introducción de distintos preceptos relativos al conflicto de interés, y concretamente el artículo 231 de la LSC que hace referencia a las personas vinculadas a los administradores, ha introducido la previsión expresa que el supuesto de hecho del caso<sup>156</sup> estudiado por el profesor Alfaro supondría la directa revocación de los acuerdos societarios impugnados. Sin perjuicio de la reciente reforma operada por Ley 5/2021, de 12 de abril y del avance clarificador que supone, una cosa es la sumisión del juzgador a la Ley y a la norma y otra que se pretenda más allá de una necesaria relación de situaciones notorias que los supuestos en los que pueda existir -de forma evidente- una quiebra de los principios de independencia o imparcialidad, y en lo que respecta a este apartado de notoria situación de conflicto de interés y otra es pretender que las establecidas por el legislador son las únicas que pueda apreciar el juzgador, cuando aquellas y ésta son inabarcables en una limitada relación.

Siguiendo con el análisis, las situaciones de conflicto de interés que afecten al administrador, y la de los propios socios o accionistas de la compañía con ésta, también se regulan, en el artículo 190 de la LSC, distinguiendo en algún supuesto si se trata de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada. La cuestión adquiere mayor importancia en sociedades cotizadas ya que se exige un número determinado de miembros del consejo de administración que reúnan las características de “independientes”, según lo que establece la normativa<sup>157</sup>.

Pues bien, en la práctica y a salvo también de honrosas excepciones, el administrador que accede a un consejo de administración de una sociedad cotizada, en la mayoría de los casos mediando una sustanciosa remuneración, se debe a quién, directa o indirectamente, lo propone y le contrata. Eso, que parece evidente, determina *per se* una falta de independencia notable y admitirse por ley que se califique de independiente a quién simplemente no se encuentra en los evidentes supuestos que indica la normativa sólo hace que llevar a equívoco al inversor que no se encuentre avezado con el sistema.

Una vez más, nos encontramos con un sistema que resulta altamente voluntarista y que, si bien procura que la gestión de bienes ajenos se encuentre protegida, se estrella contra la realidad antropológica, provocando que en muchas ocasiones sea “peor el remedio que la enfermedad” ya que permite que se produzcan auténticos desafueros con la cobertura que supone contar con los votos de consejeros a los que se le presume una independencia que únicamente radica en su denominación.

Respecto a la jurisprudencia, se destacan las siguientes sentencias:

**1.- Impugnación de acuerdos sociales por conflicto de interés. Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 1 de San Sebastián de 16 de marzo 2017<sup>158</sup>**

El supuesto trata de un aumento de capital por compensación de créditos en el que la parte demandante entiende que existe un conflicto de interés al tratarse de créditos de determinados socios (principalmente de la administradora, que otorgó el préstamo a la sociedad sin informar de ello a la Junta General y en contravención con la obligación de no realizar operaciones no ordinarias con la propia sociedad) y, con ello, un abuso al no tener el aumento de capital propuesto una causa objetiva y lícita que lo soportara. La parte demandada alegó en su defensa no estar en ninguno de los supuestos del artículo 190 de la LSC, que la operación era necesaria atendida la situación deficitaria y que la compensación de los créditos de los socios mayoritarios era subsidiaria ya que estaba supeditada a que el resto de los socios no acudiesen a la ampliación de capital propuesta.

El Juzgado de lo Mercantil entendió que concurría un conflicto de interés y una deslealtad de la administradora al otorgar un préstamo a favor de la sociedad (acto de administración) y un conflicto de interés al votar en favor del acuerdo de aumento de capital; estimando la demanda y procediendo a revocar el acuerdo sobre el aumento de capital.

*Se puede considerar que de lo anterior se deduce que en la votación del acuerdo estaríamos ante un supuesto de abstención en el derecho de voto por parte de la favorecida [...] puesto que, como indica el ya referido artículo 190.1 de la Ley de Sociedades de Capital, el socio no podrá ejercer el derecho de voto correspondiente a sus participaciones cuando, como sucede en el presente caso, se trate de adoptar un acuerdo que le “conceda un derecho”.*

*Y, en el presente caso, lógicamente, la administradora es claramente la persona favorecida por el acuerdo de ampliación de capital que le concedía un claro derecho, participar en la ampliación de capital en detrimento del derecho del socio minoritario de participar en condiciones de igualdad [...] gracias a una aportación en la que se ha vulnerado su obligación de informar a la Junta y evitar el conflicto de intereses [...]*

*Y esta infracción está relacionada, además, con el carácter abusivo del acuerdo.*

**2.- Impugnación de acuerdos por una situación de competencia entre el socio minoritario y la sociedad. STS de 11 de noviembre de 2014<sup>159</sup>**

El supuesto trata de una demanda formulada contra determinados acuerdos de la Junta General de la compañía IBERDROLA, S.A., adoptados fuera del Orden del Día, referidos a la destitución de un consejero titular y su suplente designados por el sistema de representación proporcional por la parte demandante y a la reducción, a su vez, del número de miembros integrantes del Consejo de Administración<sup>160</sup>.

Se argumentaba por la parte demandante (perteneciente al grupo empresarial ACS) que no era de aplicación el cese. La parte demandada, sostuvo lo contrario, entendiendo que existía un conflicto de intereses por cuanto se daba una competencia directa y permanente en los sectores de renovables e ingeniería industrial y en las áreas estratégicas. El Juzgado de lo Mercantil, acogiendo esta última tesis, desestimó íntegramente la demanda con condena en costas a la parte demandante. Visto el asunto en sede de apelación, la Audiencia Provincial confirmó íntegramente la sentencia de primera instancia. En el subsiguiente Recurso de Casación que fue desestimado, además de

determinadas cuestiones de orden procesal, se argumentó que no se había aplicado la doctrina del TS (citando para ello la sentencia, de 5 de diciembre 2008), sobre el cese de los administradores que tuvieran intereses opuestos a los de la sociedad en la que ostentaran el cargo<sup>161</sup>.

El TS procedió a comparar la situación expuesta por la parte recurrente con la de la sentencia alegada como jurisprudencia a seguir, para concluir que no es necesario que se dé, en todo caso, una causa justa para el cese del administrador, si bien en el caso concreto que se juzgaba se entendía que se daba dicha causa justa al existir un conflicto de intereses por una situación de competencia que fue analizado por la Junta General y constatado como tal.

*2. El patrón de conducta que exige el ordenamiento societario, se corresponde al modelo de “un ordenado empresario” (artículo 225.1 LSC) que supone entre otros deberes, el de lealtad y el de fidelidad (artículo 226 LSC) como estándar del “representante leal”. Los administradores deben desempeñar su cargo como un representante leal en defensa del “interés social”, por lo que están obligados a anteponer en todo momento los intereses de los accionistas a los suyos propios.*

*Este deber de lealtad, pese a ser un estándar general, la ley ha cuidado de tipificar alguna de sus manifestaciones más importantes, entre ellas, y, en lo que aquí interesa, la “prohibición de aprovechar oportunidades de negocio” (artículo 228 LSC - artículo 127 ter 2 LSA) y las “situaciones de conflicto de intereses” (artículo 229 LSC - 127 ter, 3 y 4, y 132.2 LSA). Este último precepto, como cuestión relevante para el caso enjuiciado, prevé el remedio de la abstención de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación a que el conflicto se refiere, como forma de protección del interés social y, como señala la doctrina,*

*como técnica menos invasiva y, por tanto, más proporcionada y adecuada a la naturaleza del problema, pero siempre que la situación de competencia fuera meramente ocasional [...]*

*En el caso enjuiciado, la Junta apreció justa causa para el cese, y las sentencias de ambas instancias, tras la valoración de las distintas situaciones de concurrencia en el mercado por las actividades desarrolladas por ambos grupos, concluyeron que la situación de conflicto era estructural, no coyuntural, y de competencia directa y permanente entre ACS e IB.*

Tras lo descrito en este apartado, se apuntan unas breves líneas de trabajo para mejorar el sistema que se antoja sencillo y evidente alejando cualquier confusión a los destinatarios de la normativa y en general a inversores y socios de compañías mercantiles no avezados con la jerga jurídica y sus implicaciones.

A los efectos de independencia hay que distinguir entre los consejeros “dominicales” o “ejecutivos” de los mal denominados consejeros “independientes”. Según la RAE, dicho término (adjetivo) se refiere a “que no tiene dependencia, que no depende de otro” (acepción 1ª) o de una persona “que sostiene sus derechos u opiniones sin admitir intervención ajena” (3ª acepción). Lo primero a considerar sería modificar la denominación de “consejeros independientes” ya que no se aviene, al menos para la finalidad que parece pretende el legislador establecer, con el significado de dicho término. De hecho, y en sede de sociedades cotizadas, se ha venido acuñando el término “consejeros externos” a modo de “cajón de sastre” para, entre otros, denominar aquellos consejeros, que habiendo sido considerados independientes tras ver cumplido el plazo máximo de vigencia (doce años actualmente) con tal carácter, continúen como consejeros en la misma compañía.

Básicamente se propone el cambio de denominación por cuanto la función de dichos consejeros no es la de ser independientes o imparciales, sino la defensa proactiva de determinados intereses como son el social<sup>162</sup> y el de todos los *stakeholders* de la compañía englobando, en esta ya común e importada locución, los proveedores, los clientes, los empleados, las instituciones financieras, las Administraciones Públicas y, en general, cualquiera que se relacione con la compañía y haya generado o se encuentre en trance de generar derechos frente a la misma, aunque no se hubieran aún devengado.

Se ha resaltado ya la obviedad que los consejeros llamados independientes se pueden deber a determinados intereses, pero lo mismo sucede con cualquier otra tipología de consejeros que, a priori, tienen incentivos mucho más particulares. Téngase en cuenta que un órgano de administración tiene obligación de velar y defender los intereses de los socios, accionistas o inversores que ha de conjugar con otros externos. Por eso resulta “chocante” que el propio legislador incurra en el error de predicar la “independencia” de los administradores cuando lo relevante es la lealtad y la defensa de los intereses que se han venido aludiendo. Simplemente con calificar aquel consejero que no sea socio o ejecutivo, como externo bastaría para evitar la confusión y si a eso se le añade que el consejero o administrador ha de velar por los intereses de los socios, de la sociedad y los de cualquier externo que ostente derechos devengados frente a la misma con pleno respeto a la normativa se estaría al cabo de la calle y se clarificaría un lenguaje que sólo lleva a confusión.





## ❧ IV.- SESGOS COGNITIVOS; SU INFLUENCIA EN LA IMPARCIALIDAD DEL DECISOR

*La mayor parte de nuestras impresiones y pensamientos surgen en nuestra experiencia consciente sin que sepamos de qué modo.*

Daniel Kahneman (1934)

### IV.1.- Introducción

Se aborda este apartado, que se adentra en las ciencias sociales, desde el lógico pudor que embarga al ponente, quien carece de capacitación oficial sobre las mismas; pero que a ello se atreve, con cierta osadía, por el mucho interés que ya desde sus estudios universitarios le han suscitado la filosofía, la psicología y la sociología, por la relación de todas esas disciplinas -el factor humano- con el mundo del derecho y, por último, por su directa aplicación en la prevención o gestión de conflictos, sean estos judiciales o extrajudiciales, lo que al fin y al cabo resulta objeto de los operadores jurídicos.

En el discurso de inicio de curso en la Escuela Judicial (septiembre de 2019) del ex presidente del CGPJ y del TS (Excmo. Sr. Don Carlos Lesmes) se subrayó lo siguiente<sup>163</sup>:

*[...] una de las funciones esenciales que la Constitución asigna a los jueces, la tutela de los derechos de los ciudadanos, “supone someterse a determinados principios recogidos en un buen número de Códigos de Ética Judicial”, entre los que ha citado la independencia –entendida como un derecho del ciudadano y no un privilegio personal del juez-, la imparcialidad –que configura el papel del juez como un tercero ajeno a los intereses en juego- y la integridad, que implica desempeñar las funciones jurisdiccionales con dedicación y estudiar los asuntos con detalle.*

¿Cuál resulta pues la función de los jueces y magistrados? Esa pregunta entraña una respuesta nada fácil, puesto que contestarla simplemente con un “juzgar”, no desvela la complejidad técnica y psicológica de la acción de “juzgar” en relación con las inherentes y pretendidas condiciones de imparcialidad e independencia de tal función. Ello lleva a que se aborde este capítulo dejando a un lado la voluntaria y consciente toma de decisiones derivadas de la prevaricación y cohecho en interés propio o de terceros, que obviamente constituyen una prohibida parcialidad. Se trata en este apartado de analizar la influencia de elementos que pueden alterar, sin conciencia en el individuo que ha de resolver o decidir entre alternativas, su pretendida condición de imparcial y que establece imperativamente el legislador en determinados sujetos y para determinadas funciones y actos que llevan aparejadas consecuencias y efectos jurídicos.

Al hilo de lo subrayado por el ex presidente del CGPJ y del TS que se acaba de transcribir, se adelanta ya que precisamente *desempeñar las funciones jurisdiccionales con dedicación y estudiar los asuntos con detalle* alude, desde luego indirectamente, a que si ello así no se efectúa existirá riesgo de influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones y resoluciones y a que, en consecuencia, la pérdida de la necesaria imparcialidad tendrá las puertas abiertas<sup>164</sup>.

Se requiere pues, comenzando por su concepto, introducir la materia, ajena por lo general a quienes no están familiarizados con esta. Así, entre las acepciones que establece la RAE para la voz “sesgado”, interesa aquí la que establece que equivale a *desviado o tendencioso*.

A su vez, y entre otras, “desviado” significa *apartar o alejar a alguien o algo del camino que seguía, o disuadir o apartar a alguien de la intención, determinación, propósito o dictamen en que*

*estaba” y “tendencioso” expresa “que manifiesta parcialidad, obedeciendo a ciertas tendencias, ideas.*

De entrada, se puede establecer que los sesgos cognitivos afectan a la objetividad y, en consecuencia, a la imparcialidad de un concreto individuo, pudiendo llegar a convertirlo en totalmente parcial; algo que, en los sujetos llamados por el legislador a tomar decisiones, resolver y manifestar opiniones con vocación de producir efectos jurídicos, adquiere máxima relevancia, dado que el actuar y decidir sesgadamente implica hacerlo con “prejuicio”.

Este último término, es entendido por la RAE como *acción y efecto de prejuzgar*, o la *opinión previa y tenaz, por lo general desfavorable, acerca de algo que se conoce mal*. Ya se ve que hay que adentrarse en la antropología y la psicología para lograr una mejor aproximación a esta incuestionable realidad, que subyace en todo ser humano y que le acompaña a lo largo de toda su vida, influyendo o alterando su objetividad, en mayor o menor medida, y en consecuencia también en las imprescindibles condiciones de independencia e imparcialidad de quién tiene que juzgar o emitir opinión que pueda producir efectos jurídicos.

El derecho, en la búsqueda del desiderátum de justicia plena y efectiva, viene dando por sentado, que quién actúa en su nombre y facultado por la norma, lo hará respetando las condiciones de imparcialidad e independencia que establece la normativa y sólo contempla y regula el voluntario abandono de esas condiciones penalizando esa proscrita actuación.

Ese apriorismo, que sí tiene en cuenta la naturaleza del ser humano –que, en cuanto ser racional y libre, puede actuar voluntaria y conscientemente en contra de la Ley y de sus principios básicos- no contempla, desde luego expresamente, la realidad

que así también se puede actuar de forma involuntaria y absolutamente inconsciente, o con un grado de consciencia apenas detectable por el propio sujeto. Se trata precisamente de abordar la problemática que significa que un determinado individuo se considere imparcial y quiera serlo, pero acabe siendo parcial, y, en consecuencia, injusto sin pretenderlo y sin consciencia alguna de ello. Ya Menandro de Atenas<sup>165</sup> sentenció: *El hombre justo no es aquel que no comete ninguna injusticia, si no el que pudiendo ser injusto no quiere serlo.*

Existe una concepción generalizada que parte de la idea, extensiva a otros sujetos investidos de la facultad de producir efectos jurídicos, de que los jueces se limitan a aplicar de forma automática<sup>166</sup> la norma a los supuestos de hecho sometidos a su consideración.

Nada más lejos de la realidad; en primer lugar, porque la base fáctica suele ser amplia y hay que escoger entre situaciones muchas veces contradictorias que ofrecen indicios y contra indicios para adoptar una determinada decisión y, en segundo lugar, porque la selva normativa y su interpretación por los tribunales facilitan que sobre unos mismos hechos quepan sentencias totalmente contrarias. De forma concluyente, el ya citado y controvertido catedrático Alejandro Nieto, llega a decir que en España es posible encontrarse con dos sentencias emitidas por dos diferentes tribunales de la misma clase sobre exactamente los mismos hechos cuyos fallos resultan absolutamente antagónicos<sup>167</sup>. De este modo, la innegable realidad de la existencia de sesgos cognitivos que pueden afectar a las personas e instituciones que han de tomar decisiones sobre un asunto concreto es una materia que ni en su aspecto práctico ni en su vertiente científica ha sido tratada ni en nuestro país, ni en general, internacionalmente con la profundidad que merece, como se destaca por el catedrático Gustavo González Solano en *La Heurística Jurídica*<sup>168</sup>.

Sin embargo, existen algunos notables artículos, y referencia aislada en alguna monografía<sup>169</sup>, con disposición interdisciplinar en los que se analizan la influencia de los sesgos cognitivos en los operadores jurídicos decisores, y sobre el proceso psicológico de toma de decisiones conocido como heurística<sup>170</sup>. En todo caso, y como se ha dicho, no deja de ser una materia que, en general, apenas es tratada por la doctrina, y el academicismo forense, en comparación con la atención que se dispensa a otros institutos del sistema jurídico material y procesal; y ello a pesar de la evidente importancia por la posible afectación de la imparcialidad al generar pérdida de la necesaria objetividad, que obvio es reiterar, resulta pilar fundamental del sistema.

Excepción a la regla la encontramos en el Magistrado del TS y miembro de su Sala de Gobierno, el Excmo. Sr. Don Ignacio Sancho Gargallo, que en un magnífico artículo titulado *Judge craft: el oficio o arte de juzgar*<sup>171</sup>, dedica atención a los sesgos cognitivos señalando:

*Juzgar y emitir un juicio que resuelva el conflicto jurídico planteado ante el juez constituye la esencia del oficio de juez. Juzgar bien, con prudencia y libre de sesgos que distorsionan el buen juicio, es un «arte práctico» que no se aprende en los libros. Es necesario que, por medio de la experiencia propia y ajena, el juez vaya adquiriendo este oficio de juzgar bien. Aunque es muy difícil reproducir el proceso mental por el cual llegamos a una decisión, en el caso del juez a la resolución del caso, la experiencia de muchos años nos permite a los jueces reflexionar sobre algunas destrezas profesionales que guardan relación directa con el enjuiciamiento y los riesgos que provienen de sesgos más o menos inconscientes que pueden con frecuencia distorsionar el sentido del juicio....*

*Al mismo tiempo, el juez ha de ser consciente de que el proceso mental a través del cual realiza esta actividad valorativa de juzgar puede verse afectado por sesgos cognitivos, que pueden fácilmente desviarlo del juicio justo.*

*El sesgo o prejuicio es una condición o estado de ánimo, una actitud o punto de vista, que influye en el juicio y hace que el juez no pueda ejercer sus funciones de manera imparcial en un caso concreto.*

*Al margen de los sesgos que suponen un trato de favor o desfavorable por motivos de raza, sexo, religión, nacionalidad, discapacidad, edad, orientación sexual o situación socioeconómica, que son más fácilmente perceptibles y a veces van acompañados de alguna manifestación externa, hay otros sesgos cognitivos más inconscientes.*

*El juez debe ser consciente de sus propios prejuicios y preferencias, y tomar medidas para asegurar que no tengan un impacto indebido al enjuiciar, así como estar prevenido de la existencia de sesgos inconscientes.*

Concluye de forma espléndida, al final del apartado dedicado a los sesgos en el artículo referenciado, el Excmo. Sr. Don Sancho Gargallo:

*Cultivar la conciencia de uno mismo y cuestionarse si puedo estar afectado por algún sesgo o perjuicio, es clave para poder apreciar cuándo y cómo un determinado sesgo o prejuicio está incidiendo en mi enjuiciamiento. De hecho, suele concluirse que el sesgo más peligroso que acecha a un juez es la presunción de pensarse que él es inmune a cualquier sesgo.*

Por el contrario, el denominado “sesgo ideológico”, sí que ha recibido una mayor atención por parte de la doctrina<sup>172</sup> y de nuestros tribunales debido a su, cada vez más prolífica, utilización como causa de recusación fruto de la eclosión de los procesos en los que se encuentran procesados políticos y ello a pesar de no encontrarse reconocida expresamente como tal en la normativa (artículo 219 de la LOPJ) pero sí como el derecho a un juez imparcial ínsito en el artículo 24 de la CE. En ese sentido, la ideología (sesgo ideológico) de quien está llamado a juzgar parece que puede resultar clave en determinados procesos; pero como indica Muñoz Aranguren<sup>173</sup>, sigue siendo un *tema tabú*, cuando señala:

*En contestación a uno de los evaluadores anónimos de este trabajo, cuyas observaciones agradezco, debo aclarar que he dejado al margen del presente estudio la posible influencia que la ideología de los jueces puede tener en la toma de sus decisiones. A priori, cabe pensar que, en los sistemas jurídico-políticos que WEBER tipificara como legal-racionales, este presunto sesgo ideológico afectaría más, en el seno del proceso, a la aplicación de las normas que a la apreciación de los hechos, que es el objeto primordial de este trabajo. Tan solo quisiera apuntar que, siguiendo a TOHARIA (1991), existen dos formas de garantizar un comportamiento judicial no sesgado ideológicamente. Cada una es representativa de dos grandes familias jurídicas: la Common Law y la tradición romano-canónica. Mientras la primera resalta el papel fundamental del juez y trata de controlar sus sesgos dándolos a conocer, en la segunda la ideología de los jueces ha constituido un tema tabú, resaltando la importancia de la norma frente a la idiosincrasia del juez.*

Se discrepa al respecto de este autor, valorando por lo demás altamente su trabajo, en tanto el “sesgo ideológico”, como

cualquier sesgo, afecta también a la apreciación de los hechos y no sólo a la aplicación de la norma. En el trabajo *Independencia Judicial y Estado Constitucional. El Estatuto de los jueces*, se recogen unas interesantes reflexiones del Magistrado Don Javier Hernández<sup>174</sup>. Se transcribe el siguiente y revelador párrafo:

*Los jueces no son ni gigantes morales ni intelectuales. Ni profetas ni oráculos sociales. Tampoco pueden, ni tal vez deberían, ser filósofos -aunque a veces tengan que serlo- si bien con frecuencia se enfrentan a dilemas morales muy próximos al debate filosófico y político.*

*Los jueces tampoco ni pueden, ni deben, ni son -aunque algunos lo crean y a otros les gustara que así fuera -meros portavoces, máquinas expendedoras, calculadoras que producen soluciones mediante operaciones de corte matemático o silogístico a partir de normas claras y realidades fácticas precisas y fielmente determinadas.*

*Los jueces son agentes públicos dotados de autoridad que deciden en condiciones muchas veces de incerteza, que atribuyen significados a las normas que aplican -hasta el punto de configurar, como en un modelo de agencia, su alcance- y que construyen y reconstruyen los hechos del conflicto a partir de reglas también complejas que delimitan lo que puede probarse y cómo pero que no fijan qué valor reconstructivo debe atribuirse a los medios de prueba. Los jueces aplican normas y deciden consecuencias en condiciones altamente discrecionales.*

*Y ello es lo que hace que, tanto para una cosa como para la otra, no baste el simple conocimiento institucional y sistemático del derecho. Cada decisión comporta, a su vez, un buen número de decisiones intermedias o secuenciales cuyas razones no se nutren*



*solo, ni mucho menos, de tecnicidad normativa. Muchas de las decisiones condicionantes de la decisión de adjudicación obligan a tirar, valga la expresión, de experiencias históricas y personales, de emociones, de construcciones morales. Los jueces actúan con software culturales que se nutren de prejuicios y juicios de tipo ideológico o metanormativo que muchas veces hibernan abrigados del proceso concreto o del particular conflicto de intereses que deben resolver pero que adquieren un peso específico, en ocasiones decisivo, para la toma de la decisión.*

*Esa dimensión decisional de la ideología judicial ha sido poco valorada, por no decir ignorada, en España cuya cultura de la jurisdicción, y sobre la jurisdicción, parece todavía transitar por el recto camino del iluminismo normativo y la idea de la fungibilidad de los jueces consecuente a una fuerte y poderosa tradición formalista.*

El trabajo, en apenas una veintena de páginas, de este estudioso magistrado es notable, ya que aborda la problemática también bajo la perspectiva del juez a la libertad ideológica y, tras repasar la situación en Estados Unidos y diversas sentencias que se han producido en España, concluye, con un cierto nivel de crítica coincidiendo con el catedrático Nieva, que la ideología de los jueces en nuestro orden constitucional no resulta causa de recusación. Más adelante se volverá sobre tan delicada cuestión. En cualquier caso, parece como si el legislador español<sup>175</sup> evitase deliberadamente interrelacionar la técnica jurídico-normativa y de emisión de juicio de los llamados a ello, con la psicología y sus indudables avances, haciendo total abstracción de que los operadores jurídicos<sup>176</sup>, en cualquier orden, no son meras máquinas, parafraseando al magistrado acabado de citar. Hasta tal punto se desconoce esta realidad, que ni en las oposiciones a la Carrera Judicial ni en la Escuela Judicial, tan relevante materia forma parte del temario, ni se imparte asignatura o preparación

alguna sobre el proceso psicológico encaminado a la toma de decisiones<sup>177</sup>.

Sin embargo, el CGPJ en el *Código Ético para la Carrera Judicial* (aprobado por el Pleno en diciembre 2016) ya refiere, aun con cierto miramiento, la existencia del problema y advierte tímidamente sobre él (puntos 2, 11 y 13 de los Capítulos I y II sobre la *Independencia* e *Imparcialidad* respectivamente), del siguiente modo:

*2. El juez y la jueza deben situarse en una disposición de ánimo que, al margen de sus propias convicciones ideológicas y de sus sentimientos personales, excluya de sus decisiones cualquier interferencia ajena a su valoración de la totalidad de la prueba practicada, a la actuación de las partes en el proceso, de acuerdo con las reglas del procedimiento, y a su entendimiento de las normas jurídicas que haya de aplicar.*

*11. La imparcialidad opera también internamente respecto del mismo juzgador o juzgadora a quien exige que, antes de decidir un caso, identifique y trate de superar cualquier prejuicio o predisposición que pueda poner en peligro la rectitud de la decisión.*

*13. En la toma de decisiones, el juez y la jueza han de evitar llegar a conclusiones antes del momento procesalmente adecuado a tal fin, que es el inmediatamente anterior a la resolución judicial.*

Por el Grupo de Trabajo de la Red Europea de Consejos de Justicia, sobre Deontología Judicial se ha venido elaborando distintos informes (2009-2010 y octubre 2017<sup>178</sup>). En los informes se abordan los conceptos de *independencia* e *imparcialidad* del siguiente modo:

## Informe de 2009-2010:

*A efectos de garantizar la imparcialidad, el juez: Cumplirá sus funciones judiciales sin miedos, sin favoritismos y sin prejuicios Adoptará, en el ejercicio de sus funciones e incluso al margen de éstas, una conducta que mantenga viva la confianza en la imparcialidad de los jueces y que minimice las situaciones que podrían desembocar en la recusación. Se abstendrá de conocer de los asuntos cuando: no pueda juzgar el asunto de manera imparcial desde el prisma de un observador objetivo; tenga relación con una de las partes o conozca personalmente los hechos, o haya representado, asistido o actuado contra una de las partes, o si se dan circunstancias en las que la subjetividad afectaría a la imparcialidad; él mismo o un miembro de su familia tenga intereses en el resultado del proceso.*

## Informe 2017:

*INDEPENDENCIA: La independencia es el derecho reconocido a todos y cada uno de los ciudadanos de una sociedad democrática a disfrutar de un poder judicial independiente (y considerado como tal) de los poderes legislativo y ejecutivo, y que ha sido establecido para salvaguardar la libertad y los derechos de los ciudadanos en el marco del Estado de Derecho. Corresponderá a todo juez respetar la independencia del poder judicial y contribuir a su mantenimiento, tanto en sus aspectos individuales como en sus aspectos institucionales.*

*IMPARCIALIDAD: La imparcialidad del juez implicará la ausencia de cualquier prejuicio o de ideas preconcebidas al dictar sentencia, así como en los procedimientos previos al pronunciamiento de su fallo. El juez velará en su vida privada por no poner públicamente en cuestión la imagen de imparcialidad de su órgano jurisdiccional. Dispondrá de absoluta libertad de opi-*

*nión, pero la imparcialidad le obligará a mostrarse comedido a la hora de manifestar sus opiniones, incluso en los países en los que se permite su adhesión a un partido político. En cualquier caso, el juez no podrá manifestar esta libertad de opinión en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. Se habrá de encontrar el justo equilibrio entre sus derechos y sus obligaciones, para que pueda ser imparcial.*

No obstante y aun sin hacer referencia explícita a los sesgos, queda claro que el propio CGPJ, en su Código Ético reconoce la existencia de interferencias en esa *disposición de ánimo y prejuicio o predisposición* a la que alude, y que puede afectar a todos los individuos en la fase del proceso mental que determina una concreta decisión, y en consecuencia también a los jueces, y árbitros -individual o conjuntamente considerados como órgano decisorio- o a cualquiera que deba emitir una opinión que conlleve efectos jurídicos, pudiendo determinar, como así sucede en innumerables ocasiones, una desviada apreciación de la norma a aplicar o sobre la consideración de los hechos que se someten a su consideración, perdiéndose así la condición de imparcialidad. Vale aquí recordar al refranero cuando sabiamente establece *que todo es según el color del cristal con que se mira*, siendo ese cristal el o los sesgos que interfieren en la objetividad del sujeto decisor. Según González Solano:

*[...] se aprecia que el procedimiento de resolución de casos jurídicos es heurístico, es decir, un procedimiento conformado por un conjunto de actos mentales claramente interpretativos, asociativos y volitivos.*

Toca pues adentrarse en la espinosa trama de la mente del ser humano y su naturaleza.

#### IV.2.- El proceso mental de toma de decisiones; racionalidad limitada y la heurística

Todo lo relativo al proceso mental del ser humano viene ocupando a los filósofos ya desde los clásicos. Platón (428 a.C. - 348 a.C.) a través de su visión sobre las ideas, el conocimiento y la conducta humana, y Aristóteles (384 a.C. - 322 a.C.) en su tratado *Peri Psyche* (Tratado del Alma) expusieron aspectos relativos a la percepción y a la memoria como posibilidad de reproducir ideas e imágenes preexistentes.

La completa antropología desarrollada por el inigualable Platón y Aristóteles ha llevado a que aún hoy se les siga considerando como los iniciadores de la psicología.

De hecho “psicología” significa *estudio del alma*<sup>179</sup> y durante mucho tiempo fue una rama de la filosofía hasta que se redefinió como ciencia con la llegada del racionalismo y el abandono filosófico del misticismo. Desde entonces y con los avances de la psicología, tanto de la conciencia como de la inconsciencia, han abundado los pensadores, tanto filosóficos como de otras muchas disciplinas, que incorporan y utilizan de forma interdisciplinar esta ciencia, que a la postre y junto con la neurociencia procura profundizar en la naturaleza biológica y los procesos de la mente del ser humano<sup>180</sup>. Se atribuye a Sócrates la afirmación que se dejaba orientar por su *dæmon*, y denominándolo como “señal de Dios” o también “voz profética dentro de mí, proveniente de un poder superior”. Carl Schmitt retomando este concepto de la mitología griega lo aplica precisamente a los jueces diciendo: *El feliz éxito de una operación quirúrgica no puede ponerse en relación con el daimonion del médico, como tampoco una sentencia correcta con el daimonion del juez*<sup>181</sup>.

Al objeto de este estudio, no obstante, importa referirse a la racionalidad derivada del proceso mental del ser humano y en consecuencia también el del de los operadores jurídicos, que tenga por objeto adoptar decisiones y solucionar problemas complejos.

Durante muchos siglos, y tras los clásicos y escolásticos y por la influencia (siglo XVII en adelante) del racionalismo, del empirismo e incluso de la psicología asociativa se ha mantenido la idea, como pensamiento imperante, de que un concreto individuo, aun mediatizado por sus conocimientos, coeficiente intelectual e influencias culturales y sociológicas, busca e intenta encontrar la decisión óptima entre las alternativas que se le presentan a la hora de adoptar decisiones, siendo plenamente consciente de su propio raciocinio<sup>182</sup>. Pues bien, esa idea se rompe a comienzos del siglo XX con el desarrollo de la ciencia económica y los estudios sobre impulsos de los consumidores adoptando decisiones de compra.

Herbert A. Simon, en su reconocido trabajo sobre las decisiones económicas del individuo y que desarrolló en otros posteriores (*Administrative Behavior: a Study of Decision-Making Processes in Administrative Organization*)<sup>183</sup>, cuestiona totalmente -a la vista de los mecanismos conductuales y cognitivos de los seres humanos-, que el proceso para tomar de decisiones se base en la racionalidad, entendida como la facultad que nos diferencia de los animales<sup>184</sup>, de poder discernir sobre algo concreto de forma abstracta, organizando el conocimiento de una manera adecuada para resolver problemas y adoptar la mejor decisión<sup>185</sup>.

Es decir, que la racionalidad, como se ha indicado líneas atrás, presupone que, con todos los antecedentes y elementos a los que un individuo pueda tener alcance, los relacionará y los pondrá en contraste con su experiencia (memoria) y evaluará

todas las alternativas posibles para obtener la óptima y eficiente decisión.

Esto es lo que no acepta Simon Herbert que se produzca en modo alguno, de forma generalizada, respecto a las decisiones económicas, en las que incluso la aversión a la pérdida debería determinar un más elaborado proceso mental de toma de decisión<sup>186</sup>.

Herbert estableció como tesis, en contra de la típica consideración de la racionalidad como medio para adoptar decisiones, el concepto de “racionalidad limitada”.

En su libro *Models of Man*<sup>187</sup> establece que mayoritariamente los seres humanos somos sólo parcialmente racionales y que actuamos según impulsos emocionales a través de un proceso que se caracteriza por: (i) decisiones intuitivas<sup>188</sup>, que se adoptan contando con (ii) información incompleta<sup>189</sup> y (iii) buscando soluciones satisfactorias.

Según Simon ello nos lleva a renunciar a la solución óptima porque se carece de medios y capacidad para alcanzar la mejor de las decisiones, lo que determina una enorme simplificación de las alternativas al alcance del individuo. De este modo, al ser humano y por lo general, le basta con encontrar una solución del problema que le resulte favorable y beneficiosa.

Hersh Shefrin (1948), norteamericano y conocido economista experto y pionero en finanzas conductuales<sup>190</sup>, y siguiendo a Simon, incorpora en sus trabajos ideas y conceptos de Amos Tversky y Daniel Kahneman (autores citados al inicio) y sostiene que los individuos adoptan decisiones con base en métodos y reglas que no necesariamente son precisas ni fiables.

Por su parte el Premio Nobel en Economía (2017) Richard H. Thaler (1945), profesor de la Universidad de Chicago y, también, experto en el campo de la economía del comportamiento, defiende que las decisiones económicas no siempre son tomadas bajo parámetros racionales, y que a ellas se aplican los criterios de heurística. Según Thaler, las personas abordan las cuestiones económicas simplificando las situaciones y adoptando decisiones sobre cada uno de los hechos individuales y no sobre el conjunto (se decide comprar atendiendo más al porcentaje de la rebaja que al importe realmente rebajado). Esos sesgos y comportamientos irracionales en las decisiones económicas<sup>191</sup> deberían determinar un cambio de forma de pensar del ser humano. Para el nobel se necesita un *pequeño empujón* (*Nudge Theory*) para que la toma de decisiones sea pensando en el beneficio futuro, y no tanto en la ganancia presente. En palabras y ejemplo del director editorial, antes editor económico, de BBC News Kamal Ahmed): *Nudge theory takes account of this, based as it is on the simple premise that people will often choose what is easiest over what is wisest [...] Lack of thinking time, habit and poor decision making mean that even when presented with a factual analysis (for example on healthy eating) we are still likely to pick burger and chips*<sup>192</sup>.

Todos estos estudios y avances provienen de la consideración del individuo en las sociedades capitalistas (escuela neoclásica) como “*Homo Economicus*” que intenta maximizar su utilidad como consumidor y el beneficio como productor buscando e intentando modelizar el comportamiento del ser humano. Partiendo de esta consideración, tras la alianza entre psicología y la neurociencia se ha conformado lo que viene en denominarse la nueva ciencia de la *neuroeconomía* que tiene por objeto estudiar las bases permitiendo estudiar las bases neuroanatómicas y neurofisiológicas del comportamiento económico de un individuo o conjunto de ellos.



Con mucho, el análisis de esta denominada nueva ciencia excede el análisis, siquiera somero de esta publicación, pero sí que interesa tratar brevemente el aspecto psicológico de esa alianza, ya que la “heurística” que se aborda a continuación ha venido en su ayuda. Veamos.

Así define la heurística la RAE en su 4ª acepción: *En algunas ciencias, manera de buscar la solución de un problema mediante métodos no rigurosos, como por tanteo, reglas empíricas, etc.* En el libro<sup>193</sup>, del ya citado Premio Nobel Daniel Kahneman, se describe las dos formas diferentes en que la mente crea el pensamiento; así y de manera muy didáctica establece:

- (i) Sistema 1: es rápido, automático, frecuente, emocional, estereotipado y subconsciente; su función es generar intuiciones que con frecuencia nos sirven adecuadamente, pero no siempre.
- (ii) Sistema 2: es lento, requiere esfuerzo, poco frecuente, lógico, calculador y consciente; su función es tomar las decisiones finales tras observar y controlar las intuiciones del Sistema 1.

Este célebre autor y tras una serie de experimentos, viene a concluir que el Sistema 1 parece dominar al Sistema 2 que tiende a ser “perezoso”.

Partiendo de este axioma, Daniel Kahneman y su sempiterno colaborador Amos Nathan Tversky, conceptualizaron la teoría de sesgos y definen la heurística desde la psicología como aquel proceso mental por el cual el ser humano transforma un problema complejo en un problema sencillo a fin de tomar una decisión sobre el mismo. Ello lleva consigo la posibilidad de caer en un error en la apreciación de los elementos del proble-

ma, consiguiendo fijar juicios preestablecidos que distorsionan la realidad y, por tanto, la decisión final. Siguiendo a Muñoz Aranguren<sup>194</sup>, la heurística comprende:

*[...] aquellas reglas cognitivas que, inconscientemente, todo ser humano aplica al procesar la información que recibe del exterior, y que permiten reducir las tareas complejas de asignar probabilidad y predecir valores a operaciones de juicio más simples.*

A su vez Adrián Triglia en su artículo *Heurísticos: los atajos mentales del pensamiento humano Una respuesta rápida y cómoda a una pregunta complejo*<sup>195</sup>, citando también a Kahneman y su obra, explica:

*Los animales vertebrados nos caracterizamos por afrontar docenas de decisiones cruciales en nuestro día a día. Cuando descansar, con quien relacionarnos, cuándo debemos huir y cuándo no, qué significado tiene un estímulo visual [...] todo esto entra dentro del repertorio de pequeños dilemas cotidianos cuya resolución es una consecuencia inevitable de vivir en entornos complejos. Además, cuando el animal vertebrado en cuestión es el Homo sapiens de las sociedades modernas, estas decisiones se multiplican para transformarse en oleadas masivas de cuestiones que requieren nuestra atención: a quién votar, dónde buscar trabajo, a qué gestores delegar tareas, etc. Son muchas preguntas y no todas son fáciles de contestar y, sin embargo, salvo en algunas excepciones, las resolvemos con una facilidad pasmosa y sin necesidad de entrar en una crisis nerviosa. ¿Cómo se explica esto? La respuesta es que, en parte, no resolvemos estas cuestiones tal y como se nos presentan, sino que tomamos unos atajos mentales llamados heurísticos [...]*

*En definitiva, es una especie de truco mental para guiar la toma de decisiones por senderos del pensamiento más fáciles [...]*

*El hecho de que la heurística responda a criterios pragmáticos hace pensar que, allí donde hay una toma de decisiones a la que no dedicamos el esfuerzo que se merece, hay un rastro de heurísticos. Esto significa, básicamente, que una grandísima parte de nuestros procesos mentales se guían discretamente por esta lógica. Los prejuicios, por ejemplo, son una de las formas que pueden tomar los atajos mentales a la hora de lidiar con una realidad sobre la que nos faltan datos [...]*

*Ahora bien, deberíamos preguntarnos también si es deseable el uso del recurso heurístico. En este tema hay posturas opuestas incluso entre los expertos. Uno de los grandes especialistas en toma de decisiones, el psicólogo Daniel Kahneman, cree que merece la pena reducir en cuanto podamos el uso de estos atajos cognitivos, ya que llevan a conclusiones sesgadas. Gerd Gigerenzer<sup>196</sup>, sin embargo, encarna una postura algo más moderada, y sostiene que los heurísticos pueden ser una forma útil y relativamente eficaz de resolver problemas en los que de otra forma nos quedaríamos atascados. Desde luego, hay motivos para ser cautos.*

*Desde una perspectiva racional, no se puede justificar que nuestras actitudes ante ciertas personas y opciones políticas esté condicionada por prejuicios y formas ligeras de pensar. Además, resulta preocupante pensar lo que puede ocurrir si las mentes que hay detrás de grandes proyectos y movimientos empresariales obedecen al poder del heurístico. Resulta creíble, teniendo en cuenta que se ha visto cómo las cotizaciones de las acciones de Wall Street pueden verse influidas por la presencia o no de nubes que tapen el sol.*

*En cualquier caso, resulta claro que el imperio del heurístico es vasto y está aún por explorar. La diversidad de situaciones en las que puede ser aplicado un atajo mental es prácticamente infinita, y las consecuencias de seguir o no un heurístico tam-*

*bién parecen ser importantes. Lo que es seguro es que, aunque nuestro cerebro esté diseñado como un laberinto en el cual nuestra mente consciente acostumbra a perderse en mil operaciones minuciosas, nuestro inconsciente ha aprendido a descubrir y recorrer muchos de los pasadizos secretos que siguen siendo un misterio para nosotros.*

Pues esta es la realidad psicológica y proceso mental, que resulta también innata a los sujetos llamados a juzgar y a producir efectos jurídicos con sus decisiones, que no se debe desconocer y que desde luego y contrariamente a lo que ha pasado en economía y finanzas, no ha recibido la atención que merece.

Sin embargo, en Estados Unidos se han desarrollado curiosos y variados experimentos cuya preocupación por el asunto desde mediados del siglo pasado no deja de crecer. El reciente artículo *¿Justicia ciega? Los curiosos experimentos que muestran cómo los sesgos afectan a los jueces*<sup>197</sup>, que efectúa una resumida sinopsis al respecto, recoge diversos experimentos sobre el sesgo de los jueces, entre otros, el del profesor Jeffrey J. Rachlinski<sup>198</sup> que ha estado al frente de varios de esos experimentos. El artículo referido y los trabajos del profesor Rachlinski ofrecen un panorama inquietante.

Uno de los experimentos que se describen en el artículo desarrollado en 2011 en la Universidad de Columbia publicado en la revista oficial de la Academia Nacional de Ciencias de Estados Unidos, llama poderosamente la atención, cuando el resultado, tras estudiar 1.112 decisiones sobre libertad condicional emitidas por ocho jueces experimentados en Israel en un período de diez meses, demostró que los jueces se inclinan más a conceder libertad condicional después de una pausa para comer, pero no tanto cuando el día se alarga (65% de los casos). No parece, según el propio estudio, que se pueda concluir si el efecto pro-

viene de la comida o del descanso mental, pero parece que no hay duda de que existen factores externos de lo más banales, que resultan desapercibidos para el propio sujeto, y que influyen en las decisiones incluso de experimentados jueces.

Como líneas atrás se ha anticipado, y resumiendo los muchos estudios y literatura de psicología de reputados autores sobre la cuestión a los que se ha tenido acceso<sup>199</sup>, la falta de una completa información, la incertidumbre, y las limitaciones de nuestra memoria, lleva al ser humano a recurrir a estos atajos mentales que nos libran de los muchos procesos mentales que en otro caso tendríamos que realizar y que nos llevan a efectuar valoraciones en función de antecedentes incompletos y parciales para facilitar la solución de problemas y que por la psicología cognitiva se conocen como “heurísticos”.

En definitiva, la psicología conductual ya sea en materia jurídica, en materia económica como hemos visto o en cualquier otra decisión humana, ha determinado, desde hace mucho tiempo, que necesitamos esos “atajos” porque el cerebro no es capaz de enjuiciar toda la información sensorial que recibe y acumula, por lo que requiere filtrarla y destilarla.

No obstante, lo relevante es que utilizamos estos atajos cognitivos también cuando tenemos a nuestro alcance hechos y antecedentes adicionales que posibilitaría una valoración más sólida.

De todo ello tratan los sesgos cognitivos que acaban controlando el proceso mental (Sistema 1) que, a través de los heurísticos, “atajos mentales”, provocan discernimientos y juicios incorrectos y que con la necesaria brevedad, se tratan en los apartados siguientes, describiendo los tipos de sesgos más comunes y que han sido tratados por la doctrina y los tribunales

y aquellos otros que sin haberlo sido tienen, no obstante, una directa relación con la función jurisdiccional y con la emisión de informes, inspecciones, actas y resoluciones a los que la normativa asigna tal labor.

Alguna literatura científica sobre psicología viene a distinguir los prejuicios de clase social, ideológicos, de raza, religión o sexo, de los sesgos cognitivos. Se entiende, por algunos autores, que son dos fenómenos separados. Mientras que sobre los primeros el individuo es consciente de sus creencias mantenidas de forma voluntaria y las puede explicitar, los sesgos operan de forma inconsciente en el proceso mental a hora de decidir u optar por determinada alternativa.

No obstante, no cabe duda de que esos prejuicios generan un apriorismo mental que, a su vez, de forma inconsciente, forman parte de ese “atajo” mental que define la heurística. En todo caso, la confusión al respecto es notable. De hecho, los estudios jurídicos americanos mayoritariamente no entran en distinciones sobre el particular, sobre todo en relación con los prejuicios ideológicos y de raza, hasta el punto de haber acuñado el denominado “sesgo ideológico” perfectamente asumido también por nuestra doctrina y nuestros tribunales para establecer el derecho a un juez imparcial. En consecuencia, y sin distinción, se hará referencia, tanto a los prejuicios como a los sesgos cognitivos propiamente dichos, ya que a fin de cuentas todos influyen en las decisiones de los operadores jurídicos, con poca o elevada intensidad, y con un mayor o menor nivel de consciencia del sujeto.

Así se definirán en los apartados correspondientes concisamente y sin ánimo exhaustivo los principales tipos de sesgos y “efectos”, que han sido identificados por la doctrina científica psicológica y recogida por la literatura jurídica internacional y la

poca nacional que se ha ocupado del tema, a los que se añadirá una modesta aportación de este ponente que, desde su personal experiencia, ha podido reconocer en el sector jurídico y que viene en denominar “sesgo de conveniencia”, definiéndolo con una entidad diferenciada de máxima importancia en el actuar inconsciente de los individuos que operan en el sector jurídico.

A fin de una mejor comprensión de la clasificación de los sesgos (en inglés, *biases*, aunque su origen es francés *bias*) que seguidamente se desarrollarán, se recuerda al lector que estamos ante elementos que actúan e influyen inconscientemente el proceso mental mediante el que el sujeto o sujetos concernidos procesan, primeramente, la información que reciben del exterior y seguidamente la simplifican para poder tomar una decisión sobre lo que se ha sometido a su discernimiento. El modelo de Simon Herbert de “racionalidad limitada” que se ha referido y que explica el proceso de toma de decisiones, entronca plenamente con la heurística y los “atajos mentales”, pero como ya se ha dicho resulta evidente que por ese proceso de “reducción” muchas veces resultan, y de hecho se producen, errores involuntarios que sesgan y distorsionan la decisión final y en lo que es objeto de esta ponencia afectando, en numerosas ocasiones a la imparcialidad.

En efecto si todo ello sucede en cualquier decisión humana simple o compleja ¿cómo no va a ser igual cuando un sujeto ha de decidir sobre hechos o derechos?<sup>200</sup> Pero siendo así, jueces, tribunales y árbitros deberían también ser conscientes de que esos sesgos, además de a ellos, también operan en policía, médicos forenses, policía científica, auditores peritos, testigos y partes.

A continuación, y antes de diferenciar y abordar los concretos *sesgos* y *prejuicios* más comunes en el apartado IV.5, se tratarán

en los siguientes apartados las resoluciones de los tribunales de España y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos abordando en el apartado IV.4 el denominado “*sesgo ideológico*” que, si bien, se enmarca jurídicamente en el genérico concepto de imparcialidad, sí que de una forma u otra recibe tratamiento y consideración específica por la doctrina y los tribunales.

#### **IV.3.- Tratamiento genérico de los sesgos por los tribunales. Tesis de “apariencia”; sesgo por “contaminación” anterior con el objeto del proceso y “exteriorización previa de opinión”**

Se iniciaba esta ponencia con un desarrollo introductorio del análisis de la jurisprudencia sobre la problemática de la “apariencia” a la hora de establecer la existencia de una causa de abstención o recusación del juzgador concernido. A continuación, y a la vista de lo tratado se vuelve sobre ello relacionando sesgos y apariencia, acotando su temática por el tratamiento que efectúan nuestros tribunales y el TEDH al respecto. Para facilidad del lector algunas de las resoluciones ya mencionadas se volverán a referir. Como se verá para el derecho cualquier tipo de sesgo, sin siquiera así denominarse, tiene su acomodo, bien en las causas específicas de abstención o recusación, bien en el reconocido derecho a contar en cada caso con un juez o tribunal imparcial. En efecto, cualquier tipo de sesgo cognitivo se enmarca, sin concreta referencia a este concepto psicológico, en la genérica y abierta noción del derecho a contar con un juez o tribunal imparcial. Los recientes AATS de 13 de septiembre de 2018 y 14 de enero de 2019, señalaron:

*Es jurisprudencia clara y constante del Tribunal Constitucional que las causas legales de abstención y recusación de los jueces y magistrados, enumeradas en el artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no sólo constituyen una lista tasada, sino que son de interpretación estricta.*



Véase a continuación cómo lo anterior, y menos de forma genérica y extensiva, no sólo no es así, sino que resulta contradictorio con el tratamiento caso a caso que se efectúa por nuestros tribunales incluido el TC, ya que se viene insistiendo, algo por lo demás obvio, en que el derecho a un juez imparcial es el pilar del sistema, aunque no se encuentre expresamente recogido como causa de recusación en la LOPJ, ni siquiera de forma directa, como se verá, en el texto constitucional. En el auto de 7 de febrero de 2018 del Pleno de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS, podemos leer al respecto en su FJ 8º:

*[...] que el hecho de que un juzgador tenga opiniones propias sobre los problemas jurídicos que se suscitan en la vida cotidiana, lejos de ser censurable, resulta consustancial a la incardinación de los jueces en la sociedad en la que viven y a la que sirven. La idea de un juzgador que se enfrenta a la interpretación y aplicación del Derecho con la mente en blanco y con total ausencia de criterios predefinidos es una abstracción imposible e incluso indeseable [...]*

*Cierto es también, no obstante, que la expresión de la convicción personal del Juez sobre una controversia jurídica puede llegar a ser relevante, en sede de abstención/recusación, en la medida que exteriorice un prejuicio que en función de las circunstancias del caso pueda tenerse por incompatible con la objetividad e imparcialidad ínsita en la función jurisdiccional.*

Como se ve el propio TS reconoce y abre la puerta, a que una falta de imparcialidad exteriorizada, determinado sesgo o prejuicio, pueda determinar la viabilidad de una recusación aún sin estar expresamente contemplada en la LOPJ, por la vía del artículo 24 de la CE (tutela judicial efectiva y derecho a un juicio con todas las garantías).

En este sentido y con ocasión de la Causa Especial 20907/2017, que sustanció el denominado “juicio al procés” y, en relación con la segunda recusación formulada por las defensas al Juez Instructor Excmo. Sr. Don Pablo Llarena en relación con la presunta exteriorización de prejuicios en una de sus resoluciones (en la que había vertido la expresión la *estrategia que sufrimos*), se puede leer en el auto dictado por la Sala de Recursos del TS de 18 junio 2018:

*[...] la queja de la parte recurrente desenfoca y descontextualiza el sentido de las expresiones utilizadas por el Magistrado Instructor, teniendo así de falta de imparcialidad lo que ha de ser entendido como una percepción generalizada de la forma en que se fueron desarrollando los acontecimientos en Cataluña, con ocasión de exponer el Instructor el desarrollo de la estrategia secesionista que se recogía en el Libro Blanco que era objeto de explicación y comentario en la resolución recurrida [...] el hecho de que el Instructor, ante la amplísima y reiterada difusión que le dieron los distintos medios de comunicación a los presuntos actos de rebeldía institucional, singularmente en los meses previos a la declaración unilateral de independencia, se refiriera en su resolución a la “estrategia que sufríamos”, ha de entenderse como la expresión de la incomodidad o desazón que generaba la repetición de noticias e imágenes que cualquier ciudadano podía percibir a diferentes horas del día relacionadas con la evolución del llamado Procés y a las incidencias que en el día a día se iban produciendo [...]*

*Sin embargo, una referencia incidental de esa índole en la redacción de una resolución judicial nada tiene que ver con una posible pérdida de imparcialidad a la hora de adoptar una decisión sobre el caso. Atribuir a una expresión de esa naturaleza las connotaciones propias de un signo revelador de pérdida de imparcialidad nos llevaría a unas consecuencias tan desmesuradas y distorsio-*

*nadas que haría muy difícil celebrar un juicio o realizar una investigación en el ámbito judicial. Pues, de aplicarse los baremos que postula la defensa para valorar que existe una pérdida de imparcialidad, habría que anular todos aquellos procedimientos en los que la actitud poco comedida o desabrida de un acusado, o simplemente la pesadez o el incordio de uno de los protagonistas de un juicio, generara un estado de desazón o una sensación de molestia o de incomodidad en el juzgador que pudiera afectar a su grado de imparcialidad a la hora de enjuiciar un caso.*

Habría que ver como se pronuncian, en su caso, al respecto tanto el TC como el TEDH, pero como se ve la posición de nuestro TS es clara cuando además establece que no basta con cualquier exteriorización para generar duda justificada sobre una imparcialidad que se presume, sino que lo importa es su significado y lo que pueda transmitir.

Pues bien, del mismo modo que se comparte totalmente el criterio expresado por el auto acabado de transcribir, ya que no toda exteriorización puede o ha de generar sospecha respecto a una pérdida de imparcialidad, lo cierto es que se puede ser totalmente imparcial sin nada exteriorizar. Ello resulta evidente.

De lo que no cabe dudar es que controversia está servida ya que una presunta parcialidad por cualquier tipo de sesgo resulta difícil de encajar en nuestro sistema de causas de recusación tasadas y en el concepto abierto de necesaria imparcialidad que proviene del artículo 24 de la CE, y que ha venido obteniendo un desarrollo jurisprudencial con intento de acomodo a las sentencias del TEDH, que no siempre expresan una misma corriente jurídica.

No obstante, resulta chocante que la posición que refleja el auto de fecha 7 de febrero de 2018, que se ha referido líneas

atrás, se preocupe exclusivamente por la apariencia de imparcialidad, más que en su propia existencia, por difícil que resulte su prueba. La STC núm. 69/2001, de 17 de marzo, citando otras muchas, intentó acotar el acuñado concepto de “apariciencia”, llegando a decir:

*Es importante tener presente en este aspecto que, para que, en garantía de la imparcialidad, un Juez pueda ser apartado del conocimiento concreto de un asunto, es siempre preciso que existan sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos [...] por más que hayamos reconocido que en este ámbito las apariencias son importantes, porque lo que está en juego es la confianza que, en una sociedad democrática, los Tribunales deben inspirar al acusado y al resto de los ciudadanos, no basta para apartar a un determinado Juez del conocimiento de un asunto que las sospechas o dudas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, más allá de la simple opinión del acusado, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas.*

Lo cierto es que esta sentencia que parecía que abría la puerta a la recusación por “*sospechas objetivamente justificadas*”<sup>201</sup>, como una nueva causa no prevista en el artículo 219 de la LOPJ ha tenido una muy parca, por no decir inexistente en términos prácticos aplicación posterior. Parece fácil colegir que la tesis de la “apariciencia” se antoja insuficiente, como se puso de manifiesto, en el voto disidente, a la STEDH en el asunto *Ferrantelli y Santangelo* contra la República de Italia (26 de julio de 1996), por la que se rechazó la condena a ésta<sup>202</sup> por ocho votos contra uno, por supuesta violación del derecho a un juez imparcial. En el voto particular del juez disidente J. De Meyer y con apoyo en sentencias anteriores<sup>203</sup> se puede leer:

*Je regrette beaucoup que la Cour, pratiquant une nouvelle fois le culte des “apparences”, alors qu’elle avait commencé récemment à l’abandonner, constate en la présente espèce une violation du principe d’impartialité.*

Por su parte el ATS de 25 de febrero de 2015, señaló en relación con “abrir las puertas” a causas de recusación no tasadas en el artículo 219 de la LOPJ:

*La razón es que, de lo contrario, la conformación del órgano jurisdiccional quedaría a la libre disposición de los litigantes, que tendrían un resquicio para buscar juzgadores a su medida, por no mencionar que ello podría representar una excusa para jueces o magistrados deseosos de apartarse de asuntos incómodos. Y todo ello determinaría como es obvio, una quiebra del principio de predeterminación legal del juez o tribunal arts. 24 y 117 de la Constitución, que se encuentra en el núcleo del Estado de derecho<sup>204</sup>.*

Y a su vez, cuatro años después, el ya indicado auto de 25 febrero 2019 del TS viene a concluir:

*[...] por lo que se refiere a la solicitud de que se aprecie una causa supralegal de recusación, fundada en la doctrina del TEDH relativa a la imparcialidad objetiva que exige que el Juez se acerque al objeto del proceso sin haber tomado postura respecto del mismo, ha de insistirse... en qué razones de seguridad jurídica y de respeto al derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la ley, imponen la necesidad de limitar las recusaciones a las causas legalmente establecidas en la ley, sin que quepa admitir una recusación sin causa.*

Al hilo de esta última transcripción, y como se adelantó *supra* hay que destacar que la CE no prescribe expresamente que los jueces y magistrados deban ser imparciales. La imparcialidad

en el texto constitucional se refiere exclusiva y expresamente a funcionarios (artículo 103 de la CE) y al Ministerio Fiscal (artículo 124 de la CE). No obstante, y como también se ha anticipado, la imparcialidad se encuentra ínsita en el sistema, de forma que la jurisprudencia del STC de 3 julio 1989 (núm. 113/1987), siguiendo a su vez la núm. 47/1982<sup>205</sup> ya reconoció que la imparcialidad judicial se encuentra implícitamente contenida en el artículo 24 de la CE, cuando establece el derecho de los ciudadanos a un juicio con todas las garantías.

Se asumió, como ya se ha señalado, por el TC y en este sentido y por remisión de lo que dispone el artículo 10.2 de la CE<sup>206</sup>, lo que se dispone en la normativa internacional a la que España se encuentra adherida, como la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (artículo 10)<sup>207</sup>, la *Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos* (artículo 6)<sup>208</sup> y también el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (Nueva York, 1966).

La STC de 1989 acabada de referir, tuvo como antecedente otra del mismo TC núm. 145/1988, que implicó una ruptura con el sistema anterior, que vino de alguna manera a resultar precursora de la posterior doctrina del TEDH, al declarar la inconstitucionalidad del precepto de la Ley Orgánica 10/1980<sup>209</sup>, que impedía utilizar como causa de recusación el haber sido previamente instructor de la causa penal objeto de enjuiciamiento, proclamando al tiempo que la cuestión debe examinarse en cada caso.

De este modo, tanto por los tribunales ordinarios como por el propio TC se ha seguido dando prevalencia al juez “predeterminado por la Ley” y a las causas tasadas como *números clausus* y su consideración restrictiva, intentando conjugarlo con el derecho implícito al juez imparcial, ya que constituye parte esencial del ordenamiento jurídico interno y siguiendo al respecto

la doctrina establecida por el TEDH<sup>210</sup> que, como se verá, va mucho más allá, hasta el punto que abundan las sentencias de condena a los estados signatarios por la vulneración del artículo 6.1 de la CEDH, incluyendo al Reino de España, de la que destaca la del asunto *Gómez de Liaño* (2008)<sup>211</sup>, en la que se admitió la existencia de vulneración a un juez imparcial nada menos que frente a toda una Sala de nuestro TS por “contaminación” al haber manifestado posición previa respecto del caso en la confirmación del procesamiento<sup>212</sup>.

Esa sentencia se produjo tras pronunciarse reiteradamente el TC<sup>213</sup> siguiendo la doctrina del TEDH recogida en la sentencia de 24 de mayo 1989 (asunto *Hauschildt* contra el Reino de Dinamarca), que carece de la debida imparcialidad para revisar un fallo en segunda instancia el juez que ya lo hubiera hecho en primera y cuando, en una actividad jurisdiccional anterior en relación con el mismo caso se hubiera pronunciado sobre los hechos debatidos<sup>214</sup>.

Por otro lado, y siguiendo un sistema de clasificación diferente al utilizado por el TEDH, la Jurisprudencia de nuestro Reino ha venido distinguiendo la “imparcialidad subjetiva”, referida a las relaciones con las partes, de la “imparcialidad objetiva” que alude a lo afectado que pueda estar el juez con el objeto del proceso<sup>215</sup>, que como se señala en la STC núm. 162/1999 implica la obligación del juez de ser ajeno al litigio no siendo “juez y parte”, ni “juez de la propia causa”.

Esta evidente doctrina y conclusión no hace más que recoger lo establecido en reiteradas sentencias del TEDH<sup>216</sup> que a diferencia de nuestra jurisprudencia consideran que la perspectiva *subjetiva* valora la convicción personal del juez respecto al objeto del proceso y la *objetiva* su situación con el objeto del proceso por su contacto previo con éste<sup>217</sup>, excluyendo toda duda legítima

acerca de si el juez ofrece garantías suficientes al respecto, a pesar de no haber expresado convicción personal, ni previamente haber tomado partido como sostiene el TEDH en el citado asunto *Hauschildt* §48<sup>218</sup>. La doctrina sentada por la sentencia de este relevante caso es referida (en muchos casos a *sensu contrario*) en la mayor parte de las sentencias sobre imparcialidad y las propias del TEDH, ha sido plenamente acogida por el TS, Sala Segunda, de lo Penal, en su reciente sentencia de 8 mayo de 2019 (núm. 233/2019), decretando la nulidad de una sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial de Pontevedra por contaminación previa, que tras haber resuelto diversos y múltiples autos de apelación, terminó juzgando y sentenciando.

Por otra parte, en el interesante caso que resuelve la también muy reciente sentencia del TS de la Sala de lo Penal de 29 de octubre de 2019 (núm. 517/2019) denegando la existencia de violación a un tribunal imparcial que fue solicitada por la acusación particular con apoyo en su momento del Ministerio Fiscal, y al margen de cuestiones de procedimiento, el TS se sumerge, con unos muy elaborados fundamentos, en cuando ha de considerarse la ausencia de imparcialidad objetiva de un tribunal colegiado circunscribiendo la cuestión a la contaminación por previo contacto con el objeto del proceso<sup>219</sup> y distinguiendo, como era el caso, que se trataba de una absolución, con los siguientes razonamientos:

*La imparcialidad del Juez puede analizarse desde una doble vertiente. Una imparcialidad subjetiva, que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, en la que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del Juez con aquéllas, y una imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez se acerca al thema decidendi <sup>(220)</sup> sin haber tomado postura en relación con él [...]*



*La garantía de la imparcialidad objetiva “pretende evitar toda mediatización, en el ámbito penal, del enjuiciamiento a realizar en la instancia o a revisar en vía de recurso... Esto es “que influya en el juicio o en la resolución del recurso la convicción previa que un Juez se haya formado sobre el fondo del asunto al decidir en anterior instancia o, incluso, al realizar actos de investigación como instructor... Tales convicciones previas no merecen, en sí mismas, tacha alguna, pero la sola posibilidad de que se proyecten en el ulterior enjuiciamiento, o en el recurso que proceda, pone en riesgo el derecho del justiciable a obtener en uno u otro -en el juicio o en el recurso- una justicia imparcial.*

*La Ley, ante tal riesgo, no impone al Juez abandonar o superar las convicciones a las que así legítimamente llegó, ni exige tampoco a los justiciables confiar en que esa superación se alcance.*

*Más bien permite, mediante la abstención de aquél o la recusación por éstos, que quede apartado del juicio del recurso el Juez que ya se ha formado una convicción sobre la culpabilidad del acusado o que puede haberla adquirido en el curso de instrucción [...].*

*Se hace necesario examinar las circunstancias del caso, en tanto que la imparcialidad del Juez no puede examinarse in abstracto, sino que hay que determinar, caso por caso, si la asunción simultánea de determinadas funciones instructoras y juzgadoras puede llegar a comprometer la imparcialidad objetiva del juzgador [...]*

La sentencia, y en apoyo de los fundamentos acabados de transcribir, refiere, entre otras resoluciones del TEDH<sup>221</sup>, el asunto *Sainte-Marie* contra la República de Francia de fecha 16 diciembre de 1982, por la que se desestimó la demanda por ocho votos a uno. Desde esta fecha, ya lejana, la cuestión no resulta

pacífica como se puede comprobar por el voto disidente del juez Walsh que por su interés se reproduce en su totalidad:

*1. The Court has many times held that Article 6 para. 1 (artículo 6-1) of the Convention requires that a tribunal should be structurally impartial. That is the question raised in the present case. There has been no claim that a judge has failed to be subjectively impartial.*

*2. The claim of absence of structural impartiality of the trial court which convicted the applicant rests upon the participation, as trial judges, of two judges who had previously heard and refused a request for provisional liberty made by the applicant before his trial.*

*3. In principle a trial judge is not disqualified by reason only of his having dealt with interim or interlocutory applications by the accused before the trial. Such applications may include one concerned with pre-trial liberty or remands in custody. But whether that is always so must necessarily depend upon the issues which fall to be decided, and the manner of their proof, in the particular pre-trial application.*

*4. Here under national law an application for pre-trial provisional liberty requires or permits the judge to assess the probability or otherwise of the guilt of the applicant or where he speculates on that issue in course of arriving at, or for the purpose of, his decision, he has already reached at least a provisional view on the question of the strength of the case or even of the guilt of the applicant. Ordinarily the function of a judge hearing a pre-trial application for provisional liberty is to decide, on appropriate evidence, whether he is satisfied that the accused, if at liberty, will abscond or seek to defeat justice by tampering with or destroying evidence or intimidating*

*witnesses. If the judge is not so satisfied he should grant the application subject to such reasonable guarantees or restrictive conditions as he thinks necessary and prudent. That applies equally to the innocent and the guilty. If liberty is refused simply because of the strong suspicion of guilt it violates the concept of the presumption of innocence enshrined in Article 6 (artículo 6). If however the national legal system requires, or permits, consideration of the probability of guilt as a factor in the decision on provisional liberty, the judge who so decides clearly disqualifies himself from participation as a judge at the trial of the substantive issue of guilt or innocence.*

En definitiva, la reciente STS de 29 octubre 2019 (núm. 517/2019) que se viene comentando insiste en la necesidad de analizar, caso a caso, la previa “contaminación” con el objeto del proceso, abriendo la posibilidad de que baste la existencia razonable y justificada (datos objetivos)<sup>222</sup> de “[...] riesgo (en) el derecho del justiciable a obtener una justicia imparcial”. De este modo, si se dan esos “requisitos” anteriores de razonabilidad y objetividad de la duda, procede la estimación y declaración de que se ha vulnerado el derecho a un juicio justo con las garantías de imparcialidad que le deben ser propias.

No obstante y respecto a la “contaminación” previa con el objeto del proceso antes del enjuiciamiento por un tribunal, hay que poner de relieve la incongruencia que supone que éste, una vez tiene la causa en su poder y antes de dictar sentencia, puede confirmar situaciones de prisión provisional sin que ello implique riesgo de contaminación alguna y sin embargo sí que incurriría en ella en el supuesto que estuviera resolviendo una apelación sobre una decisión adoptada en tal sentido por el instructor, como se ha puesto de manifiesto en la indicada sentencia del “juicio del procés” de 14 de octubre de 2019 (núm. 459/2019), en el epígrafe 5.5.3. (página 120) cuando se indica:

*Tampoco menoscaba el derecho al juez imparcial la existencia de resoluciones contrarias a la libertad de los procesados que, por razón de su fecha, ya han sido firmadas por la Sala de Enjuiciamiento. Sostener lo contrario conduciría a una absurda conclusión: el tribunal que está legalmente juzgando un hecho delictivo no podría conocer de las incidencias que se produjeran, debiendo remitir éstas a otro órgano jurisdiccional; y ello por no mencionar que al acusado le bastaría cuestionar su situación provisional para lograr que el tribunal debiera abandonar el conocimiento de la causa.*

Lo que en cualquier caso resulta básico al objeto de que pueda prosperar una recusación por falta de imparcialidad, y tanto para nuestros tribunales como para el TEDH, es la existencia de una prueba que, cuando menos, facilite indicios objetivos o apariencias específicas que determinen fundadas sospechas de que por parte del juzgador ha existido un previo contacto con el procedimiento que le haya podido generar prejuicios que le conduzcan a sentenciar injustamente por haber adquirido una idea preconcebida del caso<sup>223</sup> lo que habrá de determinarse caso a caso. En la sentencia del “juicio del procés” y, precisamente, respecto a la ausencia de prueba se puede leer:

*Epígrafe 5.5.2., página 115:*

*Se refieren así a una noticia que saltó a los medios de comunicación, no por el hecho en sí de quiénes eran los comensales que asistieron a esa cena [...]. Lo que se presentaba como una coincidencia ideológica en el anticatalanismo carecía del más mínimo respaldo para avalar una causa de recusación basada en el artículo 219.10 de la LOPJ, que señala como tal «tener interés directo o indirecto» en la causa.*

*Epígrafe 5.5.7., página 129:*

*[...] la campaña mediática emprendida por la asociación judicial de la que es Vicepresidente [...] mediante la invocación de una causa de recusación que se basaba, no en los mensajes del Magistrado afectado, no en sus opiniones, no en sus actos, sino en los mensajes anónimos [...] El rechazo a limine de ese incidente era obligado, no solo por su extemporaneidad [...] sino porque los mensajes habían sido emitidos por personas no identificadas cuya vinculación con el Sr. Monterde exigía, al menos, aportar un principio de prueba.*

Ejemplo paradigmático de este diferenciar “caso a caso” se puede encontrar también en la mediática sentencia acabada de referir (sólo 15 días anterior a la sentencia de 29 octubre, que se ha indicado líneas atrás), y en la que respecto a las múltiples recusaciones formuladas por las defensas contra los componentes de la sala enjuiciadora sobre “contaminación” previa con el objeto del proceso se pronuncia ampliamente. Por su interés, tratando el asunto de la falta de cualquier sesgo al respecto determinante de ausencia de imparcialidad, se reproduce parcialmente lo que en la sentencia se indica en las páginas 117 a 121 del apartado 5:

*Los Magistrados [...] fueron también recusados por falta de imparcialidad objetiva, al haber formado parte de la Sala de Admisión que dictó la resolución que admitía a trámite la querrela del Fiscal [...] La determinación de cuáles son las circunstancias concretas [...] no está vinculada tanto con una relación nominal de actuaciones o decisiones previas que queden vedadas al juzgador cuanto, especialmente, con la comprobación, en cada supuesto en particular, de si la intervención previa en la que el interesado hace residenciar sus dudas ha sido realizada por el órgano judicial teniendo que adoptar una decisión valorando cuestiones sustancialmente idénticas o muy cercanas a*

*aquellas que deben ser objeto de pronunciamiento o resolución en el enjuiciamiento sobre el fondo [...] la admisión a trámite de una denuncia o querella, en tanto que «[...] es un acto jurisdiccional que no expresa ni exterioriza toma de posición anímica [...]*

*Por lo tanto, es necesario comprobar la intensidad del juicio emitido sobre el objeto del proceso [...]. Es claro que admitir a trámite la querella, acto inicial del proceso penal, no es instruir, ni mucho menos resolver la causa en una instancia o grado anterior del proceso [...].*

Hasta aquí, se ha tratado la cuestión de sesgos por “contaminación” porque el tribunal haya estado en contacto previamente con el objeto del proceso, pero ello se enmarca también en la diferencia de consideración, que ya se ha referido dada por el TEDH y nuestros tribunales, entre la imparcialidad *subjetiva* y *objetiva* que no es baladí.

Y ello, porque en tanto el TEDH entendiendo, si bien con un cierto carácter errático como se ha visto, que se debe valorar también la convicción personal<sup>224</sup>, excluyendo toda duda legítima, viene a establecer plenamente el “sesgo ideológico” como posible causa de pérdida de imparcialidad. Así las SSTEDH del asunto *Remli* contra la República Francesa (23 abril de 1996), y del asunto *Sander* contra Reino Unido (9 mayo 2000) condenan por posible prejuicio (sesgo) de raza a ambos estados. Más adelante se comentan estas dos relevantes resoluciones.

Resulta sintomático, no obstante, lo que parece una nueva formulación que se efectúa por el TS (sentencia reiteradamente citada núm. 459/2019), sobre imparcialidad subjetiva y objetiva, que aparentemente abandona el concepto tradicional de nuestra jurisprudencia y se aproxima a la diferencia que viene

estableciendo al respecto el TEDH. Se puede leer en el apartado de la indicada sentencia “5.- *Vulneración del derecho al juez imparcial* (artículo 4 CEDH y 24 CE), lo siguiente:

*[...] De ahí que la invocación de cualquier duda sobre la imparcialidad de un Magistrado, ya se derive de su proximidad personal al objeto del proceso - dimensión subjetiva-, ya de su incompatibilidad funcional -dimensión objetiva-, ha de ser resuelta en términos que descarten cualquier sospecha, incluso aparente, sobre la idoneidad para enjuiciar. Así lo hemos entendido y así hemos resuelto los precedentes que, en uno u otro marco procesal, han sido abordados por esta Sala<sup>225</sup>.*

Cierto es que la sentencia refiere el concepto de *dimensión* subjetiva y objetiva en lugar de referir *imparcialidad* subjetiva u objetiva, pero sin duda cuando refiere “*proximidad personal al objeto del proceso*” se pretende enmarcar tal aserto en la *dimensión* subjetiva de una forma explícita, que obviamente incluye las convicciones personales del juez o tribunal sobre el objeto del proceso como posible causa de recusación. Se volverá sobre los pronunciamientos de esta trascendente sentencia en relación con el sesgo ideológico.

En definitiva, en normativa ordinaria o en normativa constitucional, y como causa de recusación de jueces y magistrados no existe una mención expresa a ninguna clase de sesgo propiamente dicho, más allá de las causas 11<sup>a</sup>, 13<sup>a</sup>, 14<sup>a</sup> (parcialmente) y 16<sup>a</sup> referidas en el artículo 219 de la LOPJ<sup>226</sup> que en realidad vienen a reconocer, de forma indirecta, la posible existencia de diferentes tipos de sesgos en el juez o tribunal que con anterioridad al juicio hubiera tomado contacto con el objeto del proceso y que se ha analizado en este apartado pero que, como hemos visto requiere de un análisis casuístico que sigue siendo restrictivo como, acudiendo una vez más a la causa del “juicio

del procés” podemos comprobar. En efecto en el auto de la Sala de Recursos núm. 3/2018 de 13 septiembre 2018, se sostiene por el TS:

*[...] la pertenencia de don Vicente Magro a la Sala de Recursos de ninguna manera ha podido influir en la instrucción de este incidente de recusación, pues no ha adoptado ninguna resolución en materia probatoria, ni ha emitido ningún informe, ni menos aún ha tenido que hacer ninguna valoración jurídica que pueda influir en la estimación o desestimación de este incidente de recusación.*

Para concluir el tratamiento genérico dado por nuestros tribunales sobre el derecho a un juez imparcial, al margen de las específicas causas previstas, y aun reconociendo que ello es un avance sobre la actual situación, no se puede estar de acuerdo con que este derecho acabe siendo una cuestión de mera apariencia y tampoco se puede convenir en que el control del sesgo sólo se pueda ejercer si existe un pronunciamiento previo del mismo, previo o coetáneo al juicio, por parte del juez concernido.

Otros muchos mecanismos se pueden establecer para poder alcanzar la convicción sobre la existencia del “riesgo” sobre pérdida del derecho a un juez imparcial aludido por la sentencia núm. 517/2019 que se ha referido. A título enunciativo, y como avance de lo que se dirá en el capítulo de conclusiones, aparece como conveniente profundizar en el sistema de garantías a un juez o tribunal imparcial a través de métodos como el estudio de anteriores resoluciones sobre casos comparables, las permanentes evaluaciones psicológicas y entrevistas de especialistas nombrados por el CGPJ y en definitiva, como se propondrá en Conclusiones, el establecimiento sistema de causas abiertas y genéricas como el que existe en el derecho alemán<sup>227</sup>



y que a la vez facilite el estudio caso a caso proscribiendo abusos, y además, estableciendo métodos de prevención como el sistema indagatorio previo al nombramiento o reelección del juez que rige en Estados Unidos<sup>228</sup> que además facilita la plena consciencia del concernido sobre su posible inhabilidad en un caso concreto.

En cualquier caso, resulta evidente un elevado nivel de inseguridad jurídica en todo nuestro entorno y no sólo en nuestro Reino, en el que además convive el sistema dual de unas causas plenamente tasadas en el artículo 219 de la LOPJ, con el derecho a un juez y tribunal imparcial vía el artículo 24 de la CE y el artículo 6.1 del CEDH, concepto genérico sobre el que confluyen múltiples y variadas circunstancias que exceden de las causas de abstención y recusación que se encuentran tasadas y que vienen resultando de restrictiva consideración por nuestros tribunales sobre la base de que la imparcialidad se presume.

En definitiva, se trata de una muy espinosa cuestión y a pesar de los avances logrados en el sistema de garantías al respecto, queda mucho por recorrer, eso sí sin caer tampoco en un sistema que acabe siendo invalidante de cualquier actuación. Causas genéricas, prevención y estudio caso a caso se advierte como el camino deseable.

#### **IV.4.- ~Sesgo ideológico (política, raza, sexo, religión); su tratamiento por los tribunales**

En el apartado siguiente, se abordará con carácter independiente, el denominado *sesgo de grupo* en sus dos diferentes vertientes<sup>229</sup>.

Pero, valga adelantar en la faceta que aquí importa, que se crea una relación con el “sesgo ideológico” y no sólo por la educa-

ción y el entorno en el que se desenvuelve el individuo desde que alcanza el uso de razón, sino también por el grupo o grupos sociales en el que acaba integrado o de cuyas propiedades y esencias participa.

Ya se ha hecho referencia al denominado sesgo ideológico como el más tratado en España por doctrina y por los tribunales, casi exclusivamente en lo referente a su dimensión política, y en relación con el derecho a un tribunal imparcial sin aludir a la ideología de sus miembros que se considera un asunto privado.

Para una fácil aproximación se puede ejemplificar la cuestión trayendo al caso un hipotético asunto de relaciones laborales. Si el asunto ofreciese dudas para quien ha de juzgar, aún superables, la percepción y, en consecuencia, las decisiones judiciales, no serían probablemente las mismas si nos encontramos ante un juez con tendencia neomarxista, que, si tuviera que enjuiciar un juez de ideología liberal, y que además resulte ser hijo de un empresario que ha sufrido huelgas, amenazas y piquetes. Ello aparece como evidente y la complejidad se encuentra servida, porque -como se ha dicho- la pretensión de que el juez aplique automáticamente la norma no es más que una vana pretensión que omite la dimensión antropológica del juez de la que participa como cualquier ser humano.

Al respecto el catedrático Jordi Nieva<sup>230</sup> afirma, obviamente, que se debe partir de dos premisas: (i) los jueces inmersos en la sociedad no carecen de ideología y (ii) esa ideología del juez -sea la que sea- no puede, no debería, “lastrar” sus decisiones y sentencias en juicio, afectando a la imparcialidad. Además, la ideología es un concepto que se mueve en contornos difusos. La horquilla de una determinada creencia resulta muy amplia y bascula desde posiciones flexibles y matizadas, hasta perspectivas extremas. El sesgo, no obstante, puede actuar siempre.

Veamos cómo se aborda la problemática desde los tribunales, dado que, además, en la LOPJ (artículo 219) y otra normativa asociada como la LECrim. (artículo 54.9) y tal como se ha referido no se contempla la ideología como causa recusación.

Los AATC núm. 195/1983 y núm. 358/1983 referían ya:

*En el sistema de valores instaurado por la Constitución de 1978, la ideología es un problema privado, un problema íntimo, respecto al que se reconoce la más amplia libertad, como se desprende de los núms. 1 y 2 del artículo 16 de la propia C.E. Las ideas que se profesen, cualesquiera que sean, no pueden someterse a enjuiciamiento, y nadie, como preceptúa el artículo 14 C.E., puede ser discriminado en razón de sus opiniones [...] Hallándose pues sustraída la ideología al control de los poderes públicos y prohibida toda discriminación en base a la misma, es claro que las opiniones políticas no pueden fundar la apreciación, por parte de un Tribunal, del interés directo o indirecto que el artículo 54.9 L.E.Crim. conceptúa como causa de recusación.*

En esa línea y aún con carácter más restrictivo, se situaba el auto de la Sala Especial del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 2 de marzo 1994, que denegó una recusación (asunto *Hormachea*), y que resultó glosado por la STC núm. 162/1999, que no acogió el amparo que se interpuso. En ella se indica:

*[...] que la única prohibición constitucional que afectaba a Jueces y Magistrados era la de pertenecer a partidos políticos, y no la de tener ideas políticas, ni la de manifestarlas, razones éstas que impedían fundar una causa de recusación en la ideología política de los Magistrados.*

En el asunto *Remli* contra la Republica de Francia, el TEDH declaró, por cinco votos a favor y cuatro en contra, una viola-

ción del artículo 6.1 del CEDH, como consecuencia de la negativa de la Audiencia de lo Criminal del Ródano, a facilitar un atestado al recurrente, un francés de origen argelino, y por las declaraciones, aparentemente racistas, que había pronunciado uno de los miembros del jurado fuera de la sala de audiencia, según constaba en un testimonio escrito. Sostuvo esta sentencia (§48) que el CEDH *implica la obligación de las respectivas jurisdicciones nacionales de comprobar que se constituye un tribunal imparcial, cuando se presenta una recusación o impugnación que manifiestamente no parecía, de entrada, desprovista de fundamento.*

En el asunto *Sander* contra Reino Unido, y por cuatro votos a tres, la “duda” sobre el sesgo ideológico del juzgador resultó suficiente para que el TEDH condenara al Reino Unido por violación del derecho a un tribunal imparcial. Sander, ciudadano británico de origen asiático y reconocido culpable de fraude, se quejó de haber sido juzgado por un jurado “racista”, porque a lo largo del proceso uno de los jurados envió al juez una nota en la que expresaba el temor de que otros miembros del jurado que habían realizado abiertamente observaciones y bromas racistas, no fuesen imparciales. De inmediato el juez que presidía instruyó debidamente al jurado, al que recordó que debía ser imparcial y simplemente atenerse a los hechos. Al día siguiente, el juez recibió una carta colectiva firmada por todo el jurado, rechazando las alegaciones y desmintiendo cualquier perjuicio racial. El solicitante recurrió contra su condena, alegando particularmente que el juez había cometido un error no disolviendo el jurado.

El TEDH consideró que lo indicado en la nota facilitada al juez podrían suscitar en el solicitante, y en cualquier observador objetivo, *dudas legítimas en cuanto a la imparcialidad del tribunal*, dudas que no pudieron disipar ni la carta colectiva ni las nuevas instrucciones del juez al jurado.

En contraste y en el asunto *Gregory* contra Reino Unido (25 febrero 1997), el TEDH rechazó condenar al Reino Unido, teniendo en cuenta que el juez hizo todo lo que podía esperarse de él, según lo dispuesto en el artículo 6.1 para disipar todas las dudas objetivamente justificadas acerca de la imparcialidad del jurado partiendo de los hechos siguientes:

- (i) Que no existía ninguna prueba de prejuicios efectivos o subjetivos por parte de uno o varios miembros del jurado y de que no era posible recoger tales pruebas interrogando a sus miembros, teniendo en cuenta la norma del derecho de ese Estado que regula el secreto de las deliberaciones del jurado.
- (ii) Que el abogado de la defensa no acució al juez para que disolviera el jurado.

Al respecto, la STC de 26 de mayo (núm. 60/2008), sostuvo:

*[...] esta sujeción estricta a la Ley supone que la libertad de criterio en que estriba la independencia judicial no sea orientada a priori por simpatías o antipatías personales o ideológicas, por convicciones e incluso por prejuicios o, lo que es lo mismo, por motivos ajenos a la aplicación del Derecho [...] que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a su favor o en contra.*

Así, en España para recusar por este motivo habrá que acudir a la invocación del derecho a un juez imparcial en el marco de las causas tasadas en el artículo 219 de la LOPJ (normalmente, la causa 10ª: *interés directo indirecto en el proceso*) y caso por caso. Famosa es la sentencia de la Sala de lo Penal (Sección 2ª) del TS de fecha 2 de febrero 2011 (núm. 31/2011), casando la

sentencia de la Sala de lo Penal (Sección 4ª) de la AN de 2 de marzo 2010, que aceptó que se había vulnerado el derecho a un juez imparcial en un juicio seguido por presunto delito de enaltecimiento de terrorismo. La presidenta de la Sala de lo Penal, al inicio del juicio, preguntó al acusado (Arnaldo Otegui) si condenaba o no la violencia terrorista, manifestando aquel que se acogía a su derecho a no declarar. Tras ello la Magistrada manifestó que *ya sabía yo que no me iba a contestar a esta pregunta*.

El TS entendió que esa respuesta presuponía una clara animadversión hacia el acusado y, en consecuencia, que ya tenía predeterminada su decisión, faltando así a la imparcialidad. Bien es cierto que la sentencia no menciona en ningún momento el término “ideología” o “pensamiento político” referido a la presidenta de la sala, aunque acoge y enmarca la impugnación, por la vía general de la imparcialidad predicable en cualquier supuesto procediendo a la anulación de la sentencia de la Audiencia Nacional, bajo, entre otros, el siguiente argumento:

*[...] no es irrazonable pensar, como sostiene el recurrente, que con tal actitud se expresaba de alguna forma la opinión, ya formada, respecto al valor de las explicaciones dadas por el acusado relativas al significado de sus palabras, antes de haber podido siquiera presenciar el resto de la prueba, tanto de cargo como de descargo. Y, por lo tanto, el acusado tenía razones objetivas para pensar que la Magistrada estaba exteriorizando precipitadamente un juicio sobre el carácter delictivo de las mismas que venía a coincidir con el que sostenían las acusaciones.*

La Sección 4ª de la Sala Penal de la Audiencia Nacional (con los mismos componentes anteriores) conoció de la instrucción de una nueva causa contra Arnaldo Otegui y otros por pertenencia a organización terrorista, que procedió a dictar sentencia

condenatoria (2011), que recurrida en casación fue confirmada -si bien con penas menores-, aunque con dos votos particulares que estimaron que había existido la causa de abstención-recusación del artículo 219.11 de la LOPJ (2012). Recurrida en amparo, el procedimiento sufrió una serie de incidentes de recusación dado que los recurrentes alegaron falta de imparcialidad de distintos de miembros del TC, salvándose todas ellas y ratificándose la sentencia del TS, aunque, también con dos votos particulares que estimaron la falta de imparcialidad.

Finalmente, mediante sentencia del TEDH de 6 de noviembre de 2018, se estimó que había existido una vulneración del artículo 6.1 del CEDH por falta de imparcialidad.

Resulta interesante respecto a ambos asuntos (conocido el último como *Caso Bateragune*), el reciente trabajo de Goikoe-txea Gómez (2021) que los utiliza como base para analizar el derecho a un tribunal imparcial. Hemos de resaltar de éste, la diferenciación teórica que el autor realiza, y que brevemente se expone a continuación, entre “contaminación vertical” y “contaminación horizontal”. La primera viene referida a un mismo juez que conoce de distintos procedimientos con un mismo sujeto (parte). Se concluye, citando las SSTC núm. 138/1994 de 9 de mayo, núm. 206/1994 de 11 de julio y núm. 47/1998 de 2 de marzo y la STS núm. 1431/2003, de 1 de noviembre que -cuando los objetos son distintos o, incluso, similares- concluye que la imparcialidad, por este sólo hecho y *a priori*, no está comprometida. Sin embargo, ambos tribunales sostienen también que la pérdida declarada de imparcialidad de un componente del tribunal puede arrastrar al resto de sus miembros que han conocido del asunto (“contaminación horizontal”).

En todo caso, la más reciente doctrina del TS en su auto de 25 febrero 2019 (del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Admi-

nistrativo), no permite que la causa ideológica, sin más, resulte determinante de una recusación viable cuando establece que:

*[...] el derecho vigente ha objetivado, en un catálogo extenso, los supuestos en los que el Juez no reúne las condiciones que, en una sociedad democrática de Derecho, permiten considerarlo como Juzgador imparcial. Tal extensa enumeración de las causas de abstención y recusación, referida a los casos en los que la imparcialidad resulta comprometida, no puede ser susceptible, lógicamente, de una interpretación que suponga la creación de causas inexistentes, al tratarse de una materia que afecta a la propia seguridad jurídica, respecto de la composición legalmente preordenada del Tribunal.*

Ello lleva a preguntarse si *lege ferenda*, la recusación o abstención por causas ideológicas debería establecerse como causa autónoma y, en su caso, de qué forma. La cuestión tiene una complicación jurídica e importancia muy elevada, ya que conocido resulta la abundante casuística de recusaciones judiciales por motivos ideológicos, y especialmente en los juicios con elevada carga política. Incluso un autor, como el ya citado Jordi Nieva, se ha aventurado a proponer el texto de una nueva causa de recusación a la vista también de la situación que se ha descrito y que formula como sigue:

*Haber sentado criterio públicamente sobre aspectos directamente relacionados con el objeto del proceso, en términos tales que se evidencie un sesgo ideológico por parte del Juzgador.*

Aunque de prosperar tal iniciativa ello supondría un avance sobre el actual *statu quo*, se discrepa en cuanto a su alcance, ya que se antoja como un parche al no ofrecer una solución más amplia en función de lo que se pretende. En efecto, además de tener que determinar si lo que se hubiera manifestado



evidencia o no un sesgo, resulta evidente que podría darse el caso de que no se hubiera sentado el criterio públicamente que evidenciara el sesgo ideológico y que sin embargo el juzgador estuviera afectado por el mismo de forma tal que pudiera predeterminar su decisión, resultando parcial. Al respecto, en el ya citado ATS de 25 febrero 2019<sup>231</sup>, se puede comprobar, en una elaborada resolución, que para nuestro más alto tribunal no basta que exista una opinión hecha pública -en este caso de carácter jurídico y de interpretación constitucional- para de ahí poder deducir la falta de imparcialidad en un caso concreto. Jordi Nieva es muy consciente de todo ello, hasta el punto de que señala para justificar su propuesta<sup>232</sup>:

*Sin embargo, sí que se puede excluir a un juez de la prestación de su función en un caso concreto cuando su ideología excluya a la vez, valga la redundancia, de un modo u otro, a aquello que está juzgando. Pero también debe ser el juez apartado del proceso cuando su ideología esté demasiado próxima a aquello que está juzgando. En realidad, como hemos visto, en materia de imparcialidad se trata de alejar al juez de todo aquello por lo que pueda sentir excesiva inclinación o animadversión, porque, aunque ciertamente sea posible, es muy difícil que un juez emita un juicio contrario por completo a su íntima opinión sobre los más diversos temas, aunque deba hacerlo si el ordenamiento le obliga a ello. Pero teniendo en cuenta que la imparcialidad es una de las inexcusables características que deben concurrir en un juez, no es posible asumir riesgos en esta materia y, por tanto, el juez que posea una determinada ideología hasta el punto de tener un auténtico sesgo del pensamiento que le impida ver la realidad más allá de sus convicciones, debe ser apartado de los procesos en que esa ideología pueda tener una directa influencia.*

*Lo difícil es determinar el grado de implicación ideológica del juez. Asíumase que para el mundo del Derecho, y respetando*

*siempre lo que debe ser la libertad de opinión de todas las personas, también de los jueces, el control de la existencia de ese sesgo solamente puede ejercerse si el juez realiza una exposición pública de su ideología en términos diáfanos, sin ninguna clase de reserva. A partir de ese momento, si el juez debe juzgar un asunto relacionado con esa ideología que tuvo a gala criticar públicamente, si queremos conservar una imagen apariencial de imparcialidad en el juzgador, no habrá otro remedio que apartarlo del proceso.*

Pero con todo, Jordi Nieva, como la mayoría de los autores y operadores jurídicos, se resigna a algo que resulta contrario a los más elementales principios de un sistema jurídico que se precie, cuando basan exclusivamente el derecho a la imparcialidad ideológica sólo si surge duda por las apariencias. Del mismo modo que desde la Constitución de 1978 se ha avanzado mucho por la doctrina, que se ha venido sentando por el TEDH y por nuestros TS y TC, no cabe ahora aquietarse, como se viene sosteniendo, a la actual consideración que se efectúa al respecto como si nada más se pudiera hacer.

Por otro lado, y en cualquier caso no se puede dejar de subrayar que a jueces y tribunales no se les puede tampoco exigir que sean ajenos al entorno y a situaciones que pueden afectar al conjunto de la sociedad de la que forman parte. Al respecto, y como ya se ha detallado, con ocasión de la instrucción de la Causa Especial núm. 20907/2017 del “juicio del procés”, el auto (18 de junio de 2018) de la Sala 61 de Recursos del TS, resolviendo la recusación del magistrado instructor (Excmo. Sr. Llarena) con ocasión de haber proferido en una de sus resoluciones la expresión *la estrategia que sufrimos*, se puede leer:

*[...] la queja de la parte recurrente desenfoca y descontextualiza el sentido de las expresiones utilizadas por el Magistrado*

*Instructor, teniendo así de falta de imparcialidad lo que ha de ser entendido como una percepción generalizada de la forma en que se fueron desarrollando los acontecimientos en Cataluña, con ocasión de exponer el Instructor el desarrollo de la estrategia secesionista que se recogía en el Libro Blanco que era objeto de explicación y comentario en la resolución recurrida.*

Mucha tinta ha corrido y correrá al respecto, pero qué duda cabe que, si un determinado sistema de convivencia y de orden jurídico resulta atacado, cualquier magistrado, que forma parte esencial del mismo, se sentirá concernido del mismo modo que lo estaría ante cualquier delito común. La cuestión radica no ya en un prejuicio determinante de falta de imparcialidad sino en la propia e insuperable limitación, que atañe a todo juez o tribunal, por su dimensión antropológica. Así las cosas, en lo que hay que profundizar es que esa limitación (mucho menos importante en sede de instrucción) no lleve al juez o tribunal a desviarse de la aplicación de la Ley.

Sin embargo, tampoco habrá de presumirse que se cae en esa desviación y se juzga con parcialidad porque resulte pública la ideología del Juzgador (siempre que sea compatible con el sistema) o que en una resolución se manifieste, para justificar la concreta decisión, la existencia de un ataque al sistema del que forma parte y al que precisamente tiene la función y obligación de proteger.

Para terminar con las referencias forenses sobre “sesgos ideológicos”, acudimos una vez más a la causa especial del “juicio del procés”, reproduciendo parcialmente lo que al respecto indica el auto ya citado de 13 septiembre de 2018, en relación con una de las causas de recusación del magistrado Excmo. Sr. Magro, que había sido senador del Partido Popular dos décadas atrás, y al propio y muy elaborado contenido de la sentencia

de 14 de octubre (núm. 459/2019). El ATS de 13 septiembre 2018, señala:

*[...] es claro que el mero hecho de haber ostentado cargos públicos de naturaleza electiva no implica en el ordenamiento español -ni en muchos otros países europeos- una inhabilitación para el desempeño posterior de funciones jurisdiccionales [...] además, perteneció al Senado durante un breve período hace más de veinte años. De aquí que la afirmación de los recusantes solo pueda entenderse como un rechazo de la ideología política que presumen a dicho magistrado y que, en todo caso, no sería ilegítima.*

La STS de 14 octubre de 2019, epígrafe 5.3 (página 103), señala:

*[...] resulta especialmente llamativo que la desconfianza hacia esta Sala [...] tenga como punto de contraste la naturalidad con la que, desde hace décadas, se aceptan nuestras resoluciones [...] En efecto [...] los Magistrados cuya imparcialidad objetiva o subjetiva ahora se cuestiona, han despachado 2.503 asuntos procedentes de la Comunidad Autónoma de Cataluña [...]*

*Lo que antes era un viaje de ida al Tribunal Supremo, a la búsqueda de soluciones jurídicas... se ve ahora como un obstáculo insalvable, representado por Jueces parciales, contaminados por la política y capaces de manipular las normas de reparto, con tal de castigar a disidentes políticos [...] El desarrollo de este juicio [...] ha sido contumazmente presentado como un tedioso y prescindible trámite para llegar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, única instancia capaz de deshacer la injusticia de nuestra sentencia [...] El Tribunal Constitucional ha sido presentado, por la mayor parte de los procesados, como el responsable verdadero del proceso secesionista, al haber declarado*

*la inconstitucionalidad de algunos de los preceptos del vigente Estatuto de Autonomía de Cataluña [...].*

La STS de 14 octubre de 2019, epígrafe 5.4 (página 112), señala:

*[...] la Ley 20/2017, de 8 de septiembre, de Transitoriedad Jurídica y Fundacional de la República, instauraba un modelo de autogobierno del poder judicial inspirado en la actuación coordinada con el poder ejecutivo. No garantizaba la inamovilidad de los Magistrados que, hasta el momento de la declaración de independencia, se hallaran ejerciendo su función en el territorio de Cataluña [...] Sin embargo, aquellos Jueces y Magistrados que llevaran menos de tres años de ejercicio en Cataluña, se veían despojados de esa garantía constitucional de inamovilidad [...] La búsqueda de un modelo de juez identificado con una determinada convicción ideológica era inocultable bajo esa remisión a una ley futura encargada de la depuración de los Jueces que, fundada la República, se encontraran en servicio activo al frente de órganos judiciales de Cataluña.*

De lo acabado de transcribir se puede establecer que la ideología no resulta por sí misma una causa de recusación y sólo puede considerarse que afecta a la imparcialidad cuando suponga una desviación, en la aplicación de la ley, que venga determinada por un prejuicio antecedente sobre los concretos hechos sometidos a enjuiciamiento.

La prueba no resulta fácil. Ahora bien, resulta antagónico querer establecer que ello pueda integrar indicios o sospechas razonables que determinen la ausencia de imparcialidad cuando, además, y como se ha dicho ya, una concreta ideología política sea respetuosa con el sistema y se trate de procesos en los que precisamente el juez o tribunal cumpla la función de defender

el sistema constitucional vigente. En estos casos no cabe duda de que el juez o tribunal tendrá “*interés directo o indirecto*” porque forma parte del propio sistema en el que cree y que se ha obligado defender.

Por otro lado, y si bien hay que considerar caso a caso la concreta actuación de un juez o tribunal no cabe duda de que, tanto en un sentido como en otro, su previa actuación en resoluciones comparables son una de las mejores formas de establecer la existencia de indicios imparcialidad. En este sentido la sentencia núm. 459/2019 es magistralmente contundente, como lo es respecto al sistema que se quería imponer con la pretendida República Catalana, poniendo en evidencia las insalvables contradicciones de quienes les recusaban.

De todas formas y para terminar este apartado se puede también concluir -y más aún a la vista de los acontecimientos de 2017 y del “juicio del procés”- que a la fecha nuestros tribunales están más preocupados, lo que en sí mismo no es criticable y resulta incluso loable, por la consideración que puedan merecer sus sentencias en el TEDH -que tampoco está exento de sesgos ideológicos- que en mejorar un sistema que permita, a pesar de las dificultades que ello implique, ampliar el nivel de garantías que proclaman los tratados internacionales e implícitamente contenidas en la Constitución, sobre la imparcialidad de jueces y tribunales en todo tipo de juicios y no sólo en los de carga política, ya que aparece como evidente que la normativa resulta claramente perfectible simplemente bajo un punto de vista técnico, siquiera para eliminar contradicciones e inseguridad jurídica.

Se ofrece a continuación una mayor concreción de lo que se ha venido anticipando desde un punto de vista exclusivamente antropológico, pasando a considerar, sin ánimo exhaustivo y brevemente, los típicos sesgos cognitivos y efectos psíquicos

que se describen por la psicología y que en mayor medida se pueden relacionar con los sujetos que emiten decisiones y opiniones con efectos jurídicos.

#### **IV.5.- Sesgos cognitivos propiamente dichos**

Se describirán en próximos apartados los tipos de sesgos que influyen o incluso determinan las opiniones, decisiones y en consecuencia la conducta del ser humano, causando una alteración en el procesamiento de los datos, que se reciben a través de los sentidos y que pueden llevar a inferencias incoherentes, ilógicas o alejadas incluso de los valores y principios en los que pueda creer el individuo, a partir de la información de la que se dispone y que es procesada mediante los atajos mentales que -como ya hemos visto- caracterizan el razonamiento del ser humano (heurística).

Los sesgos cognitivos<sup>233</sup>, con características diferentes a las que puedan rodear un prejuicio de tipo ideológico -si bien éste puede alimentarse, como se verá, del sesgo de grupo- son objeto de estudio por parte de la psicología cognitiva, que viene evolucionando desde distintas corrientes y enfoques desde el radicalismo conductista<sup>234</sup>, hasta aquellas que, mayoritariamente aceptadas en la actualidad, relacionan los estudios cognitivos con la neurociencia, la filosofía, la lingüística, la antropología y las ciencias computacionales como Miller<sup>235</sup> y más recientemente García Aguilar<sup>236</sup>, entre otros muchos.

Recuérdese que, como se ha reflejado y según Kahneman, estos sesgos se enmarcan en el *Sistema 1* de pensamiento (intuitivo y rápido) que suele dominar al *Sistema 2* de pensamiento (lento y reflexivo), y que, actuando de forma inconsciente en ambos sistemas, determina muchas de las decisiones, por no decir la mayoría, que se adoptan por el ser humano, hasta el punto de

que cabe preguntarse, si éste no desarrolla la capacidad de gestionar su proceso mental conociendo sus mecanismos, ¿cómo va a poder gestionar el entorno que le afecte cuando tenga que decidir desde la independencia y la imparcialidad?.

Lo primero para tener en cuenta es que en la literatura psicológica -baste revisar publicaciones y comentarios al respecto- no existe un consenso en la clasificación, siquiera por grupos, de los sesgos o “efectos” cognitivos, resultando además que no existe un *númerus clausus*.

Ya Kahneman identificó en sus trabajos más de 130 tipos de diferentes sesgos, reconocidos a través de diferentes experimentos en los últimos 40 o 50 años. De ahí que a continuación se haya efectuado una selección de los más comunes y relevantes para la finalidad de esta ponencia. No obstante, se obviará también cualquier clasificación cerrada<sup>237</sup> describiendo directamente los más típicos y sobre los que hay mayor unanimidad; dado que, además, hay sesgos que comparten elementos entre sí y cualquier clasificación resultaría incompleta y por otra parte inoperante al objeto que se pretende. En cualquier caso, la complejidad es alta porque los sesgos se entrecruzan, y unos pueden determinar otros retroalimentándose entre sí como a continuación se podrá comprobar.

#### A) Sesgo de grupo y su relación con el sesgo ideológico

Ya se ha adelantado en el apartado correspondiente sobre el sesgo ideológico, que éste puede anidar en un individuo en razón a múltiples causas, entre las que se encuentra su integración en un determinado entorno. Aquí y por lo que interesa, se abordará este tipo de sesgo desde una doble perspectiva: (i) la vertiente endógena, que se proyecta internamente, en un particular individuo que ha de adoptar una concreta decisión desde



la influencia “grupal” que hace suya con mayor o menor nivel de conciencia y (ii) la vertiente exógena, que se proyecta externamente, en tanto determina el ánimo del decisor a la hora de considerar que la actuación que valora ha sido efectuada por un individuo o individuos que forman parte de una determinada organización, o de un grupo con determinadas características ideológicas, socio culturales o de cualquier otra naturaleza. En esta proyección exterior del sesgo, el decisor prejuzga que un individuo o individuos son propensos a una concreta actuación por su pertenencia a un grupo determinado (vecino de barrios marginales, excluidos sociales, pertenencia a grupo ideológico o racial...).

**A.1) Vertiente endógena. El sesgo de grupo como generador de sesgo ideológico, de raza, de sexo o de religión; algunas referencias antropológicas**

Más atrás se ha definido el sesgo ideológico, como un prejuicio que determina un apriorismo decisor de mayor o menor intensidad en el sujeto llamado a decidir. El análisis efectuado se ha circunscrito a su diagnóstico y efectos; pero las causas de como éste particular sesgo acaba anidando en la mente del ser humano y determinando, en todo o en parte, los procesos mentales que en determinadas circunstancias propicien su conducta, requieren su estudio desde la psicosociología<sup>238</sup> y la denominada “sociología de masas”<sup>239</sup>. Por su importancia y los apreciables cambios de paradigmas -que hoy concurren en la sociedad global, tecnológica y de la comunicación- se efectuará una aproximación a las influencias externas que afectan al hombre como ser social que es, y que -junto con las características generales de la naturaleza humana y la propia de cada individuo, moldeada por sus concretas experiencias- acaban determinando su psique<sup>240</sup>.

Con independencia de las concretas causas que puedan alumbrar un movimiento ideológico al margen de su propia cohe-

rencia y de la concurrencia con un particular liderazgo, baste reparar en las doctrinas que, una vez asumidas o implantadas en determinados colectivos, generan en la humanidad horrores de dimensiones inconcebibles.

La importancia del fenómeno y su influencia en un determinado entorno y en sus miembros, no puede pasar desapercibida.

Fácil resulta recordar las atrocidades del régimen nazi, previo adoctrinamiento en las escuelas de juventudes hitlerianas y de las SS, que llevó al Holocausto, y que logró implantarse y contagiar a una sociedad con un estamento dirigente de altísimo nivel intelectual (años 20 a 40 del siglo XX)<sup>241</sup>; o el adoctrinamiento y la alineación generados por el comunismo que llevó a inimaginables horrores, no sólo en la Unión Soviética y en la China de Mao Zedong, sino también al régimen de los *Jemeres Rojos* de Pol Pot en Camboya, que supuso un verdadero genocidio, y en el que sin ninguna clase de remordimiento los hijos denunciaban a sus padres; o el propio régimen del *apartheid* en África del Sur y el segregacionismo en Estados Unidos que, hasta hace bien poco, en perspectiva histórica, recibía amplio reconocimiento social e incluso jurídico.

También los excesos derivados de las creencias religiosas<sup>242</sup>, de los sentimientos racistas (que aún perviven en occidente)<sup>243</sup>, tribales o étnicos que históricamente y en la actualidad generan, guerras, terrorismo, asesinatos masivos y genocidios<sup>244</sup>, son fenómenos que, partiendo de la propia naturaleza e instintos del ser humano, no pueden abordarse sin acudir a la psicología y la sociología grupal y de masas que nos explican cómo, en determinadas y numerosas circunstancias, el influjo relacional al que el hombre se encuentra sometido puede llegar a conformar o transformar su forma de pensar y, en consecuencia, su conducta. Nadie como Hannah Arendt, identificando y acuñando

el concepto sobre *banalidad del mal*<sup>245</sup>, que en determinadas circunstancias impregna al ser humano, para explicar cómo el ser humano puede justificar y relativizar la comisión de los mayores horrores.

Esta evidencia, podría llevarnos a caer en un absoluto pesimismo antropológico, cuándo y contrariamente a esa precipitada conclusión, se puede contrastar que resulta máxima de la experiencia -superando el antagonismo entre Rousseau y Hobbes sobre el “estado de naturaleza” del ser humano<sup>246</sup>- que las condiciones del hombre le permiten tanto actuar bien como mal.

El actuar mal puede producirse bien porque el individuo deje predominar el instinto animal del que participamos, o bien desde el convencimiento de actuar bajo una equivocada necesidad de supervivencia. Pero no cabe duda de que el hombre desde su libertad y racionalidad puede adecuar su conducta a valores éticos comúnmente aceptados por más duras que sean sus condiciones y las influencias que pueda recibir. Viktor E. Frankl en su famoso ensayo, parcialmente biográfico, *El hombre en busca del sentido* ofrece un relato consolador sobre la positiva naturaleza del ser humano tras resistir en condiciones infra humanas en campos de concentración nazis, donde su familia no logró sobrevivir<sup>247</sup>.

La innata tendencia del ser humano a la violencia, que sostienen muchos autores, no justifica, y mucho menos por sí sola, las atrocidades a las que se acaba de hacer referencia. Se requiere un “plus” que se encuentra precisamente en la pérdida del “yo” y de su racionalidad, que implica decidir con base en la influencia externa y la plena adhesión a la misma, que no se quiere o no se sabe cuestionar por el individuo, entre otras cosas porque mayoritariamente desconoce, o bien no se cuestiona, los procesos mentales que determinan su conducta.

Acudiendo a la simple observación histórica, se puede apreciar que esa relación entre el individuo y la masa o grupo con el que se identifica produce una permanente tensión en la que pueden acabar venciendo los valores a los que responde el grupo, más o menos conducido dirigido o deliberadamente manejado. Los más prestigiosos autores en la materia asocian el fenómeno al desvanecimiento de la conciencia personal y la actuación irracional.

Así se producirá una adhesión irreflexiva<sup>248</sup>, siempre que el individuo no tenga la suficiente voluntad para cuestionarse qué parte es lo que cree que debiera pensar o desear y cuánto proviene de la manipulación y la desinformación que pueda sufrir para consentir o caer en conductas atroces hacia sus semejantes.

La famosa reportera de guerra, Marie Colvin<sup>249</sup>, empeñada en dar a conocer al mundo el efecto de la guerra en familias y personas concretas, lo que le costó la vida en 2012, acuñó el concepto de *humanidad in extremis* con objeto de describir los horrores que son capaces de infligir unos seres humanos a otros<sup>250</sup>. En palabras, del citado Gustave Le Bon en su obra *Psicología de las masas*, recogidas por Sigmund Freud:

*El más singular de los fenómenos presentados por una masa psicológica, es el siguiente: cualesquiera que sean los individuos que la componen y por diversos o semejantes que puedan ser su género de vida, sus ocupaciones, su carácter o su inteligencia, el simple hecho de hallarse transformados en una multitud le dota de una especie de alma colectiva. Esta alma les hace sentir, pensar y obrar de una manera por completo distinta de cómo sentiría, pensaría y obraría cada uno de ellos aisladamente [...]*<sup>251</sup>.

Este tipo de irreflexiva adhesión exagera cualquier sesgo que pueda anidar en una mente humana y esta evidente observación nos facilita la “prueba del nueve” al objeto de esta ponencia. En efecto, si -movido por su integración en un grupo- un individuo puede llegar a niveles extremos de crueldad hacia sus semejantes, fácil resulta concluir que esa misma pertenencia le puede llevar a actuar sesgadamente en decisiones de muy inferior entidad, que no entrañen la total deshumanización en la que, como se ha resaltado líneas atrás, puede sumergirse el ser humano integrado irracionalmente en el grupo. En todo caso el fenómeno de irreflexiva adhesión que se viene refiriendo se encuentra muy estudiado en relación con multitudes y las actuaciones conjuntas que grupalmente se pueden llevar a cabo. Pero no cabe duda de que buena parte del análisis y las conclusiones extraídas en dichos estudios pueden trasladarse a fenómenos grupales e influencias ideológicas que no generan violencia pero que de igual modo crean esa *ánima colectiva* que se impone por encima del individuo y al que éste se subordina con pérdida de su independencia o autonomía. Ello aparece como evidente en política, moda, comportamientos sociales o en cualquier otro aspecto que se quisiera considerar<sup>252</sup>.

No es este el lugar para desarrollar una elaborada explicación sobre esos fenómenos grupales, aunque sólo sea por su multiplicidad y variedad, bastando referir la existencia de grupos políticos radicales y extremistas con fuerte carga ideológica, organizaciones iniciáticas y jerarquizadas, o sectas<sup>253</sup> e, incluso, grupos criminales como la mafia que -amparados, la más de las veces en la probidad de sus fines o con promesas de beneficios de todo orden (materiales o espirituales) a sus integrantes y al grupo- acaban dominando la voluntad del individuo que deja de pensar por sí mismo.

En nuestros días y bajo lo que ha venido en denominarse “políticamente correcto”<sup>254</sup>, estamos asistiendo, no sólo a la aceptación de otros valores con los que convivir, sino a tener que asumir dichos nuevos valores en las relaciones sociales y profesionales, de forma tal que el individuo que no comparta la forma de pensar mayoritaria corre el riesgo de verse excluido o cuando menos seriamente cuestionado.

Este fenómeno poco a poco y a su vez determina que cada vez más individuos se impregnen sutilmente, y en consecuencia adecuen su pensamiento y su conducta, a lo que en cada momento se considera como *políticamente correcto* y que se produce a través del mismo suceso irreflexivo o de mera adhesión que ya se ha puesto de relieve<sup>255</sup>.

En este sentido fácil resulta apreciar en la actualidad una doble manifestación de la fenomenología que se viene refiriendo y que curiosamente no admite relativismo<sup>256</sup> alguno, por más que esté sea un cacareado fundamento para quienes expanden los nuevos valores.

A saber: (i) los principios e ideologías que impregnaron las sociedades del siglo XIX y buena parte del siglo XX -aunque se quiera considerar que resultaron impuestos- están siendo sustituidos por otros de distinto signo a través también de una indirecta y sutil imposición de lo *políticamente correcto*, de la que resulta muy difícil apartarse y (ii) hoy, aún en mayor medida que antaño y por los sistemas educativos y la influencia de las redes sociales y medios de comunicación, resulta permanente la influencia ya referida que acaba determinando concretas actuaciones y decisiones individuales por la vía de la imposición del *pensamiento único*, que determina, a su vez, lo *políticamente correcto*.

En la actualidad el “pensamiento único” se manifiesta perversamente de la siguiente forma: una vez constatada la obviedad de que no todos los seres humanos participan de unos mismos principios morales y valores, incluso dentro de una misma comunidad y entorno cultural: (i) el individuo que no comparte el pensamiento único que se ha establecido como mayoritario, o se dice que es tal, por la clase dirigente (políticos, medios....) es libre de pensar lo que quiera, pero no de manifestarlo públicamente si es contrario a la corriente dominante, a riesgo, cuando menos, de verse seria y agresivamente rechazado con adjetivos de toda naturaleza; (ii) se imponen, sutil o abiertamente, esos valores en el sistema educativo y en la mayoría de medios que sufren el contagio de lo “políticamente correcto” y al que se acomodan por razones de aceptación de sus consumidores y en definitiva comerciales y (iii) paulatinamente el pensamiento disidente no sólo evita manifestarse, por lo que no tiene eco, sino que ve inhibida su conducta ideológica, religiosa o simplemente la que corresponde a un comportamiento social (urbanidad) en la que pueda creer, con lo que acaba siendo minoritario y corre el riesgo de desaparecer<sup>257</sup>.

Ya corrientes filosóficas del siglo XIX, encarnadas por Arthur Schopenhauer, o del siglo XX por Herbert Marcuse, por poner dos ejemplos significativos, enlazan caminos distintos con los respectivos conceptos de *Pensamiento único*<sup>258</sup> y *Pensamiento unidimensional*<sup>259</sup>. Si bien Schopenhauer centra su idea en aspectos más filosóficos relacionados con voluntad, la unidad e integración del pensamiento individual, la idea de Marcuse es más social y política. De hecho, la obra citada de este último autor fue una acerada crítica a los “totalitarismos” que suponen tanto el modelo capitalista de las sociedades occidentales como el que representó el modelo socialista de la sociedad soviética. De ahí que se le atribuyera ser el padre de la “nueva izquierda”. Para Marcuse, en su obra citada:

*Es discutible hasta la misma noción de alienación porque este hombre unidimensional carece de una dimensión capaz de exigir y de gozar cualquier progreso de su espíritu. Para él, la autonomía y la espontaneidad no tienen sentido en su mundo prefabricado de prejuicios y de opiniones preconcebidas.*

Ya en el siglo XXI, Zygmunt Bauman<sup>260</sup>, influido por Max Weber<sup>261</sup>, acierta a crear un concepto que bautiza como sociedad “líquida” o modernidad “líquida”, que define muy descriptivamente el actual ánimo del ser humano respecto a su existencia y valores de referencia. Bauman expone magistralmente cómo se ha pasado de la sociedad “sólida” -que define como aquella que participaba de valores, no cuestionados y mayoritariamente compartidos con vocación de perdurabilidad y que resultaban referentes para el hombre (incluye a los totalitarismos)- a la actual sociedad “líquida”, en la que los anteriores valores, malos o buenos, pero sólidos, se sustituyen por otros de exigua duración e impregnados de relativismo, propiciando la existencia de comunidades en las que todo “fluye” (como se caracteriza lo físicamente líquido) y que se encuentran formadas por seres hedonistas que sólo buscan su satisfacción como fin superior de su existencia sin sujeción alguna a valores generales y universales.

Tras esta referencia a señalados autores, descriptiva de las influencias que viene sufriendo el ser humano propiciadas por la ilustración, el racionalismo y el imparable desarrollo tecnológico<sup>262</sup>, resulta fácil concluir que el hombre actual se encuentra expuesto, como siempre, a las debilidades de su propia psique -determinadas por las características propias de su naturaleza- y a todo tipo de corrientes e influjos externos que no solo pueden exacerbar sus naturales y negativas inclinaciones, inhibiendo las positivas, sino que además le alejan, en lo que aquí interesa, de la necesaria introspección que se requiere para controlar o



disminuir el impacto de los sesgos cognitivos en la toma de decisiones.

Así pues el sesgo de grupo, bajo la dimensión que se acaba de abordar, adquiere una extensión que supera una concreta ideología o creencia más o menos circunscrita a un concreto colectivo, sino que también se alimenta del pensamiento “políticamente correcto” como consecuencia del *pensamiento único* que, por añadidura, como se ha indicado que refiere Bauman, resulta relativista y fluye continuamente por su *liquidez*, sin sujeción a valores sólidos de cualquier clase y en consecuencia tampoco a los morales y éticos<sup>263</sup>, que resultan condición necesaria para la independencia e imparcialidad.

Sirva para finalizar y como punto de unión con la vertiente exógena que se tratará a continuación, la frase de Albert Camus (1913-1960).

*El problema más grave que se plantea a los espíritus contemporáneos: el conformismo, y la pasión más funesta del siglo XX, la servidumbre. Más que el equilibrado, el hombre normal es el hombre domesticado.*

#### A.2) Vertiente exógena del sesgo de grupo

Se trae a colación un par de casos, a modo de ejemplo, de cómo se proyecta este sesgo de grupo en su vertiente exógena en otros ámbitos al margen del ideológico o político. En nuestra jurisprudencia, puede encontrarse un significativo caso de sesgo de grupo, en su proyección externa, al condenar la Audiencia Provincial de Cádiz a un sujeto en un caso de receptación de capitales procedentes del narcotráfico, aplicando incoherentemente la denominada *máxima de la experiencia*, al establecer que el sujeto en cuestión había comprado una embarcación neumática en la ciudad de Ceuta, y que, no mediando prueba

en contrario, lo hizo para su utilización con fines delictivos. Dicha sentencia fue casada, por evidente violación del principio constitucional de presunción de inocencia, por la Sala Segunda de lo Penal del TS, en su sentencia núm. 1.342/2005 de 25 de noviembre 2005, con el siguiente tenor:

*La jurisprudencia de esta Sala viene sosteniendo desde hace más de tres décadas que el juicio de los jueces de instancia es revisable en casación en lo concerniente a su estructura racional. En este sentido, se entiende que el juicio sobre la prueba no cumple con las exigencias del artículo 24. 2 CE cuando infringe reglas de la lógica, se aparta de las máximas de la experiencia o no se ajusta a los conocimientos científicos.*

*El juicio sobre la prueba, practicado por el Tribunal a quo, vulnera, en primer lugar, las máximas de la experiencia cuando afirma que la operación de compra realizada por el acusado “no tiene otra justificación que el tráfico de hachís” y que “tal obviedad es conocida por cualquier persona en esta ciudad” y que, insistiendo en este mismo argumento, “el origen ilícito de las cantidades de dinero necesarias para la adquisición de estos bienes de lujo, no puede ser otro, en esta zona, que el tráfico de drogas”. Las máximas de experiencia no son adecuadas para reemplazar la prueba del origen del dinero, cuando el Tribunal de la causa, como ocurre en este caso, no ha podido señalar el menor indicio de que el mismo provenga de operaciones de ilícito comercio.*

*Es preciso tener en cuenta que ni siquiera se han podido señalar relaciones personales del acusado con personas dedicadas al tráfico de drogas, ni existe ninguna vinculación, al menos mediata, del mismo con alguna operación sospechosa que pudiera sugerir las afirmaciones realizadas en la sentencia recurrida. Asimismo, el razonamiento del Tribunal de instancia es lógicamente incorrecto. En efecto, de lo que se consideran prácticas*

*generalizadas en Ceuta, no es posible deducir que todos los casos como el presente son una manifestación de esas prácticas.*

*En todo caso, es necesario que la premisa mayor del silogismo judicial sea suficientemente concreta como para permitir deducir de ella la consecuencia que se pretende. Pero, en el presente caso la premisa no sólo tiene una inaudita generalidad, sino, que, además, como tal no está probada.*

Valga decir que no resulta frecuente que un ejemplo como este acabe siendo expresado de una forma tan clara en una sentencia, ni -menos aun- que termine en sentencia firme, pero se trae a colación porque la pertenencia a determinados grupos marginales o la determinada procedencia o entorno al que pertenezca el sujeto enjuiciado, puede provocar en el juzgador una inicial predeterminación (sesgo) hacia la culpabilidad alejada de lo que debe ser únicamente una valoración de los hechos al margen de la proveniencia, situación o creencia de quién, o que, se somete a su juicio o decisión.

Destacable al respecto resulta un reciente caso en el ámbito de la justicia deportiva, resuelto definitivamente por procedimiento arbitral en la *Court of Arbitration for Sport* (CAS)<sup>264</sup>, en relación con una pareja de jugadores italianos, campeones del mundo de bridge, acusados por otro jugador de hacer trampas después de que el acusador publicara en el medio YouTube un video manipulado, con un análisis estadístico erróneo (vid. más adelante sesgo de representatividad) sobre las manos jugadas en un campeonato de Europa.

La *European Bridge League*, muy presionada por el ambiente creado en las redes sociales, abrió expediente y tras el correspondiente *hearing* (audiencia, vista, juicio) sancionó a los jugadores, con base en meros indicios y en informes estadísticos sin

solvencia alguna. Pues bien, tanto la presión grupal de cientos de jugadores, como la sanción vinieron determinadas por el antecedente de un escándalo de los años 60 del siglo pasado protagonizado por una pareja también de nacionalidad italiana. En Italia, el bridge es una afición que cuenta con gran predicamento y desde siempre ha contado con excelentes jugadores, pero desde el escándalo referido el ser un buen jugador de primer nivel e italiano ha venido generando sospecha en toda la comunidad del bridge que resulta reducida.

Recurrida que fue la sanción al CAS, la anuló de plano en base a una absoluta falta de pruebas y, aún sin decirlo expresamente en el correspondiente laudo, se puso de manifiesto que se había producido un “linchamiento público”<sup>265</sup>, derivado de tratarse de jugadores italianos y, en consecuencia, se había establecido el prejuicio o sesgo consistente en considerar que los jugadores eran proclives a las trampas por el antecedente referido que aún se guarda en la memoria colectiva de los que componen la comunidad de este juego y en sus asociaciones y federaciones. Ya se ha adelantado que los diferentes tipos de sesgos se entrecruzan y se alimentan entre sí.

En el artículo referido *supra* del Excmo. Sr. Sancho Gargallo (vid nota nº 171) -y a mi entender como variante del sesgo grupal-, se identifica, con entidad propia, el “sesgo de afinidad”; definido por este prestigiado magistrado, como una tendencia natural consistente en aceptar a aquellas personas que nos gustan y a rechazar a aquellas que nos desagradan, basándose esas respectivas elecciones en criterios absolutamente subjetivos, la sensación de comodidad o incomodidad que nos produce o la similitud o no similitud con ellas. Es un sesgo, en ocasiones, inconsciente y como dice el autor citado interfiere, en estos casos, lo que debe ser la labor del decisor efectuando la siguiente recomendación para evitarlo:

*El juez debe estar atento a este posible sesgo cuando escucha la declaración de las partes, el testimonio de los testigos, el informe de los peritos o las alegaciones de los abogados, especialmente en los casos que tienen una carga emocional, ideológica o política.*

Además, en su vertiente exógena, el sesgo de grupo de cualquier clase mantiene una estrecha relación con los diferentes tipos sesgos que a continuación se describen.

### **B) Sesgo retrospectivo**

Se define como aquel en que el sujeto no parte de la acción o hecho concreto que tiene que juzgar o apreciar, sino de las consecuencias que dicho hecho o acción ha provocado finalmente. Se retrotrae el resultado, por quien ha de valorar la conducta de un tercero, al momento en que se inicia el proceso que ha dado lugar a la consecuencia. Esta visión analítica de “marcha atrás” produce en la mayoría de las ocasiones que el decisor vea el resultado que juzga como inevitable desde el momento en que surge el hecho causal y concluya, en una simplificación de su proceso deductivo (heurística), que el resultado era inexorable. El juzgador, sobre esta base, al conocer el resultado de un acto, concluye que existió en el sujeto ejecutante un descuido, una negligencia, una culpa previsible e incluso -y en el alto de la pirámide de responsabilidad- una conducta dolosa o intencionada.

Un accidente en carretera, en una construcción o una muerte en el quirófano, vistas desde la perspectiva retrospectiva, puede determinar un juicio de culpabilidad siempre que no se consideren en el proceso deductivo otras circunstancias o elementos.

En definitiva, según este tipo de sesgo, el efecto producido (resultado) por una acción u omisión (causalidad) es responsabilidad del actor por cuanto dicha acción precisamente ha produ-

cido el efecto. Ante el juez, o ante quién deba emitir decisión con efectos jurídicos, la primera impresión que recibe es que el actor es el causante del efecto ya que ese efecto es un dato que no resulta discutido, y -a partir de ahí- analiza las pruebas desde esa originaria idea que supone ya un “prejuicio”, de forma tal que ese prejuicio puede determinar a su vez el sesgo de “anclaje” y el de “confirmación” que se abordan más adelante.

La atribución de responsabilidad simplemente tomando en consideración el binomio “causa, efecto” sin tener para nada en cuenta la culpabilidad del sujeto ha sido acogida en la jurisdicción civil (aunque empieza a extenderse en la penal y ya es una realidad en la administrativa sancionadora), tanto en la legislación como en la jurisprudencia, bajo el denominado instituto de la “responsabilidad objetiva” o “responsabilidad sin culpa”<sup>266</sup>, y está adquiriendo un alto predicamento, con ruptura del tradicional concepto que requería, siquiera fuese, un mínimo grado de culpabilidad (negligencia) del sujeto en la generación del hecho lesivo.

Este instituto jurídico, que se encuentra limitado a determinados supuestos que establece la normativa y que ha ido extendiendo la jurisprudencia, coadyuva a que jueces y tribunales puedan caer con mayor facilidad en “sesgo retrospectivo” por cuanto ya se encuentran imbuidos y acostumbrados a atribuir responsabilidades de forma objetiva o sin culpa.

### **C) Sesgo de anclaje**

Se define como aquél por el que el sujeto que decide o juzga realiza una estimación a partir de un hecho inicial determinado (de ahí, el término “anclaje”). Es decir, se parte para conformar la decisión de un dato, hecho o una circunstancia que existe ya al inicio y que se mantiene e influye de forma notable durante todo

el proceso deductivo hasta la decisión final. De esta forma, si se partiera de otro hecho inicial, la decisión final sería distinta. Es lo que comúnmente se denomina “primera impresión”. Dan Ariely y Jeff Kreisler en su obra *Las trampas del dinero*<sup>267</sup> sostienen:

*[...] no nos gusta nada vernos forzados a realizar elecciones difíciles, y desde luego no deseamos complicarnos la vida si no es necesario, por lo que tendemos a tomar la decisión más fácil y que nos resulte más familiar. Y a menudo esta decisión se ve influida por un punto de partida anclado en nuestra mente.*

Se trata de un sesgo que produce una *influencia indebida y desproporcionada* en el sujeto. Suele ponerse como ejemplo en el ámbito judicial<sup>268</sup> el agravamiento de la pena por el tribunal sobre la que proponga el fiscal porque los hechos descritos por éste han quedado “anclados” en el juzgador. Al igual que con el sesgo retrospectivo, este sesgo implica que se desprecian elementos probatorios que contradigan el “anclaje” o primera impresión que el decisor mantiene sin ser consciente de su influencia, y a su vez por efecto coincidente del denominado sesgo de “confirmación” que a continuación se refiere. La línea que separa la diferente tipología de sesgos planteada, siguiendo una clasificación que podríamos denominar “académica”, es muy delgada y a veces, no es que se confundan, sino que como se ha venido adelantando se entrecruzan en una misma situación distintos sesgos.

#### **D) Sesgo de confirmación<sup>269</sup>**

Se define como aquel que se produce cuando el sujeto, inconscientemente o con poca conciencia sobre ello, tiene muy configurada cual va a ser su decisión (vía sesgo retrospectivo o de anclaje), procediendo durante todo el proceso deductivo a sobrevalorar (aceptar) la información y las pruebas que apoyan su tesis inicial (decisión) y a infravalorar (desechar) aquellas otras que no

convienen a su inicial percepción que acaba en la mayoría de las ocasiones, a través de un error del razonamiento deductivo, convirtiéndose en definitiva. Francis Bacon<sup>270</sup> en *Novum Organum*, ya estableció que el entendimiento humano, tras crear una opinión busca todo lo que la apoye y muestre conformidad con ella, rechazando todas las evidencias y argumentos que puedan demostrar lo contrario, ignorándolos o despreciándolos. Con este ánimo se prescinde y se rechazan los datos que se opongan a la opinión del decisor, y cuando la ha adoptado, hace que todo lo demás la apunte y concuerde con ella.

Este tipo de sesgo resulta también muy típico en el ámbito científico. Ryan Tweney<sup>271</sup> en uno de sus estudios describe como a un grupo de científicos a los que se les había solicitado que estudiaran los patrones de movimiento de partículas que surgían en la pantalla de un ordenador, generaron hipótesis sobre las que pronto surgieron serios indicios de que eran erróneas, a pesar de lo cual se empeñaban en seguir sosteniéndolas.

No obstante, su tozudez temporal les servía para encontrar las claves de la teoría correcta.

Tweney acaba concluyendo que es bueno tener la mente abierta, pero a medida que se van recopilando evidencias y datos lo aconsejable es ser capaces de generar un pensamiento crítico sobre la primera tesis que pueda surgir en nuestra mente. El estudio del profesor Gregory J. Feist<sup>272</sup>, abunda en este sentido poniendo de relieve la importancia de la psicología cognitiva en la ciencia y tecnología.

Del mismo modo el sesgo de confirmación resulta común en investigadores o policías desde el momento en el que llegan al lugar del crimen o del delito, tendiendo de inmediato a hacerse una idea de lo que ha sucedido y quién podría ser el autor. Par-



tiendo del sesgo de anclaje resulta fácil, caer también en el sesgo confirmatorio en la búsqueda del criminal y en las pruebas que puedan llevar a encontrarlo.

Es más, difícilmente se puede considerar la existencia de un sesgo de confirmación sin la existencia de un “anclaje” previo. El de anclaje determina el de confirmación y no a la inversa. Resulta loable, en contraste con lo que sucede en el ámbito judicial, que en los planes de estudio del Grado de Criminología se dedique particular atención a la psicología y, en consecuencia, a este tipo de sesgos en los que puede incurrir el investigador<sup>273</sup>.

Resulta tan común este tipo de sesgo que basta comprobar como en cualquier discusión entre dos o más sujetos, como, una vez manifestada una opinión (que actúa como anclaje) sobre cualquier tema por uno de los individuos, la tendencia de éste lleva a que no considere argumentos de sus interlocutores que le podrían llevar a una noción contraria.

El filósofo Arthur Schopenhauer<sup>274</sup>, caracterizado por su pesimismo antropológico, llegó a sentenciar, al describir esta tendencia del ser humano:

*La mayoría de los hombres no son capaces de pensar, sino sólo de creer, y no son accesibles a la razón, sino sólo a la autoridad.*

En el mismo sentido, como señala Stuart Sutherland<sup>275</sup>:

*[...] la falta de disposición a renunciar a las propias opiniones es característica de todas las profesiones y condiciones sociales. [...] Nuestras opiniones son extremadamente resistentes al cambio.*

Parece que todo ello tendría que ver con la autoestima, pero según Oliver Sacks<sup>276</sup> va mucho allá como señala que:

*[...] socavar las propias creencias y teorías puede ser un proceso muy doloroso e incluso aterrador, pues nuestras vidas mentales se sustentan, de manera consciente o inconsciente, en teorías a veces investidas con la fuerza de la ideología o de la delusión<sup>277</sup>.*

En definitiva y como señala Ignasi Beltrán de Heredia, en un reciente y magnífico artículo publicado en la red en 2019, *Jueces y sesgo de confirmación*<sup>278</sup>:

*El «olvido» de la refutación: El apego a nuestras convicciones va acompañado de otro comportamiento «particular»: siguiendo con SUTHERLAND [...] la única forma de confirmar una creencia es tratar de demostrar su falsedad. En efecto [...] «para determinar la probabilidad de que una regla sea cierta, hay que intentar, por tanto, demostrar que es falsa, que es precisamente lo que no se hace».*

*O, como afirma TALEB [...] «los casos de desconfirmación tienen mucha más fuerza para establecer la verdad. Sin embargo, tendemos a no ser conscientes de esta propiedad». En definitiva, somos más propensos a tratar de confirmar la tesis que sostenemos que en vez de tratar de refutarla. En efecto, (HAIDT, p. 80 y 120) somos terribles tratando de desmentir nuestros juicios, especialmente porque la mayor parte del tiempo nuestro pensamiento está pendiente de racionalizar nuestro punto de vista particular (describiendo el pensamiento confirmatorio), en vez de considerar de forma equilibrada los puntos de vista alternativos (pensamiento exploratorio). O, como apuntan PERELMAN y OLBRECHTS (p. 82), en el marco de la teoría de la argumentación, «El hombre con ideas preconcebidas es, por tanto, parcial, no sólo porque ha tomado partido por una idea, sino también porque ya únicamente puede valerse de la parte de los argumentos pertinentes que le es favorable, con lo que los*

*demás se quedan, por decirlo así, congelados y sólo aparecen en el debate si el adversario los expone».*

*En el fondo, las convicciones interiorizadas pueden convertirse en un poderoso enemigo para nuestro avance intelectual.*

Citando también a los ya referidos Francis Bacon y Stuart Sutherland, y otros autores, sigue diciendo Beltrán de Heredia, en relación con el sesgo de confirmación y las pruebas:

*O, dicho de otro modo, tenemos muchas dificultades para «ajustar correctamente nuestras creencias cuando nos enfrentamos a una nueva explicación» (TIROLE, p. 141). Lo que resulta particularmente preocupante si se tiene en cuenta que nuestras preconcepciones controlan nuestras percepciones e interpretaciones (OVEJERO, p. 64). Esto es, las primeras impresiones tienen un poderoso efecto perseverante y son muy resistentes al cambio [...] cuando se presentan dos pruebas contradictorias igual de sólidas (o débiles) se emplean criterios totalmente distintos para evaluar la que concuerda con las propias actitudes y la que las contradice.*

El caso más claro y resuelto aparentemente por el legislador español, en relación con el sesgo de confirmación es la separación de funciones y personas entre el juez que instruye una causa, buscando las pruebas para averiguar la verdad de lo sucedido, y el juez que juzga esas pruebas en relación con el delito concreto. En ese sentido, se contempla expresamente esa debida separación de funciones en el artículo 219 de la LOPJ<sup>279</sup>, cuando señala, entre otras, como causa de abstención y recusación, recordemos en su numeral 11º *Haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia.*

Ya hemos visto en anterior apartado como el TS vuelve a sentar doctrina sobre la estricta separación que debe existir entre la

función instructora y la función juzgadora para evitar cualquier sesgo que pudiera afectar a la imparcialidad de esta última función (STS de 8 de mayo 2019). No obstante, la peligrosidad extrema de este sesgo de confirmación puede darse, incluso, en sede misma de un procedimiento instructor. Beltrán de Heredia cita un ejemplo en el que el juez instructor parte de una determinada idea (participación de unos despachos notariales en una trama de blanqueo de capitales) y a partir de ella (sesgo de confirmación) ordena a la policía buscar pruebas al respecto.

Evidentemente, se rechazó este tipo de instrucción por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 2ª, sentencia núm. 200/2011, de 31 de marzo de 2011):

*La agente [...], que a diferencia de la anterior sí ha estudiado derecho en Granada, manifestó algo muy significativo. Dijo, en efecto, que “las conclusiones se habían obtenido y ella tenía que buscar datos que las apoyaran”. Esto explicaría el defecto de investigación ya aludido y reconocido, así como esa interpretación sesgada pues conforme a la respuesta, no fue el dato el que llevó a formular la tesis, sino al contrario, método que juzgamos de todo punto inapropiado para una indagación de este carácter.*

Nadie discute ya, la existencia de este tipo de sesgo, incluso en jueces con elevada experiencia. Eyal Peer y Eyal Gamliel<sup>280</sup>, en el artículo conjunto, *Heuristics and Biases in Judicial Decisions*, destacan evidencias, mezclando heurística con sesgos, como las que siguen:

*Confirmation bias can [...] affect judges when they hear and evaluate evidence [...] As one study showed, experienced judges were not different from inexperienced jurors in reacting to inadmissible evidence [...] judges have also been found to be affected by anchors in their judicial decisions.*

### E) Sesgo de representatividad

Se define como aquel en el que el sujeto parte de las probabilidades estadísticas de que un suceso acontezca.

Para ejemplificarlo, habitualmente se cita (Beltrán de Heredia también lo hace) la idea extendida de que es más probable que si tiramos dos dados nos salga un seis que nos salgan dos seises, o la extendida creencia de que un producto caro debe ser necesariamente bueno. Dicho de otro modo, en un proceso de instrucción penal puede influir notoriamente que, si el investigado tiene antecedentes por hurto y se le encausa precisamente por un nuevo delito de este tipo, se llegue a la conclusión de que es más probable que ese sujeto sea quien hurtó antes que otro que también se encuentra investigado pero que no tiene ningún antecedente penal.

Se trata de la aplicación asistemática de probabilidades adoptadas por el decisor de forma intuitiva, concurrente o no con otro tipo de sesgos, afectando así a la requerida imparcialidad. Pero más grave puede resultar aún, acudir a sesudos estudios de probabilidades emitidos por expertos con aplicación de técnicas, alejadas del conocimiento técnico del juez o decisor, ya que por pequeño que sea el error de la muestra o de la técnica aplicada puede llevar a resultados totalmente equivocados.

A continuación, se exponen un par de clamorosos ejemplos de cómo se puede llegar a monumentales errores de juicio, sobre la base de estudios probabilísticos, entrecruzados con los diferentes tipos de sesgos que se vienen refiriendo, y haciendo claudicar los mecanismos correctores que debe respetar todo tribunal, de presunción de inocencia y de *indubio pro reo*.

**E.1).- El asunto de Sally Clark<sup>281</sup> (Reino Unido, juicio en 1999)**

Paradigmático resulta este caso de lamentable desarrollo y trágico final, estudiado bajo el prisma de la confluencia de diferentes sesgos con un juicio emitido sobre probabilidades (sesgo de representatividad). Se trata del caso de una madre inglesa, abogada de profesión, que fue acusada del asesinato de sus dos hijos, uno de ocho semanas (1996) y otro de 11 semanas (1998). Se trató en realidad de un doble caso de síndrome de muerte súbita infantil, pero el cálculo matemático y estadístico efectuado por los peritos de que eso sucediera en una misma familia dio unos resultados que fueron interpretados como “altamente improbables” por lo que Sally Clark fue condenada a cadena perpetua. La probabilidad de muerte súbita de dos bebés de una misma familia fue calculada de 1 entre 73 millones, y respecto al tiempo, la probabilidad de que eso sucediera era de 1 cada 100 años. Sally Clark fue liberada a los tres años de entrar en prisión, tras la revocación de la sentencia condenatoria en un procedimiento de revisión, siendo calificada dicha resolución como uno de los “mayores errores judiciales de la historia moderna de Gran Bretaña”. Sally Clark murió en 2007 alcoholizada.

Lo que se puso de manifiesto con este caso es que resulta demasiado frecuente la aceptación de que un hecho es imposible sobre la base de cálculos de probabilidad. De hecho, el error se conoce como “prosecutor fallacy”, en el que la acusación exagera, convenciendo al tribunal, las conclusiones de los expertos sobre razonamientos estadísticos para sustentar lo que resultan otros indicios que apunten a la culpabilidad. En el caso que se comenta, la *Royal Statistical Society* en 2002 señaló esa excesiva utilización errónea de los cálculos estadísticos por parte de los juzgados británicos, lo que hizo reabrir el caso de Sally Clark y cuestionar otros similares de mujeres acusadas del asesinato de sus hijos bajo esos parámetros estadísticos. Todo basculó en

la creencia ciega sobre la infalibilidad de los resultados estadísticos, que hizo interpretar a los expertos (entre ellos el de un reputado pediatra que declaró en el juicio en defensa del método estadístico), al juez y a los miembros del jurado que la muerte de ambos bebés no tenía relación entre sí y, por tanto, que esos fallecimientos no podían ser en modo alguno fortuitos o accidentales, lo que dejaba como única explicación plausible el asesinato.

Se partió, de una posición interpretativa sesgada, según la cual no es admisible que en una misma familia se sucedan dos muertes súbitas, con dos años de diferencia, y, por tanto, el resultado “matemático” de que sea un hecho accidental o fortuito, resultaba imposible por lo que sólo pudo suceder por un hecho voluntario e intencional por parte de la acusada.

Adicionalmente, la variabilidad de los datos estadísticos es un hecho. Observando la otra “cara de la moneda”, la catedrática Fernández Militino demostró que, utilizando también la estadística de la muerte súbita, ésta es 17 veces más probable que un asesinato y que dos muertes súbitas son nueve veces más probables que dos asesinatos.

## **E.2).- Asunto de Lucia de Berk<sup>282</sup> (Holanda, juicio en 2004)**

Enfermera holandesa acusada de siete asesinatos por envenenamiento y tres intentos de asesinato de pacientes a su cuidado (niños y ancianos), que fue condenada a cadena perpetua en 2004. Su caso se reabrió y fue exonerada de todo cargo en 2010, recibiendo una importante indemnización y las públicas disculpas del gobierno holandés.

En este caso, iniciado en 2001, se partió también de datos estadísticos y de una serie de presunciones previas. Se basó en unas premisas tales como que Lucia de Berk era una “psicópata

clásica” sin empatía con los pacientes; se la llegó a denominar *El Ángel de la Muerte* y la primera asesina en serie de Holanda. Ante la imposibilidad de demostrar las causas naturales de los fallecimientos, se atendió a que la única causa posible era la intervención de la enfermera, ya que todos los fallecimientos se produjeron estando ella de servicio y con los pacientes a su cargo.

Para la acusación y posterior condena, las probabilidades y la estadística resultaron el apuntalamiento de indicios basados en la personalidad de Lucía de Berk, el pasado familiar, sus comentarios despectivos a los pacientes anotados en su diario y aficiones extrañas como el tarot. Se concluyó que la probabilidad de que las muertes coincidieran en el turno de una misma enfermera era de 1 entre 342 millones. Las presunciones médicas sobre las causas de las muertes, y el cálculo estadístico soporte, junto con sesgos creados por la personalidad de la acusada, llevaron al tribunal a la conclusión de culpabilidad. Posteriormente, con nuevos análisis toxicológicos de las fallecidos y correctas interpretaciones de sus resultados -no condicionados previamente por otros factores- se llegó a descartar la culpa.

Nótese que, en ambos casos descritos, no se concluye con la inocencia de las condenadas, sino que posteriormente se establece que las pruebas de cargo basadas en probabilidades, estadísticas y presunciones generaron en los tribunales apriorismos y sesgos no debieron ser suficientes para destruir los básicos principios de presunción de inocencia y de *indubio pro reo*.

Repare el lector en que lo que sucede en el orden penal, en el que los ejemplos indicados resultan buena muestra, es perfectamente predicable en otras jurisdicciones y también en cualquier orden en el que el ser humano, individualmente o con otros, tiene que decidir, resolver o simplemente formar opinión.



## F) Sesgo de conveniencia

Este sesgo tiene cabida en la causa de abstención o recusación 10ª del artículo 219 de la LOPJ que establece: *Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa*. No obstante, no existe jurisprudencia que lo admita como causa -salvo casos clamorosos- aun constando alguna apariencia que, con mayor o menor intensidad, pueda generar dudas sobre la existencia de ese interés.

Tras la recusación de un magistrado, reconocido por su técnica y honradez, se pretendió que éste pudiera tener un interés indirecto en el procedimiento por cuanto, su hermano y su cuñada eran apoderados de una de las partes. La Audiencia Provincial en un muy reciente auto<sup>283</sup> rechazó esa muy respetuosa recusación con el siguiente razonamiento:

*Ninguno de los parientes del sr. Magistrado (hermano y cuñada) ostenta cargo alguno orgánico, corporativo o ejecutivo en la entidad [...]. No consta en absoluto que formen parte de su consejo de administración ni que sean directivos [...]*

*El ATS 1-4-2015 –Sección 1ª- señala que: “Por interés se entiende la obtención de una ventaja, utilidad o beneficio, o la evitación de un perjuicio, y la norma legal claramente lo refiere al pleito”. Y, como ocurre también en el caso de autos, el TS señala que “no es advertible en el caso [...] la eventualidad del interés, ni próximo, ni remoto, ni personal, ni patrimonial, ni siquiera colateral o indirecto, respecto del recusado”. Como señala el Alto Tribunal en la resolución que se analiza [...] La situación alegada, sin más connotaciones, no se revela como capaz de menoscabar con la suficiente intensidad la imparcialidad o la apariencia de imparcialidad, ni de fundamentar de modo objetivo una sospecha o recelo de predisposición anímica o inclinación a favor o en contra de una de las partes.*

En cualquier caso, al igual que otros sesgos, el denominado de conveniencia por construcción del autor, resulta de fácil cimentación y sin duda se puede encontrar presente en cualquiera ser humano y en consecuencia en juzgadores o emisores de cualquier opinión llamada a producir efectos jurídicos. Puede definirse este sesgo, como aquél concreto -aunque así no se denomine- que en los estudios de sociología y psicología se engloba en las causas y elementos motivacionales que resultan tratados de forma genérica, describiendo los impulsos que llevan al ser humano hacia la adopción de concretas decisiones y que, en consecuencia, determinan un particular actuar.

Se asocia aquí el sesgo de conveniencia con los intereses subjetivos de índole económico o de naturaleza similar que no tienen encaje en los sesgos identificados y definidos por la doctrina, pero que se ajusta, como una parte perfectamente reconocible, en la práctica totalidad de las teorías motivacionales<sup>284</sup>. La tesis de la elección racional entre alternativas supone que el individuo o agente, tiende a maximizar su utilidad o beneficio y tiende a reducir los costes o riesgos. Los individuos prefieren más de lo bueno y menos de lo que les pueda causar daño.

Mayoritariamente y con la corrección y contención que puedan propiciar los principios y valores que impregnen una determinada personalidad, todo individuo se guía racionalmente por su interés personal o el de sus allegados, en coexistencia con otras motivaciones, independientemente de la complejidad de la elección que deba tomar.

Se produce un permanente conflicto, del que muchas veces no se es consciente, entre ese interés y los valores sociales y propios del individuo, e incluso entre los objetivos a corto y largo plazo que éste pueda pretender<sup>285</sup>. Tales conflictos, dependiendo del grado de consciencia, de la solidez de valores y principios y de

la propia fuerza de voluntad, pueden conducir a un comportamiento dañino e irracional hacia terceros y hacia el mismo individuo, cuando ceden ante el propio egoísmo o como resultado de la costumbre, la pereza, la imitación, la simple obediencia, conveniencia social, profesional o, como en muchos casos, interés económico en favor propio o ajeno. En cualquier caso, lo que se viene denominando sesgo de conveniencia viene condicionado por dos grupos de fuerzas internas que influyen inconscientemente en cualquier decisor, entrecruzándose y realimentándose. Se trata de las emociones y las motivaciones.

Los psicólogos Martin Seligman, Antoine Bechara y Antonio R. Damasio<sup>286</sup>, entre otros, han dedicado especial atención a la influencia del elemento emocional<sup>287</sup> (asimilado a la intuición), en las decisiones sobre situaciones de incertidumbre y como factor importante del razonamiento lógico que tiende a maximizar el propio beneficio o interés y a minimizar la pérdida o daño, y estableciendo en resumida conclusión que: (i) detrás de cualquier decisión, al margen de psicopatías, y por meditada y racional que ésta parezca, se esconde siempre una emoción y (ii) cualquier decisión que prescindiera de la emoción puede traer consecuencias negativas para el individuo, siempre que en situaciones en las que la integridad física no se encuentre en riesgo, o no se trate de emociones que se encuentren perturbando seriamente el estado de ánimo.

Cada vez más la neurociencia nos ayuda a comprender el proceso por el que surgen emociones relacionándolo con un proceso fisiológico. Según Damasio: *las sensaciones y los sentimientos provocan cambios fisiológicos en el organismo [...] que marcan como buenos, malos o neutrales los resultados previstos de una acción*, actuando así un “*marcador somático*”, que permite agilizar el proceso de toma de decisiones, “*al integrar y recapitular los deseos, impulsos instintivos y las experiencias pasadas de la persona*”.

Como se ha referido, además de las emociones se encuentran también en el ser humano fuerzas o elementos motivacionales que influyen en sus decisiones, y en consecuencia en sus acciones y que han sido magistralmente tratados por el profesor Juan Antonio Pérez López<sup>288</sup> que añadió, a las dos motivaciones “intrínseca” y “extrínseca” que con distintas denominaciones venían refiriendo sociólogos y psicólogos, un tercer tipo de motivación, que denomino “trascendente”, y que también actúa en el ser humano de forma que las tres, salvo casos patológicos, coexisten al tiempo con mayor o menor intensidad en el individuo.

En definitiva, toda decisión y en consecuencia todo actuar, proviene de impulsos -al margen de un particular razonamiento con el que pueden coexistir- que proceden de la interioridad de la psique, de los que el ser humano no siempre es consciente y que obviamente no producen un proceso observable por quién interactúa con el mismo. La clasificación del profesor Pérez López resulta hoy, ya comúnmente aceptada<sup>289</sup>, y brevemente se describe a continuación.

- i. Motivación intrínseca: puede conceptualizarse como aquella conducta o hacer humano que nace para satisfacer un deseo interno o interior de la persona que lo realiza. La motivación o deseo de hacer algo basado en disfrutar de la conducta en sí misma más que depender o requerir apoyo externo; según se define en el Diccionario de Psicología<sup>290</sup>: *Es la autosatisfacción o el auto aprecio por lo que se hace.*
- ii. Motivación extrínseca: Se define como la conducta o hacer humano que nace en función de probables contraprestaciones -materiales o no materiales- externas o exteriores por razón de tal conducta o hacer. El deseo o empuje para actuar de cierta forma basada en posibles recompensas externas que se pueden recibir como resultado, también

según el Diccionario de Psicología<sup>291</sup>: *Es el reconocimiento inmaterial o el premio material por lo que se hace.*

- iii. Motivación trascendente: Sería aquella motivación que siendo interna de la persona despliega una conducta o un hacer para y hacia otras personas sin pensar en la recompensa material. En palabras del profesor Juan Antonio Pérez López es *aquel tipo de fuerzas que lleva a actuar a las personas debido a la utilidad -a las consecuencias- de sus acciones para otra u otras personas*<sup>292</sup>.

En este apartado, se incidirá en lo que supone la motivación extrínseca que, por la definición que se ha efectuado, contiene perfectamente lo que aquí se denomina sesgo de conveniencia.

Así lo primero a constatar es que todo sujeto puede perder parcial o totalmente la debida imparcialidad de forma consciente o de forma inconsciente adoptando decisiones sobre hechos en función de esperar una recompensa inmediata o futura, para sí o para sus allegados.

Por ser ajeno al objeto de este estudio, no se contemplará el actuar de forma totalmente consciente por quién incumple la legalidad o valores generalmente aceptados, vía la adopción de decisiones basadas en recompensas ya que ello supone, una voluntaria pérdida de imparcialidad e independencia integrando tipos delictivos (prevaricación, cohecho), o simplemente una perversa decisión generadora de daño hacia alguien por mero interés personal.

Sin embargo, y eso si es objeto de análisis en el presente apartado, la actuación del sujeto que adopta una decisión en el sentido que más le favorece, sea ésta del signo que fuere, pero sin plena consciencia de ella o de forma totalmente inconsciente.

En definitiva, se trata de que el individuo adopta la decisión que conviene a su interés, sin razonarlo ni reconocerlo internamente, porque no quiere enfrentarse con ello o no sabe hacerlo, utilizando los atajos heurísticos que permiten la interferencia e influencia del sesgo, y auto convencándose de que su actuación se encuentra justificada porque se puede soportar jurídica y argumentalmente y nadie puede percibir su interés. La motivación extrínseca (o la emoción que la provoca) antes referida le impulsa a ello, lo que, cuando de decidir o resolver sobre otros se trata, o de emitir opinión llamada a producir efectos jurídicos, la incidencia sobre la pretendida imparcialidad e independencia se encuentra servida. Un simple ejemplo puede ilustrar esta situación. Aquel Juez que tiene un hijo estudiando la carrera de Derecho o recién acabada la misma, que se ha incorporado a una de las grandes firmas de abogados del país (pasantías, trabajos en prácticas, contrataciones temporales o definitivas). Ese Juez tiene que enjuiciar un caso en el que esa firma de abogados lleva la representación de una de las partes. En un escenario jurídico, no existe causa alguna de recusación o abstención, pero cabe realizarse las siguientes preguntas:

¿Cómo puede influir en el juez esa situación en el momento de dictar sentencia o resolución? Asumiendo la plena integridad del juez: ¿se mantendría aquí el absoluto estándar de imparcialidad e independencia? La respuesta no es fácil, ya que no sólo en caso de duda la decisión se puede inclinar hacia la parte representada por la firma en la que se encuentra su hijo, sino porque conociendo el Juez que su integridad es reconocida, pueda adoptar la decisión totalmente contraria para seguir manteniendo esa imagen.

*Mutatis mutandis*, este ejemplo es extrapolable a muchas situaciones similares e, incluso, más sutiles o, por el contrario, en las que el interés o conveniencia resulte más notable. Y, además,

puede aplicarse a cualquier sujeto llamado a emitir opinión con vocación de producir efectos jurídicos (peritos, miembros de un supervisor o regulador, funcionarios...).

En nuestro país el arbitraje, con ciertos casos recientes, viene dando buena muestra de ello en función de un sistema que por la vía fáctica alimenta, al margen de la voluntad del legislador, la existencia del sesgo de conveniencia en los árbitros e instituciones e instituciones arbitrales. Al respecto, y porque se encuentra claramente reflejada la situación acabada de referir, se transcribe literalmente parte de la oposición a un recurso de aclaración interpuesto por la parte vencida frente a la sentencia de nulidad de un laudo arbitral dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por falta de imparcialidad de una institución de carácter público administradora de arbitrajes<sup>293</sup>.

Este es el contenido del escrito interpuesto por la parte favorecida por la sentencia en cuestión, recayendo posteriormente denegación de cualquier aclaración por resolución unánime de la Sala:

*De contrario se busca el “milagro procesal” y que, en el ínterin, se produzcan circunstancias que propicien un vano despliegue de todo el potencial extrajurídico que rodea a la contraparte, que se estrellara contra la total independencia y rigor de nuestros jueces y tribunales.*

*Todo, absolutamente todo, con tal de sostener por segunda vez un vergonzoso arbitraje (o incluso intentar uno nuevo) desde una indisimulada prepotencia, todo ello ante su predilecta, “colonizada” y controlada Cámara [...].*

*En efecto, a estas alturas no pasará desapercibido a la Sala -al margen de la elevada importancia del concreto debate de fon-*

*do que se destaca en el voto concurrente del Ilustre Magistrado que lo emitió-, que de contrario se quiere seguir hurtando a los tribunales ordinarios el enjuiciamiento del caso, a fin de mantener ocultas las gravísimas y recurrentes malas prácticas del banco en la gestión de productos financieros “Over the counter” y derivados en el año 2007. Ello sólo se puede conseguir contando con el “control” de la institución arbitral y en consecuencia, y entre otros, el de la designación de árbitros. En realidad, lo que está en juego es el control mismo en nuestro Reino de la práctica, tan alejada del espíritu y de la doctrina originales, de un perverso y endogámico sistema arbitral, que sólo -muy limitadamente por lo dispuesto en la Ley de Arbitraje- puede ser valorado por las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia.*

*Pues bien, esa Sala a la que tenemos el honor de dirigirnos, desde hace tiempo está poniendo coto con su rigurosa doctrina, no exenta de distintas sensibilidades, a los desmanes que van aflorando en un sistema arbitral que -por su estructura y naturaleza fáctica- permite que los poderosos campen a sus anchas. Entre otras graves ineficiencias, y lo decimos sin desmerecer a los muchos que actúan con absoluto rigor y honestidad, el sistema de remuneración de los árbitros propicia que estos sean propensos -siquiera de forma inconsciente- a permanecer en el encargo hasta la finalización del arbitraje, hasta el punto de que en nuestro país la recta aplicación del consagrado principio de kompetenz kompetenz acaba siendo, en muchos casos, un simple “desiderátum”. Por añadidura el sistema de “listas de árbitros” en las instituciones arbitrales, lleva a que los que acaban siendo designados árbitros por las instituciones arbitrales (pensando en futuros procedimientos) “agradezcan” el nombramiento siendo “dóciles” a influencias directas o indirectas, sutiles o abiertas de las instituciones que les designan.*



*Influyen en esto las elevadas remuneraciones; y la complejidad de una rápida y contundente materialización del régimen de responsabilidad previsto en el artículo 21 de la Ley de Arbitraje, que en la práctica apenas despliega sus efectos. Por otro lado, las instituciones administradoras de arbitrajes y sus miembros viven de esto y no pueden defraudar a sus solventes “clientes”, que mayoritariamente son los que las designan en los convenios arbitrales (más o menos impuestos) que incluyen en sus contratos de adhesión [...]*

*Sobran los comentarios ya que no pasara desapercibida la encendida defensa de los intereses de las entidades financieras de hurtar a los tribunales el conocimiento de sus desmanes, pretendiendo ocultar mediante el “equivalente jurisdiccional” que tan bien controlan, todas sus perversiones e ilícitos. Por todo ello no gustan las sentencias de esa Sala, porque no sólo controlan los laudos, sino porque -como consecuencia de ese control- se pone en tela de juicio un sistema que (hasta fechas recientes y al margen de cualquier ética o principio jurídico) tantos réditos vienen aportando a los poderosos y a quienes por interés propio “les bailan el agua” si se nos permite esta coloquial expresión. Todo un cuidado entramado de ilegítimos intereses oculto en un aparentemente muy respetable “equivalente jurisdiccional” que utiliza además plataformas, como los clubs de arbitraje desarrollando un cuidado “networking”.*

Auto explicativo y concluyente el relato del sistema que se describe que favorece, cuando menos, la existencia del sesgo de conveniencia al que se viene aludiendo. Algo parecido sucede con auditores y peritos. Aunque se establezcan (en algunos casos más y en otros menos como hemos visto) cautelas en pro de la independencia e imparcialidad de sus actuaciones y de sus decisiones, resulta de todo voluntarista pretender que el sistema opera eliminando evidentes sesgos de conveniencia que puedan afectar a los operadores en cuestión.

Recuérdese alguna de las sentencias y denuncias que hemos transcrito en las que sin ningún rubor y llevando la cuestión a sus últimas consecuencias, se mantenían posiciones del todo fuera de la realidad legal, como en el caso del perito médico que aun contra el tenor clarísimo y vinculante de su Código Deontológico mantenía que puede realizar la pericia o la del auditor de cuentas que no ve incompatibilidad alguna (y por tanto no influye en su imparcialidad e independencia) auditar unas cuentas anuales cuando a su vez asesora a la compañía auditada en cuestiones tributarias.

Detrás de esas actuaciones puede haber muchos sesgos cognitivos, pero sin duda alguna el que es denominador común de todas ellas y de forma predominante es el sesgo de conveniencia, ya sea un interés material las más de las veces (retribución, aseguramiento de una remuneración por un encargo profesional futura, etc.), ya sea un interés de reconocimiento personal o profesional o, incluso, de devolución de favores. Todo ello puede actuar de forma no ya sólo consciente, sino inconsciente poniéndose de manifiesto así la imperfección del sistema y las graves consecuencias que se pueden generar, ya que los mismos mecanismos psicológicos e intelectuales que determinan que el sujeto acabe decidiendo a su conveniencia actúan de igual modo para mantener su autoestima y la consideración de que actúa de forma correcta.

A continuación, se refleja otro ejemplo paradigmático de ese sesgo de conveniencia, también en sede arbitral. Un presidente de un colegio arbitral comunica una vez emitido el laudo (pero no comunicado a las partes) que en breve su despacho profesional se fusionará con otro de nivel internacional. Una de las partes en el procedimiento arbitral (la “parte débil”) requiere más explicaciones al respecto puesto que su contraparte es una reconocida multinacional (la “parte fuerte”). El

presidente se niega a dar más información amparándose en la confidencialidad debida en sus acuerdos de integración, lo que evidentemente le hace “sospechoso” de haber podido perder la debida independencia e imparcialidad. Aun a pesar de los requerimientos el presidente no desvela, lo importante al caso, si la nueva firma internacional en la que se integra lleva asuntos de la multinacional en cuestión. Ese silencio persistente acaba con una sorpresiva renuncia voluntaria del presidente del colegio arbitral. El sesgo de conveniencia quedó demostrado, su primera intención era seguir con el arbitraje a pesar de las relaciones que no quiso aflorar.

Resulta evidente que este sesgo no actúa sólo en función de lo que el sujeto intuya que pueden resultar recompensas económicas futuras o de cambio de estatus, de promoción o de nuevos nombramientos (entre otras muchas, típica posición de un administrador concursal frente al juez que lo ha nombrado), sino también de lo que el individuo supone que puede significar un reconocimiento del favorecido por su decisión, adoptando la misma en la suposición de que es lo que se espera de él o devolviendo un favor recibido tiempo atrás (sesgo de reciprocidad) sin esperar o esperando recibir un comportamiento futuro a su favor (sesgo de conveniencia).

El sesgo de conveniencia actúa también con efecto grupal, es decir, tanto en organizaciones públicas como privadas bien en defensa de los particulares intereses de sus miembros como en el de organización y sus fines que en ocasiones se supeditan a una pérdida de imparcialidad propia o del grupo en defensa de aquellos.

Resulta paradigma de lo referido lo que la sentencia, ya referida *supra* de la AN claramente expresa<sup>294</sup>.

*Como tampoco sirve de verdadero apoyo a dicha tesis exculpatoria el hecho de que la CNMV no le haya abierto ningún expediente sancionador, puesto que tal circunstancia trasciende de los contornos de este enjuiciamiento, donde actuamos en contemplación a criterios de imparcialidad, objetividad y tipicidad, al contrario del criterio de clara y excesiva oportunidad (léase conveniencia) con que ha venido actuando el organismo español regulador del mercado de valores.*

A nivel inferior, pero no por ello menos dañino respecto a los intereses en juego, se encuentra el sesgo de conveniencia que influye en la resolución o la emisión de opinión en función de intereses que tienen que ver y juegan con las debilidades propias de naturaleza humana o fruto de las circunstancias de presión a las que pueda verse sometido el sujeto. Piénsese en aquel juez, regulador o funcionario agobiado por la cantidad de asuntos que tiene que resolver y no les dedica la atención y el estudio requerido, o aquellas situaciones en las que resuelve de acuerdo con lo que entiende se ajusta mejor a un sentir social o estado de opinión sobre el caso evitando inconscientemente lo que supone sería una acerada crítica en caso de resolver contrariamente<sup>295</sup>, o el simple orgullo y rechazo que le pueda generar el tono de una intervención o escrito de parte, o la prisa en terminar un juicio oral por tener otro compromiso concertado.

En definitiva, el sesgo de conveniencia o aquellas actuaciones asimilables resultan quizá a nivel individual el más peligroso de todos los que se puedan referir. Decimos esto porque frente a los otros sesgos se puede luchar más fácilmente, pues sólo con que el sujeto sea consciente de su existencia y ponga voluntad en detectarlos y evitarlos puede intentar disminuir sus efectos de forma notable. Sin embargo, el sesgo de conveniencia afecta a los impulsos de la actividad del ser humano (fundamentalmente los que provienen de la “motivación extrínseca”) actuan-

do sobre su naturaleza y debilidades, que sólo se pueden vencer desde la introspección (condición no suficiente) siendo además necesario contar con una sólida moral y ética por quién, desde la imparcialidad e independencia, debe decidir sobre vidas y patrimonios ajenos.

**G) Especialidad del sesgo de conveniencia: el *Efecto Beckett***

Ya se ha referido el origen político del *Efecto Beckett*. Este sesgo, puede definirse como aquel que se produce cuando se designa, para un determinado cargo o función, a una persona a la que se supone que resultará vinculada por lealtad con quien le ha designado (persona, organismo, organización o Estado) a quien a su vez debe supervisar o controlar el designado y, en consecuencia, adoptar decisiones que podrían afectar a quien le ha nombrado.

Por ello, se presume, que dichas decisiones pueden estar sesgadas, por un siempre difícilmente ponderable deber de lealtad en relación con otras obligaciones. Podríamos hablar en este caso de la existencia no ya sólo de sesgo de conveniencia (mantenimiento del cargo) sino también de *sesgo de lealtad o de reciprocidad* aludido más atrás<sup>296</sup>.

La denominación “Beckett”, proviene de la relación durante la segunda mitad del siglo XII entre el rey Enrique II de Inglaterra y Tomás Beckett (arzobispo de Canterbury y Lord Canciller por designación del propio rey), que pasó de una estrecha amistad a un abierto enfrentamiento (hasta que el primero acabó con la vida del segundo). Por este sesgo Beckett antepuso lo que consideraba que era su obligación a la lealtad debida.

De ahí que el diagnóstico de este sesgo o efecto lleve a la pregunta de ¿qué es primero, la lealtad a la persona que le desig-

na (institución, organismo, organización, ideología, religión o país) o la lealtad a los propios principios, reglas, ideas o creencias del sujeto? En el caso de Tomás Beckett estaban en juego sus principios religiosos de los que no abdicó y los antepuso heroicamente a cualquier otro.

Además de en las organizaciones empresariales, o cualquier otra, este sesgo despliega una particular importancia y con frecuencia en la función pública y en el ámbito judicial (CGPJ)<sup>297</sup>, más aún en aquella en que la designación es libre (cargos de confianza, asesores contratados) y resulta frecuente decidir sesgadamente cuando colisiona la lealtad con el deber de independencia y de imparcialidad de la función encomendada.

#### **H) El sesgo que acecha; la inteligencia artificial y sus algoritmos**

Hasta aquí, se ha venido hablando de la independencia y de la imparcialidad y de los sesgos cognitivos de los seres humanos que las amenazan.

Pero se plantea ya y cada vez con más frecuencia en los foros científicos y jurídicos la introducción de un “nuevo sujeto” que imparta justicia y adopte decisiones: la inteligencia artificial<sup>298</sup>. Como otras muchas materias que se han abordado en esta ponencia, este nuevo fenómeno excede también de su ámbito. No obstante, con vocación de anticipación seguirán unas breves líneas sobre la ya existente polémica –al margen de posiciones éticas y morales– del impacto de la inteligencia artificial en el sector jurídico<sup>299</sup>, por lo que se viene denominando los “robots jueces” o la ya realidad, anticipada por la ficción cinematográfica basada en predicción de los delitos según algoritmos matemáticos, que se relata en la película *Minority Report* (Steven Spielberg, 2002).

En términos generales puede indicarse que el sistema de “jueces artificiales” se establecería para dar respuestas que se adjetivan y se pretenden *rápidas, imparciales y fiables*, según afirma el profesor David Martínez de la Universitat Oberta de Catalunya<sup>300</sup>, con la pretendida idea de evitar cualquier incidencia en la toma de las decisiones judiciales de elementos subjetivos, lo que también excluiría los sesgos.

No obstante, también la aplicación de reglas mecánicas “objetivas” programadas tendría enormes riesgos, más allá de cuestiones de ética o moral -como que a un ser humano en el caso de su vida sea juzgado por una máquina- que aparecen como evidentes cuando se constata que el derecho en general y las respectivas normativas específicas admiten interpretaciones en función de cada circunstancia particular, por lo que hay que concluir que cada caso es distinto a los demás y donde la objetivación de una decisión judicial genérica no tendría cabida resucitándose así la ancestral discusión sobre la imposibilidad de una aplicación automática del Derecho.

Pero más allá de los recelos morales o éticos y de las dificultades de programar infinitos supuestos, parece también evidente que nos encontraremos que el “robot juez” obedecerá a un programa (suma y conjunto de algoritmos y funciones matemáticas deductivas) que deberá estar creado, implementado y mantenido por seres humanos. La polémica está servida, puesto que ya existen antecedentes sobre aplicación de algoritmos para prevenir la comisión de delitos, cuyo resultado resulta también, al igual que en los seres humanos, resulta discriminatorio, es decir, sesgado respecto a determinados colectivos.

No obstante, la implementación, como herramienta de auxilio judicial al igual que un informe pericial, ya es una realidad (desde 1998) en los tribunales americanos con el programa

Compas que revisa, según determinado número de parámetros, la posibilidad de que un individuo determinado (ya convicto) reincida en un delito.

Se da la paradoja, ya adelantada, de que el programa falla en sus apreciaciones (o, mejor dicho, coincide en el número de fallos con los “jueces humanos”, alrededor de un 65%), derivado del sesgo por racismo hacia colectivos afroamericanos. Además, resulta que dicho programa, aunque utilizado por autoridades judiciales, es propiedad de una empresa privada (desarrollado por la compañía *Northpointe*, propiedad de *Equivan*) con la problemática añadida que de ello se deriva.

Sin duda los sistemas computacionales y sus avances ayudarán a la administración de justicia y a cualquier operador jurídico, aumentando su efectividad y disminuyendo sus inevitables errores pero hay tanto por avanzar con lo que ya se cuenta que sin dar un salto sustancial con el actual sistema, se antoja que lo que puede suponer una herramienta de primer orden acabe, no ya en una deshumanización de los procedimientos, sino que además volvamos, entre otros, al sesgo de representatividad ya referido.

En efecto, en el caso de Eric Loomis (Wisconsin, 2013), que fue acusado y declarado culpable, con una condena de seis años de prisión, de participar en un tiroteo -fue detenido, conduciendo el vehículo con el que se había perpetrado el delito-, por una evaluación algorítmica que lo consideró de alto riesgo por reincidencia a través del sistema de software, COMPAS, en base a un cuestionario de 137 preguntas, desarrollado por la empresa *Northpointe*. La condena es por la Corte Suprema del Estado de Wisconsin<sup>301</sup>, declinando el Tribunal Supremo de los Estados Unidos entrar a considerar el caso (2017). Una de las alegaciones de defensa fue la imposibilidad de conocer el



mecanismo interno del sistema por ser un secreto empresarial. Es decir, los jueces asumen las conclusiones científicas, al igual que en los casos comentados de Sally Clark y Lucia de Berk (vid. sesgo de representatividad en relación con probabilidades y pruebas estadísticas), porque no conocen materias tan técnicas como la estadística y que ahora desconocerán sobre la programación algorítmica. Al igual que en cualquier otro entorno no se sabe hacia y hasta donde los avances tecnológicos y científicos conducirán a los operadores jurídicos, lo único cierto es que están ahí condicionando al hombre en todos sus ámbitos y con una velocidad de desarrollo que dificulta la adaptación y sobre todo la valoración de las consecuencias que implicarán.





## ❖ V.- CONCLUSIONES

*Nunca vamos a tener un mundo perfecto, pero no es romántico o ingenuo trabajar para uno mejor*

Steven Pinker (1954)

Se ha pretendido llevar al ánimo del lector, desde su evolución histórica, la elevada importancia de los conceptos jurídicos de imparcialidad y de independencia como circunstancias que necesariamente han de concurrir en quien ha de juzgar, que resultan extensivas a cualquier operador jurídico que deba adoptar una opinión, resolución o juicio, y que, si bien cuentan con diferente regulación y normativa, participan de una misma esencia.

El legislador español y nuestros tribunales apenas han tratado procesalmente la abstención y de recusación en relación con el sesgo ideológico y, menos aún, los sesgos cognitivos (salvo el de la causa 11<sup>a</sup>: *Haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia*) y, sin embargo, todo ello es una realidad innegable que subyace en el día a día del mundo jurídico y distorsiona, en ocasiones gravemente, los procedimientos tanto judiciales como arbitrales y las decisiones y actos de otros operadores jurídicos. Ese efecto perverso se desvela más grave en aquellos procedimientos de naturaleza penal o aquellos de única instancia.

El ciudadano común, alejado de la experiencia concreta que significa el orden jurídico, no conoce estas realidades y con una simple lectura de la normativa parece que existen mecanismos y garantías, más que suficientes, para lograr esos pretendidos objetivos del legislador de imparcialidad e independencia.

Nada más lejos de la realidad; lo relevante es que no existe un auténtico y efectivo debate o preocupación, ni a nivel legislativo, jurisprudencial, o doctrinal, por parte de los operadores del sector de los servicios jurídicos y menos aún por parte de los propios destinatarios de las normas.

El panorama resulta inquietante para quien observe objetivamente y con cierto detenimiento la situación, ya que, al margen de cualquier valoración en otros órdenes, es una realidad el efectivo desplazamiento de los resortes tradicionales del poder hacia imperios económicos, tecnológicos e incluso hacia reguladores y supervisores que se mueven por criterios de oportunidad o de influencias de todo tipo con una acumulación de potestades nunca vista. Solemnizando lo obvio es evidente que la mayoría de los humanos viven de espaldas a su mente y a cómo se conforma su pensamiento. Poco o nada conocen sobre los avances de la psicología o de la neurociencia, de lo determinante que son los procesos bioquímicos que se producen en su interior (subidas de cortisol, o los efectos de la serotonina, oxitocina, dopamina...) y cuáles son los factores que determinan que se liberen esas sustancias de forma automática.

Del mismo modo, poco o nada, dedica el ser humano a conocerse a sí mismo efectuando la introspección tan aconsejada ya desde los clásicos, y tan común en otros tiempos a través del *examen de conciencia*. Sin cuestionarse *¿por qué pienso lo que pienso?* no podemos ser conscientes de qué nos impulsa a actuar y a decidir. Siendo ello así, la indudable libertad que es connatural al ser humano se encuentra capitidisminuida por cuanto la individualidad acaba siendo prisionera del subconsciente o inconsciente en donde se encuentran la base de nuestros impulsos, motivaciones y emociones más primarias y ancestrales y las huellas de nuestra formación y experiencias.

Sin ser conscientes de ellas se acaba siendo un autómatas y la aparente lógica reflexiva se ve determinada por la influencia de todos esos factores. La aportación de Daniel Kahneman (*Judgment under uncertainty: Heuristics and Biases*), diagnosticando los dos tipos de pensamiento, (sistema uno, rápido y automático, y dos lento y reflexivo) y el proceso heurístico de los atajos mentales que determinan los sesgos cognitivos en sus distintas y diversas modalidades, por su sencillez y claridad, son un elemento de gran ayuda para cualquier sujeto concreto y ello al margen de su cada vez mayor aplicación en ciencias sociales. Por ello se echa de menos que en el sistema educativo no exista una mínima e incluso intensa formación, al igual que en ciencias naturales se estudia la naturaleza y el cuerpo humano, sobre lo que ya se conoce, por poco que sea, sobre el funcionamiento del cerebro humano y sus procesos.

No cabe duda que ello sería una herramienta de primer orden (además de servir para prevenir la drogadicción, el alcoholismo, la ludopatía o cualquier otra adicción) para desarrollar un espíritu crítico no ya frente a influencias externas que anulen la individualidad del sujeto, sino también para luchar contra impulsos y sesgos internos de los que, si se fuera consciente, la decisión y en consecuencia la actuación podría llegar a ser muy distinta y ajustada a los valores positivos que no sólo llevamos también innatos sino a los que mayoritariamente queremos responder.

Lo referido se antoja evidente. Por poner unos simples ejemplos: nadie quiere reconocer que es deshonorado, perezoso, soberbio, avaro, codicioso, cruel, vengativo, fanático. A lo más se justificará una determinada actuación. Por algo será por lo que cualquier hombre, salvo excepciones, no quiera admitir nada de eso, ni ante sí ni ante otros. Así las cosas, con el recorrido histórico y el acotado recorrido filosófico efectuado a lo largo

de esta ponencia se puede observar que en el medioevo se suplían las vacilaciones y lagunas del legislador y los inexistentes conocimientos sobre neurociencia y psicología cognitiva, con el temor de Dios, y más tarde con valores sociales de referencia sólidos y duraderos.

Hoy tras la pérdida de todo ello resulta fácil advertir la existencia de un enorme déficit de claridad normativa y de escasa aplicación de la existente (falso testimonio) que lleva a la confusión jurisprudencial, incluso a nivel del TEDH. También se constata una inflación normativa sobre independencia en el caso de los auditores e incluso la innecesaridad de tales normas en el caso de consejeros de sociedades mercantiles. Contrariamente se pone de manifiesto la ausencia o escaso tratamiento en la regulación de otros operadores, como el caso de funcionarios, AEAT, reguladores y supervisores.

Concluyendo, y como se ha venido apuntando, el sistema normativo resulta altamente mejorable, sector por sector y colectivo por colectivo, pero ello no basta si los cambios y los propios sujetos no tienen en cuenta la dimensión individual a la luz de la psicología y neurociencia. En definitiva y brevemente se puede concluir lo siguiente:

- (i) La esencia de cualquier ordenamiento jurídico es su aplicación a casos concretos y obvio resulta que ello se lleva a cabo por seres humanos y cuando sea por máquinas, o con su ayuda (inteligencia artificial), detrás de ellas siempre estará el ser humano.
- (ii) La aplicación de una concreta normativa, por su propia naturaleza, requiere que quién deba hacerlo, lo haga desde la independencia e imparcialidad. Es la base sobre la que se asienta cualquier sistema jurídico que se precie y fácil resul-

ta concluir que se trata del elemento principal del sistema. Se podría prescindir de leyes y normas, pero nunca de que la función asignada con vocación de desplegar efectos jurídicos se efectuó desde la independencia e imparcialidad.

- (iii) No se puede prescindir de la dimensión y naturaleza antropológica y psicológica de los seres humanos llamados a desarrollar las funciones que la normativa exige que se ejerciten desde la imparcialidad e independencia. Esas dimensiones adquieren la máxima relevancia e importancia en el caso de sujetos cuyas decisiones y actos están llamados a producir efectos jurídicos en contraste con otras actividades del hombre en cualquier otro entorno profesional o personal, ya que se trata de seres humanos que juzgan a otros seres humanos o situaciones que les afectan influyendo decisivamente en sus vidas y patrimonios.
- (iv) Resulta chocante que desde la dimensión normativa, doctrinal y jurisprudencial prácticamente se prescinda considerar la importancia de la dimensión individual del sujeto -al margen de voluntarias desviaciones-, a la hora de incrementar y reforzar las garantías para que las concretas actuaciones y decisiones se desarrollen desde la pretendida imparcialidad e independencia. Respecto a esa dimensión individual, habría que actuar no sólo desde una perspectiva normativa concienciando a los individuos y colectivos (planes de estudio), sino lo que quizá resulte más importante, la sociedad tiene que reaccionar asumiendo que sin valores comunes, por pocos que sean, la preservación a nivel personal de aquellos cuya defensa se le encomienda, pueden diluirse -en muchas funciones jurídicas ya es así- con el interés propio que, directamente asumido o vía el sesgo de conveniencia, dejen vacío de contenido la proclamada independencia e imparcialidad con la que supone deben actuar.

- (v) Jueces y magistrados tienen que ser plenamente conscientes, no ya sólo respecto de ellos mismos la influencia que despliegan los sesgos de todo orden en aquellos que emiten informes orales o escritos o que han adoptado decisiones que, a su vez, los jueces deben valorar ya vengan de fiscales, peritos, testigos, funcionarios, árbitros o cualquier otro, que aún en mayor medida pueden verse expuestos a los riesgos de pérdida de independencia y de imparcialidad.
- (vi) Quizá hoy más que nunca se debe prestar máxima atención a lo que resulta un problema de primera magnitud en cuanto atenta contra la misma base del sistema que en definitiva debe otorgar predictibilidad y seguridad jurídica desde, precisa y fundamentalmente, la independencia e imparcialidad.
- (vii) El conocimiento por los operadores jurídicos en cuestión de sus propios procesos cognitivos y en concreto de los sesgos que puedan afectar a sus decisiones será, junto con imprescindibles avances en la dimensión normativa, el único modo de reconducir una situación que día tras día se deteriora tanto por la pérdida de valores como por el hedonismo y la relatividad que permeabiliza la sociedad de nuestros días.

A modo de cierre, y más cuando de sesgos cognitivos también se trata, resulta sugerente referirse a Robert Trivers, ya que expresa, muy didácticamente, en un fragmento de su *La insensatez de los necios*<sup>302</sup> -desde un cierto pesimismo, trufado al tiempo de pragmatismo- que por su generalidad, engloba perfectamente lo que se viene reflexionando sobre el contraste de la compleja y siempre inabarcable, en toda su dimensión, naturaleza humana en relación con la pretendida imparcialidad e independencia de los llamados y obligados a conservarla:



*La conciencia y la capacidad de cambiar son dos cosas distintas. Soy proclive a las actitudes moralizadoras, a tener confianza excesiva en mí mismo y a descartar puntos de vista alternativos, características todas previsibles en un organismo como el mío, pero también soy consciente de esas tendencias. Puedo enumerarlas con todo detalle. ¿Que si desearía ser distinto? Sin duda [...]*

*Por otro lado, tener consciencia del engaño y del auto-engaño nos permite apreciarlo mejor, comprenderlo con más profundidad, defendernos (cuando el engaño está dirigido contra nosotros) y, por último, combatir en nosotros esas tendencias si así lo deseamos. En líneas generales, esa conciencia nos hace más perspicaces con respecto al mundo social que nos rodea: contemplamos con mirada más penetrante las mentiras del gobierno y de los medios de comunicación, y también las más profundas que nos contamos a nosotros mismos y a nuestros seres queridos.*

En definitiva, y desde la forma en que cualquier decisor debe plantearse su manera de decidir, termino reproduciendo al Magistrado Excmo. Sr. Sancho Gargallo<sup>303</sup>:

*De tal forma que, como advertía ANDRZEJ RZEPLINSKI en el discurso de inauguración del año judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (26 de enero de 2016), el juez debe aproximarse a su labor sin prejuicios y abierto de mente, dispuesto a prestar atención a todas las partes y tener presente que la persona afectada por su enjuiciamiento es un ser humano y no un mero elemento subjetivo del caso.*





## NOTAS

- 1 Mayoritariamente desde finales del siglo XV d.C., representa a la diosa romana *Iustitia*; evolución de las diosas griegas *Dice* y *Themis*.
- 2 Secondat, Ch. L. Barón de Montesquieu (1748). *El Espíritu de las Leyes*. En su página 112 (Libro XI) podemos leer: *Los jueces de la Nación, no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes*. Desde el siglo XVIII esta posición doctrinal en derecho continental ha evolucionado, permitiendo a los jueces, en particulares circunstancias, determinada discrecionalidad siempre que su decisión no sea arbitraria.
- 3 Resolución emitida en el seno de un procedimiento arbitral, equivalente a los autos y sentencias de la jurisdicción ordinaria.
- 4 7º Congreso de las Naciones Unidas (Milán, del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985) y confirmados por la Asamblea General en sus Resoluciones núm. 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y núm. 40/146 de 13 de diciembre de 1985.
- 5 Galán González, C. (2004). *Apuntes sobre el derecho a un Juez Imparcial*.
- 6 Sentencias, por todas, de 2 marzo 1998 (Recurso de Amparo núm. 2.268/1994), la cual deja un amplio espacio a la controversia ya que no profundiza en el denominado “sesgo de confirmación”; de 15 diciembre 2008 (Recurso de Amparo núm. 2.387/2005); de 12 abril de 2011 (Recurso de Amparo núm. 7.659/2008) y de 12 julio de 1982 (Recurso de Amparo núm. 35/1982). En este último, su ponente, acogiendo el amparo impetrado ante el TC por vulneración del derecho a un juez imparcial, fue el ilustre y prolífico jurista don Luis Díaz-Picazo (q.e.p.d.), que más tarde y en sede de un procedimiento arbitral, cuyo tribunal presidía, rechazó una recusación hacía su persona interpuesta por este ponente tempestivamente, siendo posteriormente su laudo anulado por tal causa en el correspondiente procedimiento ante la Audiencia Provincial de Madrid (sentencia de 30 de junio 2011).
- 7 Nuestra actual normativa exige, por lógica seguridad jurídica, que la recusación ha de interesarse en el plazo máximo de 10 días desde que el interesado tiene conocimiento de la causa en la que se base y que los tribunales vienen interpretando como posibilidad de haberse conocido. En el auto de 15 de junio 2017 de la Audiencia Provincial de Madrid se sostiene al respecto:  
*De todos modos, entiende esta Sala que la duda al momento concreto en el que las partes, en un incidente de recusación, hayan podido conocer todos los extremos que permitan impulsar el trámite de censura del Magistrado al que cuestionan, debería inclinar a la admisión (dentro del plazo de diez días establecido en el artículo 223 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). El deber de diligencia requerido a las partes de cara a la recusación, mencionado por ejemplo en STC 116/2008, de 13 de octubre (citada en la oposición al incidente) no puede extremarse*

*hasta el punto de exigir una indagación en torno a la vida o trayectoria del magistrado llamado a conocer de cada asunto. En el presente supuesto son tantas las derivaciones posibles en torno a si se tuvo (o pudo tener) cabal conocimiento de las acciones concretas que fomentasen la sospecha de parcialidad que se denuncia, que ha de prevalecer la vertiente preferente del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado en la Constitución [...].*

8 Vid. el Capítulo III.1.- Jueces, Magistrados y miembros de Jurados y el Capítulo IV.3.- Tratamiento genérico de los sesgos por los tribunales. Tesis de “apariencia”; sesgo por “contaminación” anterior con el objeto del proceso y “exteriorización” de previa de opinión y IV.4.- Sesgo ideológico (político, raza, sexo, religión); su tratamiento por los tribunales.

9 STC de 12 julio de 1988, sobre las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 1.344/1987 y 1.412/1987. A raíz de dicha sentencia, y al acoger parcialmente uno de los motivos de inconstitucionalidad impetrados en relación con la LECrim., se determinó directamente que “[...] en ningún caso les será de aplicación (a los Jueces que conozcan de las causas tramitadas con arreglo a la Ley 10/1980) la causa de recusación prevista en el apartado 12 del art. 54 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, e indirectamente se propició una reforma legislativa que estableció la obligada separación entre la función instructora y juzgadora. Así se puede leer en esta sentencia: *Ello conduce a que sea sin duda el legislador quien debe asumir la tarea de reformar ese procedimiento o sustituirlo por otro, removiendo los riesgos que el procedimiento actual crea tanto para los derechos fundamentales como para la buena marcha y eficaz funcionamiento del proceso.* En el mismo sentido las SSTC núm. 54/1985 de 18 de abril; núm. 225/1988 de 28 de noviembre, núm. 180/1991 de 23 de septiembre y núm. 56/1994 de 24 de febrero. También se estimó que eran constitucionalmente incompatibles las facultades de instrucción y las de enjuiciamiento en las SSTC núm. 113/1987 de 3 de julio, núm. 145/1988 de 12 de julio, núm. 164/1988 de 26 de septiembre, núm. 11/1989 de 24 de enero, núm. 106/1989 de 8 de junio, núm. 98/1990 de 24 de mayo, núm. 186/1990 de 15 de noviembre, núm. 138/1991 de 20 de junio, núm. 151/1991 de 8 de julio, núm. 238/1991 de 12 de diciembre, núm. 113/1992 de 14 de septiembre, núm. 170/1993 de 27 de mayo, núm. 320/1993 de 8 de noviembre, núm. 372/1993 de 13 de diciembre, núm. 384/1993 de 21 de diciembre y núm. 132/1997 de 15 de julio.

10 Resolvió la Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 309/1991, en relación con la causa de abstención y recusación recogida en el artículo 219.10 de la LOPJ.

11 La sentencia se expresa así: *El artículo 24 de la Constitución consagra el derecho al proceso, que comprende, entre otras garantías, la relativa a que el justiciable sea juzgado por el juez ordinario predeterminado por la ley [...]. Entre ellas no se encuentran sólo las que establecen los límites de la jurisdicción y la competencia de los órganos jurisdiccionales. Están también las relativas a la concreta idoneidad de un determinado juez en relación con un concreto asunto, entre las cuales es preeminente la de imparcialidad [...].*

12 Artículo. 6.1 del CEDH: *Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial,*

*establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.*

13 La STC núm. 49/2008 de 9 de abril en su FJ 3º o el ATC núm. 351/2008 de 4 de noviembre.

14 No se suele ser consciente de que el propio TC puede emitir resoluciones que incluso sean inconstitucionales y en contra de los principios de los Convenios Internacionales del que forma parte el Reino de España. Así la STEDH de 3 de octubre de 2009 (asunto Ferré contra Reino de España), condenó a éste a indemnizar a dicho ciudadano por un error en el cómputo de plazo para interponer un recurso de amparo sobre materia civil hipotecaria que resultó inadmitido *limini litis*, sin que se permitiese la interposición de recurso alguno (como el de aclaración o corrección previsto en el artículo 214 de la LEC) al objeto de poner de manifiesto la burda equivocación cometida amparándose la negativa en los dispuesto en la LOTC. El TEDH se expresó de este modo en la sentencia indicada:

*32. Vu les circonstances particulières du cas d'espèce, la Cour considère que la motivation de la décision du Tribunal Constitutionnel litigieuse est incohérente avec les décisions des juridictions civiles ordinaires ayant reconnu le caractère adéquat de la voie utilisée par le requérant pour réparer son droit à la protection juridictionnelle. Le requérant s'est donc privé de son droit d'accès à un tribunal pour un motif formel. La question posée en l'espèce relève selon la Cour du principe de la sécurité juridique; il ne s'agit pas d'un simple problème d'interprétation de règles matérielles, mais de l'interprétation d'une exigence procédurale que a empêché l'examen au fond de l'affaire du requérant, au mépris du droit à une protection effective par les tribunaux (voir, mutatis mutandis, Zvolkský et Zvolská, précité, §51).*

*33. Dans ces conditions, la Cour estime que le requérant s'est vu imposer une charge disproportionnée qui rompt le juste équilibre entre, d'une part, le souci légitime d'assurer le respect des conditions formelles pour saisir la juridiction constitutionnelle, et, d'autre part, le droit d'accès à cette instance. En l'occurrence, rejeter le recours d'amparo pour tardiveté au motif qu'il aurait dû être introduit contre l'ordonnance du 1<sup>er</sup> octobre 2001, alors qu'aussi bien le juge de première instance que la juridiction d'appel examinèrent ensuite au fond de prétentions de nullité du requérant doit pour le moins être qualifié comme un manque de sécurité juridique dont a souffert le requérant (voir, mutatis mutandis, De la Fuente Ariza, précité, §27).*

15 Recurso de amparo núm. 3450/97 y sentencia de 18 de febrero de 2000 (páginas 67 a 71).

16 Asunto relacionado con rechazadas cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas sobre un juez de menores, si bien otorgó el amparo por el derecho a libertad de expresión.

17 Recurso de Amparo promovido por don Rafael Vera Fernández-Huidobro, con núm. de registro 3862/1998 (BOE núm. 406 de 2001) y Ponente don Guillermo Jiménez Sánchez.

18 BOE núm. 154, de 26 de junio de 2008.

- 19 Núm. 506/2011, [http://www.uncitral.org/docs/clout/ESP/ESP\\_300611\\_FTMadrid.pdf](http://www.uncitral.org/docs/clout/ESP/ESP_300611_FTMadrid.pdf)
- 20 Pieza Separada (Época I, 1999-2005); Incidente de Recusación núm. 46/2015. Sala presidida por don Fernando Grande-Marlaska. Fue Ponente del auto el magistrado don Juan Ramón Sáez Valcárcel.
- 21 Auto núm. 499/17 relativo a las Diligencias Previas núm. 5562/2013, seguidas contra el Partido Popular por daños informáticos y encubrimiento (*Caso Gürtel*).
- 22 El auto se apoyó también en las SSTC núm. 162/1999 de 27 septiembre (FJ 5); núm. 140/2004 de 13 septiembre (FJ 4); núm. 26/2007 de 12 febrero (FJ 4) y núm. 47/2011 de 12 abril (FJ 9).
- 23 Incidente de Recusación núm. 2/2021.
- 24 Hernández García, J. (2016). *¿La ideología de los jueces es un problema privado?* (Profesor asociado de Derecho Civil y lugarteniente de Justicia de Aragón).
- 25 Schmitt, C. *Posiciones ante el derecho*, páginas 34, 35 y 277.
- 26 No cabe duda de que, tras la transición al sistema constitucional y democrático, los tribunales se encontraban mayoritariamente integrados por miembros, al margen de su alta preparación, con perfiles ideológicos que no resultaban idóneos, en determinados casos, para considerar la existencia de las necesarias condiciones de independencia e imparcialidad.
- 27 Galán González, C. (2004), Ob. Cit. páginas 197-208.
- 28 Peyrano, J.W. (1980), *Cuestiones de Derecho Procesal: Praxiología procesal*, página 26.
- 29 Cadena Serrano, F.A. (2019). *Imparcialidad objetiva*. (Fiscal Jefe de la Sala 2ª del TS y autor de numerosas publicaciones y artículos).
- 30 En la actualidad, artículo 219 de la LOPJ “vs” artículo 17 de la LA.
- 31 Morera Guajardo, E. (2014). *La regulación de los mercados de valores no organizados. Estudio específico del Total Return Swap (TRS)*, página 12.
- 32 Sobre el cambio de mentalidad colectivo a lo largo del tiempo histórico, vid. Harari, Y.N. (2020). *Homo Deus*, páginas 164-171.
- 33 Watson, P. C. (1960). *On the failure to eliminate hypotheses in a conceptual task*. “Sesgo de confirmación”: tendencia a dar primacía a los elementos que confirman las propias ideas, desechando posibles alternativas y aquellas otras circunstancias que las contradicen. “Sesgo de anclaje”: predisposición a decidir valorando en demasía la primera información ofrecida (el ancla). “Sesgo retrospectivo”: al decidir sobre determinados hechos pasados, el sujeto decisor no logra abstraerse de sus consecuencias estableciendo así su previsibilidad.

- 34 Sesgo de confirmación derivado de prejuicio racial.
- 35 Frank, J & Frank, B. (1957). *Not Guilty*.
- 36 Roach, K. (2010). *Wrongful Convictions: Adversarial and Inquisitorial Themes*.
- 37 Premio Nobel de Economía (siendo psicólogo) en el año 2002 por la integración de la psicología (sesgos) y la ciencia económica.
- 38 En psicología, la *heurística* es el proceso cognitivo que se deriva de los juicios automáticos e intuitivos. Es el atajo mental y la regla utilizada por los seres humanos, con inusitada frecuencia, para formar juicios que muchas veces conduce a la toma de decisiones equivocadas, al focalizarse el sujeto en un determinado aspecto del problema o la alternativa que se ofrece, despreciando otros y otras de mayor relevancia, que desvían a la persona de la lógica, de las probabilidades e, incluso, de la racionalidad. Precisamente, esos errores vienen determinados por “*sesgos cognitivos*” de muy diferente tipo, con especial incidencia, por su importancia, en derecho y cuando se adoptan decisiones económicas.
- 39 Kahneman, D.; Slovic, P. y Tversky, A. (1982). *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*.
- 40 El rey Alfonso X, comenzaba así su Tercera Partida: *Justicia es una de las cosas por las que mejor y más enderezadamente se mantiene el mundo; y es así como fuente de donde manan todos los derechos; y no tan solamente se encuentra la justicia en los pleitos que hay entre los demandadores y los demandados en juicio, más aún entre todas las otras cosas que ocurren entre los hombres, bien que se hagan por obra o se digan por palabra*.
- 41 Fernández Viagas, P. (2015). *El Juez imparcial ¿Han tomado los barbaros el Poder Judicial?* (Magistrado, político y senador).
- 42 No es hasta principios del siglo XIX que la normativa empieza a distinguir entre jueces y árbitros.
- 43 Coronas González, S.M. (1982). *La recusación judicial en el derecho histórico español*; Alemán Monterreal, A. (2015). *La “recusatio iudicis suspecti” en Derecho Romano y sus vaivenes históricos*.
- 44 Los magistrados en la antigua Roma eran los ciudadanos que resultaban elegidos para encargarse de la administración de una determinada ciudad y reunían potestades legislativas, ejecutivas y judiciales, pudiendo ostentar todas a la vez o alguna de las tres. Recibían distintas denominaciones, como las de cónsules, procónsules, pretores, ediles, tribunos y censores. Con la llegada del Principado fueron perdiendo poder.
- 45 No confundir con los *princeps* del ejército romano y de sus legiones. La etimología se remonta al año 27 a.C.; el *princeps* (primer ciudadano) fue un título de la primera etapa del Imperio romano recibido del Senado por Octavio Augusto en reconocimiento de su poder y prestigio político. Con Justiniano se sigue asignando el título de *princeps* al emperador que podía actuar por sí o por delegado, como sucedía en la época anterior

con cónsules y pretores. Un completo estudio al respecto se encuentra en Pérez López, X. (2006), Ob. Cit.

46 Para este apartado sobre el derecho musulmán se ha seguido a Martínez Dhier, A. (2007), el cual basa su artículo *Algunas Consideraciones sobre la historia del derecho musulmán en España*, en la obra del catedrático Bruno Aguilera Barchet (2007), *Iniciación histórica al Derecho Musulmán. Seguida de un ensayo sobre la historia jurídica de Al-Andalus* (Editorial Dykinson e Instituto de Estudios Jurídicos Internacionales, Madrid).

47 Loubna El-Ouazzani Chahdi, profesora de Universidad Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de Rabat. Universidad Mohammed V-Souissi. Su trabajo se basa, desarrollándolo, en el estudio de Peláez Portales, D. (1999). *La administración de la justicia en la España musulmana*. Ediciones El Almendro, Córdoba.

48 Recopilaciones de normativa anterior dispersa. El inicio del derecho canónico como cuerpo normativo autónomo se remonta a los primeros concilios en los que se promulgaban los cánones, complementados con decretos papales. A mediados del siglo XII, Graciano (monje jurista y obispo de Chiusi), escribió la *Concordia discordantium canonum*, más conocida como *Decreto de Graciano*. Los historiadores estiman que este Decreto fue realmente promulgado por el Papa Eugenio III (1145-1153), tratándose de una recopilación que pretende conciliar los diversos cánones existentes desde siglos anteriores, muchos de ellos opuestos entre sí. El Decreto constituye la primera parte de la colección conocida como *Corpus Iuris Canonici*. De ahí que Graciano sea considerado el padre del Derecho Canónico.

49 Coronas González, S.M. (1982). Ob. Cit., página 541.

50 Excepción procesal por la que se denuncia la falta de competencia del juez o tribunal. Un juez aquejado de falta de independencia o imparcialidad no sería competente.

51 Excepción procesal por la que la parte, normalmente el demandado, opone la falta de un requisito procedimental tasado en la ley que ha de resolverse previamente al fondo y que suspende el curso de las actuaciones. La falta de independencia e imparcialidad del juez o tribunal entrañaría la falta de un requisito procesal tasado en la norma.

52 Oviedo (España) 1570 – Lima (Perú) 1623. Debido a la falta de estudios de Juan Hevia y a la profundidad técnica de sus trabajos -tratado de Derecho Procesal *Curia filípica* (1603), y tratado de Derecho Mercantil *Laberinto de comercio terrestre y naval* (1617), que se utilizaron como textos universitarios hasta el siglo XIX-, los historiadores mantienen dudas sobre la autoría de sus trabajos.

53 Desde principios del siglo XV, el *Consejo Real* comienza a tener funciones jurisdiccionales, hasta entonces sus funciones consistían en gobierno y administración. En 1427 con la *Pragmática* de Juan II, se consagra la “alegación de juristas” y, adquiere plenas competencias, con Enrique IV en 1459, llegando a tener competencias específicas de administrar justicia en la Corte junto al rey. A partir de los Reyes Católicos, el Consejo Real se dividió en cinco salas, una de las cuales era la de *Apelaciones*. La creación del Consejo



se remonta a las Cortes de Valladolid de 1385 (Juan I), y se integraba inicialmente por cuatro caballeros, cuatro prelados y cuatro burgueses, posteriormente se van integrando juristas que fueron relegando la representación por estamentos.

54 *Chancillerías*, eran los tribunales superiores de justicia donde, además de las causas asignadas a su competencia, recaían las apelaciones de todos los pleitos sustanciados por los jueces de las provincias que estaban dentro de su territorio. Las Audiencias creadas por Enrique II de Castilla (1334-1379) cambian el nombre *Chancellorías* con Juan I de Castilla en 1387 dando lugar al *Tribunal Superior de Administración de Justicia*: (i) se integraba con ocho oidores (letrados), dos prelados y *chancilleros de gracia y justicia*, cuya misión era sellar los documentos. Las *Ordenanzas de 1486*, cambiaron su composición, que se estableció en un presidente, un alcalde de la Sala de lo Criminal, *oidores* de las cuatro Salas de lo Civil, más una sala de *hijosdalgos* nobles y una Sala de Vizcaya con un juez mayor que veía en alzada los litigios procedentes del señorío. Su sede se asentó en Valladolid en 1489, si bien más tarde se estableció también la *Chancillería* de Granada (creada en 1500 y efectiva en 1505) y (ii) conocía sobre apelaciones para revocar o confirmar las sentencias de la justicia local, sobre causas criminales, para revisar las quejas contra los jueces locales, pleitos acerca de los límites entre pueblos vecinos y otros. Tenía jurisdicción directa y excluyente en “casos de Corte”, que versaban sobre determinados procedimientos reservados a la Corona, como delitos contra la honestidad, contra personas, de traición, y contra el rey.

55 Se crean en el siglo XVI como *Chancillerías* de inferior categoría y similares funciones.

56 Funcionario real cuya función podía comprender diversos encargos y ámbitos geográficos (*Corregimiento*) desde el provincial hasta el municipal. Se establecía así un lazo de unión entre los poderes territoriales y el monarca.

57 Identifica también el Archivo Real.

58 Teniendo en cuenta que un maravedí contenía 3,8 gr. de oro, el cambio a euros (a cotización gramo/oro de junio de 2019) ascendería a 144€ por lo que 3.000 maravedíes equivaldrían a 432.000 euros, sanción que parece exagerada para la época. Otros estudios que tienen en cuenta otros parámetros efectúan una equivalencia de 1 maravedí = 0,20 euros, por lo que 3.000 maravedíes serían unos 600 euros. Esta última equivalencia, parece mucho más ajustada y, más si tiene en cuenta, que las sanciones por no acreditarse las causas de recusación oscilaban desde 30.000 a 120.000 maravedíes oscilarían, a 0,20 euros maravedí, entre 6.000 euros y 24.000 euros.

59 Citado por Santos Corona, Maranta, R (1550). *Tractatus De Ordine Iudiciorum: Vulgo Speculum aureum, et Lumen advocatorum*. Biblioteca Estatal de Baviera.

60 Citado por Santos Corona, Acedo-Rico, J. (1794). *Instituciones prácticas de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios, en todos sus trámites, según que se empiezan, continúan, y acaban en los Tribunales reales*. Publicación original: Oficina de Don Benito Cano (Conde de la Cañada), Madrid.

61 Las pesetas comenzaron a acuñarse esporádicamente y con interrupciones desde 1737, si bien no fue hasta el reinado de Isabel II que, recurrentemente, se mantuvo su acuñamiento y circulación. Consistía en 5 gramos de plata y equivalía a 4 reales. Por tanto, 6.000 reales de mitad del siglo XIX equivaldrían a unas 1.500 pesetas de entonces.

Con los riesgos que implica, de incurrir en un notable error, pero al objeto de establecer una equivalencia que permita actualizar, siquiera indicativamente -al no existir estudios fiables-, para establecer el valor actual de las pesetas de la mitad del siglo XIX se puede seguir a Álvaro Espina -que formó parte de la *task force* que negoció la entrada de España en la Unión Europea y Doctor en Ciencias Políticas y Sociología, administrador civil del Estado y consejero de Política Económica en el Ministerio de Economía de España- que estableció que desde 1900 hasta el 2000 la equivalencia estaría en 1 peseta por 420. Al margen de la equivalencia entre pesetas del siglo XIX y las de 1900, la multa equivaldría a unas 630.000 pesetas, es decir, unos 5.300 euros actuales (1 euro de 2000 = 1,39 euros de 2019).

62 El letrado consultor podía ser recusado sin expresar la causa y con juramento de no proceder con malicia. Un mismo litigante no podía recusar a más de tres letrados consultores en una misma causa. El letrado consultor recusado, era sustituido por un consultor privado.

63 La tutela es una institución jurídica para quién, no estando bajo la patria potestad (menores cuyos padres -iniciales tutores-, hayan fallecido, desaparecido, o perdido la custodia por cualquier motivo) o resulten declarados incapaces. En tal caso se le procura la total guarda de la persona y de sus bienes por una institución o por una persona determinada en principio de forma permanente. La curatela se distingue de la tutela en tener un objeto más asistencial, aunque puede extenderse también a actos de representación y patrimoniales que se determinen en la propia sentencia de incapacitación en función del grado de necesidad de cuidados que afecten al concreto individuo. En palabras recogidas por la STS de 11 de octubre de 2017, se trata de un “traje a medida”.

64 Según Álvaro Espina, desde 1900 a 2000, los precios se multiplicaron unas 420 veces. Ello implica que el valor de la multa de entre 25 y 400 pesetas, equivaldrían en el año 2000 a unas 10.500 y 168.000 pesetas respectivamente, a su vez equivalentes a 63,18 euros y 1.009 euros al cambio. Dichos euros actualizados a la fecha, teniendo en cuenta la evolución del IPC 1 euros de 2000 = 1,39 euros de 2019 rondarían los 87 euros y 1.400 euros respectivamente.

65 Equivalente al juzgado de primera instancia.

66 Ahora se denomina letrado de la administración de justicia, que entre otras tareas tienen la de otorgar fe pública de los actos judiciales que disponga la normativa.

67 Fernández-Viagas, P. (2015), Ob. Cit.

68 En todo caso, lo dispuesto en la actual LEC (artículos 99 a 128) y de la LOPJ (artículos 217, a 219) sobre causas de recusación y abstención también se aplica directamente a

los peritos judiciales, Letrados de la Administración de Justicia (antiguos Secretarios) y otro personal al servicio de la función judicial a los que resulta, asimismo obligado, reunir las condiciones de independencia e imparcialidad ante las partes. La LEC regula los procedimientos de recusación al respecto de todos ellos en la jurisdicción civil y de forma supletoria también para lo que no se encuentre regulado en la LECrim. o en otros cuerpos legales.

Del mismo modo el estudio de estas condiciones subjetivas y objetivas que puedan afectar a funcionarios y empleados públicos y que fundamentalmente se encuentran recogidas en el Real Decreto Legislativo 5/2015 de 30 de octubre (*Estatuto básico del empleado público*) en el artículo 52 y siguientes sobre deberes y principios éticos y de conducta, excederían del contenido de esta ponencia por su muy diferenciado tratamiento.

No obstante, y en relación con la intervención en procedimientos administrativos de funcionarios, la recusación se regula específicamente en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, *de Régimen Jurídico del Sector Público*, estableciéndose el deber de abstención de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas por las causas previstas en el artículo 23. En el Capítulo III, apartado 3 se aborda su tratamiento. Tampoco, se hará referencia concreta a los árbitros y tribunales deportivos, por la especificidad normativa establecida en diversos cuerpos legales y en los correspondientes reglamentos de federaciones y asociaciones. Baste decir a este objeto que también los árbitros y tribunales del deporte han de reunir las condiciones de independencia e imparcialidad que resultan común denominador para quién debe juzgar o emitir juicio vinculante u opinión encaminada a producir efectos jurídicos.

69 Salas de la Audiencia Nacional, Provinciales o Territoriales, de los Tribunales Superiores de Justicia, del Supremo, Constitucional, o caso del jurado.

70 Sociedades mercantiles o civiles, cualquier administración u organismo público, u organizaciones de cualquier clase como fundaciones, cooperativas, comunidades de bienes...

71 Por su interés al objeto de esta ponencia reproducimos el derogado artículo del Código de Justicia Militar en relación con las causas de incompatibilidad para ser miembro de un Tribunal de Honor y que como se verá no podían ser causa de recusación por el encausado, y ni siquiera de directa abstención por el concernido, que debía ser autorizada por quién le hubiera nombrado.

*Artículo, mil treinta y uno.- La asistencia a los Tribunales de Honor se considerará un acto de servicio y obligatoria para el nombrado, salvo caso de incompatibilidad por parentesco, amistad íntima, enemistad manifiesta o interés personal, cuyas causas, podrán alegar por escrito aquellos en quienes concurran inmediatamente de recibir la orden de nombramiento ante la Autoridad que lo hizo, la cual, oyendo, si lo cree imprescindible, al inculpado, resolverá en el plazo de cuarenta y ocho horas sin ulterior recurso. Si se admitiera la incompatibilidad, se sustituirá en. el acto al excluido conforme a las reglas antes establecidas.*

La supresión definitiva vino con la Ley Orgánica 2/1989, de 3 de abril, *Procesal militar* en el plano procesal y en el plano sustantivo con la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, *de la Defensa Nacional*. Raúl Canosa Usera, Universidad Complutense

(diciembre 2003) en trabajo actualizada por Ángeles González Escudero, Letrada de las Cortes Generales (enero 2011):

*Los tribunales de honor son unas instituciones típicamente españolas, sin parangón en el Derecho extranjero [...]. Se extienden luego a la Administración pública (en la legislación de funcionarios civiles de 1918) y más tarde a la esfera privada, en especial a los colegios profesionales. Estaban formados por los pares del encausado y tenían por finalidad juzgar la dignidad de éste para pertenecer al cuerpo o profesión de la que era miembro [...] El bien jurídico protegido no era el honor del enjuiciado sino el del cuerpo al que pertenecía.*

(<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=26&tipo=2>)

72 Salvo miembros de un jurado que, precisamente si están ejerciendo una profesión jurídica y *ex* artículo 10 de la *Ley de Jurado* (1995), resultan incompatibles e inidóneos. El legislador pretende que estos no se encuentren en posición de prevalencia con posibilidad de influencia en los demás miembros por sus conocimientos jurídicos.

73 Al margen de las sentencias ya referidas en el Capítulo I y las que se comentarán en los Capítulos IV.3 y IV.4, la jurisprudencia fundamental de nuestros tribunales respecto a independencia e imparcialidad de jueces y tribunales viene recogida en las siguientes:

Del Tribunal Supremo: núms. 259/2015 (30 abril), 79/2014 (18 febrero), 897/2016 (30 noviembre), 883/2012 (24 octubre), 1084/2003 (18 julio), 662/2009 (5 junio), 1186/1998 (16 octubre), 1405/1997 (28 noviembre), 1084/2003 (18 julio), 1431/2003 (1 noviembre), 36/2006 (19 enero), 448/2008 (10 julio), 618/2011 (9 junio), 391/2011 (20 mayo), 484/2001 (22 marzo), 1125/2001 (12 julio), 732/2005 (10 junio), 343/2007 (20 abril), 799/2007 (2 octubre).

Del Tribunal Constitucional: núms. 133/1987 (21 julio), 150/89 (25 septiembre), 111/1893 (25 marzo), 137/1997 (21 julio), 111/1993 (25 marzo), 137/1997 (21 julio), 259/2015 (30 abril), 299/94 (14 noviembre), 154/2001 (2 septiembre), 151/2000 (12 junio), 47/2011 (12 abril), 313/2005 (12 diciembre), 11/2000 (17 enero), 70/1995 (16 marzo), 310/2000 (18 diciembre), 52/2001 (26 febrero), 39/2004 (22 marzo), 41/2005 (28 febrero), 26/2007 (12 febrero), 95/1988 (26 mayo), 101/1984 (8 noviembre), 199/8716 (diciembre), 47/1983 (31 mayo).

74 Respecto a sesgo o creencia ideológica, que no figura tampoco como causa expresa de regulación, existe una tímida apertura a su consideración a través de las actuales causas 9ª y 10ª (enemistad e interés respectivamente). En el Capítulo IV.3 y Capítulo IV.4 siguiente, se aborda con detenimiento la cuestión.

75 El Tribunal del Jurado no tiene competencia para todo tipo de delitos. Los artículos 1 y 2 de la Ley delimitan exhaustivamente cuales son los delitos que pueden ser atribuidos a su enjuiciamiento. Destacable resulta lo dispuesto en el artículo 1.3: *En todo caso quedan excluidos de la competencia del Jurado, los delitos cuyo enjuiciamiento venga atribuido a la Audiencia Nacional.*

76 <https://www.linkedin.com/pulse/la-difcil-labor-del-juzgador-pedro-tuset-del-pino>

77 [https://www.segre.com/es/noticias/opinion/tribuna/2017/03/13/creemos\\_la\\_justicia\\_14148\\_1128.html](https://www.segre.com/es/noticias/opinion/tribuna/2017/03/13/creemos_la_justicia_14148_1128.html)

78 Dentro del Título III de la LECrim. (*De las recusaciones y excusas de los Magistrados, Jueces, Asesores y Auxiliares de los Juzgados y Tribunales y de la abstención del Ministerio Fiscal*), se regula ésta última en el Capítulo VI (*De la abstención del Ministerio Fiscal*):

Artículo 96. *Los representantes del Ministerio Fiscal no podrán ser recusados, pero se abstendrán de intervenir en los actos judiciales cuando concurra en ellos alguna de las causas señaladas en el artículo 54 de esta Ley.*

Artículo 97. *Si concurriese en el Fiscal del Tribunal Supremo o en los Fiscales de las Audiencias alguna de las causas por razón de las cuales deban abstenerse de conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior, designarán para que los reemplacen al Teniente fiscal, y en su defecto a los Abogados fiscales por el orden de categoría y antigüedad.*

*Lo dispuesto en el párrafo anterior es aplicable a los Tenientes o Abogados fiscales cuando ejerzan las funciones de su jefe respectivo.*

Artículo 98. *Los Tenientes y Abogados fiscales del Tribunal Supremo y de las Audiencias harán presente su excusa al superior respectivo, quien les relevará de intervenir en los actos judiciales y elegirá para sustituirles al que tenga por conveniente entre sus subordinados.*

Artículo 99. *Cuando los representantes del Ministerio Fiscal no se excusaren a pesar de comprenderles alguna de las causas expresadas en el artículo 54, podrán los que se consideren agraviados acudir en queja al superior inmediato.*

*Éste oír al subordinado que hubiese sido objeto de la queja y, encontrándola fundada, decidirá su sustitución. Si no la encontrare fundada, podrá acordar que intervenga en el proceso. Contra esta determinación no se da recurso alguno.*

*Los Fiscales de las Audiencias territoriales decidirán las quejas que se les dirijan contra los Fiscales de las Audiencias de lo criminal.*

*Si fuere el Fiscal del Tribunal Supremo el que diera motivo a la queja, deberá ésta dirigirse al Ministro de Gracia y Justicia por conducto del Presidente del mismo Tribunal. El Ministro de Gracia y Justicia, oída la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo si lo considera oportuno, resolverá lo que estime procedente.*

79 No todas las controversias son arbitrales. Así se dispone en la LA en su artículo 2 (*Materias objeto de arbitraje*):

- (i) *Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho.*
- (ii) *Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral.*

Ello quiere decir que no resultan arbitrables controversias penales, ni con trabajadores, o de orden público, entendiéndolo éste, a estos efectos, como la normativa esencial del estado social y democrático de derecho.

Ello no deja de generar amplia controversia y problemática cuando, en un concreto asunto y en una relación entre sujetos privados, incide normativa de este tipo como pudiera ser la *Ley del Mercado de Valores* o cualquier otra regulación sectorial. Relevante e impactante ha resultado la reciente sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

de 13 julio de 2015 que anuló un laudo por considerar que había tratado una materia no arbitrable relativa al transporte de gas en el que se implicaban intereses públicos y de terceros por lo que claramente ello constituía normativa con carácter de orden público.

80 El laudo en equidad es aquél que no tiene por qué someterse a norma jurídica alguna, salvo que las partes la hubiesen indicado como referencia, sin que tampoco la concreta decisión necesite motivación. No obstante, se trata de un tema muy controvertido tras la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia núm. 18/2012 de 2 de mayo, de forma que buena parte de la doctrina viene sosteniendo que los laudos en equidad deberían desplegar un mayor rigor en su motivación como garantía de los derechos fundamentales, entre ellos la imparcialidad, de los sometidos a procedimiento arbitral.

81 El origen del arbitraje se pierde en el tiempo, si bien su expansión tiene su génesis en el Tratado *Jay* entre Estados Unidos y Gran Bretaña de 1794 sobre comercio marítimo y culmina con el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros de Nueva York de 1958 ratificado por el Reino de España en 1977, si bien se mantuvo (artículo 955 de la Ley de 1981) un especial procedimiento de *exequatur* a seguir ante el Tribunal Supremo para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, que fue derogado por la LEC de 2000. Actualmente la LA dispone en su artículo 46 (*Carácter extranjero del laudo. Normas aplicables*):

1. *Se entiende por laudo extranjero el pronunciado fuera del territorio español.*
2. *El exequátur de laudos extranjeros se regirá por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros.*

Las especiales características de la institución arbitral permite que las partes determinen que el procedimiento se sustancie en país diferente a sus nacionalidades y administrado o no por una institución extranjera, que elijan el derecho aplicable, la lengua del procedimiento, el número de árbitros, su nacionalidad y residencia, y todo lo que estimen pertinente en relación con el desarrollo del procedimiento.

82 La LA dispone en su artículo 14 (*Arbitraje institucional*):

1. *Las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a:*
  - a) *Corporaciones de Derecho público y Entidades públicas que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras.*
  - b) *Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales.*
2. *Las instituciones arbitrales ejercerán sus funciones conforme a sus propios reglamentos.*
3. *Las instituciones arbitrales velarán por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como su independencia.*

83 Sistema de resolución de conflictos *semi-jurisdiccional*, como ha sido calificado en ocasiones por algún sector de la doctrina, o incluso jurisdiccional alternativo como lo califica algunas sentencias del Tribunal Constitucional.

84 El régimen jurídico español de la LA de 2003 se inspira en la *Ley Modelo* elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 21 de junio de 1985 (*Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL*), y como dice su Exposición de Motivos:

*[...] recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, «teniendo en cuenta las exigencias de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades de la práctica del arbitraje comercial internacional». El legislador español sigue la recomendación de las Naciones Unidas, acoge como base la Ley Modelo y, además, toma en consideración los sucesivos trabajos emprendidos por aquella Comisión con el propósito de incorporar los avances técnicos y atender a las nuevas necesidades de la práctica arbitral, particularmente en materia de requisitos del convenio arbitral y de adopción de medidas cautelares.*

85 Artículo 17 (Motivos de abstención y recusación):

- 1. Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial.*
- 2. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida. En cualquier momento del arbitraje cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con algunas de las otras partes.*
- 3. Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su designación.*
- 4. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre éstas.*

Artículo 18 (Procedimiento de recusación):

- 1. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros.*
- 2. A falta de acuerdo, la parte que recuse a un árbitro expondrá los motivos dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la aceptación o de cualquiera de las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá a los árbitros decidir sobre ésta.*
- 3. Si no prosperase la recusación planteada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o al establecido en el apartado anterior, la parte recusante podrá, en su caso, hacer valer la recusación al impugnar el laudo.*

86 Hay que destacar de dicha sentencia, en cuanto a la exigencia de imparcialidad e independencia a las instituciones arbitrales, su FJ 3º, que señala:

*En principio, la imparcialidad que se predica en la Ley de Arbitraje (RCL 2013, 3010) viene referida a los árbitros, no a la institución administradora del arbitraje [...] Ahora bien, el citado criterio ha sido matizado por éste Tribunal, en el sentido de que sí bien, este criterio, correcto con carácter general -aun cuando admita matizaciones-, pues responde a la concepción -legal y doctrinalmente aceptada- de que la imparcialidad ha de predicarse de quien tiene que resolver a lo largo del proceso, no obsta a la debida preservación de principios básicos del quehacer jurisdiccional y también del arbitraje, en tanto en cuanto éste es un “equivalente jurisdiccional”, en locución ya clásica del Tribunal Constitucional: principios básicos tales como el de igualdad a lo largo de todo el procedimiento arbitral, conciliado con la necesaria libertad a la hora de emitir la voluntad de someterse a arbitraje.*

*Tal y como afirmábamos en la sentencia de este Tribunal de fecha 14 de noviembre del dos mil catorce (NLA 120/2013): “En otras palabras: las decisiones de la institución que administra el arbitraje se integran o, si se quiere, son expresión misma de la voluntad de todas las partes que suscriben el convenio arbitral -por delegación de éstas.*

*Y qué duda cabe de que la institución administradora del arbitraje tiene encomendadas legalmente unas funciones y atribuidas unas responsabilidades de primer orden, que se traducen en verdaderas decisiones, cuya validez se enraíza y, por ello, se supedita a la validez misma del consentimiento de las partes que está en el origen de su actuación. De ahí que sea evidente de toda evidencia que la sumisión a una institución arbitral deba realizarse con plena libertad en la declaración de voluntad -incompatible con la desigualdad de las partes o con la situación de preeminencia de una sobre la otra-, y que resulte asimismo incuestionable que la posición de la institución arbitral en el ejercicio de sus funciones, que aúna y representa la voluntad de ambas partes, haya de estar regida por la debida ecuanimidad [...] Aplicando los anteriores criterios al supuesto analizado, resulta obvia la falta de imparcialidad de la Corte [...].*

En esa misma sentencia, se incluye el voto particular concurrente de uno de los magistrado, que se expresa así respecto a la cuestión (RJ Quinto):

*Y hemos añadido en otras sentencias ulteriores -v.gr. FJ 9º S. 65/2015, de 17 de septiembre (PROV 2015, 242025) -, literalmente lo siguiente:*

*“Esta premisa es plenamente aceptada por la Sala: la obligación de independencia e imparcialidad, con los consiguientes motivos de abstención, y los deberes de revelación y de información que asisten a los árbitros, mutatis mutandis, son exigibles a las instituciones llamadas a administrar el arbitraje. Extremo ratificado por la Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, que, en su primera consideración para la aplicación práctica de las normas generales -entre las cuales se hallan dos reglas relativas a los deberes de revelación e información, reglas 3ª y 7ª-, señala que “ las Directrices han de guiar a los árbitros, a las partes, a las instituciones arbitrales, (e incluso) a los tribunales estatales sobre el tipo de circunstancias que crean o no un conflicto de intereses y sobre aquellas que, de un modo o de otro, haya que revelar a las partes”.*



87 Goenechea Permisán, G. (2018). *Fundamentos del sistema legal en materia de independencia e imparcialidad: un sistema autónomo basado en la duda*, páginas 174 y 175 (abogado en ejercicio y doctor en Derecho), señala respecto al principio de “duda justificada”: *Entendemos que desde un punto de vista dogmático puede afirmarse que en el sistema arbitral el legislador nacional, siguiendo al internacional, ha optado por la incorporación al artículo 17.3 LA 2003 de una cláusula general y abierta, caracterizada por una meticulosa indeterminación, con el fin de garantizar al máximo la imparcialidad e independencia subjetivas o reales, aun a riesgo de descartar a árbitros imparciales e independientes.*

*Como señala BORN (refiriéndose al estándar de la Ley Modelo y por ende al nuestro) un grado de sensibilidad tan alto tiene su razón de ser en el hecho de que la revisión del laudo -después de dictado- está muy limitada. Siendo la causa de recusación y abstención del árbitro las “dudas justificadas” sobre su imparcialidad o independencia, el objeto de valoración en el sistema arbitral de abstención y recusación no es propiamente la independencia o imparcialidad del árbitro, sino el grado de “justificación” de las dudas a las que alude el precepto, atendidas las circunstancias del caso concreto. Desde esta perspectiva, se ha de tomar en consideración que la “duda” equivale a la “suspensión o indeterminación de ánimo entre dos hechos”, hechos que, en nuestro caso, son la parcialidad o imparcialidad, la independencia o dependencia del árbitro. La Ley de Arbitraje no exige que exista una inclinación de ese ánimo hacia ninguno de los dos lados de la balanza, bastando con que pueda justificarse la duda para que proceda la abstención y la recusación en su defecto.*

88 Goenechea Permisán, G. (2018). Ob. Cit., páginas 179 y 180.

89 Una de las principales funciones de las instituciones administradoras de arbitrajes y a través de su comité de designación de árbitros (sin control alguno) es que han de velar que estos reúnan las imprescindibles condiciones de independencia e imparcialidad, así como tramitar y decidir sobre las recusaciones que se interpongan por las partes si así lo prevé su Reglamento.

90 Sentencia ya indicada del TSJ de Madrid, núm. 34/2018. Acceso al texto completo. [http://www.mobiliariamonessa.com/01/sentencia\\_estimatoria.pdf](http://www.mobiliariamonessa.com/01/sentencia_estimatoria.pdf)

91 Preparatorio de un posterior recurso de nulidad de actuaciones y recurso de amparo, únicos posibles ante las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia cuando sustancian procedimientos de anulación de laudo.

92 Principio por el que los árbitros deciden su propia competencia.

93 A pie de página del escrito constaba lo que sigue: *El control público de las instituciones administradoras de arbitraje es “de facto” inexistente en lo que se refiere a sus servicios de arbitraje, generándose una confianza (basta ver la web de-----), cuando de corporaciones e instituciones de derecho público se trata, confianza esta que se ve defraudada por el sistema que de hecho imponen quienes la controlan. En el presente caso y cuando se intentó que la Administración y más tarde los tribunales controlasen el desafuero producido en la aprobación de estatutos y en la conformación de decisiones sobre la ----- por el ----- al margen totalmente*

*de la función arbitral, fracasamos de plano ante la “muralla” que se levantó bajo el principio de “Kompetenz Kompetenz” aplicado a la institución arbitral y a una consideración que seguimos entendiendo inapropiada de que se trata de elementos de derecho privado.*

94 <http://lawyerpress.com/2019/02/25/el-arbitraje-institucional-analiza-en-el-icam-sus-proximos-retos/>

95 Por todas véase las sentencias del TSJ de Madrid, núm. 63/2014 y núm. 34/2018 (ya indicada).

96 <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/634bc-289c7a244ad/20170208>

97 <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0c8cdf743a-76bb57/20170104>

98 <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/53ece-2c4b26088d5/20150122>

99 <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9e20a-564d48080d2/20190103>

100 En Madrid por una resolución del CGPJ, se ha establecido un único juzgado con funciones de “apoyo arbitral” para ejecuciones de laudos, adopción de medidas cautelares y otras funciones establecidas en la LA. No se acierta a comprender la utilidad de un único y prestablecido juzgado, ya que (teniendo en cuenta lo limitado de las funciones de control jurisdiccional), frente a un pretendido incremento de la especialización, se rompe la seguridad que otorga el sistema de reparto que tiene como benéfico efecto frente al demandado o quién deba ser compelido por una resolución judicial, el que se desconozca qué juez ha de resolver la concreta petición que se someta a su decisión por un interesado. Con el sistema de juez único se pierde esa garantía y es más los *lobbies* arbitrales se cuidan muy mucho de estar permanentemente interaccionando con el titular de ese juzgado de apoyo a funciones arbitrales, de forma que se le prodigan las invitaciones a conferencias y simposios en los que despliegan relación y todo tipo de influencias que a la postre pueden acabar sesgando, siquiera de forma inconsciente, a quién ha de acabar decidiendo.

101 Intereses incrementales penalizadores por el retraso producido en la emisión del laudo.

102 La referida *Ley Modelo* de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional es de 1985 (modificada parcialmente en 2006), se dictó para que los Estados reformularan y adaptarán sus leyes sobre arbitraje a las características de los procedimientos arbitrales internacionales sobre comercio (regula la totalidad del procedimiento arbitral) para que se ajustaran a las “*prácticas contractuales internacionales*”. [https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial\\_arbitration](https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration)

103 Orden público procesal y material. El primero se refiere a las reglas procedimentales del arbitraje y a que se hayan respetado los principios de igualdad, audiencia y contradicción y el segundo a evidentes vulneraciones de derecho material que excepcional acogida encuentran en las sentencias que recaen en los procedimientos de anulación.

104 Señala el artículo 21 LA (Responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales): [...] 1. *La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquella contra los árbitros. Se exigirá a los árbitros o a las instituciones arbitrales en su nombre la contratación de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, en la cuantía que reglamentariamente se establezca. Se exceptúan de la contratación de este seguro o garantía equivalente a las Entidades públicas y a los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las Administraciones públicas.*

105 Y ello dejando al margen de cualquier disquisición técnica sobre la naturaleza jurídica de la relación entre las partes con la institución y los árbitros a la que se ha dedicado ríos de tinta en la confrontación entre quienes sostienen la tesis de la naturaleza “contractualista” o privatista del arbitraje frente a la consideración de la existencia de una particular jurisdicción. Incluso dentro de la tesis contractualista se discute si se trata de un contrato de servicios, de obra, de mandato o de tipo mixto. Castillo Freyre, M. (Doctor en Derecho y profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú) y Vásquez Kunze, R. (abogado), *Arbitraje: naturaleza y definición* (2006), llegan a decir:

*Ninguna definición que no parta de la premisa de que el arbitraje es una sustracción legalmente autorizada a la jurisdicción estatal, es una definición completa.*

Lo cierto es que prominentes juristas se inclinan por la tesis privatista teniendo en cuenta que si hay contrato no hay jurisdicción. La posición que se adopte, con la actual normativa sobre responsabilidad de árbitros e instituciones, determina un régimen diferente de atribución de responsabilidad incluso a la vista del actual redactado del artículo 21 de la LA.

106 El control público de las instituciones administradoras de arbitraje es de *facto* inexistente en lo que se refiere a sus servicios de arbitraje, ya que cuando de corporaciones e instituciones de derecho público se trata, se genera una confianza en particulares y empresas (basta con ver las webs respectivas) que se ve defraudada por el sistema que de hecho imponen quienes controlan esas instituciones. Ante algún intento que la Administración y más tarde de que los tribunales controlasen los desafueros producidos en determinadas aprobaciones de estatutos y reglamentos y en los sistemas de adopción de decisiones de dichas instituciones y al margen totalmente de una concreta función arbitral, se fracasa siempre de plano ante la “muralla” que se levanta bajo el principio de “kompetenz kompetenz” aplicado a la institución arbitral y a la inapropiada consideración de que se trata exclusivamente de elementos de derecho privado.

107 Concepto empleado por Otmar Issing (economista alemán que fue miembro del Banco Central Europeo) para describir la afectación de la independencia por lealtad de quien, designado por un Gobierno, pasa a integrarse en una institución formalmente independiente.

108 Morera Guajardo, E. (2010). *Responsabilidad. Concepto jurídico y sus singularidades*, página 243. Como este ponente ha tenido ocasión de apuntar:

*Se ha pasado de normas generales, que siguen perviviendo, a normas especiales dirigidas individualmente a los respectivos agentes que realicen una actividad determinada [...] un reciente y encadenado doble fenómeno de (i) los imprevistos, y de desconocidas consecuencias, avances y riesgos técnicos y científicos que determinan (ii) la necesidad de específicas regulaciones.*

109 La reciente STS de su Sala tercera de 17 de febrero de 2022 (Recurso núm. 5631/2019), encierra una detallada, precisa y completa doctrina sobre el valor de los informes de expertos al servicio de la Administración. Tras establecer que a un informe de la Administración no hay que otorgarle un plus de credibilidad, concluye que cuando ésta es parte en el procedimiento hay que considerar que no se es imparcial. Establece también que los informes de origen funcional, aun habiendo sido elaborados por auténticos técnicos, no pueden ser considerados como prueba pericial y que dichos informes no tendrán más valor que el que tengan como documentos administrativos, y como tales habrán de ser valorados.

110 El margen de los autonómicos y de los existentes en la Unión Europea, con directas competencias en España y entre muchos otros, contamos en nuestro país con, el Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, Comisión Nacional de la Energía, Comisión de los Mercados y de la Competencia, Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, Agencia de Información y Control Alimentarios y muchos otros.

111 Intervención de don Julio Segura (ex presidente de la CNMV), en el seminario impartido en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (29 de junio de 2012):

*Pero es igualmente relevante que el supervisor financiero pueda ser independiente respecto del poder económico del sector supervisado. A nadie se le escapa que en la CNMV tratamos con entidades que gozan de un gran poder económico (entidades bancarias de primer nivel en la Unión Europea, sociedades cotizadas punteras en sus respectivos sectores [...]).*

112 En un sonado caso en el que se denunció a una poderosa empresa ante el correspondiente supervisor y tras que su secretario general firmará un informe de archivo de la denuncia que resultó ratificado por el órgano rector, el proponente y emisor del informe acabó siendo secretario general de la asociación sectorial (que obviamente conllevaba un muy significativo incremento de la remuneración), a la que pertenecía la empresa denunciada y que “*de facto*” resultaba controlada por la misma. Tras interponerse el correspondiente recurso de alzada ante el ministerio correspondiente, resultó que el alto cargo responsable de resolverlo había actuado con carácter previo a su nombramiento como perito de la empresa en cuestión en un procedimiento arbitral sobre el mismo asunto. No se abstuvo y confirmó la resolución de archivo. Más tarde desempeñó una alta responsabilidad en la empresa denunciada y a la fecha se encuentra ostentando un alto cargo en Bruselas en un regulador del mismo sector. Tras más de cinco años, el Tribunal Supremo obligó al regulador a reabrir la denuncia. Caso sangrante de las circunstancias que se

producen por lo que se viene en denominar “puertas giratorias”, que resultan mucho más graves cuando el paso de la administración a la empresa privada o viceversa no resulta mediáticamente llamativo.

Por ejemplo, el personal de la CNMV no tiene mayoritariamente el carácter de funcionario y es contratado laboralmente. El de carácter fijo accede por convocatoria pública, sin embargo, se puede acceder con carácter eventual o no permanente, sin necesidad de convocatoria pública (artículos 27 y 44 de la LMV). El funcionamiento, la distribución de competencias entre órganos y los procesos de ingreso del personal de la CNMV se regula mediante su *Reglamento de Régimen Interno*, aprobado mediante Resolución de 10 de julio de 2003 por su Consejo (referencia RCL 2003/1823), modificada mediante resoluciones de 5 de noviembre de 2008 y 7 de julio de 2010. Son consejeros natos el Director General del Tesoro y Política Financiera (entidad pública perteneciente al Ministerio de Industria, Energía y Turismo) y el Subgobernador del Banco de España (artículo 7.1.b). Tres consejeros nombrados a instancias del Ministro de Economía y Hacienda entre personas de reconocida competencia en materias relacionadas con el mercado de valores. (artículo 7.1.c). El presidente y vicepresidente son nombrados a propuesta del Ministerio de Economía y Hacienda entre personas de “reconocida competencia” en materias relacionadas con el mercado de valores. (artículo 7.1.a).

113 Por todas, las sentencias del TSJ de Andalucía de 19 de octubre de 1999 y del TSJ de Cataluña de 4 de febrero de 2011.

114 LA RAE, define el término “relaciones de sujeción especial”, como:

*Categoría de creación doctrinal y jurisprudencial que se aplica cuando existe una vinculación especialmente intensa entre la Administración y el ciudadano, ya sea porque este se integra en la estructura de la organización administrativa como personal al servicio de la Administración, ya por cualquier otra circunstancia (internos en establecimientos penitenciarios u hospitales, estudiantes, colegiados respecto de sus respectivos colegios profesionales, contratistas de la Administración o concesionarios de servicios públicos), y que justifica una modulación o flexibilización de determinados principios rectores de la potestad administrativa sancionadora, particularmente del principio de legalidad y del non bis in ídem, sin que pueda implicar nunca la eliminación de los derechos fundamentales. También se denominan relaciones de supremacía especial.*

*SSTC 129/1990, 57/1994, 129/1995, 35/1996 y 132/2001. «En este panorama jurisprudencial brilla con luz propia la importante STC 132/2001, de 8 de junio, en la que, después de reiterar que la distinción entre relación de sujeción general y especial es “en sí misma imprecisa”, añade una observación capital, a saber, que esta última categoría “no es una norma constitucional, sino la descripción de ciertas situaciones y relaciones administrativas donde la Constitución, o la ley de acuerdo con la Constitución, han modulado los derechos constitucionales de los ciudadanos.*

*Y entre los derechos modulados de una relación administrativa especial se encuentra el derecho a la legalidad sancionadora”. Aunque a renglón seguido advierte que por mucha que sea tal modulación, “una sanción carente de normativa legal resultaría contraria al derecho funda-*

*mental que reconoce el artículo 25 de la Constitución» (Nieto, Alejandro: Derecho administrativo sancionador, Madrid, Tecnos, 2012, pág. 187).*

115 Morera Guajardo, E. (2010). Ob. Cit., páginas 243 y 244.

116 Segura Sánchez, J. (2008). *Reguladores y supervisores económicos independientes: el caso español*, página 29.

117 Referencia base de datos jurisprudencial del CGPJ (CENDOJ: SAN 2768/2013), ratificada por el TS mediante sentencia de la Sala Penal de 10 de junio de 2014 (CENDOJ: STS 3137/2014).

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=6985116&links=potash&optimize=20140310&publicinterface=true>

118 <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/9833e870a8e4367f/20050119>

119 <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c0aa60519de-216bb/20110505>

120 El artículo 76 de la LBRL dispone: *Sin perjuicio de las causas de incompatibilidad establecidas por la ley, los miembros de las Corporaciones locales deberán abstenerse de participar en la deliberación, votación, decisión y ejecución de todo asunto cuando concurra alguna de las causas a que se refiere la legislación del procedimiento administrativo y contratos de las Administraciones Públicas. La actuación de los miembros en que concurran tales motivos implicará, cuando haya sido determinante, la invalidez de los actos en que haya intervenido.*

A su vez el artículo 28 de la LPAC, establece que las autoridades y el personal al servicio de las administraciones en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas en el número siguiente de este artículo se abstendrán de intervenir en el procedimiento y lo comunicaran a su superior inmediato, quien resolverá lo procedente, recogiendo como causa de abstención el tener parentesco de consanguineidad dentro el cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados.

121 <https://www.hacienda.gob.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Impuestos/TEAC/Paginas/Estructura%20y%20Organizacion.aspx>

122 Coello de Portugal Martínez del Peral, I. (2017). *Contra los “Tribunales” Económico Administrativos*, páginas 50-58 (Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra, Abogado del Estado, Letrado del Consejo de Estado, Letrado Mayor del Consejo de Estado). El artículo incide además en el perverso uso de plazos y del silencio negativo con los que se gestionan los recursos ante estos tribunales cuya resolución final tras acudir al procedimiento contencioso administrativo puede demorarse hasta diez años con los costes para el recurrente que ello significa.

123 Este ponente, sobre los organismos reguladores, cuestionó abiertamente su imparcialidad y objetividad (2010, Ob. Cit., páginas 106 y 107):

*Resulta destacable la proliferación de los denominados Reguladores o Supervisores en relación con la responsabilidad administrativa [...], pero pretendiendo que mantengan un amplio grado de autonomía, si bien sometidos a la normativa general administrativa y a la suya específica [...] Es decir “dictan” normativa de obligado cumplimiento, para la actividad de empresas y particulares -dentro- de un sector económico determinado [...]*

*Estos organismos tienen, así, una misión de supervisión y control de los sujetos privados que operan en el específico sector, pudiendo abrir expedientes por las infracciones que se encuentren tipificadas en la concreta normativa y sancionar las mismas [...] El sistema regulatorio, y su modo de implantación y desarrollo en España, no dejan de suscitar críticas, por cuanto en un mismo órgano, confluyen, de hecho, las tres facultades (legislativa, ejecutiva y judicial) a las que tradicionalmente se viene exigiendo su separación como indiscutible principio democrático y modo de proteger derechos fundamentales. Aunque las sanciones de los reguladores, en última instancia, pueden recurrirse antes los tribunales, es notoria la dificultad que supone esperar de quien dicta sentencia una posición distinta a la reflejada por el propio regulador.*

- 124 La RAE define el término *Lex Artis* como: *Conjunto de reglas técnicas a que ha de ajustarse la actuación de un profesional en ejercicio de su arte u oficio*. Su cumplimiento es determinante para la exoneración de responsabilidad en caso de que el ejercicio profesional haya ocasionado daños a terceros (STS de 18 de julio de 2016, Recurso número 4.139/2014).
- 125 Los peritajes más frecuentes versan sobre materia contable, médica, de construcción, etc.
- 126 Carretero Sánchez, S. (2019). *La Doctrina General sobre la recusación de peritos: establecimiento de sus bases mínimas* (Profesor titular de la Universidad Rey Juan Carlos. ex letrado del Tribunal Supremo).
- 127 *El juez conoce el derecho*. Se trata de un antiguo aforismo, hoy ya elevado a la categoría de Principio General de derecho procesal -desconocido en derecho romano- como así vino a consagrarlo la STS, Sala Primera, de 20 de mayo de 1985 que permite al juez o tribunal que resuelvan, respetando siempre la causa de pedir y los hechos alegados que considere probados, sobre la base de una normativa diferente a la invocada por las partes. Este principio se complementa con el aforismo que establece *da mihi factum dabo tibi ius* (“Dame los hechos que yo te daré el derecho”).
- 128 En el mismo sentido se expresa el artículo 474 de la LECrim.: *Antes de darse principio al acto pericial, todos los peritos, así los nombrados por el Juez como los que lo hubieren sido por las partes, prestarán juramento, conforme al artículo 434, de proceder bien y fielmente en sus operaciones, y de no proponerse otro fin más que el de descubrir y declarar la verdad*.
- 129 Normalmente, y si bien formalmente es designado por la parte, suele ser el equipo jurídico de ésta quien lo propone a su cliente.
- 130 La responsabilidad penal del perito viene regulada en el artículo 420 del CP:

*La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo, incurrirá en la pena de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de cinco a nueve años.*

En la práctica sólo resulta de aplicación a los peritos judiciales en la medida en que están ejerciendo una función pública al intervenir en un proceso por designación judicial. Resultaría inaplicable a los peritos de parte porque la retribución es pactada directamente entre el perito y la parte, mientras que la retribución del perito judicial resulta autorizada por juez o tribunal. Al tratar el falso testimonio, los artículos 459 y 460 del CP también hacen referencia a los peritos, distinguiendo el falso testimonio propio e impropio, que si resulta claramente de plena aplicación también a los peritos de parte.

*Artículo 459. Las penas de los artículos precedentes se impondrán en su mitad superior a los peritos o intérpretes que faltaren a la verdad maliciosamente en su dictamen o traducción, los cuales serán, además, castigados con la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio, empleo o cargo público, por tiempo de seis a doce años.*

*Artículo 460. Cuando el testigo, perito o intérprete, sin faltar sustancialmente a la verdad, la alterare con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que le fueran conocidos, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses y, en su caso, de suspensión de empleo o cargo público, profesión u oficio, de seis meses a tres años.*

131 Derivada de la problemática de la remisión por la anterior *Ley de Procedimiento Administrativo* a la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881, que no recogía la posibilidad de periciales de parte y tras su reforma en 2000 que incorpora la pericial de parte y por la inercia provocada por la anterior regulación, en la STS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 2.ª) de 30 de abril de 2009 (Recurso número 792/2006), citada en la sentencia de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS de 17 de septiembre de 2010 (Recurso núm. 126/2010), se estableció que sólo se puede considerar auténtica pericial la judicial.

No obstante, esa doctrina ha sido reiteradamente contradicha con posterioridad por el propio TS ampliando así la posibilidad del derecho de defensa de los litigantes al establecer que cualquier prueba y en especial la pericial ha de someterse a “sana crítica” por parte de jueces y tribunales por lo que no se debe establecer distinciones entre pruebas periciales judiciales y de parte.

132 Vegas Torres, J. (2009). *Análisis sobre la prueba pericial en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el proceso penal español*. (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Rey Juan Carlos). Refiere dicho autor resumidamente el procedimiento al respecto:

*El perito designado puede solicitar la provisión de fondos que considere necesaria, a cuenta de la liquidación final de sus honorarios. Esta solicitud se debe dirigir al tribunal en el plazo de tres días desde el nombramiento. El tribunal debe decidir sobre la provisión solicitada, fijando*



*la cantidad que estime procedente, y ordenar a la parte o partes que hubiesen propuesto la prueba pericial que procedan a abonar la cantidad fijada en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones del tribunal, en el plazo de cinco días. No se hará este requerimiento a las partes que tengan reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita. Si no se efectúa el depósito de la provisión de fondos, el perito queda “eximido de emitir el dictamen, sin que pueda procederse a una nueva designación”. Cuando se designa un único perito para que emita informe sobre cuestiones planteadas por ambas partes, la provisión de fondos se divide entre las partes. En tal caso, la Ley contempla el supuesto de que “uno de los litigantes no realizare la parte de la consignación que le correspondiere” y dispone que, si eso sucede, se ofrezca al otro litigante la posibilidad de completar la provisión, “indicando en tal caso los puntos sobre los que deba pronunciarse el dictamen”. Si el litigante no completa la provisión, se le reintegra la cantidad depositada, y el perito queda liberado del encargo sin que se pueda nombrar otro.*

133 <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/061a221499cb-f4b0/20071220>

134 <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/fdc28ec8b3c-69fad/20150818>

135 <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/611342fc-670d036c/20030918>

136 ¿La normativa sobre auditoría se basa fundamentalmente en las distintas Directivas y Reglamentos de la Unión Europea, que han tenido su reflejo en la actual LAC, así como otras sobre contabilidad como el CCom., LSC, normativa sobre PGC y sus adaptaciones sectoriales y la interpretación que se haga por parte del ICAC.

137 Mucha es la normativa contable que recoge y desarrolla este básico principio contable al margen de la referencia explícita que se refiere en el propio CCom. (artículo 34), PGC, *Plan General de Contabilidad para Pymes*, el propia del ICAC a través de sus boletines, las Normas Internacionales de Información Financiera, las Normas Internacionales de Contabilidad, junto con el permanente desarrollo de este vasto panorama regulatorio a través de Reales Decretos y con adaptaciones sectoriales. Su origen proviene como consecuencia de la incorporación a la CEE de Gran Bretaña, que ya venía utilizando el concepto, *true and fair view*, desde principios del siglo XX.

138 <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8147> (LAC);

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-1351> (Real Decreto 2/2021, de 12 de enero, por el que se aprueba el *Reglamento de desarrollo de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas*).

139 Se trata de servicios de asesoramiento financiero, económico y estratégico altamente especializado, a compañías, instituciones financieras y similares.

140 Elaboración y ratificación de informes periciales y en la investigación de fraude.

141 Deloitte, PwC, EY y KPMG, conocidas como las *big four*. A distancia le sigue BDO con una facturación a nivel mundial de unos 9.000 millones de dólares en 2018, y unos 86,5 millones de euros en España en el mismo ejercicio.

142 Se denomina *operación acordeón*, la reducción del capital social de una sociedad mercantil a cero euros para posteriormente proceder a aumentar el capital. Tiene que encontrarse muy justificado utilizar este mecanismo, ya que puede ser utilizado sin necesidad y como forma de expulsar a un socio minoritario que carezca de recursos para acudir al posterior aumento de capital.

143 Vid. al respecto el informe del año 2007 del Tribunal de Cuentas y la SAN (Sala de lo Penal) de 10 de junio de 2013, ratificada por la STS de 10 de junio de 2014.

144 Vid. la ya citada STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 20 de abril de 2015, sobre el archivo de una denuncia por un regulador supervisor alegando, además que el denunciante no podía ser parte. Finalmente, el TS tras más de cinco años y después de un Recurso de Casación ratificase la siguiente doctrina sobre la legitimidad para ser parte en la denuncia administrativa ante el regulador supervisor, siempre que se acreditase “interés legítimo”, y ordenando al mismo que retrotrajera el procedimiento dando audiencia al denunciante:

*La jurisprudencia de esta Sala ha venido a señalar que, en abstracto, no se puede afirmar la falta de legitimación para solicitar la incoación de un expediente disciplinario o sancionador, y que en lo que se refiere a estos procedimientos no es posible dar normas de carácter general acerca de la legitimación pues hay que atender al examen de cada caso. En este sentido se expresa la sentencia de esta Sala de 11 de abril de 2006 (RJ 2006, 2152) (casación 2543/2003 SIC), que, a continuación, citando un pronunciamiento anterior, añade lo siguiente: [...] Así, si bien no existe legitimación para pretender en abstracto la imposición de una sanción y, por tanto, para incoar un expediente sancionador, no puede excluirse que en determinados asuntos el solicitante pueda resultar beneficiado en sus derechos o intereses como consecuencia de la apertura de un expediente sancionador (reconocimiento de daños, derecho a indemnizaciones), lo que le otorgaría legitimación para solicitar una determinada actuación inspectora o sancionadora (en este sentido, sentencia de 14 de diciembre de 2.005 (RJ 2006, 1801) -recurso directo 101/2.004-). En esa misma línea de razonamiento pueden verse también las sentencias de esta Sala de 18 de junio (RJ 2014, 4235) y 17 de julio de 2014 (RJ 2014, 3710) ( recursos de casación 2096/2013 y 3471/2013 ) en las que se examina un caso en el que se había negado la legitimación de una determinada asociación para impugnar la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Sector Postal que había acordado la inadmisión de la petición de tramitación de un conflicto de acceso a la red postal de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. Tales sentencia señalan que en aquel caso debió reconocerse legitimación para recurrir a la asociación “ [...] en atención a los potenciales beneficios de carácter competitivo que dicha entidad podría obtener de la estimación de la demanda dirigida a obtener la nulidad de la decisión de archivo y la continuación del expediente sancionador contra Correos y Telégrafos para que rectificara su actuación en relación con las obligaciones del servicio universal postal. [...] Existía un claro interés en dicha entidad en que se tramitara*

*el expediente y en que finalmente se requiriera a la entidad Correos y Telégrafos a que ajustara su conducta a la legalidad lo que incluía, desde su perspectiva, que la denunciada diera cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) en beneficio de los operadores prestadores de servicios postales que representa la referida entidad. Esto es, se constata la existencia de un claro beneficio, ventaja o utilidad concreta que podía obtener la recurrente denunciante como consecuencia de la continuación del recurso contencioso contra la resolución de la Comisión Nacional del Sector Postal que acuerda el archivo del expediente administrativo, en los términos expresados lo que determina que debió reconocerse su legitimación para recurrir [...]*

*Pues bien, no podemos compartir esas apreciaciones de la Sala de instancia. Ningún esfuerzo probatorio parece necesario para poder afirmar que una eventual resolución de la [...] en la que se afirmase que el Banco [...] incurrió en malas prácticas en sus relaciones con las entidades recurrentes, y en la que se sancionase a dicho [...] por tal motivo, sería un hecho significativo que podría tener incidencia directa en la esfera patrimonial de las recurrentes, tanto en lo que se refiere a la demanda civil a que alude la propia sentencia como en la resolución de cualquier procedimiento contradictorio que tuviesen entablado las referidas entidades por razón de hechos conexos con los denunciados en el caso que nos ocupa. Por tanto, en contra de lo afirmado en la resolución de la [...] que inadmitió el recurso de reposición y en la propia sentencia aquí recurrida, entendemos que las recurrentes tenían y tienen interés legítimo para impugnar la decisión de archivo de la denuncia”.*

145 <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/16d98f97ec-da4a75/20080117>

146 <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/874e794dab-8f988f/20180309>

147 Se obvia tratar aquí la problemática referida al *testigo perito* cuando el testigo es además técnico en la materia sobre la que testifica ya que no existen diferencias relevantes a este objeto.

148 La jurisprudencia ha definido el concepto testigo en los siguientes términos (STS de 20 de mayo de 2008):

*[...] testigo es la persona física que, sin ser parte en el proceso, es llamada a declarar, según su experiencia personal, acerca de la existencia y naturaleza de los hechos conocidos con anterioridad al proceso, bien por haberlos presenciado como testigo directo, bien por haber tenido noticia de ellos por otros medios como testigo de referencia.*

149 Artículos 458 a 462 del CP.

150 Tachar un testigo es poner en duda la imparcialidad (objetividad y veracidad) del testimonio a realizar; si bien no vincula necesariamente al juez, pretende trasladar al juez o tribunal una “sospecha”, más o menos amplia según la causa, que deberá ser apreciada conforme a las reglas de la sana crítica como prescribe el artículo 376 de la LEC y jurisprudencia que lo interpreta.

151 <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/1f43a503d3f-8c5af/20090924>

152 <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/7a49786a68b-346dd/20161005>

153 <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/6e25d4b-65b12e714/20031203>

154 En la STS (Sala Primera) de 19 de febrero de 1991, se establece: [...] *en torno a la idea o concepto del interés social existen dos teorías completamente opuestas: la institucionalista, que considera a la Sociedad Anónima como una “institución-corporación” en la que el interés social que allí se persigue, es distinto del de sus socios, viniendo a coincidir con los intereses de los componentes de la empresa (accionistas, administradores, acreedores, trabajadores, etc.) y la teoría contractualista, consagrada en nuestra legislación, según la cual el interés social no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios, de forma que cualquier daño producido en el interés común del reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión del interés social.* En otras sentencia posteriores del TS (18 de noviembre de 1998, 4 de marzo de 2000 y 29 de noviembre de 2002), se establece que *los administradores deberán cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con fidelidad al interés social, entendido como interés de la sociedad.* La Sala Primera en su sentencia de 7 de marzo de 2006, ha ratificado su constante doctrina al establecer que *los intereses sociales no han de ser los de los socios en particular... sino los de la sociedad, por más que éstos resulten de la suma de todos aquellos.* En definitiva, el “interés social”, así considerado acaba siendo el interés para la sociedad establecido por la mayoría de sus socios con arreglo a la normativa en vigor.

155 Para ver el texto completo del comentario: <https://almacenederecho.org/conflictos-interes-del-socio-personas-vinculadas>

156 Se amplían los casos previstos anteriormente del artículo 231 de la LSC de personas vinculadas al administrador con el siguiente texto:

[...] *d) Las sociedades o entidades en las cuales el administrador posee directa o indirectamente, incluso por persona interpuesta, una participación que le otorgue una influencia significativa o desempeña en ellas o en su sociedad dominante un puesto en el órgano de administración o en la alta dirección. A estos efectos, se presume que otorga influencia significativa cualquier participación igual o superior al 10 % del capital social o de los derechos de voto o en atención a la cual se ha podido obtener, de hecho o de derecho, una representación en el órgano de administración de la sociedad. e) Los socios representados por el administrador en el órgano de administración.*

157 Sin perjuicio de una ya larga “tradicción” sobre lo que debe entenderse como *consejero independiente* que se encuentra recogida en los documentos sobre buen gobierno de sociedades cotizadas (Código Olivenza de 1998, Informe Aldama de 2003 o el vigente

*Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas* de 2015), el concepto legal nos viene dado (en sentido positivo de quienes pueden serlo y en sentido negativo de quienes no pueden serlo) por la LSC:

*Artículo 529 duodecies. Categorías de consejeros.*

*4. Se considerarán consejeros independientes aquellos que, designados en atención a sus condiciones personales y profesionales, puedan desempeñar sus funciones sin verse condicionados por relaciones con la sociedad o su grupo, sus accionistas significativos o sus directivos.*

*No podrán ser considerados en ningún caso como consejeros independientes quienes se encuentren en cualquiera de las siguientes situaciones [...].*

Sigue el precepto estableciendo los supuestos y situaciones por los que no se puede considerar a un determinado sujeto consejero independiente.

158 <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/b2de5518f79e-6cb0/20170607>

159 <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/e539e-2bfl1249851/20150115>

160 El sistema de representación proporcional consiste en el derecho de uno o varios accionistas (sólo se aplica en Sociedades Anónimas) a ostentar en el seno del órgano de administración colegiado, un número determinado de miembros en función del porcentaje de participación en el capital social y el número total de dichos miembros. Tiene su base legal en el artículo 243 de la LSC, que señala:

*1. En la sociedad anónima las acciones que voluntariamente se agrupen, hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de componentes del consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan de la correspondiente proporción.*

*2. En el caso de que se haga uso de esta facultad, las acciones así agrupadas no intervendrán en la votación de los restantes componentes del consejo.*

La demanda viene sustentada en el antiguo artículo 137 de la derogada LSA, de similar redactado al actualmente vigente.

161 La base legal estaba en el artículo 132.2 de la LSA que indicaba que los administradores: [...] *que tengan intereses opuestos a los de la sociedad cesarán en su cargo a solicitud de cualquier socio por acuerdo de la junta general.* Actualmente, recogido en el artículo 224.2 de la LSC.

162 El concepto de *interés social* aplicado a las sociedades de capital no es un tema pacífico (vid. nota al pie 150 y las sentencias que se citan). La cuestión se plantea (a grandes rasgos y sin tener que extenderse al respecto pues mucho se ha escrito y teorizado) tiene dos vertientes: quienes sostienen que para la maximización del valor se ha de atender, o bien al interés de los socios (según se desprende de la interpretación contractual de nuestros

códigos decimonónicos: CC con el artículo 1.665 y CCom. con el artículo 116), o bien además al interés de otros grupos (lo que antes se ha definido como *stakeholders* en extendida terminología anglosajona).

Parece que la LSC acoge a la primera de las tesis en su artículo 227.1 (Deber de Lealtad) al prescribir que *Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad*. Por tanto, y aun siendo un corolario controvertido, se puede concluir que el interés social es el interés de los socios.

163 Fuente: diario digital La Razón, de fecha 23 de septiembre de 2019.

<https://www.larazon.es/espana/lesmes-pide-a-los-futuros-jueces-un-respeto-inquebrantable-a-la-legalidad-y-no-suplantar-nunca-la-voluntad-de-la-ley-ME25030509>.

164 En contraste, Nieto García, A. (2006). *El Desgobierno Judicial*, páginas 272-273 (cate drático conocido por la claridad con la que se pronuncia), refiere al respecto:

*En conclusión: para solucionar la masificación litigiosa la política judicial española ha optado por funcionarizar a los jueces y, abusando de tal condición, imponerles un deber literalmente sobrehumano de despacho rápido de asuntos. Ha apostado, en definitiva, por la cantidad a costa de la calidad.*

*Ni los jueces ni yo ni cuantos tomamos en serio el Derecho y la Justicia podemos estar de acuerdo con la solución escogida, ya que la justicia precipitada no es justicia. Si lo que se pretende es acortar los plazos de resolución, tanto daría que las sentencias se dictaran por el procedimiento más rápido imaginable, o sea, lanzando una moneda al aire (y los resultados coincidirían estadísticamente con los actuales”.*

165 Comediógrafo griego (343 a.C. - 291 a. C.), discípulo del poeta Alexis de Turios y del filósofo Teofrasto, sucesor de Aristóteles.

166 El modelo de *Common Law* imperante en el Reino Unido y Estados Unidos, a diferencia del sistema continental de plena sumisión a la norma, contempla amplios espacios de libertad para que el juez pueda conformar su decisión. Ello ha sido causa determinante, ya desde hace muchos años, de una importante y elevada atención de la doctrina científica y tratamiento por los tribunales de ese sistema, sobre la influencia de sesgos ideológicos y cognitivos en la imparcialidad de sujetos jurídicos, de la que nuestro sistema continental se encuentra muy alejado.

167 Nieto García, A. (2006, Ob. Cit., páginas 54-55):

*La aporía de las sentencias contradictorias no puede ser al respecto más ilustrativa. Nadie puede poner en duda el hecho de que existen sentencias contradictorias respecto de asuntos absolutamente idénticos. Sentencias que o bien conviven en el tiempo (en cuanto que dictadas simultáneamente por órganos de distinto orden jurisdiccional y también del mismo tribunal e incluso del mismo juez) o de aparición sucesiva cuando son el resultado de un cambio de criterio del juzgador. Algo que está sucediendo cada día y que los abogados bien conocen sin que pueda decirse nada en contra, puesto que tal práctica ha sido bendecida por el Tribunal*

*Constitucional. “A los órganos del Poder judicial -dice por ejemplo la sentencia 120/1987-, sujetos sólo a la ley e independientes en el ejercicio de su función, no les es exigible el resolver siempre igual en los supuestos que se pretenden iguales.*

El mismo autor (2017, *Testimonio de un jurista*, página 182):

*[...] desde el punto de vista legal, la imprevisibilidad de los resultados, el caos normativo y las contradicciones jurisprudenciales siempre dejan abierta la posibilidad de obtener una sentencia favorable aun en los asuntos más descabellados [...].*

168 González Solano, G. (2006). *La Heurística Jurídica* (Catedrático en Derecho de Universidad de Costa Rica).

169 Muñoz Aranguren, A. (2011). *La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación* y del mismo autor (2012). *Los sesgos cognitivos y el Derecho: el influjo de lo irracional.*

Alonso Gallo, J. (2006). *Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el derecho penal* (Abogado en ejercicio y profesor asociado de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Madrid).

Beltrán de Heredia Ruiz, I. (2019). *Jueces y sesgo de confirmación* (subdirector (Vicedecano) de Docencia, Máster y Doctor en Derecho, Profesor Agregado Derecho del Trabajo en Universitat Oberta de Catalunya). La doctrina referida en este excelente artículo ha sido utilizada en buena parte y se indica y analiza más adelante en el apartado IV.5 c) “sesgo de confirmación”.

Fernández-Viagas, P. (2015), Ob. Cit.

170 Se desarrolla más ampliamente este concepto en el apartado IV.2 de este Capítulo Cuarto, pero valga adelantar que se trata del proceso de indagación mental que utiliza cualquier ser humano. En psicología, la heurística viene a explicar el proceso de la toma de decisiones y cómo llegamos a establecer un juicio o solucionar un problema. Típicamente opera cuando un problema es complejo y se carece de una completa información. Suele considerarse como un “atajo” a los procesos mentales activos. Se decide de forma intuitiva y sin adecuada consciencia del por qué. Es consustancial a la naturaleza humana que acabe tomando decisiones en base a la experiencia adquirida de forma que no despliega razonamiento consciente en todas y cada una de las decenas o centenares de ellas que día a día tomamos, lo que nos lleva a soluciones por automática analogía. Sin embargo, este sistema de adopción de decisiones puede conducir, en muchas ocasiones, como se verá, a relevantes y clamorosos errores.

171 Indret; Revista para el análisis del derecho; (Octubre de 2020, *Judge craft: el oficio o arte de juzgar*, páginas 446 a 461). Bajo el neologismo anglosajón de *Judge craft* se visualiza la labor del juez como el ejercicio de un arte, el arte de juzgar o ejercer el oficio de juez.

172 Destacable resulta el trabajo, entre otros, de Nieva Fenoll, J. (2012). *El sesgo ideológico como causa de recusación* (Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona).

- 173 Muñoz Aranguren, A. (2011), Ob. Cit.
- 174 Nombrado presidente de la Audiencia Provincial de Tarragona en julio de 2009 ha desarrollado una impresionante trayectoria y *curriculum vitae* (2016, Ob. Cit.).
- 175 No obstante y según cita Muñoz Aranguren (2011, Ob. Cit., página 33) históricamente la codificación operada en el siglo XIX en los ordenamientos jurídicos de los países con sistema continental tenía entre sus finalidades establecer mecanismos para evitar los sesgos negativos en los juzgadores (atendida su poca proclive inclinación a considerar la libertad contractual), estableciendo Principios Generales del Derecho como la autonomía de la voluntad de las partes contractuales o la eliminación de las reglas imperativas en la contratación privada. Y ello, a diferencia del sistema anglosajón de *Common Law*, en el que el juez, aun estando sometido a la aplicación de la norma, tenía arraigada la libertad contractual por ser propia del sistema.
- 176 Particular importancia reviste reconocer la existencia de sesgos cognitivos en los investigadores como la Policía, Fiscales, así como los que instruyen cualquier expediente administrativo, como la Inspección de Hacienda, de Trabajo y reguladores, entre otros.
- 177 Por toda y lejana referencia al respecto, en el *Plan docente de formación* de la Escuela Judicial (70ª Promoción de la Carrera Judicial; curso 2019-2021), puede leerse:  
*Otros mundos – otras realidades. El ejercicio de la función jurisdiccional, desde el primer destino, nos coloca ante toda una serie de realidades desconocidas y cuyo conocimiento se limita en una gran mayoría de ocasiones a visiones sesgadas, limitadas o reducidas a la mera anécdota, pudiendo englobar muchas de tales realidades bajo el concepto de fenómenos migratorios, que nos sitúan ante personas que provienen de sociedades distintas con valores y creencias diversas que entran en conflicto con los valores y creencias de nuestra sociedad, y para superar tal conflicto deviene imprescindible adquirir conocimientos certeros y compartir experiencias que nos permitan comprender sociedades distintas.*
- 178 Accesible informe 2009-2010, en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Relaciones-internacionales/Relaciones-internacionales-institucionales/Europa/Red-Europea-de-Consejos-de-Justicia/Informes-RECJ/Declaracion-de-Londres---informe-2009-2010-del-Grupo-de-Trabajo-sobre-Deontologia-Judicial-del-ENCJ>  
Accesible informe 2017), en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Relaciones-internacionales/Relaciones-internacionales-institucionales/Europa/Red-Europea-de-Consejos-de-Justicia/Informes-RECJ/Guia-de-la-Red-Europea-de-Consejos-del-Poder-Judicial---Guide-to-the-European-Network-of-Councils-for-the-Judiciary--2017->
- 179 Según la RAE, la palabra “Psicología” está compuesta por el afijo *psico* y el afijo *logía*. *Psico* proviene de la voz griega ψυχή (psykhé), que significa alma, mente, espíritu o actividad mental. *Logía*, por su parte, deriva del vocablo griego λόγος (logos), que se puede traducir al español como ciencia, estudio o tratado.



180 Nuestro Premio Nobel (1906) Santiago Ramón y Cajal (1852-1934) ya señaló: *Conocer el cerebro equivale a averiguar el cauce material del pensamiento y de la voluntad, sorprender la historia íntima de la vida en su perpetuo duelo con las energías exteriores.* Francis Harry Compton Crick (1916- 2004) Descubridor del ADN y Premio Nobel de Medicina (1962) indicó: *No existe una materia científica más vital para el hombre que el estudio de su propio cerebro. Nuestro punto de vista sobre el universo entero depende de ello.* Eric Kandel (1929), también Premio Nobel de Medicina (2000) dijo: *El cerebro es un complejo órgano biológico de gran poder computacional que construye nuestra experiencia sensorial, regula nuestros pensamientos y emociones y controla nuestras acciones.*

181 Schmitt, C., Ob. Cit., página 173.

182 El “racionalismo” acuñó una doctrina filosófica (siglos XVII y XVIII) que aún pervive en nuestros días, cuyo principal exponente, aunque hunde sus raíces en Platón, fue René Descartes con su famoso *cogito ergo sum*, seguido por Spinoza, Leibniz y Malebranche. Se basa en la razón humana y en consecuencia en la ciencia, defendiendo la primacía de aquella para conocer la verdad, utilizando la “duda metódica” de forma que nada puede ser aceptado como verdadero si no es indudable.

Al “racionalismo”, se le enfrentó en abierto contraste el “empirismo” de Francis Bacon (1561-1626) y con el inglés John Locke (1632-1704) a su cabeza, considerado como el más influyente empirista. Este último en su obra central, (1689) *Ensayo sobre el entendimiento humano* (edición de Fondo de Cultura Económica, 1999), sostiene que sólo a *posteriori* el ser humano puede adquirir conocimiento en base a la experiencia. Muy conocida es su tesis que nuestra mente es una *tabula rasa*, una hoja en blanco en la que se van imprimiendo a lo largo de nuestra vida las marcas sensoriales y las experiencias que generan. Distingue entre “ideas simples” cuya fuente es la *sensación* y que surgen de una creación pasiva en la mente tras una percepción sensorial, e “ideas complejas” que provienen de la *reflexión* producida a través de la asociación, por comparación y combinación, de ideas simples.

Por su parte, el escocés David Hume (1711-1776), filósofo, sociólogo, historiador y economista, desde un empirismo naturalista y escéptico restringe todo conocimiento, a “impresiones” e “ideas”, admitiendo dos tipos de verdades: “verdades de hecho” y “relación de ideas” que tienen su origen en la experiencia sensible. A Hume se le atribuye, entre otras, una gran influencia en la ciencia cognitiva ya que sostuvo que las pasiones y emociones, gobiernan el comportamiento humano mucho más que la razón.

El filósofo contemporáneo norteamericano Jerry Alan Fodor (1935-2017) llegó a decir que el *Tratado de Hume es el documento fundador de la ciencia cognitiva* (citado en página 2 de la *Introducción* del trabajo de Pereira Gandarillas, F. (2009). *David Hume: Naturaleza, conocimiento y metafísica*.

El pensamiento de Hume se recoge en sus principales obras: *Tratado de la naturaleza humana* (1739) [<https://www.dipualba.es/publicaciones/LibrosPapel/LibrosRed/Clasicos/Libros/Hume.pm65.pdf>] e *Investigación sobre el pensamiento humano* (1748) [<https://www.dipualba.es/publicaciones/LibrosPapel/LibrosRed/Clasicos/Libros/Hume.pm65.pdf>]

web.archive.org/web/20140222212813/http://www.sanfelipe.edu.uy/imgs/documentos/882\_1.pdf].

En todo caso, las tesis de Locke y Hume derivaron en lo que hoy se conoce en psicología como asociacionismo en el proceso mental de ideas. Poco les faltó, como se verá, para llegar a la heurística y a los sesgos cognitivos. En plena Ilustración el asociacionismo se desarrolló en el siglo XVIII por el médico David Hartley (1705-1757), en su tratado de 1749, *Observaciones sobre el hombre, su estructura, su deber y sus esperanzas* (edición de Cambridge University Press, 2013), asumiendo las bases del empirismo estableció los principios de la psicología asociacionista.

El psicólogo alemán Wilhelm Maximilian Wundt (1832-1920) considerado como el fundador de la psicología científica, como disciplina autónoma y separada de la filosofía estableció las bases del asociacionismo en su obra *Principios de psicología fisiológica* (edición de Engelmann, 1874). No obstante, el mérito de Wundt a través de la denominada psicología de la conciencia, en contraste a la de la inconsciente desarrollada por Freud y Jung, fue acercar las tesis de racionalistas y empiristas (Descartes y Locke), a la ciencia.

Se efectúa un breve resumen sobre el desarrollo del asociacionismo entresacado de Leahey, T. (1993). *Historia de la Psicología*.

Así junto a Hartley y a Wundt, destacan Thomas Brown (1778-1820), que se preocupó por la selección de ideas en una serie de asociaciones de éstas; James Mill (1773-1836), que trabajó sobre asociacionismo entre ideas complejas; su hijo John Stuart Mill (1806-1873), seguidor del utilitarismo de Jeremy Bentham, que asumiendo las tesis de su padre sin embargo sostuvo que la asociación de ideas complejas lleva a la pérdida de algunas partes; Alexander Bain (1818-1903), que desarrolló los conceptos de “contigüidad” y “similitud” y estableció el “principio de creatividad” por el que la mente con la asociación de ideas, forma nuevas combinaciones, al margen de cualquier idea adquirida por la experiencia; Herman Ebbinghaus (1850-1909), que trabajó sobre la memoria como factor clave del asociacionismo; y el famoso Iván P. Pavlov (1849-1936) que con sus experimentos con perros estableció la asociación derivada de la relación estímulo-respuesta.

183 Simon, H.A (1947). *Administrative Behavior: A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organization*, es considerado como precursor de los trabajos de Kahneman, economista y extraordinario teórico de las ciencias sociales destacó por sus estudios interdisciplinarios al punto de recibir, por ello en 1978, el Premio del Banco de Suecia en Ciencias Económicas.

184 Modernamente y como resultado de los estudios relativos a la cognición animal, se sostiene que la capacidad de razonamiento no es exclusiva de los seres humanos en términos de evaluación sobre la manera óptima de alcanzar un objetivo. Otras especies de animales efectúan también razonamientos incluso en casos complejos.

185 Según la RAE, el término “racional” proviene del latín *rationalis*. Se conoce como lo relativo a la razón. Se utiliza como adjetivo para definir a un individuo que se encuentra provisto de razón, que raciocina y actúa conforme a ésta. Así pues, racionalizar, es una

forma organizativa del pensamiento dirigida a alcanzar un objetivo de la forma más eficiente posible.

- 186 Figueroba, A. (psicólogo por la Universidad de Barcelona), indica que además de Kahneman siguieron a Simon, otros reputados autores en la materia como Edward Tsang doctorado en ciencias computacionales (Universidad de Essex) y graduado en Business Administration (Universidad China de Hong Kong), que sostiene que *los organismos o agentes que utilizan mejores heurísticos y algoritmos toman decisiones más racionales*. Según también cita Alex Figueroa, también sigue a Simon, en su modelo de “racionalidad limitada”; Huw Dixon (1958) economista británico (Facultad de Empresariales de Cardiff desde 2006) que llega a proponer en su libro *Surfing Economics* (2001) un sistema general de toma de decisiones basada en el modelo de Simon. Según Dixon, asumiendo que los seres humanos adoptan decisiones cercanas a la óptima a través de la racionalidad limitada, no se requiere profundizar en el proceso.
- 187 Simon, H.A. (1957). *Models of Man*. Citado también por Rodríguez Quintana, E (2012). *Toma de decisiones: La Economía Conductual*.
- 188 Decisiones intuitivas: Como es conocido son decisiones que se adoptan con soporte en la experiencia inconscientemente acumulada. Así, la intuición prescinde de una secuencia lógica o un razonamiento explícito que permite dar respuesta a problemas rápidamente obviando razonamientos explícitos o complejos.
- 189 Información incompleta. Tan malo resulta manejar poca información como contar con un exceso de ella que no permita considerar cuál resulta útil. La elección de la información óptima resulta básica en cualquier decisión, tanto en *management* empresarial como en el mundo jurídico.
- 190 Su idea base, entre otras muchas obras y artículos, se encuentra en Shefrin, H. (2002). *Understanding Behavioral Finance and the Psychology of Investing*.
- 191 Thaler, R.H. y Sunstein, C.R. (2011). *Un pequeño empujón (nudge): el impulso que necesitas para tomar las mejores decisiones en salud, dinero y felicidad*. El profesor Thaler trata de los sesgos sistemáticos de Tversky y Kahneman (anclaje y ajuste, disponibilidad y representatividad) y añade -páginas 49-56- además otros sesgos cognitivos como los de *optimismo y exceso de confianza* (es la tendencia al optimismo no realista que hace creer en unas posibilidades en cualquier actuación superiores a las que realmente se tendrían observado el hecho objetivamente), *ganancias y pérdidas* (la tendencia a valorar más alto lo que se posee en propiedad y los efectos -psicológicamente negativos de pérdida- de cuando se vende a un precio inferior del que se creía tenía, aunque ese precio de venta pudiera ser el valor real del bien) o de *status quo* (la tendencia a permanecer en la misma situación actual y no arriesgarse al cambio) o el de *enmarcado* (la tendencia a tomar una decisión de una manera u otra según se presente -se enmarque- dicha cuestión).
- 192 <https://www.bbc.com/news/business-41550434> (9 de octubre de 2017).
- 193 Kahneman, D. (2011). *Thinking, Fast and Slow*.

- 194 Muñoz Aranguren, A. (2012), Ob. Cit.
- 195 <https://psicologiymente.com/inteligencia/heuristicos-atajos-mentales-pensamiento>; Adrián Triglia, es cofundador y redactor jefe de la web Psicología y Mente, la mayor comunidad española de internet en el ámbito de la psicología y las neurociencias. Es graduado en Psicología por la Universidad de Barcelona y licenciado en Publicidad por la misma institución. Autor de varios libros y de infinidad de artículos sobre psicología. Refiere como bibliografía, además de la citada de Kahneman, a Saunders, E.M. Jr. (1993). *Stock Prices and Wall Street Weather.American Economic Review*, 83, páginas 1337-1345; a Strack, F., Martin, L. L. Schwarz, N. (1988), *Priming and Communication: Social Determinants of Information Use in Judgments of Life Satisfaction.European Journal of Social Psychology*, páginas 429-442.
- 196 Gigerenzer, G. (2008). *Decisiones instintivas: La inteligencia del inconsciente*. Este reconocido psicólogo alemán en su libro llega a la conclusión que en muchos supuestos los heurísticos resultan más efectivos que los procedimientos racionales óptimos de toma de decisiones, permitiendo solucionar de forma eficiente muchos y variados problemas.
- 197 ¿Justicia ciega? Los curiosos experimentos que muestran cómo los sesgos afectan a los jueces (2019). Redacción BBC News Mundo. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-49093065>.
- 198 Rachlinski, J.J. (profesor de Derecho en la Universidad Cornell, EE. UU.), es autor de numerosos artículos sobre los sesgos judiciales y arbitrales que se citan en la bibliografía.
- 199 Además de la bibliografía que se refiere expresamente, el ponente ha tenido acceso y consultado, directamente o por referencia cruzada, a: Goleman, D. (1996). *La Inteligencia Emocional: Por qué es más importante que el cociente intelectual.*; Kahneman D., Slovic, P. y Tversky, A. (1982), Ob. Cit.; Ross, L.D. (1977). *The intuitive psychologist and his shortcomings: Distortions in the attribution process*; Berkowitz (1964). *Advances in Experimental Social Psychology*; Gladwell, M. (2017). *Inteligencia Intuitiva: ¿Por qué sabemos la verdad en dos segundos?*
- 200 Rubinstein, A. (1998). *Modeling Bounded Rationality* (economista y matemático). Este autor, en su libro establece que los axiomas de la tesis de la “racionalidad limitada” no sólo tienen lugar en los procesos de decisión económicos sino en cualquier otro ámbito. La incidencia de los sesgos en las decisiones judiciales fue ya establecida por Kahneman (2011, Ob. Cit, páginas 64, 169, 416 y 417).
- 201 Aproximándose a lo hoy considerado en la LA (artículo 17).
- 202 No obstante, la STEDH condenó a la República de Italia por la violación de la CEDH, debido a la duración del procedimiento.
- 203 Alude al asunto *Thomann* §35.
- 204 Nieto García, A. (2006, Ob. Cit., página 68) indica:

*Una de las vertientes más patéticas de la posición social del juez es la indefensión en que se encuentra ante los ataques, en ocasiones violentos y sectarios, de los medios de comunicación o las injurias directas de las partes y de sus abogados, sin que de nada les valga (como veremos en su momento) la “protección” institucional del CGPJ. Como ha escrito Toharia no hace mucho (en 2001), insultar a un Juez en España hoy sale barato [...] para aquellos inculpa-dos que traten de quitarse de encima al juez natural para tratar así de teledirigir su propio enjuiciamiento.*

*Basta con proferir graves ofensas personales y esperar a que el juez agraviado plantee la correspondiente querrela criminal, lo cual automáticamente le contaminaría y descalificaría para seguir el caso. Evidentemente, el juez puede no caer en la trampa y hacer oídos sordos: en este supuesto podría seguir con el caso, pero a cambio de exhibir paciencia y espaldas tan anchas como no se exigen a ningún otro servidor público.*

205 La sentencia se expresa así:

*El artículo 24 de la Constitución consagra el derecho al proceso, que comprende, entre otras garantías, la relativa a que el justiciable sea juzgado por el juez ordinario predeterminado por la ley. Por ello, las normas que conducen a la determinación del juez entroncan con el mencionado artículo 24. Entre ellas no se encuentran sólo las que establecen los límites de la jurisdicción y la competencia de los órganos jurisdiccionales. Están también las relativas a la concreta idoneidad de un determinado juez en relación con un concreto asunto, entre las cuales es preeminente la de imparcialidad.*

206 Dispone el artículo 10.2 de la CE: *Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*

207 Artículo 10 de la CEDH señala: *Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.*

208 Artículo 6.1 de la CEDH señala: *Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.*

209 Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, *de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, hoy derogada.*

210 Así, *en relación a este fundamental principio, el Tribunal ha subrayado que una interpretación restrictiva del artículo 6.1 no estaría de acuerdo con su objeto y su finalidad, teniendo en cuenta el puesto prominente que ocupa en una sociedad democrática, en el sentido del Convenio, el derecho a un proceso justo (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia Delcourt de 17 de enero de 1970, serie A, núm. 11, págs. 13 y 14, §25; y sentencia De Cubber, 16, §30).*

211 Sentenciade 22 de octubre de 2008.

212 Sentencias, en el mismo sentido del TC, núms. 138/1994, 206/1994 y 47/1998.

213 Sentencias, también en el mismo sentido, del TC núm. 238/1991 (ámbito penal) y núms. 137/1994 y 299/1994 (orden social), siguiendo al TEDH en su sentencia de 23 de mayo de 1991, sobre el asunto *Oberschlick* contra la República de Austria (§§ 48 a 52).

214 Sentencia ya citada en el asunto *Hauschildt* contra el Reino de Dinamarca (§49):

*En el caso de autos, el temor de que faltara la imparcialidad se debía al hecho de que el magistrado que presidió el Tribunal en primera instancia y, después, los que tomaron parte en la apelación de la causa, habían intervenido ya en una fase anterior y habían tomado, antes del juicio, algunas resoluciones sobre el (ahora) demandante (apartados 20 a 22 y 26, precedentes). Una situación así puede suscitar dudas en el acusado sobre la imparcialidad del juez; son comprensibles, pero esto no significa que se deban considerar como objetivamente justificadas en todos los casos. La contestación a la pregunta dependerá de las circunstancias que concurran [...] Además, las cuestiones que un juez tiene que resolver antes del proceso propiamente dicho no son las mismas a que se refiere el fallo definitivo. Cuando se pronuncia sobre la prisión provisional o sobre otros problemas de esta clase en la fase previa, aprecia sumariamente los datos disponibles para determinar si, a primera vista, las sospechas de la policía tienen algún fundamento; cuando dicta la sentencia al final del juicio, tiene que averiguar si las pruebas practicadas y discutidas en él son suficientes para justificar la condena. No se pueden equiparar las sospechas con una declaración formal de culpabilidad (véase, por ejemplo, la sentencia Lutz de 25 de agosto de 1987, serie A, núm. 1231, págs. 25 y 26, apartado 62) [...] el mero hecho de que un juez de primera instancia o de apelación, en un sistema judicial, como el danés, haya dictado ya resoluciones antes del juicio, especialmente sobre la libertad provisional, no basta para justificar los temores sobre su imparcialidad. No obstante, puede haber circunstancias en un determinado caso que justifiquen una conclusión diferente [...] a la vista de las circunstancias que concurrían, el señor Hauschildt estaba en su derecho al temer que el señor Larsen estuviera presente como Presidente del Tribunal de primera instancia. La imparcialidad del Tribunal podía, por tanto, suscitar dudas.*

Esta sentencia que estimó la violación del derecho a un juez imparcial se dictó por 12 votos contra 5 y fue altamente controvertida, con votos particulares de conformidad y disidentes. La sentencia dio lugar, incluso, a que la Comisión Europea de Derechos Humanos (16 julio 1987) se pronunciará en contra de esta por 9 votos contra 7.

215 Doctrina sentada por las SSTC núms. 145/1988 (ya citada), 11/1989, 136/1992, 372/1993 y 32/1994.

216 SSTEDH: asunto *Langborger* contra el Reino de Suecia (22 junio 1989), asunto *Holm* contra el Reino de Suecia (25 de noviembre de 1993), asunto *Gautrin* contra la República de Francia (20 mayo 1998).

217 STEDH (1 octubre 1982): caso *Piersack* contra el Reino de Bélgica (§30):

*Si la imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicios o parcialidades, su existencia puede ser apreciada, especialmente conforme al artículo 6.1 del Convenio, de diversas maneras. Se puede distinguir así entre un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo, que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto. a) [...] su imparcialidad personal, que por otro lado debe ser presumida mientras no se demuestre lo contrario (ver la sentencia Le Compte, Van Leuven y De Meyere de 23 de junio de 1981, serie A, núm. 43, página 25, 58). Sin embargo, no es posible reducirse a una apreciación puramente subjetiva. En esta materia incluso las apariencias pueden revestir una cierta importancia (ver la sentencia Del Court de 17 de junio de 1970, serie A, núm. 11, p. 17, §31) [...] todo juez en relación con el cual pueda haber razones legítimas para dudar de su imparcialidad debe abstenerse de conocer ese caso. Lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática [...].*

En el mismo sentido la STEDH (26 octubre 1984) asunto *De Cubber* contra el Reino de Bélgica (§24).

218 STEDH de 24 de mayo de 1989 ya citada. En su §48 se sostiene (la traducción que ofrece la base de datos deja mucho que desear por lo que se prefiere la versión en inglés):

*Under the objective test, it must be determined whether, quite apart from the judge's personal conduct, there are ascertainable facts which may raise doubts as to his impartiality. In this respect even appearances may be of a certain importance. What is at stake is the confidence which the courts in a democratic society must inspire in the public and above all, as far as criminal proceedings are concerned, in the accused. Accordingly, any judge in respect of whom there is a legitimate reason to fear a lack of impartiality must withdraw (see, mutatis mutandis, the De Cubber judgment previously cited, Series A no. 86, p. 14, para. 26).*

219 Existen posiciones diferenciadas en la jurisprudencia y doctrina en relación con la existencia de “contaminación” respecto al objeto del proceso si se trata de la confirmación de una prisión provisional o auto de procesamiento, que si el supuesto del tribunal lo que hace es revocar la prisión provisional acordando la libertad o archivando el proceso y más aún si acaba absolviendo al inculpado. El problema tampoco resulta pacífico ni siquiera en sede del TEDH.

220 En el mismo sentido las SSTC núms. 26/2007 de 12 de febrero, 60/2008 de 26 de mayo y 47/2011 de 12 de abril.

221 Cita, también en apoyo de sus fundamentos y entre otros los asuntos: *Saraina de Carbalnon* (22 de abril 1994), *Castillo Algar* contra el Reino de España (28 de octubre 1998) y *Garrido Guerrero* contra el Reino de España (2 de marzo de 2000). Se entiende que, por error, en la versión que se encuentra colgada en la web del CGPJ, se cita también el caso *de Cubber* contra el Reino de Bélgica ya citado (26 octubre 1984) y el asunto *De Lubre* (26 de octubre de 1984).

222 De ahí la extensísima jurisprudencia nacional y del TEDH sobre la estricta separación (con muy pocas excepciones) de la persona del juez con funciones instructoras o investigadoras y las del Juez con atribuciones juzgadora o de funciones de revisión de sentencia cuando conoce de la apelación o revisión de resoluciones en las que ha estado implicado en la instancia inferior, hecho que sucede con mucha frecuencia por la movilidad a la que están sometidos los integrantes de la judicatura. En el reciente artículo ya citado de Cadena Serrano (*Imparcialidad objetiva*) se procede, desde el estudio de la STS núm. 233/2019, de 8 mayo 2019, (sin coincidencia de ningún Magistrado que formó Sala para dictar la sentencia del “juicio del próces”), a una cierta crítica de la misma, tras un exhaustivo análisis efectuado desde el rigor y un exhaustivo contraste de la jurisprudencia del TEDH, TC y TS, sobre la ausencia de imparcialidad objetiva del tribunal enjuiciador por haber estado en contacto con la causa con carácter previo, estableciendo que:

*En opinión del TS los recursos determinaron que el contacto de la Sección enjuiciadora con la instrucción fuera reiterado lo que propició que pudiera ir tomando conocimiento del material instructorio y de cuál era el alcance de los indicios que concurrían contra algunos de los imputados, indicios que además tuvo que ponderar en diferentes ocasiones para resolver los recursos interpuestos [...] determinantes para estimar la vulneración de la imparcialidad objetiva del Tribunal. [...] A este respecto conviene citar las SSTEDH Castillo Algar contra España, de 28 octubre 1998 (LA LEY 115251/1998), Perote Pellón contra España, de 25 julio 2002 (LA LEY 139833/2002), y Gómez de Liaño y Botella contra España, de 22 de julio de 2008 (LA LEY 92436/2008), en todas las cuales se estimó el recurso por el Tribunal Europeo por vulneración del principio de imparcialidad objetiva en supuestos en que la Sala de Enjuiciamiento había confirmado el auto de procesamiento dictado por el Juez de Instrucción [...].*

Concluye el Excmo. Sr. D. Fidel Cadena Serrano en el artículo y respecto a la sentencia comentada:

*Visto lo anterior, la solución del caso examinado no aparece como nítida. En principio, tal y como enseña la STS 904/2016, de 30 de noviembre (LA LEY 174263/2016), la Jurisprudencia ha venido entendiendo que no constituye motivo bastante para cuestionar la imparcialidad de los miembros de un Tribunal colegiado, normalmente una Audiencia Provincial o bien la Audiencia Nacional, el hecho de que hayan resuelto recursos de apelación interpuestos contra resoluciones del juez instructor, lo que puede extenderse a cualesquiera otras decisiones que supongan una revisión de lo actuado por aquél.*

Y acaba diciendo, con sustento en la STC de 30 septiembre (núm.70/2002): *Pero en todo caso, la imparcialidad objetiva no se evapora por cualquier tipo de pronunciamiento anterior.*

El Excmo. Sr. D. Fidel Ángel Cadena Serrano, públicamente conocido por la retransmisión pública del denominado “juicio al próces”, se opuso a las pretensiones de la defensa de falta de imparcialidad de la Sala del Tribunal Supremo sobre esta causa.

223 En apoyo de este pacífico requisito jurídico el citado Excmo. Sr. D. Fidel Ángel Cadena Serrano en su artículo citado, refiere la STEDH sobre el asunto *Kyoryuamu* contra la República de Chipre (15 diciembre 2015).



224 En el §24 de la ya citada STEDH en el asunto *De Cubber* contra el Reino de Bélgica de 26 octubre 1984, se estimó la violación del artículo 6.1 del CEDH y, remitiéndose a su vez a la sentencia, también ya citada del asunto *Piersack* contra el Reino de Bélgica (1 de octubre de 198), se indica:

*[...] el Tribunal ha precisado que la imparcialidad puede «apreciarse de diversas formas» hay lugar para distinguir «entre una perspectiva subjetiva, tratando de determinar lo que tal juez pensaba en su fuero interno <en tal ocasión> y una perspectiva objetiva, dirigida a comprobar si ofrecía garantías suficientes para excluir a este respecto toda duda legítima» (Serie A, núm. 53, p. 14, apartado 30)».*

225 Se puede contrastar lo transcrito con la ya citada *supra* STS de 29 de octubre de 2019 (núm. 3492/2019), que establece:

*Una imparcialidad subjetiva, que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, en la que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del Juez con aquéllas, y una imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez se acerca al thema decidendi sin haber tomado postura en relación con él [...]*

Destacable resulta que tras lo que indica la sentencia del “juicio del *procés*”, dictada 15 días antes y que al respecto se ha transcrito, se insista en la tradicional concepción sobre imparcialidad subjetiva y objetiva que como se ve es, cuando menos, reformulada por el propio TS y más cuando tres de los magistrados los Excmos. Sres. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, D. Antonio del Moral García y D. Andrés Palomo Del Arco, formaron Sala para dictar ambas sentencias.

226 Recordemos dichas causas concretas del artículo 219 de la LOPJ:

*11ª Haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia. [...] 13ª Haber ocupado cargo público, desempeñado empleo o ejercido profesión con ocasión de los cuales haya participado directa o indirectamente en el asunto objeto del pleito o causa o en otro relacionado con el mismo. 14ª.*

*En los procesos en que sea parte la Administración pública, encontrarse el juez o magistrado con la autoridad o funcionario que hubiese dictado el acto o informado respecto del mismo o realizado el hecho por razón de los cuales se sigue el proceso en alguna de las circunstancias mencionadas en las causas 1.ª a 9.ª, 12.ª, 13.ª y 15.ª de este artículo. [...] 16ª Haber ocupado el juez o magistrado cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad.*

227 Vid. la transcripción §42 del ZPO alemán (2005) sobre la recusación de los Jueces por existencia de un temor de parcialidad (*III.1.- Jueces, Magistrados y miembros de Jurados*).

228 En función de lo establecido en la Primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos -que establece, entre otras, la libertad de expresión-, el Tribunal Supremo de la República Federal revocó una decisión del Tribunal Supremo de Minnesota (*Republican*

*Party of Minnesota v. White* No. 01-521 2002, citando los casos: *Laird v. Tatum*, 409 US 824, 835 y *City of Ladue v. Gilleo*, 512 U. S. 43, 52-53), que había validado un determinado código de conducta que limitaba a los jueces y candidatos a juez su libertad de expresión. La sentencia señala expresamente que lo que se revocaba no estaba pensado para defender la imparcialidad o su apariencia *strictu sensu*, es decir, como una falta de sesgo a favor o en contra de cualquiera de las partes en el procedimiento. Señala también la sentencia y viene a sostener la tesis que es prácticamente imposible, y difícilmente deseable, encontrar un juez que no tenga ideas preconcebidas sobre la ley (Constitución y temas legales) distinguiendo así lo que es imparcialidad ante las partes de un procedimiento concreto y las opiniones propias del juez, hayan sido expresadas o no, siempre que no acaben determinando parcialidad en un caso concreto.

229 Existe una cierta confusión al respecto, ya que este denominado “sesgo de grupo” despliega un doble efecto como se dirá; uno que afecta al proceso mental del propio individuo que ha de tomar postura o adoptar una decisión y otro consistente en el prejuicio que el decisor asume ha sido determinante para que los hechos sometidos a su decisión se hayan producido.

230 Nieva Fenoll, J. (2012), Ob. Cit.

231 Resuelve la recusación del Presidente de Sala, que debía sustanciar el Recurso de Casación núm. 59/2018, de cese del Presidente de la Generalitat de Cataluña en trámite de procedimiento de protección de Derechos Fundamentales, y con ocasión de la aplicación del artículo 155 de la CE.

232 Ob. Cit. páginas 306 y 307.

233 También llamados “perjuicios cognitivos”, lo que puede llevar a confusión ya que la mejor doctrina distingue lo que es un sesgo de un prejuicio.

234 La psicología conductual, integrada a su vez por distintas corrientes, tuvo como pionero al psicólogo estadounidense John Broadus Watson (1878-1958) seguido del también psicólogo y filósofo Burrhus Frederic Skinner (1904-1990). El conductismo aborda el comportamiento humano (corriente radical) ofreciendo un sistema cerrado que pretende explicar cualquier comportamiento negando la influencia del inconsciente o la posibilidad de que el “yo” y la voluntad puedan cambiar el pensamiento y en consecuencia el comportamiento.

Niegan así el libre albedrío sosteniendo el determinismo del hombre entroncando con los estoicos (entre el 333 a.C. y el 65 d.C.), y con otros muchos como Spinoza (1632-1677), y que el geógrafo alemán Friedrich Ratzel (1844-1904) -influido por el evolucionismo biológico del también alemán Oscar Peschel en su análisis del *El origen de las especies* de Charles Darwin (1859)- que utilizó como soporte de la idea de “espacio vital” (*Lebensraum*), que resultó una justificación del inicio tanto de la I como de la II Guerra Mundial por la Alemania de Bismarck y luego la de Hitler, asimilándolo también la Italia fascista de Mussolini y el Imperio Japonés con su propuesta en 1940, antes del ataque a Pearl Harbor, de la *Esfera de Coprosperidad de la Gran Asia Oriental*. Se aprecia, así, como

las ideas que niegan la libertad del individuo pueden conducir a auténticas catástrofes.

La corriente radical del conductismo se ha venido encontrando ampliamente criticada. Exponente de esas críticas se puede encontrar en el psicólogo y filósofo español Mariano Yela (1921-1994) en su artículo *La evolución del conductismo*, publicado *post mortem* en la revista *Psicothema* (1996) y en el que se puede leer: *Otros van más lejos. Ya ni se quejan. Constatan la muerte del conductismo y, a pesar de haber sido formados en él, celebran su defunción. Así, entre otros muchos, Lashley, Pribram o Gilgen.*

«La psicología, después de pasar por un período de mentalismo prematuro (1860-1915) y un período de provechoso, pero limitado, conductismo (1915-1970), entra ahora, si mi análisis es correcto, en período de mentalismo maduro caracterizado por procedimientos fiables para el estudio del funcionamiento total (conductual y mental) del organismo. Las investigaciones y el pensamiento de Pribram, que pueden ser descritos como una psicología cognitiva físico-conductual, son un buen ejemplo de este desarrollo» (<http://www.psicothema.com/psicothema.asp?id=657>).

235 George Armitage Miller (1920-2012), psicólogo estadounidense y referente en el campo de la psicología cognitiva, que en su *The cognitive revolution: a historical perspective*, concluye en el mismo sentido que Mariano Yela, estableciendo que no se puede abordar el comportamiento del ser humano sólo desde una perspectiva psicológica y que hay que acudir al menos a otras seis ciencias y disciplinas en una relación hexagonal (figura 1, página 6). *Cognitive Sciences* vol.7, núm. 3, 141 (2003); Elsevier Science; accessible en: [https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/48131096/Miller\\_2003\\_La\\_revolucion\\_cognitiva.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DLa\\_revolucion\\_cognitiva\\_una\\_perspectiva.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A%2F20200308%2Fus-east-1%2Fs3%2Faws4\\_request&X-Amz-Date=20200308T103719Z&X-Amz-Expires=3600&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Signature=0ec1d3d64c35fd2196a1c2a86f16a52cb73cbfd0e1c5a2000b12fbf886c352bc](https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/48131096/Miller_2003_La_revolucion_cognitiva.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DLa_revolucion_cognitiva_una_perspectiva.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A%2F20200308%2Fus-east-1%2Fs3%2Faws4_request&X-Amz-Date=20200308T103719Z&X-Amz-Expires=3600&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Signature=0ec1d3d64c35fd2196a1c2a86f16a52cb73cbfd0e1c5a2000b12fbf886c352bc)

236 García Aguilar, C.L. (Doctora mexicana en Filosofía por la *University of Southern* de California, Investigadora titular y profesora a tiempo completo del Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Nacional Autónoma de México y especializada en epistemología -parte de la filosofía que estudia los fundamentos y principios, y métodos del conocimiento humano- y ciencias cognitivas) (2004), Ob. Cit., aborda la relación, que entiende central, entre filosofía de la mente, psicología y antropología cognitivas, la psicología del desarrollo (que estudia los cambios en la conducta de la persona, desde su nacimiento) y otras disciplinas cognitivas (<https://www.redalyc.org/pdf/343/34301203.pdf>).

237 Entre otras muchas clasificaciones y siguiendo a Andrés Páez, doctor y profesor de Filosofía en la Universidad de los Andes Colombia, los sesgos se pueden clasificar en cuatro tipos, sesgos de la memoria, de la acción, información y de significado. Conferencia de septiembre de 2017 sobre los sesgos cognitivos de los jueces (Justicia TV) (<https://www.youtube.com/watch?v=GsqmflsLTM>).

238 Disciplina que analiza los procesos mentales del individuo en función de la influencia relacional exterior de modo que psicología y sociología concurren, a su vez con otras disciplinas como la filosofía, el derecho, la comunicación y la neurociencia.

239 Gustave Le Bon (1841-1931), físico y sociólogo francés autor de obras como *Psicología de las masas* (1896) o *Las leyes psicológicas de la evolución de los pueblos* (1894), que resultaron obras determinantes, que aún hoy siguen desplegando una gran influencia por su análisis sobre la dinámica social y grupal.

240 : Según la RAE, el término “Psique” equivale a *alma*; en psicología se define también como *conjunto de procesos conscientes e inconscientes propios de la mente humana, en oposición a los que son puramente orgánicos*.

241 La miniserie de TV (NBC, 1978) *Holocausto* refleja de forma elocuente el proceso de cambio derivado de la integración de un individuo culto en un grupo con determinada ideología y como poco a poco abandona sus propios valores y los sustituye por el del grupo asumiéndolos como propios.

La serie describe como ello influye de forma distinta en una serie de personajes, siendo uno de los protagonistas un abogado de Berlín que, a instancias de su mujer, se afilia a las SS y siendo un hombre con valores, decente y honrado acaba transformado en un asesino sin escrúpulos, responsable de las operaciones de gaseado en los campos de exterminio. Del mismo modo la extraordinaria película *Vencedores o vencidos* sobre el juicio de Núremberg (Stanley Kramer 1961), refleja lo sucedido en la sociedad alemana a través del personaje de ficción Ernst Janning inspirado en el juez Franz Schlegelberger, secretario de Estado de Justicia durante el nazismo y condenado en Núremberg.

242 Los enfrentamientos por motivos religiosos han sido permanentes en la humanidad, pero aún se encuentran presentes en nuestros días. Las recientes guerras de los Balcanes (1991/2001) y la persecución de los *Rohingyas* en Malasia son un claro exponente; sin olvidar las confrontaciones en áreas de religión musulmana del Sahel, Oriente Medio Irán y Afganistán.

243 Son observables peligrosas señales en Europa por los fenómenos migratorios y en USA también por su historia y determinados e insensatos pronunciamientos políticos, que el racismo puede resurgir a modo de virus latente cuando en occidente ya parecía camino del destierro. El caso del *skinhead* norteamericano Bryon Widner, que estuvo integrado en grupos supremacistas blancos del medio oeste de Estados Unidos y su personal proceso de desconexión que ofrece tres conclusiones: (i) la persistencia de actitudes racistas en nuestros días; (ii) la abducción del individuo por el grupo y (iii) la muy consoladora constatación de que el ser humano es capaz, por sí mismo, de darse cuenta de lo que le ha sucedido y liberarse, por más que cueste, de esa perniciosa influencia y alineación. La película *Skin* (Guy Nattiv, 2019) refleja perfectamente el proceso de redención de Widner.

244 En Ruanda, por rivalidades étnicas que datan de la época colonial (Alemania desde 1894 y Bélgica desde 1916), en apenas 100 días, se causó la muerte de manera “planifica-

da, sistemática y metódica”, según denunció la ONU, a cerca de un millón de personas, la mayoría de etnia *tutsi* a manos de la etnia *butu*.

245 Arendt, H. (1906-1975), filósofa alemana de origen judío posteriormente nacionalizada estadounidense (1962, *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*), cubriendo con sus artículos, como corresponsal del periódico *New Yorker*, el juicio de Adolf Eichmann en Israel en 1961 destruye la idea de que los criminales nazis eran psicópatas o diferentes a la gente normal. Sostiene que, en determinadas circunstancias, cualquiera puede acabar en la misma situación. Señala, sobre los momentos anteriores a la ejecución de Eichmann que *Fue como si en aquellos últimos minutos* (Eichmann) resumiera la lección que su larga carrera de maldad nos ha enseñado, la lección de la terrible banalidad del mal, ante la que las palabras y el pensamiento se sienten impotentes (<https://el-talondeaquiles.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2015/09/Eichman-en-Jerusalem.pdf>).

246 Ya desde los clásicos -que afirmaban que el hombre es algo sagrado para el hombre [Platón (427-347 a.C.) en el *Banquete* o Séneca (4 a.C.-65 d.C.) en *Cartas a Lucilio* (epístola XCV)], los filósofos han venido escrutando e inquiriéndose acerca de la naturaleza del ser humano. Las posturas extremas, sobre su estado de naturaleza o primitivo, las encarnaron, respectivamente desde el optimismo y pesimismo antropológico, Rousseau y Hobbes. El primero partiendo, en *El contrato social* (1762,) de la premisa que el hombre es bueno por naturaleza y Hobbes en *De Cive* (1642), afirmando *bellum omnium contra omnes*, y luego en *Leviatán* (1651), con su célebre aforismo *homo homini lupus*, siguiendo lo que ya sostuvo Plauto (254 a.C.- 184 a.C.) en *Asinaria* y el propio Martin Lutero (1483-1546).

Este último en su enfrentamiento con los escolásticos (siglo XI-XV) y, tras reconocer que su singularidad no podía vencer a su propia concupiscencia -en el sentido también de egoísmo congénito (*homo incurvatus*)-, categoriza a todo hombre afirmando que todo en él está corrompido y, con el consentimiento de su voluntad, se comporta contra la ley y deliberadamente mal. Por su parte Sigmund Freud (1856-1939) estableció, superando el antagonismo (bueno, malo), que la naturaleza del hombre reúne el potencial tanto de hacer el bien como el mal, apuntado los dos instintos básicos con los que nacemos: *eros* y *tánatos* (amor y muerte u odio) que determinan nuestras actuaciones y decisiones. Eric Fromm (1900-1980) en *El corazón del hombre* sostiene que no existe una condición humana natural, ni de bondad ni de maldad, sino simplemente que existe un conflicto humano existencial ya que somos animales con instintos, pero nuestra racionalidad nos lleva a organizarnos en comunidades y a socializarnos.

247 Frankl, V., filósofo, neurólogo y psiquiatra austríaco de origen judío, dedicó buena parte de su obra al análisis existencial, sobrevivió durante tres años en campos de concentración nazis, donde su mujer y su familia acabaron falleciendo. Esa experiencia le llevo a publicar, justo después de la guerra y en la propia Alemania (1947), y con otro título, *El hombre en busca del sentido* (edición de Herder, 2015), que acabó resultando un *superventas*. Entre sus muchas obras, destaca también, *La presencia ignorada de Dios; logoterapia y demás conceptos* (Ob. Cit., 2011). Frankl, se interesó ya de joven por el psi-

coanálisis y estuvo en contacto con Sigmund Freud (padre del psicoanálisis) y Alfred Adler (fundador de la psicología individual que propugna la capacidad del ser humano de mejorar por sí mismo); más tarde se convirtió en discípulo de Rudolf Allers (psiquiatra y filósofo católico) y Oswald Schwarz (fundador de la medicina psicosomática). Fundador de la logoterapia (terapia de la palabra), como método terapéutico que va más allá del psicoanálisis e introduce la dimensión existencial. Muy crítico con el psicoanálisis por su reduccionismo, que rebaja la naturaleza del ser humano, entiende que éste tiene que encontrar sentido a su propia existencia y su método trata precisamente de acompañar al paciente en su introspección facilitándole al tiempo que descubra el sentido de su existencia con la búsqueda o reconocimiento de Dios. Célebre es su frase *El hombre solo puede encontrar significado para su existencia en algo fuera de él*. En 1938, en un artículo -en el que introduce elementos filosóficos sobre la noética aristotélica (estudio del pensamiento y del entendimiento)- *De la problemática noética de la psicoterapia* (ilocalizable, aunque con múltiples referencias en la red), manifiesta: *¿Dónde está la teoría [...] que, yendo más allá del ámbito de lo psíquico, tenga en cuenta la existencia humana en su conjunto en toda su altura y profundidad, una teoría que, consecuentemente, podría denominarse análisis existencial?*

El Dr. Ximo García en el blog de la Universidad Católica de Valencia, apunta sobre la logoterapia: *Por otra parte, para Frankl en la persona humana bios, psyche y noûs (espíritu, alma) constituyen una unidad orgánica –unitas multiplex, dice santo Tomás de Aquino-, si bien llevan a cabo cada una función diferente en el orden de la realización de valores* (<https://blogs.ucv.es/psicologia/una-breve-nota-sobre-logoterapia-y-psicoanalisis-freudiano/>).

248 Lasswell, H.D. (1902-1978), considerado padre de la psicología política y creador del conocido como *modelo de Laswell* (1948), desarrollado en su artículo *Estructura y Función de la Comunicación de Masas* -que aún hoy se considera plenamente vigente ante el desarrollo y plena inmersión que se sufre en los nuevos canales de comunicación de masas-, afirma que: *una persona se identifica con un grupo cuando, al tomar una decisión, evalúa las diversas alternativas de elección en términos de sus consecuencias para el grupo especificado*. Cita de Laswell recogida por Herbert Simon (1947, Ob. Cit., página 205).

249 Colvin, M. (1956-2012), periodista estadounidense que cubrió las guerras para el periódico británico *Sunday Times* de Sierra Leona, Timor Oriental, Kosovo, Zimbabue, Sri Lanka, Chechenia y Siria. Tras perder un ojo por una granada en la guerra civil de Sri Lanka, murió (2012) en la ciudad de Homs, mientras describía la masacre provocada por la guerra civil de Siria. En su última noticia, denunciaba la muerte de un bebé a causa de las bombas lanzadas por el ejército sirio. La vida turbulenta de esta extraordinaria mujer ha accedido a las pantallas con la sobrecogedora película *A Private War* (Matthew Heineman, 2018).

250 Este fenómeno de deshumanización y crueldad extrema no sólo se alcanza grupalmente, se alcanza también por individuos singulares, bien aquejados por enfermedades mentales, o lo que es increíblemente inquietante por aquellas personas que, sin padecer trastorno mental, se enmarcan en el grupo de los psicópatas. En efecto, la psicopatía

según nos define la RAE es una: *Anomalia psíquica por obra de la cual, a pesar de la integridad de las funciones perceptivas y mentales, se halla patológicamente alterada la conducta social del individuo que la padece*. En Derecho Penal, y como recoge la STS núm. 439/2004 de 25 marzo, aludiendo a sentencias anteriores -como la núm. 22/03 de 18 marzo-, refiriéndose a la psicopatía, se establece:

*[...] la interpretación jurisprudencial ha venido siendo cautelosa en la aceptación como eximente de las psicopatías o trastornos de la personalidad consistentes en peculiaridades personales que afectan duramente las áreas del conocimiento, del control de los impulsos, o de la afectividad y determinan personalidades perdurablemente distintas a las que en cada cultura se vienen considerando normales, sobre todo en las relaciones interpersonales y sociales [...] Pero su inclusión entre los trastornos del comportamiento en la clasificación internacional de enfermedades mentales elaborada por la Organización Mundial de la Salud [...] las psicopatías no tienen análoga significación a las anomalías psíquicas, sino que literalmente, lo son [...] el orden de comprobación a seguir al efecto de verificar si concurren los requisitos precisos para apreciar una eximente completa o incompleta por anomalías o trastornos psíquicos habrá de comenzar por comprobar que el sujeto agente del delito está afectado por una anomalía o trastorno, en cuyo amplio concepto caben tanto las tradicionalmente admitidas como las psicosis o enfermedades mentales, los retrasos u oligofrenias como otras de trastornos o anomalías psíquicas [...].*

*Posteriormente habrá de observarse si tales causas psíquicas anómalas han determinado incapacidad, disminución de la comprensión de la ilicitud de la conducta o de actuar volitivamente en concordancia con tal comprensión y que esa relación causa-efecto ha coincidido temporalmente con la comisión del hecho, interviniendo en su génesis o en las formas de su realización.*

*Resta señalar que la gravedad inferior de las psicopatías y trastornos de la personalidad en comparación con las psicosis graves y los niveles más profundos de la oligofrenia, impedirán prácticamente siempre su acogida como circunstancias eximentes, teniendo su normal campo de efectividad en las incompletas con valor de atenuante.*

La problemática, a pesar de lo que indica la Organización Mundial de la Salud, se encuentra lejos de ser pacífica ya que existe un profundo y enconado debate sobre la posibilidad de “curación” de los psicópatas. Repárese que, sobre todo respecto a asesinos en serie, violadores, maltratadores, con carácter mayoritario, son considerados imputables penalmente y acaban condenados en la cárcel en lugar de un psiquiátrico. A pesar de algunos avances con tratamientos basados en el psicoanálisis y a través de la psicología conductual nadie todavía ha podido destruir científicamente las conclusiones de Robert D. Hare (1934), doctor e investigador de renombre en el campo de la psicología criminal. Hare, estimando que el 1% de la población mundial es psicópata, desarrolló la PCL (*Psychopathy Checklist*) y la PCL-R (*Psychopathy Checklist Revised*), que se siguen usando para establecer casos de psicopatía.

Su tesis inicial es que existe una “desconexión” o lesión indetectable entre el sistema límbico y la amígdala del que forma parte y donde radican nuestras emociones, que

determina una mayor dificultad o incluso imposibilidad absoluta de sentir las emociones connaturales al ser humano. Como en toda anomalía existen grados y no necesariamente el psicópata acaba siendo violento o agresivo y se encuentra en todos los ámbitos, pudiendo desarrollar su psicopatía, con un afán de poder y de control en el entorno familiar, profesional o político sin que, en esos casos, sea nada fácil detectarlo a pesar del daño que pueda infligir a los que le rodean.

- 251 Freud, S. (1856-1939), médico y neurólogo austriaco, conocido como el padre del psicoanálisis. Texto reproducido en la página 5 de su obra de 1921, *Psicología de las masas y análisis del yo* (edición de 2018). Freud está de acuerdo con Le Bon en cuanto sostiene que el individuo puede sentirse partícipe del “alma” (término acuñado por este último) de distintas masas, creando su ideal del “yo” a través de identificarse con el “alma colectiva” y modelos de las masas de los que pueda formar parte (posición social, religión, raza, equipo de fútbol...). Freud sostiene que el hombre ha de ser libre de elegir lo que quiere, desea y piensa.

Con brillantez, efectúa una dicotomía respecto al gobierno de las masas, y ahí crítica seriamente a Le Bon, distinguiendo la unión con el líder y sus conductores y la de los individuos que la componen entre sí. Llega a decir que: *No puede por menos de observarse que las consideraciones de Le Bon sobre los directores de multitudes y la naturaleza del prestigio no se hallan a la altura de su brillante descripción del alma colectiva* (página 14).

- 252 Ortega y Gasset, J. (1883-1955), reputado y reconocido ensayista y filósofo español, en la obra recopilatoria de sus artículos de 1930, *La rebelión de las masas* (edición de Planeta-Agostini, 1993), desarrolla el concepto de *hombre masa*, estableciendo que la mayoría suplantarán a la minoría.

- 253 Font Boix, I. (2003). *Derecho Penal, Sectas y control mental. El concepto de manipulación mental en relación con las llamadas sectas* (Doctor en Derecho Canónico y Derecho Civil), aborda este tema controvertido donde los haya. Autor de la citada muy interesante tesis, que entrecruza derecho y psicología repasando una amplia doctrina nacional e internacional, jurídica, psiquiátrica y psicológica, con estudio de jurisprudencia y de los tipos penales. El Dr. Font, hace hincapié en la libertad inicial del individuo de adhesión al grupo y su permanente renovación voluntaria, cuestionando y poniendo en jaque muchos tópicos. En el mismo sentido y del mismo autor, véase el artículo *El concepto de manipulación mental en relación con las llamadas sectas* en Revista Ius Canonicum, 2002, vol. 42, núm. 83, páginas. 331-358 (<https://revistas.unav.edu/index.php/ius-canonicum/article/view/15057/15450>).

- 254 Locución que surge a principios del siglo XX, y que tiene su origen en el marxismo. Patrick Buchanan, que fue consejero de los presidentes estadounidenses Richard Nixon, Gerald Ford y Ronald Reagan, sostuvo en *La muerte de Occidente* (2003), que *la corrección política es el marxismo cultural*, y que “*su marca es la intolerancia*”.

- 255 En este sentido, *Apuntes para una teoría sociológica de las masas y las multitudes*, obra resumen de Pablo de Marínis (Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires) sobre las VIII Jornadas de Socio-



logía de la UNLP, 2014 ([http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab\\_eventos/ev.4652/ev.4652.pdf](http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.4652/ev.4652.pdf)).

- 256 El término “Relativismo”, según la RAE es la: *Teoría que niega el carácter absoluto del conocimiento, al hacerlo depender del sujeto que conoce*. Mariano Fazio (1960), sacerdote, historiador, filósofo y escritor argentino, en una entrevista concedida en 2014 a Miriam Díez Bosch, especialista en periodismo religioso, y refiriéndose al relativismo que tanto inquietaba al Papa Benedicto XVI, se expresaba de este modo:

*El entonces Card. Ratzinger en la misa anterior al cónclave que lo elegiría Papa puede servirnos para responder esta pregunta: “Se va constituyendo una dictadura del relativismo que no reconoce nada como definitivo y que deja sólo como medida última al propio yo y sus apetencias” El relativismo abandona la posibilidad del diálogo para alcanzar una verdad común sobre la que construir la convivencia humana, el desarrollo como personas y como sociedad, e introduce una dictadura, la del propio yo y sus apetencias [...] Podría decirse que Benedicto propone dos antidotos para este desafío que nos plantea la cultura contemporánea: ampliar los límites de la razón y poner en práctica la caridad. Apostar por una ética compartida, unos valores comunes, es una meta posible de la razón. Se puede llegar a la verdad sobre la dignidad del ser humano, aunque no sea algo empírico. Para eso hay que abrirse y ampliar los límites de la razón [...] Los totalitarismos del siglo XX proponían una verdad fuerte y la violencia perpetrada levantó una sospecha. Pero como dice un autor contemporáneo, el problema de esos regímenes ideológicos no eran sus ideas fuertes, sino que eran ideas equivocadas, parciales: absolutizaban un solo aspecto de la persona [...] el entonces Card.*

*Ratzinger sintetizaba en la Nota doctrinal sobre la participación de los católicos en la vida política: “Si el cristiano debe ‘reconocer la legítima pluralidad de opiniones temporales’, también está llamado a disentir de una concepción del pluralismo en clave de relativismo moral, nociva para la misma vida democrática, pues ésta tiene necesidad de fundamentos verdaderos y sólidos, esto es, de principios éticos que, por su naturaleza y papel fundacional de la vida social, no son “negociables” (<https://es.aleteia.org/2014/05/06/el-relativismo-segun-benedicto-xvi/>).*

- 257 El artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala:

*Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.*

En igual sentido el artículo 16 de la CE sobre libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades.

- 258 Schopenhauer, A. (1788–1860), filósofo alemán máximo representante de la corriente del *pesimismo filosófico*, que sostenía que el ser humano vive en el peor de los mundos donde el “*dolor es perpetuo*” y donde nunca se alcanzará lo que se busca. De ese pesimismo antropológico arrancará, o recibirán influencia, en la segunda mitad del siglo XIX y del siglo XX otras corrientes como el *nihilismo*, el *maniqueísmo* o el *escepticismo* y en las ciencias psicológicas y psiquiátricas el análisis de las conductas pesimistas que llevan a

enfermedades o trastornos como la depresión o la distimia. Su pensamiento, recogido en una prolífica obra, destaca en *El mundo como voluntad y representación* (*Die Welt als Wille und Vorstellung*, 1819), edición de Fondo de Cultura Económica, 2003.

- 259 Marcuse, H. (1898–1979), sociólogo y filósofo de origen alemán, nacionalizado estadounidense y miembro, en primera generación, de la *Escuela de Frankfurt*. Su pensamiento -básicamente de crítica a la sociedad capitalista occidental y de la opresión que produce en el hombre (en especial en su obra *El Hombre unidimensional*)- tuvo notoria influencia en los movimientos de izquierda estudiantil de los años sesenta del siglo pasado.

Su pensamiento, también tiene influencias de Sigmund Freud. *El hombre unidimensional. Ensayo sobre la ideología de la sociedad industrial avanzada* (*One-Dimensional Man*, 1964), en edición de Editorial Planeta, 2016.

- 260 Bauman, Z. (1925–2017), Premio Príncipe de Asturias (2010), sociólogo y filósofo polaco (posteriormente nacionalizado británico), militó en el partido comunista y combatió en Rusia en la Segunda Guerra Mundial con la Cuarta División del ejército polaco, con la que entró en Polonia. Se exilió (1968), desencantado del comunismo después de ser profesor de la Universidad de Varsovia; dio clases en Israel, Estados Unidos y Canadá para posteriormente (1971) instalarse definitivamente en Gran Bretaña. Inicialmente se especializó en temáticas sociales (estratificación social o movimiento obrero), basculando en su última etapa hacia una sociología antropológica integral. La obra de Bauman asume múltiples influencias como el marxismo que moldea su conciencia intelectual, Max Weber, Antonio Gramsci, la *Escuela de Frankfurt*, Hannah Arendt y otros muchos. Dentro de una muy prolífica obra destaca “*Modernidad líquida* (2002).

- 261 Weber, M. (1864–1920), sociólogo alemán considerado uno de los grandes intelectuales de la era contemporánea, es el exponente de oposición al determinismo marxista. Contrapone en la historia, lo económico y lo social, a otros factores culturales como la religión o la filosofía a los que da más importancia. Se le ha considerado el “Karl Marx” del capitalismo o de la burguesía. Estableció que el protestantismo suponía una de las causas de desarrollo del capitalismo en Europa con su obra *La ética protestante y el espíritu capitalista* (1905) edición de Editorial Reus, 2009. En su extensa obra, Weber se refiere a lo “sólido” como condición necesaria para comprender el Holocausto y de ahí Bauman, según sus analistas, desarrolla el concepto de “liquidez”.

- 262 Bauman, destaca el fenómeno de cambio brutal al que se enfrenta el hombre en la modernidad. Pone como ejemplo, que el tiempo que tardaba Julio César desde Roma a París fue prácticamente el mismo que tardaba Napoleón Bonaparte, circulando por las mismas carreteras que el primero construyó y con idéntico sistema de transporte (caballos y carretas de tracción animal), y ello sin cambiar en casi diecinueve siglos; mientras que, en apenas unos pocos decenios de años, el tiempo de recorrido entre esas dos ciudades ha bajado vertiginosamente (hoy en tren son apenas 10 horas y en automóvil no llega a las 12 horas). Con fenómenos como internet y desarrollos tecnológicos asociados de rápida implantación, la inteligencia artificial, los avances biológicos, la neurociencia -que no

se sabe dónde acaban-, la humanidad, como subraya el propio Bauman, se encuentra inmersa en incertidumbre y desazón, encontrándose la sociedad actual en una búsqueda imposible de un orden basado en la predictibilidad, monotonía, regularidad, estabilidad y repetitividad.

263 Destacable resulta el paralelismo entre el diagnóstico de Bauman y el del Papa Benedicto XVI (vid. (<https://es.aleteia.org/2014/05/06/el-relativismo-segun-benedicto-XVI/>)).

264 Laudo de 10 de enero de 2018 accesible en:

<http://www.eurobridge.org/wp-content/uploads/2018/01/Fantonis-Nunes-CAS.pdf>

265 El caso de Rocio Wanninkhof (1999) es un claro ejemplo en España, de cómo la presión social y de los medios de comunicación, generan un apriorismo que puede llevar a graves errores judiciales. Por pruebas de ADN (2003), se demostró que el asesino era una persona distinta a la declarada culpable por un jurado popular y condenada a cumplir de 15 años de prisión.

266 Vid. obra del autor ya citada (2010, páginas 86 a 91).

267 Arieli, D., nacido en Israel, con nacionalidad americana, Catedrático de psicología y economía conductual en la Duke University; Kreisler, J., abogado, comentarista y experto en ciencia del comportamiento (2018, *Las trampas del dinero*, página 142).

268 Citado por Muñoz Aranguren (Ob. Cit. 2012) y en relación con el estudio de F. Fariña, R. Arce y M. Novo (2002). *Heurístico de anclaje en las decisiones judiciales*.

269 El término “sesgo de confirmación”, fue acuñado por el psicólogo inglés y pionero de la psicología del razonamiento Peter Cathcart Wason (1924-2003) de la University College of London.

270 Bacon, F. (1561-1626), filósofo, político y abogado inglés es considerado el padre del *empirismo filosófico y científico*. En *Novum Organum*, precisó las reglas del método científico experimental. Bacon concibió la ciencia como el instrumento que puede dar al ser humano el dominio sobre la naturaleza a través de los experimentos siguiendo un procedimiento técnico y lógico (empirismo). Apuntó a la existencia de los “sesgos” cuando estableció que el entendimiento humano es demasiado débil y está limitado por obstáculos que llamó “ídolos” que hay que eliminar para no caer en confusión y obtener evidencias.

271 Tweney, R. D. (1998). *Toward a cognitive psychology of science: Recent research and its implications* (1943-2020), profesor de psicología y especialista en la rama de conocimiento experimental, en Bowling Green State University, Ohio.

272 Feist, G. J. (2011). *Psychology of Science as a New Subdiscipline in Psychology* (doctor en filosofía y actualmente profesor de psicología en San Jose State University). Hasta tal punto resulta relevante la psicología cognitiva que si bien se le empezó a dar la importancia que merece en estudios interdisciplinarios de economía (primordialmente en el ámbito del consumo como se ha indicado en el Capítulo IV.2.-), también en el ámbito

científico, y desde algunos años, han comenzado a proliferar los estudios al respecto, como el muy paradigmático de Feist, en el que se concluye:

*The studies of science have been missing these important topics in their understanding of scientific thought, motivation, interest, creativity, social influence, mental illness, and personality. If the United States is to stay at the forefront of science and technology, we need to understand who becomes interested in, who has talent for, and who achieves at the highest level in science and technology, and why. The psychology of science provides answers to these questions.*

273 En definitiva, la psicología estudia, entre otras muchas cosas, cómo apreciamos la realidad, que aprendemos de ella y cómo la transmitimos. En junio 2017, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia (Grado en Criminología), uno de los estudios y trabajo de final de grado versaba precisamente sobre el “sesgo de confirmación”.

274 2019, *El río de la consciencia*, página 202.

275 Sutherland, S. (1992). *Irracionalidad: el enemigo interior*, páginas 180 y 200 (1927-1998, psicólogo inglés).

276 Sacks, O. W. (2019), Ob. Cit., página 195 (1933-2015, neurólogo y escritor británico).

277 Delusión es un término utilizado en psiquiatría, que según la RAE es sinónimo de ilusión: *una imagen o una idea que una persona construye en su mente, sin correspondencia con la realidad.*

278 El profesor Beltrán de Heredia Ruiz, ha propiciado el estudio de alguno de los autores que cita y que se han referido líneas atrás.

279 La imparcialidad judicial respecto a su participación en diferentes instancias fue recogida por primera vez en la Constitución Política de la Monarquía Española (Constitución de Cádiz de 1812): *Los magistrados que hubieren fallado en segunda instancia, no podrán asistir a la vista del mismo pleito en la tercera.*

280 Eyal Peer ha venido siendo profesor titular de la Escuela de Política Pública de la Universidad Hebrea de Jerusalén accediendo al doctorado por esta misma en 2011; Eyal Gamliel es profesor asociado en el Departamento de Ciencias del Comportamiento en la universidad israelí de *Ruppin Academic Center*. <http://aja.ncsc.dni.us/publications/court-trv/cr49-2/CR49-2Peer.pdf>

281 Se sigue respecto de este caso el artículo aparecido en el diario digital ABC de Ana Fernández Militino, Catedrática del Departamento de Estadística, Informática y Matemáticas de la Universidad Pública de Navarra:

[https://www.abc.es/ciencia/abci-probabilidad-muerte-subita-y-triste-caso-sally-clark-201812071251\\_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F](https://www.abc.es/ciencia/abci-probabilidad-muerte-subita-y-triste-caso-sally-clark-201812071251_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F)

282 [https://elpais.com/sociedad/2010/03/17/actualidad/1268780410\\_850215.html](https://elpais.com/sociedad/2010/03/17/actualidad/1268780410_850215.html). De este caso se hizo una película de nacionalidad holandesa *Lucia de B. Accused* (Paula van der Oest, 2014).

283 No se facilita referencia por cuanto el asunto todavía se está sustanciando y para proteger la intimidad de los concernidos.

284 No debe confundirse este sesgo con el de “consentimiento” o el de “muestreo por conveniencia” que afecta a los formularios de las encuestas y al procedimiento de elección de la muestra, sino que tiene que ver con el interés personal al que, junto con otros elementos motivacionales, tendemos que se adecuen nuestras decisiones y comportamiento, tanto de forma consciente como inconsciente. Tampoco debe confundirse este sesgo que aquí se intenta conceptualizar -aunque pueda guardar cierta relación- con el denominado “sesgo de autoservicio” o “sesgo por interés personal” por los que el sujeto sobrevalora sus éxitos e infravalora sus fracasos.

285 Por poner conocidos ejemplos de colisión entre valores del individuo a corto y medio o largo plazo: piénsese en un régimen alimenticio, que implica para el individuo una renuncia a corto plazo por bienestar a largo, o superar la pereza o comodidad con el sacrificio que puede implicar estudiar o trabajar, o quién por creencias religiosas es capaz de los mayores sacrificios.

286 Seligman, M. (1942), psicólogo y escritor estadounidense, Director del Departamento de Psicología de la Universidad de Pensilvania y conocido por haber desarrollado la denominada *psicología positiva*. Destaca, entre sus publicaciones, *What You Can Change and What You Can't: The Complete Guide to Successful Self-Improvement* (1995). Bechara, A., es profesor de psicología y neurociencia en Universidad del Sur de California. Sus investigaciones, cristalizaron en una diseñada tarea psicológica para simular la toma de decisiones en la vida conocida como *Iowa Gambling Task* (IGT), consistente en ofrecer al sujeto cuatro mazos de cartas de los que dos son de apuesta conservadora y dos de riesgo. Analizando las apuestas del sujeto se pueden diagnosticar pacientes con disfunción de la corteza orbitofrontal (COF) que es la región del lóbulo frontal del cerebro relacionada con el procesamiento cognitivo para la toma de decisiones. El procedimiento no ha estado exento de críticas y detractores.

Las investigaciones de Bechara cristalizaron junto con las de Antonio Damasio (1944); premio Príncipe de Asturias 2005, neurocientífico y neurólogo portugués, profesor de psicología, neurociencia y neurología en la Universidad del Sur de California, donde dirige el *Institute for the Neurological Study of Emotion and Creativity*. De su obra destaca el superventas, *El error de Descartes: la emoción, la razón y el cerebro humano* (1994). En esta monografía, Damasio establece que Descartes se equivocó al sostener una separación dualista entre mente y cuerpo, entre racionalidad y emoción.

287 “Emoción” es un término que, en su primera acepción según la RAE, significa: *Alteración del ánimo intensa y pasajera, agradable o penosa, que va acompañada de cierta conmo-*

*ción somática*. En psicología no hay un consenso sobre cómo conceptualizar la emoción, si bien mayoritariamente se concibe como un proceso psíquico para responder y adaptarnos al entorno por el instinto de supervivencia común a cualquier ser humano, y que se origina en el sistema límbico. La emoción se estudia en psicología desde tres diferentes análisis: conductual, biológico y cognitivo. En todo caso, sí que hay acuerdo que se trata de un proceso muy difícil de explicar. William James (1842-1910), filósofo y psicólogo estadounidense, se preguntó *¿qué es una emoción?*, dando como respuesta (1884) una teoría fisiológica que establece que la corteza cerebral recibe e interpreta los estímulos sensoriales produciendo cambios en los órganos por medio del sistema nervioso central y somático. No obstante, desde Aristóteles y Platón la emoción viene ocupando a filósofos y psicólogos y aún hoy no se ha ofrecido una respuesta unívoca.

Paul Ekman (1934), es un psicólogo estadounidense, considerado uno de los cien más destacados del siglo XX y reconocido como pionero en el estudio de las emociones y su expresión facial. En 1972 estableció la siguiente lista de las seis emociones básicas que codificó facialmente: *alegría, ira, miedo, asco, sorpresa, tristeza*. No obstante, en 1999 Ekman amplió esta lista de emociones y estableció una lista más extensa de emociones positivas y negativas de mayor dificultad de identificación facial, incluyendo sobre las ya indicadas: *alivio, bochorno, complacencia o contento, culpa, diversión, desprecio o desdén, entusiasmo o excitación, felicidad, orgullo o soberbia, placer sensorial, satisfacción, vergüenza*. A la fecha existen otras muchas clasificaciones distinguiendo emociones primarias de aquellas que se consideran secundarias en un intento de establecer una exhaustiva descripción de los diferentes estados de ánimo del ser humano. Por otro lado, y en lenguaje coloquial, se confunde fácilmente la emoción con el sentimiento y de hecho se utilizan muchas veces como sinónimos. No obstante, hay consenso que no puede existir sentimiento sin emoción y que la diferencia radica en que la emoción aparece de forma automática desde un proceso básico y primitivo, mientras que el sentimiento entraña la conciencia de lo que siente.

Así la RAE define como sentimiento: *Hecho o efecto de sentir o sentirse*. Es decir, el sentimiento es el resultado de una emoción y a diferencia de ésta, que se origina en el sistema límbico, el sentimiento tiene su origen en el neocórtex (lóbulo frontal).

Al igual que respecto de las emociones, existen diferentes intentos de clasificar a los sentimientos siendo común la distinción entre los positivos y negativos. Así se pueden incluir dentro de los sentimientos positivos los siguientes: *Euforia, Admiración, Afecto, Optimismo, Gratitud, Satisfacción, Amor, Agrado*. E integrando los sentimientos de tipo negativo: *Enfado, Odio, Tristeza, Indignación, Impaciencia, Envidia, Venganza, Celos*.

- 288 Pérez López, J. A. (1934-1996), fue doctor en *Business Administration* por la Universidad de Harvard, con la tesis *Organizational theory: A cybernetical approach*, dedicando buena parte de sus estudios y labor docente a los desarrollos teóricos alrededor de la acción humana en las organizaciones. En sus publicaciones se recogen y se integran aspectos económicos, sociológicos, antropológicos y éticos.

Estuvo a cargo, dando clases magistrales, de Teoría de la Organización y de Factor Humano de IESE *Business School*, escuela de dirección de empresas de la Universidad de Navarra, de la que fue Director General (1978-1984). Entre sus numerosas publicaciones destaca, al objeto de esta ponencia *Las motivaciones humanas* (1985).

289 García Parra, A., colaboradora en el Departamento de Estudios Graduados de la Facultad de Educación de la University of Puerto Rico (Río Piedras Campus). García Parra es autora de un artículo que analiza a fondo las tesis del profesor Pérez López *Una nueva teoría de motivación: el modelo antropológico de Juan Antonio Pérez López* (2004). La autora, hace un excelente repaso sobre los cuatro grupos de teorías sobre la motivación: (i) las biológicas y materialistas, (ii) las psicológicas que proceden del cognitivismo, conductismo y el psicoanálisis, (iii) las sociales y (iv) las culturales que engloban las centradas en los valores y en lo espiritual.

290 Voz en inglés “*Intrinsic Motivation*”: “*The motivation or desire to do something based on the enjoyment of the behavior itself rather than relying on or requiring external reinforcement*” (<https://allpsych.com/reference/dictionary/i/>).

291 Voz en inglés *Extrinsic Motivation*: *The desire or push to perform a certain behavior based on the potential external rewards that may be received as a result* (<https://allpsych.com/reference/dictionary/e/>).

292 Citado por Ana Teresa García Parra (2004), Ob. Cit., página 132.

293 Sentencia de 26 de julio de 2018 del procedimiento de acción de anulación de laudo núm. 48/2017 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

294 Sentencia de la Sala de lo Penal de la AN, de 10 de junio de 2013 (referencia a la base de datos jurisprudencial CENDOJ: SAN 2768/2013), ratificada por el TS, mediante sentencia de la Sala Penal de 10 de junio de 2014 (referencia base de datos jurisprudencial CENDOJ: STS 3137/2014).

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasemat-ch=AN&reference=6985116&links=potash&optimize=20140310&publicinterface=-true>

295 El “sesgo de conformismo”, se entrecruza con el sesgo de conveniencia, en tanto que el sujeto se aviene a la situación y actúa como hacen los demás, utilizando como excusa que no puede ni debe hacer otra cosa. Actuar de manera contraria, lo que conoce el sujeto de forma más o menos inconsciente, le generaría una carga de trabajo o inconvenientes que tendría que asumir si decidiera resultar “inconformista”.

296 Robert B. Cialdini (1945), psicólogo estadounidense y profesor de Psicología en la Universidad Estatal de Arizona, fue el primero en acuñar el término de reciprocidad para estas situaciones, entendido como aquel que surge de las relaciones humanas y en que una de las partes (o ambas) siente la necesidad de corresponder a la atención que la otra le ha dispensado.

- 297 Esteve Pardo, J. (1954), Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona y prolífico autor, entre cuyas obras se encuentra *Hay jueces en Berlín; un cuento sobre el control judicial del poder* (2020).
- 298 La Inteligencia Artificial es aquella inteligencia, como proceso de razonamiento y deducción, que resulta de la *combinación de algoritmos planteados con el propósito de crear máquinas que presenten las mismas capacidades que el ser humano* (<https://www.iberdrola.com/innovacion/que-es-inteligencia-artificial>).
- 299 Nuria Bigas Formatjé (2019)- *Llega el juez artificial: imparcial, eficiente y rápido* (<https://www.uoc.edu/portal/es/news/actualitat/2019/260-juez-artificial-jornada.html>); Alberto Barbieri (2019) *¿Puede predecirse un crimen antes de suceder con un algoritmo?* (<https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20190318/461013536935/inteligencia-artificial-vigilancia-predictiva-policia.html>); Javier Salas (2018). *El algoritmo que “adivina” los delitos futuros falla tanto como un humano* ([https://elpais.com/elpais/2018/01/17/ciencia/1516194073\\_122982.html](https://elpais.com/elpais/2018/01/17/ciencia/1516194073_122982.html)).
- 300 Comentario del profesor David Martínez (2019), en la reseña de Nuria Bigas Formatjé en relación con la *Jornada «Inteligencia artificial y derecho. El panorama de los retos éticos y jurídicos»* (<https://www.uoc.edu/portal/es/news/actualitat/2019/260-juez-artificial-jornada.html>).
- 301 Sentencia que asume, en todo caso, que resulta problemática utilizar “herramientas” para el auxilio judicial cuyo funcionamiento se desconoce (<https://h2o.law.harvard.edu/collages/44824>).
- 302 Trivers, R. L. (1943), es licenciado en Historia, en Antropología y en Ciencias Biológicas por la Universidad de Rutgers, doctorado en Biología por la Universidad de Harvard y profesor en esa Universidad de Psicología. *La insensatez de los necios; la lógica del engaño y el autoengaño en la vida humana* (2013, página 345), es la recopilación de una serie de ensayos. Expresa (página 40, *Teorías sociales sesgadas*) que todos creamos teorías sociales que están al servicio de nuestras posiciones.
- 303 Sancho Gargallo, I. (2020), Ob. Cit., página 448, citando el discurso de Juez del Tribunal Constitucional de la República de Polonia, Andrzej Rzepliński, *To be a judge*.





## ❖ BIBLIOGRAFÍA; WEBGRAFÍA

- **ACEDO-RICO, J.** (1794). *Instituciones prácticas de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios, en todos sus trámites, según que se empiezan, continúan, y acaban en los Tribunales reales*. Oficina de Don Benito Cano (Conde de la Cañada): Madrid.
- **ALEMÁN MONTERREAL, A.** (2015). La “*recusatio iudicis suspecti*” en Derecho Romano y sus vaivenes históricos. *Vergentis, Revista de Investigación de la Cátedra Internacional Conjunta Inocencio III*.
- **ALONSO GALLO, J.** (2006). *Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el derecho penal*. En Dialnet <http://www.indret.com/pdf/847.pdf> (2011).
- **ALONSO GALLO, J.** (2006). *Errores y sesgos cognitivos en la expansión del Derecho Penal*. En *Derecho y justicia penal en el siglo XXI, Liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*. Constitución y Leyes, COLEX (pp. 31-48).
- **ARENDT, H.** (1962). *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*. Viking Press: Nueva York.
- **ARIELY, D. y KREISLER, J.** (2018). *Las trampas del dinero*. Editorial Ariel: Barcelona.
- **BACON, F.** (1620). *Novum Organum*. [https://eva.udelar.edu.uy/pluginfile.php/508835/mod\\_resource/content/1/Bacon\\_Novum\\_Organum.pdf](https://eva.udelar.edu.uy/pluginfile.php/508835/mod_resource/content/1/Bacon_Novum_Organum.pdf)
- **BAUMAN, Z.** (2002). *Modernidad líquida*. Editorial Fondo de Cultura Económica de España: México.
- **BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I.** (2019). *Jueces y sesgo de confirmación*. <https://ignasibeltran.com/2019/09/19/jueces-y-sesgo-de-confirmacion/>
- **BERKOWITZ, L.** (1964). *Advances in Experimental Social Psychology*. Random House: Nueva York.
- **BUCHANAN, P.** (2003). *La muerte de Occidente*. Kion Ediciones: Barcelona.
- **CADENA SERRANO, F.A.** (2019). *Imparcialidad objetiva*. Diario *La Ley* núm. 9477.
- **CARRETERO SÁNCHEZ, S.** (2019). *La Doctrina General sobre la recusación de peritos: establecimiento de sus bases mínimas*. Porticolegal.com

- **CASTILLO FREYRE, M. y VÁSQUEZ KUNZE, R.** (2006). *Arbitraje: naturaleza y definición*. Revista Derecho PUCP: Lima.
- **COELLO DE PORTUGAL MARTÍNEZ DEL PERAL, I.** (2017). *Contra los “Tribunales” Económico Administrativos*. Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (R.E.D.S.), núm. 11, julio-diciembre (páginas 50-58).
- **CORONAS GONZÁLEZ, S.M.** (1982). *La recusación judicial en el derecho histórico español*. Anuario de Historia del Derecho Español: Madrid.
- **DAMASIO ROSA, A.** (1994). *El error de Descartes: la emoción, la razón y el cerebro humano*. Editorial Destino: Barcelona.
- **DIXON, H.** (2001). *Surfing Economics*. Red Globe Press: Londres.
- **ENGEL, C.** (2006). (entre otros autores). *Heuristics and the Law*. Editorial MIT Press: Londres.
- **ESTEVE PARDO, J.** (2020). *Hay jueces en Berlín; un cuento sobre el control judicial del poder*. Editorial Marcial Pons: Barcelona.
- **F. FARIÑA, R. ARCE Y M. NOVO** (2002). *Heurístico de anclaje en las decisiones judiciales*. Psicothema, vol. 14, núm. 1, páginas 39-46. <http://www.psicothema.com/pdf/684.pdf>.
- **FEIST, G.J.** (2011). *Psychology of Science as a New Subdiscipline in Psychology*. Association for Psychological Science: Washington. <http://cdp.sagepub.com/content/20/5/330>
- **FERNÁNDEZ MILITINO, A.** Artículo Diario Digital ABC (2018). <https://www.abc.es/ciencia/abci-probabilidad-muerte-subita-y-triste-caso-sally-clark-201812071251noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F>
- **FERNÁNDEZ-VIAGAS, P.** (2015). *El Juez imparcial ¿Han tomado los barbaros el Poder Judicial?* Comares Editorial: Granada.
- **FIGUEROBA, A.** ¿Confiamos en la razón en nuestro día a día, o por el contrario somos más bien seres emocionales? Revista Psicología y Mente. <https://psicologiymente.com/>
- **FONT BOIX, I.** (2003). *Derecho Penal, Sectas y control mental. El concepto de manipulación mental en relación con las llamadas sectas*. Revista Ius Canonicum, Universidad de Navarra: Pamplona.
- **FRANK, J & FRANK, B.** (1957). *Not Guilty*. Doubleday & Company: New York.
- **FRANKL, V.** (2011). *La presencia ignorada de Dios; logoterapia y demás conceptos*. Editorial Herder: Barcelona.

- **FRANKL, V.** (2015). *El hombre en busca del sentido*. Editorial Herder: Barcelona.
- **FREUD, S.** (1918). *Psicología de las masas y análisis del yo*. Editorial Biblioteca Virtual Omegalfa, Ebook.
- **FROMM, E.** (1966). *El corazón del hombre*. Fondo de Cultura Económica: México.
- **GALÁN GONZÁLEZ, C.** (2004). *Apuntes sobre el derecho a un Juez Imparcial*. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 10 (páginas 197-208).
- **GARCÍA AGUILAR, C.L.** (2004). *Especificidad de dominio y sesgo en la psicología del razonamiento humano*. Signos Filosóficos, vol. VI, núm. 12 (páginas 63-91).
- **GARCÍA PARRA, A.** (2004). *Una nueva teoría de motivación: el modelo antropológico de Juan Antonio Pérez López*. Revista Puertorriqueña de Psicología, núm. 15, páginas 123-163.
- **GIGERENZER, G.** (2007) *Soluciones intuitivas*. Editorial Bertelsmann: Barcelona.
- **GIGERENZER, G.** (2008). *Decisiones intuitivas: La inteligencia del inconsciente*. Editorial Ariel. Barcelona.
- **GLADWELL, M.** (2013). *Inteligencia Intuitiva: ¿Por qué sabemos la verdad en dos segundos?* Penguin Random House: Barcelona.
- **GOENECHEA PERMISÁN, G.** (2018). *Fundamentos del sistema legal en materia de independencia e imparcialidad: un sistema autónomo basado en la duda*. [Tesis Doctoral pendiente de publicar]. Universidad de Navarra.
- **GOIKOETXEA GÓMEZ, N.** (20121). *El Derecho a un Tribunal imparcial: su interpretación a la luz del caso Bateragune* [Trabajo de Grado]. Universidad del País Vasco, Facultad de Economía y Empresa: Bilbao.
- **GOLEMAN, D.** (1996). *La Inteligencia Emocional: Por qué es más importante que el cociente intelectual*. Editorial Kairos: Barcelona.
- **GONZÁLEZ PASCUAL, M. y SOLANES MULLOR, J.** (2016). *Independencia Judicial y Estado Constitucional. El Estatuto de los jueces*. (Coordinadores). Editorial Tirant Lo Blanc: Valencia.
- **GONZÁLEZ RUIZ, L** (2021). *Derecho a un juez imparcial* [Trabajo de Grado]. Universidad de Valladolid, Facultad de Derecho: Valladolid.
- **GONZÁLEZ SOLANO, G.** (2006). *La Heurística Jurídica*. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, núm. 10. <http://www.rtfed.es/numero10/7-10.pdf>

- **GRACIANO** (Siglo XII). *Concordia discordantium canonum* “Decreto de Graciano”.
- **HARARI, Y.N.** (2020). *Homo Deus*. Penguin Random House: Barcelona.
- **HERNÁNDEZ GARCIA, J.** (2016). *¿La ideología de los jueces es un problema privado?* en: *Independencia Judicial y Estado Constitucional* (coord. por María Isabel González Pascual y Joan Solanes Mullor). Editorial Tirant lo Blanch: Valencia.
- **HEVIA, J.** (1603). *Curia filípica* (Tratado de Derecho Procesal).
- **HEVIA, J.** (1617). *Laberinto de comercio terrestre y naval* (Tratado de Derecho Mercantil).
- **HOBBS, T.** (1642). *De Cive*.
- **HOBBS, T.** (1651). *Leviatán*.
- **HUME, D.** (1739). *Tratado de la naturaleza humana*.
- **HUME, D.** (1748). *Investigación sobre el pensamiento humano*.
- **KAHNEMAN, D.** (2011). *Thinking, Fast and Slow*. Editorial Farrar, Straus, and Giroux: New York.
- **KAHNEMAN, D y NATHAN, A.** (1974). *Juicio Bajo Incertidumbre: Heurística y Prejuicios*. Science, New Series, Vol. 185, núm. 4157.
- **KAHNEMAN D., SLOVIC, P. y TVERSKY, A.** (1982). *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*. Science. New Series. Vol. 185, núm. 4157 (páginas 1124-1131).
- **LASSWELL, H.D.** (1948). *Estructura y Función de la Comunicación de Masas* (“Modelo de Laswell”).
- **LEAHEY, T.** (1993). *Historia de la Psicología*. Editorial Debate: Barcelona.
- **LE BON, G.** (1896). *Psicología de las masas*.
- **LE BON, G.** (1894). *Las leyes psicológicas de la evolución de los pueblos*.
- **LOCKE, J.** (1690). *Ensayo sobre el entendimiento humano*. Editorial Fondo de Cultura Económica (1999).
- **MARANTA, R.** (1550). *Tractatus De Ordine Iudiciorum: Vvlgo Speculum aureum, et Lumen advocatorum*. Procedencia original: Biblioteca Estatal de Baviera.
- **MARCUSE, H.** (1964). *El hombre unidimensional. Ensayo sobre la ideología de la sociedad industrial avanzada*. Editorial Planeta: Barcelona (2016).

- **MARINIS, P.** (2014). *Apuntes para una teoría sociológica de las masas y las multitudes*. VIII Jornadas de Sociología de la UNLP: Buenos Aires.
- **MARTÍNEZ DHIER, A.** (2007). *Algunas consideraciones sobre la historia del derecho Musulmán en España*. Historia. Instituciones. Documentos, núm. 34 (páginas 189-206).
- **MARTÍNEZ ZORRILLA, D.** (2000). *El pluralismo de Isaiah Berlín frente al relativismo y la incommensurabilidad*. Revista de Estudios Políticos Nueva Época, núm. 109.
- **MILLER, G.A.** (2003). *The cognitive revolution: a historical perspective*. Cognitive Sciences, vol. 7, núm. 3, 141. Elsevier Science.
- **MORERA GUAJARDO, E.** (2010). *Responsabilidad. Concepto jurídico y sus singularidades*. Editorial Ariel: Barcelona.
- **MORERA GUAJARDO, E.** (2014). *La regulación de los mercados de valores no organizados. Estudio específico del Total Return Swap (TRS)* [Tesis Doctoral]. Universidad de Barcelona: Barcelona.
- **MUÑOZ ARANGUREN, A.** (2011). *La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación*. Revista para el Análisis del Derecho (InDret).
- **MUÑOZ ARANGUREN, A.** (2012). *Los sesgos cognitivos y el Derecho: el influjo de lo irracional*. El Notario del siglo XXI, núm. 42. <http://www.elnotario.es/index.php/heimeroteca/revista-42/487-los-sesgos-cognitivos-y-el-derecho-el-influjo-de-lo-irracional-0-53842293707507>
- **NIETO GARCÍA, A.** (2006). *El Desgobierno Judicial*. Editorial Dianet.
- **NIETO GARCÍA, A.** (2017). *Testimonio de un jurista*. Editorial Instituto Nacional de Administración Pública, Colección “Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo”.
- **NIEVA FENOLL, J.** (2012). *El sesgo ideológico como causa de recusación*. Revista Ius & Praxis, núm. 2, Universidad de Talca: Santiago de Chile (páginas 295-308).
- **ORTEGA Y GASSET, J.** (1930). *La rebelión de las masas*. Editorial Planeta-Agostini: Barcelona (1993).
- **PEER, E. y GAMLIEL, E.** (2013). *Heuristics and Biases in Judicial Decisions*. Revista HeinOnline.
- **PEREIRA GANDARILLAS, F.** (2009). *David Hume: Naturaleza, conocimiento y metafísica*. Editorial Universidad Alberto Hurtado: Santiago de Chile.

- **PÉREZ LÓPEZ, J.A.** (1985). *Las motivaciones humanas*. IESE Publishing.
- **PÉREZ LÓPEZ, X.** (2006). *El poder del Príncipe en Roma: La lex de imperio Vespasiani*. Editorial Tirant lo Blanch: Valencia.
- **PEYRANO, J.W.** (1980). *Cuestiones de Derecho Procesal: Praxiología procesal*. La Ley: Buenos Aires.
- **RACHLINSKI, JEFFREY J.** (2000-2001). *Inside the judicial mind*. Cornell Law Review 777.
- **RACHLINSKI, JEFFREY J.** (1998). *A positive psychological theory of judging in hindsight*. The University of Chicago Law Review.
- **RACHLINSKI, JEFFREY J.** (2007-2008). *Blinking on the bench: How judges decide cases*. Cornell Law Review 1.
- **RACHLINSKI, JEFFREY J.** (2008-2009). *Does unconscious racial bias affect trial judges*. Notre Dame Law Review 1195.
- **ROACH, K.** (2010). *Wrongful Convictions: Adversarial and Inquisitorial Themes*. Chapell Hill: North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, vol. 35 / núm. 2, article 5; UNC School of Law (páginas 388-446).
- **RODRÍGUEZ QUINTANA, E.** (2012). *Toma de decisiones: La Economía Conductual*. Departamento de Administración de Empresas, Universidad de Oviedo: Oviedo.
- **ROSS, L.** (1977). *The intuitive psychologist and his shortcomings: Distortions in the attribution process*. Elsevier Inc.
- **ROUSSEAU, J.J.** (1762). *El contrato social*. Editorial Marc-Michel Rey: Amsterdam.
- **RUBINSTEIN, A.** (1998). *Modeling Bounded Rationality*. The MIT Press: Londres.
- **SANCHO GARGALLO, I.** (2020). *Judge craft: el oficio o arte de juzgar*. Indret. 4.2020, páginas 446-461
- **SACKS, O.W.** *El río de la consciencia*. Editorial Anagrama: Barcelona (2019).
- **SCHMITT, C.** *Posiciones ante el derecho* (Reimpresión 2015). Editorial Tecnos, Colección Clásicos del Pensamiento: Madrid-
- **SCHOPENHAUER, A.** (1819). *El mundo como voluntad y representación*. Editorial Fondo de Cultura Económica: Bilbao (2003).
- **SECONDAT, CH. L. Barón de Montesquieu** (1748). *El Espíritu de las Leyes*. Editorial Tecnos: Madrid (1987). Traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega.

- **SEGURA SÁNCHEZ, J.** (2008). *Reguladores y supervisores económicos independientes: el caso español*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces: Madrid.
- **SELIGMAN, M.** (1993). *What You Can Change and What You Can't: The Complete Guide to Successful Self-Improvement*. Ballantine Books: Nueva York.
- **SHEFRIN, H.** (2002). *Understanding Behavioral Finance and the Psychology of Investing*. Editorial Harvard Business School Press: Boston.
- **SIMON, H.A.** (1947). *Administrative Behavior: A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organization*. Editorial Macmillan: Nueva York.
- **SIMON, H.A.** (1957) *Models of Man*. Editorial Chapman & Hall: Nueva York.
- **SUTHERLAND, S.** (1992). *Irracionalidad: el enemigo interior*. Alianza Editorial: Madrid (2015).
- **THALER, RH. y SUNSTEIN, CR.** (2011). *Un pequeño empujón (nudge): el impulso que necesitas para tomar las mejores decisiones en salud, dinero y felicidad*. Editorial Taurus: Madrid.
- **TRIGLIA, A.** *Heurísticos: los atajos mentales del pensamiento humano Una respuesta rápida y cómoda a una pregunta compleja*. Web Psicología y Mente. <https://psicologiymente.com/inteligencia/heurísticos-atajos-mentales-pensamiento>
- **TRIVERS, R. L.** (2013). *La insensatez de los necios; la lógica del engaño y el autoengaño en la vida humana*. Katz Editores: Buenos Aires.
- **TWENEY, R.D.** (1998). *Toward a cognitive psychology of science: Recent research and its implications*. Current Directions in Psychological Science. Revista del Departamento, vol. 7, núm. 5 (páginas 150-154).
- **VEGAS TORRES, J.** (2008). *La prueba pericial económica en el ámbito procesal español*. Universidad Rey Juan Carlos Madrid.
- **VEGAS TORRES, J.** (2009). *Análisis sobre la prueba pericial en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el proceso penal español*. Publicado en P. Laguna y alii. *La prueba pericial económica en el ámbito procesal español*. Universidad Rey Juan Carlos: Madrid, páginas 51-71.
- **WATSON, PETER C.** (1960). *On the failure to eliminate hypotheses in a conceptual task*. Quarterly Journal of Experimental Psychology (Psychology Press).
- **WEBER, M.** (1905). *La ética protestante y el espíritu capitalista*. Editorial Reus: Madrid (2009).
- **WUNDT, W M.** (1874). *Principios de psicología fisiológica*. Editorial Engelmann.

- **YELA, M** (1996). *La evolución del conductismo*. Publicación *post mortem* revista Psicothema.





# **Discurso de contestación**

**Excmo. Sr. Dr. Jaume Armengou Orús**



Excelentísimo Señor Presidente  
Excelentísimos Académicos  
Excelentísimas e Ilustrísimas Autoridades  
Señoras y Señores

Me corresponde ahora el honor de contestar al discurso de ingreso en la Real Academia Europea de Doctores del Doctor Enrique Morera Guajardo.

Quiero manifestar en primer lugar mi agradecimiento a esta corporación y, más concretamente, a su Presidente, el Excelentísimo Señor Doctor Alfredo Rocafort Nicolau y a su Junta Directiva. Asimismo, agradezco del mismo modo al recipiendario, Doctor Enrique Morera, el haber pensado en mí para cumplir con esta preceptiva y entrañable costumbre. En este caso, me honra de un modo excepcional algo que me consta desde el momento en que el recipiendario me invitó a preparar el presente discurso de contestación. Y es que estaría ahora en mi lugar, de no habernos dejado hace unos pocos años, el Excelentísimo Señor Doctor José Antonio Segarra Torres, que ingresó como Miembro Numerario en esta corporación con el discurso titulado “La empresa social compitiendo en el mercado: principios de buen gobierno” en el año 2016. Estará ahora asistiendo a este evento desde una tribuna privilegiada.

Al honor de la invitación contribuyen de modo notorio otros aspectos del encargo.

Entre dichos aspectos destaco, en primer lugar, la altura personal y profesional del recipiendario. Recuerdo haber mantenido con el Doctor Morera conversaciones de las que se recuerdan como especialmente enriquecedoras, conversaciones que mueven al cambio de puntos de vista con apoyo en una amistad que rompe la estanquei-

dad del pensamiento consolidado. Alguno de dichos temas de diálogo ha impregnado el discurso que viene a continuación.

Dejando de lado otros aspectos que aumentan el honor que siento, y para no alargar el discurso de contestación, traigo aquí, dentro de esta introducción, el hecho de que el Doctor Enrique Morera haya sido profesor mío del Programa de Dirección General que cursé en el IESE (Universidad de Navarra) en el año 2005. El Doctor Morera impartió el módulo jurídico. Recuerdo su precisión, su solidez, una excepcional capacidad de persuasión y comunicación, incluyendo su dominio del aula, entrenado sin duda por el ejercicio de la profesión del abogado que se tiene que enfrentar a puntos de vista contrarios en una sala.

Queda ya iniciada, con estas palabras, la preceptiva descripción del currículum y trayectoria del recipiendario. Tarea ardua por la exigencia de ser breve. Y es que este perfil personal y profesional no puede conformarse sin un recorrido rico en estudio, práctica, investigación y confrontación con puntos de vista opuestos. Trataré de completar este recorrido en los siguientes minutos.

El Doctor Morera es Licenciado en Derecho por la Universidad de Barcelona, Máster por el Instituto de Ley Aseguradora, Máster en Derecho de Empresa por la Sociedad de las Leyes de Barcelona, Máster en Economía y Dirección de Empresas (MBA) por el IESE (Universidad de Navarra). Y es Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad de Barcelona. Y, como se ve, Académico de esta Real Academia.

Es Socio fundador y presidente de la firma BALAGUER MORERA & ASOCIADOS (BMA), con sedes en Barcelona y Madrid, prestando servicios en la gama alta de Derecho mercantil, corporativo, contractual, concursal, contencioso judicial y arbitral y administrativo; en sus aspectos jurídicos, procesales y económico-financieros.

Además, la firma ha dirigido también relevantes y sonados casos en el ámbito penal económico, tributario y derecho sucesorio.

Como abogado, tiene un recorrido de más de 40 años de experiencia profesional, facilitando asesoramiento y servicios jurídicos y empresariales, directamente o dirigiendo a los profesionales de la firma.

Es profesor Asociado en el IESE desde hace más de 30 años, impartiendo sesiones sobre Derecho de Empresa en diversos programas de formación para directivos.

Es miembro del Consejo de Administración (como consejero, secretario, o letrado asesor) de distintas sociedades, cotizadas y no cotizadas, en diversos sectores económicos (industrial, comercial, transportes, comunicación, inmobiliario, financiero, etc.)

Es Presidente (no ejecutivo) y accionista de referencia del Grupo DESA, que cotiza en el Mercado Continuo (sistema *fixing*), dedicado a la fabricación y comercialización de elementos de fijación para la industria, la agricultura y la construcción. Es también Presidente (no ejecutivo) de dos *Family Office*

Ha llevado la dirección de operaciones corporativas por valor de varios miles de millones de euros, en procesos de adquisición, desinversión, fusiones, escisiones, disoluciones, liquidaciones, conflictos y separación de socios y startups. Destacan, entre otras, el lanzamiento del parque temático PORT AVENTURA, la adquisición y *listing* en Bolsa del grupo de televisión y comunicación ANTENA3 o la constitución y *listing* en Bolsa de la compañía VUELING AIRLINES de la que fue su secretario general hasta su adquisición por Iberia.

Al margen de las numerosas actuaciones directas ante los Tribunales judiciales y arbitrales, ha dirigido o supervisado, con apoyo de los profesionales de la firma BM&A, miles de procedimientos judiciales

en diferentes instancias, nacionales e internacionales. Ahí radica la verdadera e ingente naturaleza de investigación técnica, al margen de sus publicaciones. Destaca el procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el que se condenó al Reino de España por la vulneración del propio Tribunal Constitucional de Derechos Fundamentales. Similarmente, ha intervenido en múltiples procedimientos arbitrales obteniendo notables sentencias de anulación de laudos, que ahora se estudian en las facultades.

Durante más de 30 años ha prestado, a través de la firma BM&A, y en su carácter de secretario general toda clase de servicios de asesoramiento jurídico-financiero, de un grupo de empresas constituido por sociedades de valores y otras compañías de gestión de fondos y otros productos financieros.

Tiene amplia experiencia en el mercado inmobiliario y en Derecho Urbanístico.

Sus múltiples publicaciones no podrían haber sido escritas con la riqueza que albergan de no ser por una trayectoria diversísima. Destacaremos algunas.

Sin ser la primera en el tiempo, sino una publicación que necesariamente requiere madurez, destaca la tesis doctoral titulada “La regulación de los mercados de valores no organizados. Estudio específico del *Total Return Swap* (TRS)”, del ámbito jurídico-financiero, defendida en la Universidad Barcelona con calificación *cum laude*.

Como trabajos que se pueden agrupar, por su repercusión en la formación de un gran número de directivos, menciono algunas de sus publicaciones, con o sin coautoría, que se utilizan u ofrecen desde el IESE: “Informe sobre las juntas generales de accionistas de las empresas del Ibex 35 en 2013”, “Responsabilidad jurídica de administradores, directivos y socios”, “Crisis del deudor y su insolvencia:

El concurso”, “Sociedades Mercantiles”, “El Cheque”, “El Pagaré”, “La Letra de Cambio”.

Otras publicaciones para destacar son: “Responsabilidad. Concepto jurídico y sus singularidades” (Editorial Ariel), “Administración Pública, Cohesión Social y Cohesión Territorial”, “Artículo 219.3 LEC” (Ley de Enjuiciamiento Civil) y “Slots” (Universidad de Barcelona).

Además de numerosos artículos publicados en diversos medios de prensa sobre temas jurídicos, políticos e históricos, refiero también algunas comunicaciones y conferencias, en que destaco la variedad de entornos a los que se ha dirigido el recipiendario:

“Presentación del VII Informe sobre Juntas Generales de Accionistas”, “Jornada sobre OPAS”, “Jornada sobre Mercados Alternativos para Empresas en Expansión” (Foro del Pequeño Accionista). “El Ejercicio de la Abogacía, hoy” (Universidad Internacional de Catalunya). “Derecho, Unidad de Mercado y Crisis Económica”, “*Renault Dealers Academy* - Entorno Normativo”, “Responsabilidad de Administradores y Gestores”, “Proceso de Adquisición de Empresa. Aspectos Jurídicos” (IESE). “La Indemnización en los acuerdos de distribución, franquicia y similares” (Col·legi de Censors Jurats de Catalunya). “La Jurisdicción y Competencia de los Tribunales Civiles. Recusación de Jueces y Magistrados” (Ilustre Colegio de Procuradores de los Tribunales de Barcelona).

En resumen, podemos hablar de una persona enamorada del derecho que, según el Doctor Morera debe abordarse en el ejercicio profesional de forma integral por la interrelación de todas sus disciplinas por lo que estamos ante alguien infinitamente alejado del bárbaro especialista de quien habla Ortega y Gasset; ávido lector, devoto de Cicerón y con un afán de conocimiento insaciable (desde hace unos años le interesan los misterios de la física cuántica) capaz

de expresarse en diversos registros conceptuales (y también idiomáticos: castellano, catalán, portugués, inglés, francés e italiano). Con arrestos para enfrentarse en los tribunales al mismo Reino de España y a la Agencia tributaria, leal defensor de su cliente, jurista, humanista, financiero, directivo, esposo, padre y abuelo, apasionado del bridge y aficionado al ajedrez por lo que implican de reto intelectual, forofo del Espanyol del que formó parte de su Junta Directiva con el encargo de transformarlo en Sociedad Anónima Deportiva siendo posteriormente su Letrado Asesor durante 8 años hasta el año 2000. Creativo, tenaz, con una imaginación jurídica sin parangón, según mencionó Joan Ginebra, antiguo director general del IESE que bien le conocía.

Varias veces hemos hablado él y yo, de alma a alma, del riesgo de rudeza inherente a este perfil humano cuando se trata de la relación con perfiles personales diferentes. Y es que la regresión a la media es implacable. Por extraordinario que parezca, el beneficiario es uno más en su especie. Lo siento, Enrique. Bienvenido a la Real Academia Europea de Doctores.

El discurso de ingreso del Doctor Morera se estructura de un modo impecable. Introduce el tema, hace una revisión histórica y una revisión de su estado actual y pasa posteriormente a abordar el tema en el capítulo titulado “SESGOS COGNITIVOS; SU INFLUENCIA EN LA IMPARCIALIDAD DEL DECISOR”. Termina con los capítulos de conclusiones y bibliografía.

Aparte de la estructura como ensayo, cabe destacar la estrategia discursiva: por un lado, el empleo de ejemplos, casos prácticos, jurisprudencia y referencias para dar soporte al flujo de información. Pero más todavía, destaca el interés que se va generando en el lector, intriga podríamos decir, al descubrir progresivamente la relevancia del objeto de estudio, el sesgo cognitivo, y el peligro que supone para la independencia e imparcialidad de los decisores jurídicos. De



este modo, cuando se llega al capítulo central, el lector está ávido de conocer el resultado de la investigación, la respuesta a las hipótesis planteadas, las conclusiones a las que se llega, los modos de mitigar el riesgo. Basten algunos extractos del discurso para justificar lo que acabo de decir.

En primer lugar, cito el primer párrafo del ensayo, en que se identifica el reto:

“Fácil es convenir que la imparcialidad e independencia de quien administre justicia, o emita juicio u opinión, como función a la que por la Ley se concede efectos jurídicos, conforma uno de los pilares esenciales de un estado democrático, por lo que su análisis nos conduce ante uno de los mayores retos del derecho.”

Más adelante, queda patente que este estudio no se puede abordar desde una única disciplina, lo cual muestra la valentía y erudición del Doctor Morera en su decisión de afrontar de modo inédito su objeto de estudio. Indirectamente, queda claro que el enfoque requiere una visión internacional:

“Se impone pues un tratamiento multidisciplinar que excede de la tradicional aproximación a la cuestión por parte del derecho continental y que el sistema norteamericano, hace ya tiempo viene tratando en profundidad”.

Por último, en su objeto de delimitar el objeto de estudio, aísla la cuestión:

“En este ensayo no se abordará los conceptos de imparcialidad e independencia en todo su alcance; el trabajo se circunscribe precisamente a la problemática en relación con los SESGOS que pueden influir, a los que nadie es ajeno, en el ánimo del juez o tribunal llamado a resolver un litigio y su puesta de manifiesto a través de las

apariencias generadas por determinadas circunstancias, subjetivas u objetivas, que puedan valorarse, y que concurran en el decisor en relación con las partes o con el objeto del procedimiento, dictamen u opinión.”

Es decir, la cuestión es relevante porque hace vulnerable al estado de derecho y requiere una aproximación multidisciplinar e internacional. Pero no parece que la relevancia esté reconocida. Vuelvo a citar al Doctor Morera (reiterando por su importancia lo que nos acaba de decir): “Hasta tal punto se desconoce esta realidad, que ni en las oposiciones a la Carrera Judicial ni en la Escuela Judicial, tan relevante materia forma parte del temario, ni se imparte asignatura o preparación alguna sobre el proceso psicológico encaminado a la toma de decisiones”.

En el discurso, para explicar el porqué de los SESGOS, el Doctor Morera acude al Premio Nobel Daniel Kahneman. Este último, con gran sentido didáctico, explica que la mente humana se posiciona ante la toma de decisiones mediante, por así decir, dos sistemas: un sistema que obra con espontaneidad y otro que es reflexivo. (Tengo que hacerme violencia para explicar tan brevemente el planteamiento de Daniel Kahneman, que describe con mayor detalle el Doctor Morera en su discurso).

De hecho, el módulo o asignatura de Análisis de Decisiones que imparto en los programas del IESE emplea el recurso didáctico ideado por Kahneman (que también acaba de indicar el Doctor Morera). El sistema espontáneo decide rápidamente y sin esfuerzo, mientras que el sistema reflexivo requiere más tiempo y esfuerzo. El sistema espontáneo da información al sistema reflexivo y le puede arrastrar al error, incluso cuando el decisor es bienintencionado y dispone de tiempo para analizar posibles alternativas a una decisión. Esa es la manera como Kahneman modeliza el proceso de toma de decisiones y generación de errores involuntarios.

Ese error de alguien que busca reflexionar, que tiene afán de encontrar la verdad y ser justo, que no se deja influenciar, al menos voluntariamente por sus emociones, es el SESGO. Pero es evidente que existen modos de identificar SESGOS, como son poner en duda los propios supuestos, analizar alternativas a una decisión sin descartarlas prematuramente, escuchar voces contrarias, reconocer y analizar errores, pedir perdón, etc. Siendo así, y escuchando a los clásicos, podríamos decir que, de los posibles tipos de ignorancia (vencible, invencible o procurada), en el caso de alguien con una formación jurídica sólida y que esté obligado a independencia e imparcialidad, la ignorancia es necesario vencerla. En este punto radica la alarma que dispara el discurso del beneficiario y que, desde mi punto de vista, da mayor relevancia a su investigación.

Me permito ahora una digresión. En esta sala, un Premio Nobel, Sheldon Lee Glashow, daba ejemplos del tiempo que pasa entre un descubrimiento y su implementación. Daba ejemplos en que el desfase era de unos pocos años... o de más de un siglo, como es el caso del panel fotovoltaico. Es decir, pasa más de un siglo desde que se descubre el efecto fotovoltaico hasta que se aplica. Espero que el discurso que nos ofrece el Doctor Morera, ayude a que el conocimiento del SESGO penetre en la regulación y la formación de los agentes de nuestro mundo judicial sin que tengan que pasar 100 años.

El SESGO afecta a los jueces, pero también, tal como se recoge en el mencionado discurso, a funcionarios, peritos, auditores, testigos, administradores de sociedades de capital, etc. Afecta a todas las profesiones, al comportamiento humano. El SESGO está presente en la historia, pero también en la literatura, en la pintura, en el teatro, en el cine, etc. Don Quijote confunde, sesgadamente, molinos de viento con gigantes. El vuelo 1549 de US Airways despegó el 15 de enero de 2009 del Aeropuerto La Guardia en Nueva York con destino el Aeropuerto Internacional de Charlotte. A menos de dos minutos de vuelo, a una altura de 850 m, el Airbus A320 fue

impactado por una bandada de gansos canadienses dañando ambos motores y dejándolo sin propulsión. El A320 amerizó en el río Hudson. Todos los pasajeros fueron rescatados (información tomada de la Wikipedia). La película sobre este evento, a la que da nombre el apelativo del capitán, Sully, versa sobre un SESGO. Con el apoyo de peritos, el juez quiere saber si el avión podría haber planeado hasta el aeropuerto más próximo o no. Para ello, se simula el vuelo sin propulsión desde el momento del impacto de la bandada. Y el avión llega al aeropuerto: ¡Sully es culpable! Pero esta simulación se hace contando con información que no se tenía en el caso real sobre el daño causado por los patos a los motores y la mejor alternativa a tomar; si se añade a la simulación el tiempo necesario para tomar la decisión (sólo unos cuantos segundos), el avión se estrellará si intenta llegar al aeropuerto más próximo, y pasa a ser correcta la decisión de amerizar, si puede decirse así, en el río. Sully no sólo es inocente, sino ¡héroe! ¿Cuál es el SESGO? Es el sesgo retrospectivo: emplear información para la deliberación que no se tenía ni se podía exigir en el momento en que ocurrieron los hechos.

¡La misma Sagrada Escritura tiene al menos un libro que versa todo él sobre un SESGO, aparte de muchos otros ejemplos de decisiones erróneas derivadas de SESGOS cognitivos, procesos judiciales incluidos! Job, un hombre bueno, es una persona a quien podríamos decir “*totes ta ponen*”: le iba bien en lo personal, familiar, profesional y espiritual. Pero, a partir de un cierto momento, todo le empieza a ir mal. Y se inicia un debate con sabios amigos (Elifaz temanita, Bildad suhita, Zofar naamatita y Eliú, hijo de Baraquel, buzita) que le dicen que, si le va mal, es porque algo habrá hecho mal. ¡Es culpable! Pero eso es un prejuicio que actúa a modo de sesgo retrospectivo. Finalmente, Dios interviene en el debate y queda claro que Job ha sido puesto a prueba en su bondad para verificar que Le sigue siendo leal en la adversidad. No ha hecho nada mal. No está siendo sometido a un castigo, sino a una prueba, para demostrar de modo fehaciente que es una persona justa, extraordinaria. ¡Es inocente! Job supera la

prueba y será premiado. Sus amigos sabios no son castigados a causa de haber prejuzgado con SESGO a Job gracias a las oraciones de Job en favor de ellos: “ofreced holocausto por vosotros, y mi siervo Job orará por vosotros; porque de cierto a él atenderé para no trataros afrentosamente, por cuanto no habéis hablado de mí con rectitud, como mi siervo Job” (Job 42:8). ¡Son declarados culpables de SESGO, de falta de rectitud! Comentando el libro de Job, Chesterton (*An Introduction to the Book of Job*) escribe que “la principal belleza intelectual del libro de Job consiste en que todo él gira en torno a ese deseo de conocer la realidad; el deseo de saber lo que es, y no sólo lo que parece”.

Y así, uno tras otro, podríamos ir describiendo SESGOS que afectan a decisiones en todos los ámbitos del quehacer humano y por supuesto, en el ámbito jurídico.

Existe un agravante de estar indefenso a causa del desconocimiento de la vulnerabilidad al SESGO, que es el aprendizaje negativo. Cuando el sistema reflexivo repite decisiones, aprende, y convierte paulatinamente deliberaciones reflexivas en espontáneas. Un ejemplo sencillo es aprender a escribir: al niño le cuesta descifrar qué quieren decir esos dibujos que son las letras: tiene que reflexionar. Pero, con el tiempo, la lectura ocurre espontáneamente. Ha desarrollado un aprendizaje positivo. Se aprende a hacer el bien con mayor perfección y menor esfuerzo... ¡o el mal! Porque el aprendizaje puede ser también negativo: se incurre en el error progresivamente con mayor espontaneidad, sin esfuerzo ni reflexión. En el caso de los SESGOS, decisiones erróneas repetidas tras las respectivas reflexiones van “automatizándose”, se vuelven espontáneas e irreflexivas. Incluso se llega a justificar el error a posteriori reflexivamente y sin conciencia alguna de error: se racionaliza el error. Un autor citado en el discurso del Doctor Morera, Juan Antonio Pérez López, que fue profesor y Director General del IESE, creó buena doctrina sobre el aprendizaje positivo o negativo, empleando estos mismos términos.

No me voy a alargar, por lo que acabo. El tratamiento que el Doctor Morera ha dado al concepto de SESGO cognitivo, la valentía y humildad con que realiza su aproximación al fenómeno, son sólo unas muestras, pero estas muestras y otros aspectos análogos que afloran a lo largo del discurso, sumados a su trayectoria personal y profesional, junto con la relevancia del tema, constituyen para mí la prueba fehaciente del acierto que supone su incorporación a la Real Academia Europea de Doctores y anticipo de lo que serán sus posteriores contribuciones a lo largo de los años que están por venir.



**PUBLICACIONES DE LA REAL ACADEMIA  
EUROPEA DE DOCTORES**

*Publicaciones*



*Revista RAED Tribuna Plural*









**JAUME ARMENGOU** (Lleida, 1963) es Doctor Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos por la Universitat Politècnica de Catalunya. Al finalizar la tesis doctoral, inició una empresa dedicada al diseño y cálculo en ingeniería civil. Es inventor de diversas patentes, todas ellas licenciadas. Ha escrito decenas de artículos científicos y de divulgación y dictámenes. Es autor de más de doscientos proyectos de construcción. Ha realizado numerosos proyectos de investigación y ha generado diversos programas de ordenador, hoy comercializados. En 2003 vendió la empresa a Prefabricaciones y Contratas, SA (Grupo Cementos Molins) y pasó a ser director técnico y miembro de su comité de dirección.

En 2007 se incorporó a la Universitat Internacional de Catalunya (UIC Barcelona) como Vicerrector de Ordenación Académica y Profesorado y profesor de su Escuela de Arquitectura.

En 2018 se incorporó al IESE (Universidad de Navarra) como Secretario General y profesor del Departamento de Análisis de Decisiones.

Ha impartido decenas de conferencias, participado en numerosos congresos internacionales y realizado estancias de investigación en las universidades de Glasgow, Wuhan, Piura, Berkeley y en la National University of Singapore / Nanyang Technological University. Sus ámbitos de investigación se centran en la gestión de proyectos y el diseño y el cálculo de estructuras de hormigón.

En 2016 ingresó como miembro de número en la Real Academia Europea de Doctores.



*“Por ello, esta docta Academia resulta el foro idóneo, precisamente por su carácter interdisciplinar -una de sus incitantes, y diferenciales características- para someter este trabajo que trata sobre la evidente conexión entre el derecho y su aplicación por el ser humano, rehén de su maravillosa y misteriosa naturaleza.”*

**Enrique Morera Guajardo**

**1914 - 2022**

**Colección Real Academia Europea de Doctores**



**Generalitat  
de Catalunya**



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DE EDUCACIÓN, CULTURA  
Y DEPORTE