

Michele Taruffo, Perfecto A. Ibáñez, Alfonso Candau, *Consideraciones sobre la prueba judicial*

Michele Taruffo
Perfecto Andrés Ibáñez
Alfonso Candau Pérez

*Consideraciones sobre
la prueba judicial*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

MADRID



Presidente de la Fundación

Ernesto Garzón Valdés

Patronos

María José Añón

Manuel Atienza

Francisco José Bastida

Paloma Biglino

Pedro Cruz Villalón

Jesús González Pérez

Liborio L. Hierro

Antonio Manuel Morales

Celestino Pardo

Antonio Pau

Juan José Pretel

Carmen Tomás y Valiente

Fernando Vallespín

Juan Antonio Xiol

Gerente

M^a Isabel de la Iglesia Monje

Secretario Adjunto

Ricardo García Manrique

*Consideraciones sobre
la prueba judicial*

Edición a cargo de:
M^a Isabel de la Iglesia Monje

Michele Taruffo
Perfecto Andrés Ibáñez
Alfonso Candau Pérez

*Consideraciones sobre
la prueba judicial*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO
MADRID

© 2009 FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

© Michele Taruffo, Perfecto Andrés Ibáñez y Alfonso Candau Pérez

I.S.B.N. : 978-84-613-0807-1

Depósito Legal: M-14372-2009

Imprime: J. SAN JOSÉ, S.A.

Manuel Tovar, 10

28034 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

ÍNDICE

I.-Presentación. <i>Perfecto Andrés</i>	11
II.-Consideraciones sobre prueba y motivación. <i>Michele Taruffo</i>	17
1. La opción de la racionalidad ...	17
2. La concepción racional de la prueba	26
3. La motivación del juicio de hecho	37
4. Ideologías de la decisión sobre los hechos	43
III.-Sobre prueba y motivación. <i>Perfecto Andrés Ibáñez</i>	47
Introducción	47
La Libre Convicción: ¿Cierra o abre un problema?	51
Proceso contradictorio y conocimiento judicial	54
Presunción de inocencia: Garantía no sólo jurídica	61
Contradicción y prueba	64

El Juez en el enjuiciamiento	72
Motivar: qué, cómo y para qué...	83
IV.-Una alternativa a las alternativas: patrones para la solución de conflictos. <i>Michele Taruffo</i>	97
1. Aspectos de las Alternative Dispute Resolution	97
2. Los problemas de las alterna- tivas	104
3. La jurisdicción como alterna- tiva	110
4. El proceso como alternativa eficiente	113
5. Conexiones entre proceso y alternativas	121
6. Conclusiones	125
V.-Finalidad del proceso y alterna- tivas al mismo. <i>Alfonso Candau Pérez</i>	129
Introducción	129
1. La imposición de <i>alternativas</i> al proceso	131
1. La autonomía de <i>lo pro- cesal</i>	133
a) Acción y derecho	133

b)	La autonomía de la acción frente al derecho ..	135
c)	La autonomía de la relación jurídico-procesal	136
2.	Finalidades erróneamente asignadas al proceso	138
a)	Crear derecho objetivo	139
b)	<i>Producir derechos subjetivos</i>	143
3.	Consideración teleológica del proceso	145
a)	Cosa Juzgada. <i>Res inter alios acta</i>	148
b)	Jurídicamente incorrecto	149
c)	Sociológicamente falaz	151
2.	Alternativas al proceso y derechos fundamentales	153
3.	La alternativa a <i>las alternativas</i>	160

PRESENTACIÓN

Son pocos, muy pocos, los autores cuya obra marca un antes y un después, en la materia objeto de su dedicación. Tal es el caso de Michele Taruffo, procesalista felizmente atípico, *trufado* de epistemólogo y de teórico y filósofo del derecho, que ha tenido la audacia intelectual de adentrarse en un campo *minado* de dificultades. El de la decisión judicial en materia de hechos, tradicionalmente abandonado por el procesalismo convencional en manos de los jueces. Y lo ha hecho como tiene que ser: conjugando armónicamente las dos dimensiones inescindibles de la jurisdicción, en tanto que actividad dirigida a la obtención de buen conocimiento y función de garantía de derechos.

Esta actitud le ha convertido en un innovador. Sin nada de paradójico, por contribuir a rescatar y profesar con excepcional eficacia, una histórica preocupación que había permanecido desactivada durante casi doscientos años. Pues lo cierto es que el asunto de la

prueba judicial en clave epistémica, como presupuesto cognoscitivo de la *quaestio iuris* y del fallo, fue ya relevante objeto de interés para caracterizados exponentes del pensamiento jurídico ilustrado, como Beccaria y Muratori, e incluso de *philosophes* como Voltaire; bien conscientes de lo mucho que el ciudadano de a pie se juega en el tratamiento de la *quaestio facti* por parte de los jueces.

El esfuerzo de éstos y otros autores estuvo orientado a hacer de ese espacio procesal un momento de racionalidad dotado de la necesaria transparencia, por la única vía practicable, la de la «libre convicción judicial». Lamentablemente, como se sabe, diversos factores contribuyeron a que el principio fuera asumido y ejercido por las magistraturas profesionales en la más irracional de las claves, con apoyo en toda una mística de la intermediación. Y así ha llegado hasta nosotros. Celosamente custodiado por los jurisdicentes, ante la indiferencia cómplice de quienes, por razón de oficio, tendrían que haber representado un obstáculo a semejante modo de proceder (nunca mejor dicho), intolerable, por autocrático.

Adentrarse en este terreno a la manera de Taruffo y cuando él lo hizo, hace más cuarenta años, no era tarea fácil. El empeño tenía algo de quirúrgico y desbordaba el campo de la teoría y de la dogmática procesal, para

ingresar en un ámbito de poder. Poder del juez, sí, pero no sólo, dado que el modo de decidir puesto *en tela de juicio* era expresión de un orden político en el que la independencia judicial operaba como valor meramente formal, más bien señuelo ideológico. De ahí el perturbador alcance de ese *sólo hasta donde la razón te lleve*, en el respeto de (todas) las reglas constitucionales del juego jurisdiccional, dirigido al juez, que es la propuesta del profesor de Pavía. Una propuesta en la que el optimismo epistémico (hay una verdad de calidad procesal-racionalmente alcanzable) se conjuga felizmente con una fuerte exigencia de justificación (decidir sólo lo que se puede motivar con base en la prueba del juicio contradictorio). Tal es el hilo conductor que articula de manera ejemplar la peripecia intelectual y académica de Taruffo. Toda una empresa cultural que se concreta, con lucidez y coherencia, en sus dos grandes obras, precisamente, sobre la motivación de la sentencia y sobre la prueba de los hechos. Los mismos temas que dan contenido a la primera de las dos intervenciones del autor que constituyen el núcleo de esta publicación.

En ella Taruffo reflexiona también, «poniendo toda la carne en el asador», sobre un tema cargado de implicaciones, que es por eso un verdadero test, pues quien lo aborda necesariamente *se retrata*: el de las *Alternative*

Dispute Resolution (ADR). Ofrecidas como aséptica funcional salida a las *insuperables* disfuncionalidades de la justicia civil, representan, en realidad, la sustitución del juez por el *broker*, de la institución pública por la industria privada, del orden constitucional de valores por los mercantiles a palo seco, como paradigma. Pero lo cierto es que fueron en su momento muy bien *vendidas* en Estados Unidos y hoy pasean su poco discreto y muy cuestionable encanto por el mundo latinoamericano, generosamente *esponsorizadas* a través de distintos programas de «desarrollo» y «fortalecimiento» institucionales como vehículo.

En el campo civil (como, increíblemente, en el penal), esta clase de fórmulas, dirigidas a *deflacionar* el proceso, han gozado con frecuencia del consenso de un procesalismo que rinde particular culto a cierta eficacia sin principios, como valor. Obviamente, no es tal el caso de Taruffo, para quien, en la cuestión de las *ADR*, hay más y muy otros valores en juego. Y, sobre todo: valores *en riesgo*.

Las *ADR* casan bien con una concepción *liberista* del proceso civil, entendido como momento del mercado, en el que principio dispositivo equivale a libre competencia (sin siquiera el simbólico temperamento de la «mano invisible») y obtener una sentencia

favorable es *ganar*. Una concepción muy distinta de la de nuestro autor. Para él, tras la poco edificante escenificación a gran formato de las *ADR* en el país de origen, la verdadera alternativa a éstas —y a la intolerable degradación del proceso que les sirve de coartada *legitimadora*— está en un proceso bien constitucionalmente informado, que quiere decir suficientemente dotado. No simple instrumento de *resolución de conflictos*, sino órgano de la legalidad, fuertemente impregnado y difusor de los valores sustanciales de ésta; cauce idóneo para alcanzar decisiones justas, en cuanto fundadas en la verdad de los hechos y en una aplicación válida del derecho.

Según el formato habitual de los seminarios de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, la jornada que vierte en estas páginas tuvo también dos «contraponentes»: Alfonso Candau y yo mismo. Pero, como comprobará el lector, ambos incumplimos de manera flagrante ese encargo, pues nuestras intervenciones discurren más bien en paralelo a las de Michele Taruffo y, con suerte —según dejamos dicho los dos— podrían tener algo de complemento, ciertamente, muy accidental.

Perfecto Andrés Ibáñez

CONSIDERACIONES SOBRE PRUEBA Y MOTIVACIÓN*

Michele TARUFFO

1. LA OPCIÓN DE LA RACIONALIDAD

El fenómeno de la prueba de los hechos y el de la motivación de la sentencia mantienen una relación muy estrecha, casi de implicación recíproca, en el marco de una concepción racionalista de la decisión judicial. Procuraré analizar y, quizás, aclarar algunos aspectos de esta conexión, demostrando como ambos no son ni triviales ni previsibles sino más bien el fruto de opciones que se sitúan en el plano ideológico antes que en el propiamente técnico-procesal. Asimismo, se trata, de opciones no compartidas por todos, lo que da lugar a dudas y discusiones.

En primer término, es preciso subrayar que la adopción de una concepción racionalis-

* Texto de la ponencia expuesta por el autor en el 9º Seminario sobre derecho y jurisprudencia, organizado por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, los días 21-22 de junio de 2007.

ta —o simplemente “racional”— de la decisión judicial no puede considerarse una premisa pacífica, como dada *a priori*. Por el contrario, se trata de una opción valorativa, de índole esencialmente ideológica, con profundas implicaciones culturales y políticas, según aclaró el filósofo Jerzy Wroblewski al hablar de la ideología “legal-racional” de la decisión y al compararla con las demás ideologías más difundidas. Esta opción puede o *no* hacerse, en varios niveles. Según procuraré demostrar, tan sólo si la misma se comparte de forma coherente en todos ellos podrá decirse que el sistema de administración de justicia se inspira en una ideología racional de la decisión.

En un primer plano, el más general, la opción a favor de una concepción racional de la decisión judicial puede hacerse —o *no* hacerse— por la sociedad en su conjunto, es decir —más específicamente— en el marco de la cultura y del sistema político de una sociedad determinada. Para aclarar este punto, más que un ejemplo positivo, puede servir un importante ejemplo negativo. Consideremos la Alemania de la década de los treinta: en una situación en la que la cultura filosófica se expresaba, sobre todo, a través del pensamiento intrínsecamente nazi de Heidegger, y en la que el régimen se alimentaba de los irracionalismos más variados como la *Heimat*,

el *Volkgeist* y la “sangre alemana”, era simplemente imposible una concepción racionalista de la decisión judicial. Por lo tanto, fueron surgiendo concepciones del proceso según las cuales no tenía sentido pensar de forma racional en la prueba de los hechos ya que todo criterio de decisión estaba destinado a ser apartado en nombre del único valor de referencia posible, representado por la voluntad del *Führer*. No es casual que en ese contexto se pudiera pensar en una “administrativización” de la justicia civil que habría supuesto la anulación de toda garantía procesal así como el sometimiento de las partes al albedrío del juez, considerado como *longa manu* del poder absoluto del Estado.

Pero no es necesario recurrir a ejemplos tan extremos. De hecho, en estas últimas décadas, existe una preferencia, más o menos marcada, por alguna forma de irracionalismo en muchos sectores de la cultura post-moderna, que se manifiestan con especial claridad cuando se desestima, o se niega sentido, al problema de la verdad, en general y en sus manifestaciones procesales; y cada vez que el sistema político se desentiende simplemente de las maneras y de los criterios con los que se administra justicia. En cuanto a la banalización del problema de la verdad, el ejemplo más significativo lo constituye el pensamiento de Richard Rorty. La falta de

atención del sistema político a los criterios de administración de justicia es muy común, al igual que la falta de opciones precisas sobre la función y finalidades del proceso civil y penal. Esto supone que el valor de la racionalidad no forma parte del cuadro de los que se entiende deben inspirar la actuación social y, por ende, la actuación de los jueces. Análogamente, la indiferencia del sistema político hacia la comprobación racional de los hechos en un proceso —cuando no es incluso oposición a que los jueces establezcan la verdad, como acontece sobre todo a la hora de investigar y juzgar a los políticos— abre el camino a ideologías no racionales de la labor del juez.

En un segundo nivel, el legislador puede optar o no por la concepción racional de la decisión judicial. El signo de esta opción se encuentra en las normas relativas a las pruebas, sobre todo en las atinentes a su valoración, así como en las que imponen la obligación de motivar. Por ejemplo, un ordenamiento que aún prevea reglas de prueba legal —y en la medida en que lo haga— no adopta una concepción racional de la decisión, ya que reemplaza la valoración posiblemente racional de la prueba que el juez podría realizar en un caso concreto por una determinación general y abstracta llevada a cabo por el legislador. El objetivo de esta opción no es una

comprobación racional de la verdad de los hechos pues las normas de prueba legal están encaminadas a preconstituir una clase de certeza puramente formal, que nada tiene que ver con la verdad. El ejemplo más evidente se halla en las normas que —en el caso de Italia— prevén aún el juramento decisorio: una prueba legal que representa el último reducto histórico de las ordalías y que determina el resultado de la controversia por medios que no son nada racionales.

Además, un ordenamiento que contenga muchas y significativas reglas de exclusión de los medios de prueba que podrían ser relevantes no se inspira en una concepción racional de la decisión, puesto que impide la incorporación al proceso de pruebas que serían útiles para comprobar de forma racional la verdad de los hechos. Cabe destacar que muchos ordenamientos incluyen distintas normas de esta clase, que son diferentes en los ordenamientos de *civil law*, como los de Francia e Italia, y en los ordenamientos de *common law*. Por lo general, puede decirse que la cantidad y el impacto de las normas de exclusión de las pruebas marcan la medida del interés de un ordenamiento por el valor constituido por la verdad de los hechos y, por lo tanto, por una concepción racional de la decisión. En cambio, se adopta una concepción racional cuando se aplica el principio —que

ya señaló Bentham— según el cual deberían admitirse todas las pruebas relevantes, ya que la utilización de todas las pruebas relevantes maximiza la posibilidad de alcanzar una reconstrucción verídica de los hechos.

Sin embargo, cabe destacar que estas condiciones, es decir, la admisión de todas las pruebas relevantes y su valoración discrecional por parte del juez, son necesarias, pero pueden no ser suficientes para orientar un ordenamiento hacia una concepción racional de la decisión judicial. Al respecto, el problema fundamental es el del llamado principio de la libre convicción del juez (equivalente a la *freie Beweiswürdigung* alemana o a la valoración según las reglas de la *sana crítica* de los ordenamientos de lengua española). De hecho, que el juez tenga la libertad de emplear su propia razón a la hora de valorar las pruebas es una condición indispensable para comprobar la verdad de los hechos. Ahora bien, esto no ocurre cuando el principio en cuestión se interpreta —como acontece a menudo— según la versión más radicalmente subjetivista del concepto de la *intime conviction*, típico de la tradición francesa pero acogido en muchos ordenamientos procesales. Según este concepto, la valoración de las pruebas y, por lo tanto, las decisiones sobre los hechos, sería el fruto de una persuasión interior, inescrutable e irreduciblemente

subjetiva, que por razones desconocidas surge en el alma (no necesariamente en la mente) del juez. De hecho, está claro que esta interpretación del principio de la libre convicción del juez representa el fundamento de una concepción radicalmente irracionalista de la decisión sobre los hechos. La opción a favor de una concepción racionalista supone, en cambio, que el principio de la libre convicción del juez se interprete en el sentido de que la discrecionalidad en la valoración de las pruebas ha de ejercerse según criterios que garanticen el control racional de la misma. Esto supone, a su vez, que se adopte una concepción epistémica y no retórica de la prueba, sobre la que volveré más tarde.

En cuanto a la motivación, es evidente que el ordenamiento está orientado hacia una concepción racional de la decisión judicial cuando impone a los jueces la obligación de motivar sus propias decisiones. Es sabido que esta obligación existe en muchos ordenamientos tanto en el nivel de las normas ordinarias como en el de los principios constitucionales (así, por ejemplo, en España, Portugal e Italia), con la consecuencia de que el juez está obligado a ofrecer una justificación racional de su decisión. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que el factor de racionalización consustancial con la obligación de motivar la decisión judicial no concurre siempre y no es

siempre eficaz. De hecho, por un lado, hay ordenamientos (como, por ejemplo, el estadounidense) en los que la obligación de motivar no existe. Por ello, las sentencias de primer grado, en las que se fijan los hechos basándose en las pruebas, por lo general, no están motivadas. En concreto, el *jury* norteamericano nunca motiva su veredicto que, por lo tanto, queda siempre falto de todo fundamento racional. Por otro lado, hay que considerar también que en algunos ordenamientos (por ejemplo, es el caso de Italia) existe la tendencia a ver la obligación de motivar como un factor de ineficiencia de la justicia, pues hay quienes piensan que los jueces “malgastan” su tiempo escribiendo las motivaciones de las sentencias y, por lo tanto, se tiende a limitar o reducir su aplicación. Esta tendencia no puede compartirse —aunque sólo sea porque choca con la garantía constitucional de la motivación— pero su misma existencia que, a veces, tiene traducción legislativa, demuestra lo escasa que puede llegar a ser la adhesión a una concepción racional de la decisión judicial. Otro perfil del asunto es el que atañe al problema del carácter completo de la motivación, pero sobre él volveré más adelante.

La tercera vertiente en la que se plantea el problema de la opción por una concepción racional de la decisión es la de la ideología y el consiguiente comportamiento concreto de

los jueces, tanto en su conjunto como en la perspectiva de cada magistrado. De hecho, no se puede excluir que los jueces profesen una concepción sustancialmente irracionalista de la decisión judicial y, en concreto, de las decisiones que ellos mismos adoptan. Puede ocurrir que un juez siga una de las distintas corrientes culturales con premisas filosóficas de tipo irracionalista o que, en cualquier caso, se oponen a toda visión racional del mundo o del conocimiento. En este supuesto es bastante improbable que el juez, si quiere ser mínimamente coherente consigo mismo, se adhiera a una ideología racional de la decisión judicial y oriente el propio comportamiento hacia la racionalización de sus propias valoraciones. O puede suceder que un juez no tenga un criterio claro y comprometido en el terreno filosófico general y, sin embargo, cultive una concepción irracionalista de su libre convicción, como la que corresponde a la versión radical de la doctrina de la *intime conviction*. También cabe que el juez sea escéptico —incluso de manera irreflexiva y no consciente— acerca de la posibilidad de una comprobación racional de los hechos, sintiéndose por lo tanto autorizado a decidir simple e “intuitivamente” según su arbitrio. En todos estos casos —si bien pueden darse muchas más situaciones análogas— el juez será propenso a considerar que la valoración de las pruebas y las consiguientes decisiones sobre

los hechos no son actividades racionales o susceptibles de racionalización y, por lo tanto, a adoptar, de forma más o menos explícita, una ideología no-racional de la propia actividad decisoria.

Por lo que se refiere a la motivación de la sentencia, este juez se inclinará a no “tomar en serio” la obligación correspondiente o, de todos modos, a no entenderla en sentido racional. Esto podrá inducirle a redactar una motivación ficticia —una *Scheinbegründung* como la que los canonistas sugerían a los jueces eclesiásticos para no debilitar la autoridad de sus sentencias— es decir a preparar un discurso que, en realidad, no contiene ninguna justificación racional de la decisión, o —más simplemente— a omitir la justificación de la decisión en materia de hechos, acaso tratando de cubrir esta falta con una superabundancia de la motivación en derecho.

2. LA CONCEPCIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA

La opción de valor entre racionalidad y no-racionalidad concierne, de manera específica, a la concepción de la prueba y de su función en el contexto del proceso; por lo tanto, merece un análisis más específico. Dicha opción es inevitable porque, en rela-

ción con la prueba y su función, existen concepciones diferentes. Al respecto, el análisis debería ser bastante amplio, sin embargo, por imperativo de brevedad, me limitaré a tratar sus aspectos más esenciales.

Ante todo, la función y la naturaleza de la prueba se conciben de formas distintas según los modos de configuración de la finalidad fundamental del proceso, civil o penal. Si se parte —como hacen muchos— de la premisa de que el proceso está encaminado exclusivamente a solventar controversias, la consecuencia será no considerar relevante la calidad de la decisión que ponga fin al conflicto, pues lo único que se pide es que la misma sea eficiente en ese sentido de acabar con la controversia entre las partes. En tal caso, será irrelevante que la decisión se funde en una verificación probatoria de la verdad de los hechos. Es más, se entenderá que la búsqueda de la verdad es no sólo inútil sino incluso perjudicial, precisamente porque requiere invertir tiempo y actividades procesales necesarias para obtener las pruebas. Desde este punto de vista, la naturaleza y la función de la prueba permanecen sin determinar: como mucho, se pone de relieve su función retórica, como comentaré dentro de poco. Cabe observar que esta concepción de la función del proceso está bastante extendida: de hecho, caracteriza a la mayoría de las teorías del

adversary system y está presente en todas las concepciones relacionadas con la idea de *procedural justice*.

Las cosas son totalmente distintas cuando se considera que la función del proceso es más bien decidir la controversia, pero a través de la emisión de decisiones *justas*. La justicia de la decisión no presupone solamente su *legalidad*, es decir su derivación de una interpretación y aplicación correcta de las normas sino también su *veracidad*, es decir la comprobación de la verdad de los hechos relevantes: la razón fundamental de todo ello es que ninguna decisión puede considerarse justa si se funda en una comprobación falsa o errónea de los hechos del pleito. El problema de la verdad de los hechos en el proceso es bastante complejo y no puede abordarse aquí en todas sus facetas. Sin embargo, es posible presentar alguna reflexión sintética para aclarar en qué consiste la concepción racional de la prueba.

Ante todo, es útil especificar que en el proceso cabe hablar tan sólo de verdades *relativas* pues, desde hace tiempo, las verdades absolutas son patrimonio exclusivo de alguna metafísica o religión integrista. Pero la verdad procesal es relativa también en otro sentido muy importante: en el de que la misma se funda exclusivamente en las pruebas obtenidas en el proceso. En consecuencia, es

“relativa” porque está en relación con el grado de confirmación que las pruebas pueden atribuir a los enunciados sobre los hechos del pleito. Por lo tanto, pueden darse distintos niveles de verdad en la comprobación de los hechos, según el fundamento que las pruebas atribuyan a la afirmación de que esos hechos son verdaderos o falsos.

Desde otro punto de vista, hay que puntualizar que la verdad de la que se habla en el proceso ha de concebirse (sin caer en formas de realismo ingenuo) como *aproximación* en la reconstrucción procesal de los hechos a su realidad empírica e histórica. Sin entrar en uno de los problemas más complejos que conciernen al concepto de verdad, me limitaré a decir que el proceso implica la adhesión a una concepción *correspondentista* de la verdad; precisamente porque exige que se determine, sobre la base de las pruebas disponibles, si los hechos de los que dependen las posiciones jurídicas objeto de la controversia se produjeron efectivamente en el mundo “exterior” que se supone existente y cognoscible. Esto lleva a excluir que se pueda verdaderamente aplicar en el contexto procesal —a pesar de la existencia de una literatura bastante amplia en este sentido— una concepción radicalmente “narrativista” de la verdad, según la cual la verdad de un enunciado fáctico podría depender tan sólo de su *coherencia* con

otros enunciados, en el marco de una narración asumida como la única dimensión en la que tiene sentido hablar de los hechos. Al respecto, cabe observar que si bien es cierto que en el proceso los hechos entran bajo forma de enunciados, y que las narraciones fácticas son muy importantes en toda la dinámica del procedimiento, esto no convierte el proceso en una suerte de concurso en el que se galardona la mejor narración desde el punto de vista literario por ser narrativamente más coherente. En realidad, el proceso sigue siendo un lugar en el que se tiende a establecer cuál es la narración “más verdadera” en cuanto confirmada por las pruebas disponibles, ya que la confirmación probatoria de la verdad de los hechos es la condición fundamental de la justicia de la decisión.

Si bien estos problemas merecerían un análisis más exhaustivo, son relevantes para comprender la naturaleza y la función de la prueba dentro del contexto del proceso. Simplificando también en este punto un panorama que es bastante más complicado, puede decirse que existen dos concepciones principales de la prueba: la que la considera una herramienta de *persuasión* y que define, por lo tanto, su función como *retórica*; y la que ve la prueba como una herramienta de *conocimiento* y, por ello, pone de relieve su función *epistémica*.

La primera concepción se sitúa fuera de toda perspectiva racional ya que toma en cuenta sólo la función persuasiva de la prueba: sin embargo, la persuasión retórica es un fenómeno que se plantea únicamente en la vertiente de los hechos psicológicos (Fulano está o no está convencido de que la Tierra es plana y que el Sol gira alrededor de la misma), y desatiende completamente la racionalidad de los argumentos que respaldan o chocan con la creencia de un sujeto. En realidad —según muestra la experiencia de los *mass media*— a menudo acontece que se utilicen eficazmente instrumentos de persuasión irracional para crear “estados mentales” —es decir, convicciones— en aquellos que sufren su influencia.

Sin embargo, hay al menos una perspectiva en la que puede decirse que en el proceso la prueba desempeña una función persuasiva: se trata de la perspectiva del letrado, quien recurre a la prueba para persuadir al juez de que acepte la solución favorable a su cliente, no teniendo ni el más mínimo interés en que la decisión favorable se funde o no en la verdad de los hechos. Es más: al letrado le interesa que no se averigüe la verdad, cuando ésta podría conllevar su derrota. En realidad, el objetivo que persigue el letrado es ganar, no descubrir la verdad. Por lo tanto, no es de extrañar —más aún, es fisiológico— que el letrado utilice la prueba para persuadir al juez

para que le dé la razón. Sin embargo, el punto de vista del letrado no es el único posible o el único que pueda explicar la naturaleza y la función de la prueba. Más bien al contrario, si se considera que una de las funciones fundamentales del proceso es llegar a la mejor aproximación posible a la realidad de los hechos, es evidente que la función persuasiva de la prueba, que ciertamente existe, no sirve para definir su naturaleza. Así se ve claramente que, desde el punto de vista de los protagonistas del proceso, la perspectiva más importante es la del juez: éste no ha de persuadir a nadie, pero sí tiene la obligación de adoptar decisiones justas en cuanto fundadas en una reconstrucción verdadera de los hechos del pleito.

La segunda concepción de la prueba —como ya se dijo— parte de la premisa de que el proceso ha de orientarse a la búsqueda y comprobación de la verdad de los hechos. Y además también de la premisa adicional de que la verdad de los hechos no es el resultado de una actividad inescrutable que se desarrolla en el interior del juez —como, en cambio, afirma la versión ya citada de la *intime conviction*— sino que es el producto de una labor de conocimiento que se estructura en pasos cognoscibles y controlables, como el acopio de información, la comprobación de su fiabilidad, el análisis de su relevancia y la

formulación de inferencias lógicamente válidas que conducen a conclusiones justificadas racionalmente. Dicho de otra forma, la verdad no resulta de una intuición individual misteriosa sino de un procedimiento cognoscitivo estructurado y comprobable de manera intersubjetiva.

En esta perspectiva, la prueba desempeña su *función epistémica*, ya que se presenta como el instrumento procesal de que se sirve típicamente el juez para descubrir y conocer la verdad sobre los hechos del pleito. Más propiamente: la prueba es el instrumento que le proporciona al juez la información que necesita para establecer si los enunciados sobre los hechos se fundan en bases cognoscitivas suficientes y adecuadas para ser considerados “verdaderos”. La función de la prueba es, por lo tanto, una función *racional* ya que se sitúa en el interior de un procedimiento racional de conocimiento y está orientada a la formulación de “juicios de verdad” fundados en una justificación racional.

Una faceta relevante del carácter racional de la prueba es la que surge a la hora de hablar de la valoración de las pruebas y de la existencia de estándares en función de los cuales se considera lícito afirmar que un hecho “ha sido probado”. Bajo el primer perfil, hay que

referirse a la extensa literatura que —aun sirviéndose de modelos y perspectivas metodológicas diferentes— tiende a desarrollar el análisis de los modelos racionales del razonamiento del juez sobre los hechos. Tanto si se hace referencia a las teorías cuantitativas de la probabilidad y al teorema de Bayes como si se tienen en cuenta la probabilidad lógica y los patrones del razonamiento inferencial, existe, de todos modos, una actitud extendida encaminada a interpretar el razonamiento probatorio del juez según los modelos de valoración racional de las pruebas, basados en inferencias y cadenas de inferencias naturalmente válidas. Si bien no nos vamos a adentrar aquí en la discusión analítica de esos modelos, cabe destacar que las distintas teorías a las que se hace referencia, comparten el rechazo de las concepciones irracionalistas para las que la valoración de las pruebas sería simplemente un acto de intuición subjetiva del juez.

Bajo el segundo perfil, hay que tener en cuenta que establecer que un hecho ha sido probado no depende —una vez más— de la simple *intime conviction* del juez sino de la aplicación de criterios que se consideran racionales y que, además, pueden variar según el tipo de proceso o de decisión de que se trate. Cuando, por ejemplo, se afirma que en el proceso penal, la prueba de la culpabilidad

del acusado ha de establecerse “más allá de toda duda razonable” o que tiene que alcanzar un nivel de fundamento equivalente a una “probabilidad altísima” o a la “certeza práctica”, se hace referencia a criterios de medición del grado de confirmación probatoria de la culpabilidad que presuponen un fundamento racional del juicio sobre los hechos, basado en las pruebas. Asimismo, cuando se afirma que en el proceso civil está vigente el estándar de la “probabilidad prevaleciente”, o del “más probable que no”, el juicio positivo sobre el hecho se vincula a un análisis comparativo de las distintas hipótesis en presencia, a tenor de la confirmación que las mismas reciban, en cada caso, de las pruebas disponibles. Lo que presupone necesariamente el empleo de criterios racionales de valoración.

De todos modos, el problema de los estándares probatorios que se aplican en las distintas clases de procesos es —básicamente— el del *margen de error* en la comprobación del hecho que se considera tolerable: además, la determinación del margen de error tolerable es un aspecto importante de la racionalidad de la decisión.

Finalmente, hay que tener en cuenta también un fenómeno que en los últimos años ha ido cobrando cada vez más relevancia en todos los ordenamientos, en el contexto de la

prueba de los hechos. Se trata de las llamadas *pruebas científicas*, es decir del uso de métodos científicos como instrumentos probatorios a utilizar en el marco del proceso. En torno al tema de las pruebas científicas, se ha ido creando una literatura considerable y han surgido numerosos problemas concernientes sobre todo al control de la validez de los conocimientos y de los métodos científicos que se utilizan para comprobar la verdad de los hechos en el proceso. No cabe adentrarse aquí en el fondo de estos problemas que, sin embargo, tienen una relevancia decisiva en los procesos civiles y penales contemporáneos. No obstante, se impone una consideración general. Por un lado, el incremento del uso judicial de los conocimientos científicos reduce proporcionalmente la inevitabilidad del uso del sentido común, con todas sus características de vaguedad, incertidumbre, subjetividad y falta de fiabilidad de las “naciones” que lo constituyen: aumenta, por lo tanto, el grado de certeza y de posibilidad de control de la información de que el juez puede disponer para constatar los hechos. Por otro lado, se refuerza la convicción de que los hechos de la causa puedan y, por lo tanto, deban verificarse con instrumentos dotados de validez científica y de que la actividad decisoria del juez pueda y, en consecuencia, deba ser extraída del dominio de la irracionalidad subjetiva.

3. LA MOTIVACIÓN DEL JUICIO DE HECHO

La mayoría de los ordenamientos procesales han adoptado una concepción racional de la decisión al imponer al juez la obligación de motivar sus decisiones. Si dicha obligación se toma en serio y no se piensa que pueda satisfacerse con motivaciones ficticias, se obliga al juez a exponer en su motivación las *razones* que justifican su decisión. Básicamente, el juez tiene que *racionalizar* el fundamento de su decisión estructurando los argumentos (las “buenas razones”) en función de los cuales la misma pueda resultar *justificada*: la motivación es, por lo tanto, un *discurso justificativo* constituido por argumentos racionales. Naturalmente, esto no excluye que en dicho discurso existan aspectos de carácter retórico-persuasivo, pero serán en todo caso secundarios y no necesarios. En realidad, el juez no debe persuadir a las partes o a los demás sujetos, de la eficacia de su decisión: lo que hace falta es que la motivación justifique la decisión sobre bases racionales.

Sin embargo, sobre el tema de la motivación es preciso agregar unas reflexiones más para aclarar mejor sus conexiones con el problema de la prueba.

Ante todo, hay que tener en cuenta que en muchos ordenamientos la obligación de motivar las sentencias constituye una garantía de nivel constitucional. La constitucionalización de dicha obligación, que existe ya desde hace tiempo en los códigos procesales, supone una transformación de las funciones que se asignan a la motivación. A la función *endoprocesal* tradicional, según la cual la motivación de la sentencia está encaminada a facilitar la impugnación y el juicio sobre la impugnación, se ha añadido una función *extraprocesal*: la motivación representa, de hecho, la garantía de control del ejercicio del poder judicial fuera del contexto procesal, por lo tanto, por parte del *quavis de populo* y de la opinión pública en general. Esto se deriva de una concepción democrática del poder, según la cual su ejercicio debe ser controlable siempre desde el exterior. En sentido contrario, no vale objetar que, en la práctica, este control no puede ejercerse siempre. En efecto, el significado profundo de las garantías radica, de hecho, en la posibilidad de que el control exista, y no en que se realice concretamente en cada caso.

Si la motivación tiene que posibilitar el control sobre las razones por las cuales el juez ha ejercido de cierta forma sus poderes decisorios, de ello se infiere que la motivación tiene que justificar toda las opciones que

el juez ha realizado para llegar a su decisión final: si algunas decisiones siguen sin poder justificarse esto implica, de hecho, que el control sobre su fundamento racional no es posible. Por lo tanto, se pueda hablar de un *principio de plenitud de la motivación*, en función del cual la justificación contenida en la misma tiene que cubrir todas las opciones del juez. En particular, puesto que éste realiza valoraciones tanto a la hora de interpretar la ley como a la hora de decidir sobre las pruebas, la motivación tiene que proporcionar la justificación racional de los juicios de valor condicionantes de la decisión.

El principio de plenitud de la motivación tiene dos implicaciones más que atañen, especialmente, al problema de la prueba y al juicio sobre los hechos. La primera implicación es que una motivación completa debe incluir tanto la llamada *justificación interna*, relativa a la conexión lógica entre la premisa de derecho y la premisa de hecho (la llamada *subsunción* del hecho en la norma) que funda la decisión final, como la llamada *justificación externa*, es decir, la justificación de la elección de las premisas de las que se deriva la decisión final. La justificación externa de la premisa de hecho de la decisión se refiere a las razones por las que el juez ha reconstruido y fijado de un cierto modo los hechos de la causa: estas razones se refieren, básicamente,

a las pruebas que el juez utilizó para decidir acerca de la verdad o la falsedad de los hechos (en el sentido que ya se aclaró anteriormente). Por lo tanto, la justificación externa de la fijación de los hechos implica que el juez tiene que proporcionar argumentos racionales sobre cómo valoró las pruebas y acerca de las inferencias lógicas por medio de las cuales llegó a determinadas conclusiones sobre los hechos de la causa. Dicho de otra forma: la determinación de los hechos estará o no justificada según las pruebas sobre las que la misma se funde y la racionalidad de los argumentos que vinculan el resultado de las pruebas al juicio sobre los hechos.

La segunda implicación del principio de plenitud de la motivación con referencia a las pruebas es doble y puede formularse así: por un lado, es preciso que la justificación cubra también la *valoración* de las pruebas, porque es evidente que, por ejemplo, establecer si un testigo es o no es creíble representa un punto central de la fijación probatoria de los hechos. Es por lo que el juez tiene que explicar por qué motivo consideró aquel testigo creíble o no creíble. Asimismo, el juez tiene que explicar según qué inferencias entendió que cierto indicio llevaba a una determinada conclusión relativa a un hecho de la causa. Por otro lado, contrariamente a lo que ocurre en algunos ordenamientos (es el caso de Italia), es nece-

sario que el juez desarrolle su motivación no sólo con referencia a las pruebas que él mismo valoró positivamente y de las que —por tanto— se valió para fundamentar la decisión, sino también —y especialmente— con referencia a las que consideró no fiables, sobre todo si las mismas eran contrarias a la reconstrucción de los hechos que llevó a cabo. En efecto, pues admitir que el juez motive sólo basándose en las pruebas favorables a su juicio sobre los hechos, implica, *de facto*, el riesgo denominado *confirmation bias*, típico de quien queriendo confirmar su valoración, selecciona la información disponible escogiendo tan sólo la favorable y descartando *a priori* la contraria, introduciendo de esta forma una distorsión sistemática en su propio razonamiento. De todos modos, la valoración negativa de las pruebas contrarias es indispensable para justificar el fundamento de la decisión: precisamente porque la prueba contraria es el instrumento de control de la validez racional y del fundamento probatorio de toda reconstrucción de los hechos, la demostración de que es inatendible es condición necesaria de que resulten fiables las pruebas favorables a dicha reconstrucción.

De todos modos, es preciso eliminar un malentendido que surge a menudo en los discursos sobre la motivación. Es el que consiste en considerar que la motivación es

una especie de grabación del razonamiento que el juez ha desarrollado para llegar a la decisión. Según esto, en lo relativo a la motivación del juicio de hecho, la motivación consistiría en levantar una especie de acta de lo que el juez pensó a la hora de obtener las pruebas, de valorarlas y de llegar a la decisión final. Es una concepción errónea: de hecho, hay que distinguir entre el razonamiento que condujo al juez a la decisión y el razonamiento con el que la justifica. El primer razonamiento tiene carácter *heurístico*, procede por hipótesis comprobadas y falsadas, incluye inferencias abductivas y se estructura en una secuencia de opciones hasta la opción final acerca de la verdad o de la falsedad de los hechos. La motivación de la decisión consiste en un razonamiento *justificativo* que —por decirlo de alguna forma— presupone la decisión y va dirigido mostrar que hay buenas razones y argumentos lógicamente correctos para considerarla válida y aceptable. Naturalmente, puede haber puntos de contacto entre las dos fases del razonamiento del juez: el juez que sabe que debe motivar será inducido a razonar correctamente también cuando esté valorando las pruebas y formulando la decisión; el mismo juez, a la hora de redactar la motivación, podrá utilizar los argumentos e inferencias que formuló al valorar las pruebas y configurar la decisión final. Sin embargo, esto no demuestra que las dos fases del razo-

namiento del juez tengan la misma estructura y la misma función ni menos aún que la una pueda considerarse como una especie de reproducción de la otra.

En todo caso es evidente que la concepción racional de la naturaleza y la función de la prueba se refleja directamente en la naturaleza y en la función de la motivación de la sentencia y que la concepción racional de la motivación de la sentencia presupone, a su vez, una concepción racional del juicio de hecho y de su fundamento en las pruebas que el juez ha tomado en consideración. En efecto, si se concibe el juicio sobre los hechos como resultado de una *intime conviction* misteriosa e irreduciblemente subjetiva, es imposible pensar que tal persuasión sea susceptible de racionalización a través de un discurso justificativo, estructurado lógicamente: la *intime conviction* sólo es compatible con una falta de motivación o con una motivación ficticia.

4. IDEOLOGÍAS DE LA DECISIÓN SOBRE LOS HECHOS

Por las reflexiones anteriores, debería ser evidente que bajo el problema de la prueba y de la motivación discurre una dicotomía fundamental, que condiciona la entera formulación del problema. Se trata, como ya se

apuntó al comienzo, de una dicotomía que tiene un carácter esencialmente ideológico y que atañe a los modos diferentes de concebir la decisión sobre los hechos y a sus implicaciones no sólo filosóficas sino políticas. Esta dicotomía se puede expresar haciendo referencia a la alternativa fundamental entre irracionalidad y racionalidad así como explicitando de forma sintética las implicaciones correspondientes.

El primer aspecto de dicha distinción puede enunciarse con una secuencia de términos como la que sigue:

Racionalidad —prueba como instrumento epistémico— decisión como fruto de inferencias lógicas —verdad/falsedad de los enunciados de hecho— motivación como justificación racional —posibilidad de control— concepción democrática del poder.

Al respecto, puede destacarse, además de lo que ya se apuntó anteriormente, que resulta evidente una estrecha conexión entre la ideología racional de la decisión judicial y, en concreto, de la decisión sobre los hechos, y la concepción democrática de la administración de justicia. En efecto, no sólo la idea de la motivación como instrumento de control externo de la justificación de la decisión está relacionada con una concepción democrática

del ejercicio del poder. También la verdad —según han demostrado recientemente filósofos tales como Michael Lynch y Bernard Williams— es un valor propio de las sociedades democráticas, mientras los regímenes autoritarios se fundan sistemáticamente en la mentira y en la falsificación. Entonces, también en el contexto procesal, la verdad sobre los hechos ha de considerarse como un valor político irrenunciable.

El segundo término de la distinción puede enunciarse con una secuencia de términos como la que sigue:

Irracionalidad —prueba como instrumento retórico— decisión como fruto de intuición subjetiva incognoscible —verdad como coherencia narrativa (irrelevancia de la verdad/falsedad de los enunciados de hecho)— motivación como discurso retórico o justificación ficticia-imposibilidad de control sobre el fundamento de la decisión— concepción autoritaria del poder.

Son, es evidente, formulaciones muy simplificadas que, sin embargo, tienen la ventaja de poner de relieve dos cosas. La primera es que se trata de concepciones caracterizadas por una fuerte coherencia interna, pues sus diversos aspectos se articulan en grupos armónicos de ideas. La segunda es que, preci-

samente por esta razón, las mismas son sustancialmente diferentes y no pueden solaparse ni siquiera parcialmente. Por lo tanto, los términos de la alternativa fundamental entre las diferentes ideologías de la decisión judicial sobre los hechos, deberían ser bastante claros.

SOBRE PRUEBA Y MOTIVACIÓN

Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ

INTRODUCCIÓN

Como en alguna otra ocasión que he compartido un acto de esta clase con Michele Taruffo, tengo que comenzar confesando mi objetiva incapacidad de actuar como “contraponente” en relación con él, que es lo que sugiere el programa. Pues, la verdad, no tengo nada que objetar a sus planteamientos; y lo único que podría decir al respecto es que, modestísimamente, mi modo de entender los asuntos que son materia de este encuentro se nutre de sus enseñanzas que, con idéntica modestia, trato de plasmar en mi proceder como juez.

Por eso, siendo realista, lo pertinente es que yo me ofrezca para ser tomado como *contrapunto*, es decir, como elemento de *contraste* entre lo que constituye la mejor encarnación del paradigma teórico-ideal en el tema de valoración de la prueba y de motivación de las sentencias, con cabal expresión en las tres obras centrales de Michele Taruffo

(*Studi sulla rilevanza della prova*, Cedam, Padova, 1970; *La motivazione della sentenza civile*, Cedam, Padova, 1975; y *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, 1992; edición española de Trotta); y lo que, en mi caso, no pasa de ser un honesto intento de “hacer camino al andar” bajo su inspiración, con el lastre de una cultura procesal y de la jurisdicción que, entre nosotros, acusa un histórico vacío muy difícil de llenar en esas fundamentales cuestiones.

Para ilustrar sobre este vacío —como he señalado alguna vez— basta acercarse a cualquiera de los manuales de la procesalística al uso, para advertir un auténtico “agujero negro” en materia de valoración de la prueba y en lo concerniente a la decisión; nunca seriamente abordadas, con el resultado de una objetiva ocultación de la relevancia de ambos asuntos. Así, se da la paradoja de que siendo centrales para el ejercicio de la jurisdicción padecen una franca orfandad de tratamiento. Paliada ahora, por fortuna, en el caso de nuestro país, merced a las recientes aportaciones de algún sector de la teoría y la filosofía del derecho. Y, sobre todo, por la traducción de obras como las de Taruffo y Ferrajoli.

Es por lo que me parece que aquí sigue teniendo actualidad el reproche de Carnelutti a sus colegas, hace ahora más de 70 años, al

imputarles la exclusiva dedicación al estudio del «proceso» con descuido del «juicio». Y, en efecto, es ciertamente lo que hay: desentendimiento del verdadero núcleo de la actividad jurisdiccional.

Tal actitud y el estado de cosas resultante halla, seguramente, una explicación en cierta manera de entender el papel de la jurisdicción y del juez: la propia del Estado liberal de derecho —de una *administración* judicial gobernada por el ejecutivo— que se nutre de la cultura del positivismo dogmático. En este modelo, la *quaestio facti* carece de toda relevancia en el plano epistémico y no existe como problema. Y la misma cuestión de derecho es a su vez escasamente problemática, a tenor de los rasgos (falsamente) predicados como valores estructurales del orden jurídico. Aunque, realmente, fruto de la cerrada impermeabilidad de éste a la pluralidad social y al pluralismo de los valores y del modo judicial de operar con él.

Hoy se conoce bien lo mucho que esa forma de ser del ordenamiento debía, en materia de «certeza», a ese *modus operandi* judicial; caracterizado por la férrea organización de los jueces en carrera, la inserción del vértice de ésta en el ejecutivo, y, como resultado, la esencial homogeneidad político-cultural de aquéllos entre sí y con la clase del poder.

En tal contexto, los tan proclamados apoliticismo y certeza de la aplicación jurisprudencial del derecho eran en gran medida fruto de esa auténtica producción y reproducción clónica de los jueces; propiciada, a su vez, por el cuidadoso *filtrado* en el momento de acceso a la función y por la eficaz administración de las expectativas de carrera durante todo el curso de la misma.

Ambos vectores, político-cultural y técnico-jurídico, en perfecta simbiosis tienen la más coherente prolongación en una inteligencia y una práctica del principio de libre convicción, que aún no pueden decirse desterradas. Es la misma que se expresa en el olvido del juicio apuntado por Carnelutti; que no es propiamente olvido, sino reducción a la irrelevancia, por efecto de la racionalización del modo de proceder judicial realmente existente. Ya que el aludido perfil cultural y político del juez del modelo —a partir del presupuesto de la unilateralidad axiológica del ordenamiento— dotaba a sus decisiones de un alto grado de previsibilidad, impidiendo que pudieran convertirse en fuente de inseguridad (obviamente para los intereses dominantes). Y, de suscitarse algún problema, la jerarquía, no sólo procesal sino político-administrativa del sistema de instancias, se encargaría de desactivarlo. Quizá convenga recordar que cabía un ejercicio de plano de la

disciplina por parte de los tribunales *superiores* dentro de la propia sentencia dictada para resolver un recurso.

En lo que sigue, voy a centrarme en ciertas implicaciones polémicas de los términos del par que da título a esta sesión; y, eso sí, con particular atención al proceso criminal, que es el que profesionalmente me ocupa, visto en su vertiente práctica. Aunque en el plano gnoseológico, en el que se ubican preferentemente los asuntos aquí objeto de nuestro interés, las distintas perspectivas disciplinares participan de una clara comunidad conceptual, confío en que el hecho de optar francamente por una de ellas (la penal) me permitirá al menos *contra*, mejor *yuxtaponer* algo a lo dicho por Michele Taruffo.

LA LIBRE CONVICCIÓN: ¿CIERRA O ABRE UN PROBLEMA?

En el contexto sumariamente descrito, el modo canónico de proceder judicial traduce el más puro decisionismo inmotivado con fundamento en una inteligencia irracional, incluso romántica del principio de libre convicción. Es la que se expresa en el *mandamiento* que los autores de un acreditadísimo manual teórico-práctico, muy difundido en los años 60 del pasado siglo dirigían a los jueces: «no hay por qué razonar y sería procesalmente

incorrecto hacerlo, sobre qué elementos de juicio han contribuido a formar la convicción» (Sáez Jiménez y López Fernández de Gamboa). Ya que la convicción «depende de una serie de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición, que no son expresables a través de la motivación» (STS-2^a 1993).

Es la convicción justamente denotada de «autocrática» por Carrara. Pura trasposición a las magistraturas profesionales del paradigma rector del jurado puro, llamado a decidir por «íntima», «personal, profunda convicción», después de haberse «interroga[do] en el silencio y en el recogimiento y busca[do] en la sinceridad de su conciencia [la] impronta» que hubieran «dejado en su mente las pruebas» (art. 353 CPP francés).

En tal reducción psicologista la convicción judicial experimenta una degradación a mero estado emocional, cuyo proceso de formación transcurre *sub specie* de incontrolable proceso psíquico, cual curso de sensaciones que *acontece* en la mente del juzgador y sobre las que su yo consciente tendría que interrogarse como si actuase desde fuera, únicamente para registrarlas.

Es claro que sólo el carisma —de «unción carismática y santo orgullo» habló De Miguel Garcilópez— podría legitimar semejante pro-

ceder *por iluminación*. De ahí la recurrente tendencia a imprimir a la *misión* del juez el tópico sentido *sacerdotal*, perfectamente reconocible también en la liturgia y el folklore de las rituales autocelebraciones del rol. (De nuevo la ya aludida coherencia entre diseño orgánico y sentido de la función).

Como bien se sabe, no es la única manera de entender y practicar el principio de referencia, que ya el propio Carrara postuló como de «convicción razonada», porque el juez debería convencerse «según la razón y según el proceso». Pero lo cierto es que ha tenido que pasar más de un siglo para que este otro paradigma lograra un aceptable grado de implantación, aunque es cierto también que hoy todavía comparte el espacio de la jurisdicción con muy perceptibles y sólidas supervivencias de la *intime conviction* en su versión más tradicional.

Con todo, hay que decir que ésta, aún cuando sigue practicándose, ya no se defiende expresamente, porque iría incluso contra el dictado de las leyes de última generación en la materia y contra la lectura constitucional de las decimonónicas todavía en vigor.

Hoy cabe afirmar que, en el plano teórico, el proceso debe ser, antes que otra cosa, proceso de adquisición de *conocimiento* sobre

hechos. Y, siendo así, es claro que el principio de libre convicción sólo puede interpretarse como desplazamiento de los problemas de la valoración de la prueba judicial al plano de la *conciencia*, en busca de un tratamiento racional para los mismos. Por eso, también resulta patente, ese paradigma, cerrando una clase de problemas (los planteados por el sistema de la prueba legal) fue a abrir otros, al poner al juez frente a la relevante dimensión epistémica de su tarea, obligándole a hacerse cargo de la misma.

En este sentido, el principio de libre convicción es realmente un punto de partida, o momento de encuentro con nuevos problemas, los de la gnoseología del juicio, a los que la cultura procesal convencional y la de los jueces han permanecidos lamentablemente ajenas, y a los que necesariamente deben abrirse.

PROCESO CONTRADICTORIO Y CONOCIMIENTO JUDICIAL

En la experiencia jurisdiccional en general es necesario distinguir tres momentos: el de la adquisición y práctica de la prueba; el de la valoración de ésta; y el de la decisión final sobre el objeto de litigio, sobre el objeto de la imputación en el caso del proceso penal.

El primero cuenta con minucioso tratamiento en los textos legales y, además, sobre él existe en cada país un nutrido *corpus* doctrinal y de jurisprudencia que ofrece a los profesionales un depurado instrumental con el que hacer frente a los problemas prácticos. En el tercero, tratándose del proceso civil, rige el principio de la carga de la prueba, que representa un útil criterio de decisión; y en el proceso penal el de presunción de inocencia, en virtud del cual, *in dubio*, no habría duda.

El segundo, en cambio, recorrido, primero, en la etapa de las *ordalías* de la mano de una providencia ultraterrena, después, durante la de la *prueba legal* de la mano del legislador (o de la doctrina, mejor dicho) —en ambos casos sin buenos resultados, según se sabe— quedó librado, como se ha visto, a la total discreción del juez, a su libérrima apreciación «sin sujeción a tasa, pauta o regla de ninguna clase...» (STS-2^a 1993).

Así, en ese paso, aparentemente obvio, del no hay reglas de derecho al *no hay reglas de ninguna clase*, en tema de valoración de la prueba, se dio la espalda a una preocupación por el rigor en la formación de la convicción judicial, que había estado bien presente en el pensamiento de juristas ilustrados tan representativos como Beccaria y Muratori. Muy expresivamente en el primero, empeñado en

que el proceso penal fuera «indagación indiferente del hecho», única forma de acceder al conocimiento de lo acontecido en la realidad extraprocesal, en un marco en el que, en palabras de otro exponente de ese movimiento, Murena, «la verdad es el fundamento de la justicia».

La relación de saber y poder explorada en algún momento sólo críticamente por Foucault, en el proceso penal del antiguo régimen; ha sido recuperada por Ferrajoli, que prolonga la crítica en una formulación reconstructiva, en positivo, de la misma. Donde prevaleció aquella segunda dimensión (de poder) en perjuicio de la primera (de saber), deberá ahora prevalecer ésta —cierto que en un marco de garantías jurídicas— dotada de la necesaria calidad epistémica, lo único que puede legitimar una intervención punitiva del Estado sobre ciudadanos con derechos.

Este planteamiento trae a primer plano la cuestión del método, que tratándose de saber sobre hechos —aun con ciertas inevitables variantes— guarda necesaria relación con el historiográfico, de matriz hipotético-deductiva. Cuya presencia, como referente modélico, es fácilmente advertible en la ilustrativa metáfora de Pagano, según el cual la verdad nace idealmente del debate contradictorio de modo similar a como lo hace la

chispa del entrechocar de dos cuerpos duros.

Si se trata como se trata de conjurar los riesgos derivados del dominio de la subjetividad incontrolada del juez, será preciso dar espacio al tratamiento intersubjetivo de los datos, potenciando la dialéctica de la contradicción en todo el desarrollo de la causa. Que no puede reducirse a una sucesión ritual de trámites sino que ha de ser el curso metódicamente idóneo para la elaboración y la evaluación de hipótesis sobre hechos posiblemente delictivos. Momentos que aquí hallan clara correspondencia en las dos fases en que se articula el proceso.

Tal forma de aproximación al mismo impone una significativa inflexión en la cultura de los jueces en lo relativo al modo de desempeño del propio rol. Que no puede estar presidido en exclusiva por la preocupación de asegurar la regularidad, en sentido burocrático, de la sucesión de trámites; ya que el verdadero sentido de éstos se cifra en ser cauce hábil para el ingreso en la causa de la información relevante sobre el *thema probandum* en condiciones de fiabilidad.

Y lo cierto es que ambos planos, jurídico y cognoscitivo, con sus exigencias específicas —aun cuando en situaciones-límite pudieran

entrar en conflicto, porque deba prevalecer algún otro valor constitucional sobre el interés en la determinación de la verdad de lo acaecido— en general son eficazmente complementarios. En efecto, pues la reglas de derecho que abren la vía del proceso criminal y, una vez dentro de él, configuran el estatuto de los sujetos procesales, miran a evitar intervenciones gratuitas por ausencia de indicios de delito; y, cuando estos concurren, a la igual distribución del espacio escénico del proceso, a que cada parte disponga efectivamente del necesario para debatir sobre ellos. Que es la forma de asegurar sus posibilidades reales de actuación y de aportación, y de garantizar la integración en el cuadro probatorio de la totalidad de los elementos de interés para la decisión de la causa.

Bajo este prisma, *el hecho* de posible relevancia penal objeto, primero, de investigación, se presenta como un resultado, a la identificación de cuya causa (previsiblemente una acción humana) habrá que llegar, en la reconstrucción del caso. Así, la imputación será una hipótesis de trabajo, tan fértil como lo permita la habilidad de los concurrentes en la causa para interpelar al contexto de vestigios y datos. Si esa hipótesis inicial, u otra que le hubiera sustituido, se demuestra lo bastante explicativa como para *iluminar* la escena y puede contar con apoyo bastante en

pruebas, estará justificada la apertura del juicio. Y que la misma entre ya en él *sub specie* de acusación formal, para ser discutida en ese nuevo ámbito; sola o en concurrencia con otras, total o parcialmente alternativas, que se le opongán.

Situados en esta perspectiva, el modo convencional y tradicional de articulación del juicio en dos fases esenciales y, en rigor y como regla, insuprimibles, responde, antes que a razones procesales o derivadas del diseño orgánico de los tribunales, a exigencias de orden cognoscitivo. En efecto, pues éstas tienen su primera manifestación en la vigencia del paradigma indiciario: no está justificado instaurar un proceso si no es en presencia de datos atendibles sobre la existencia de una conducta posiblemente criminal. Y se prolonga en otra plenamente coherente con esta primera: sólo una hipótesis rigurosa y *comprobable* mediante pruebas merece ser objeto de debate en juicio.

Por otra parte, dentro de la misma lógica, el juicio, el *plenario* en la semántica tradicional, debe su centralidad —apenas formal en el caso del sistema *mixto*— no sólo a que es el ámbito en el que el imputado *recupera* sus derechos como sujeto procesal, sino, esencialmente, a que es el espacio en el que, merced a esta circunstancia, podría

contrarrestarse, en la dialéctica del contradictorio, el probable sesgo —y consiguiente déficit de calidad epistémica— en el tratamiento de los datos de soporte de la imputación, formulada en régimen de patente unilateralidad en la instrucción.

Así, el curso procesal-formal del trámite reproduce en este plano específicamente jurídico una evidencia de orden cognoscitivo: las hipótesis tienen sus reglas (obviamente, no jurídicas) de formación y de evaluación; y en este segundo punto, es notorio que no son susceptibles de auto-confirmación. Pues, «lo que ha servido para formular una hipótesis no puede indiscriminadamente valer para confirmarla. (...) La pretensión de exhibir en juicio como pruebas las declaraciones recogidas en la investigación es análoga a la del científico que exigiese el reconocimiento de los resultados obtenidos en su laboratorio privado, sin reproducirlos ante la comunidad de los investigadores» (Ferrua).

Es por lo que, por más literatura jurisprudencial que *se le eche*, las sentencias fundadas en la recuperación (sólo) formalmente contradictoria de adquisiciones unilaterales de la instrucción —y por lo común condenatorias— tienen un inequívoco tufo de falacia. En este caso, por la razón de método a que acaba de aludirse y por la jurídica de

que, además, el marco de las diligencias policiales, de las que suelen proceder, también regularmente, esos elementos *de juicio*, está caracterizado por la debilidad de las garantías del imputado, al ser intensamente coactivo. Es lo que hace que las hipótesis construidas en semejante entorno, generalmente con datos que tienen en el sospechoso la principal fuente (y fuente a *rentabilizar*), a más del lastre derivado de la inevitable *parcialidad objetiva* de investigador, acusen el que se deriva directamente de la posición de poder incontrastable en la que actúa.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: GARANTÍA NO SÓLO JURÍDICA

En el contexto teórico que trata de perfilar-se aquí, también el contenido y la significación *más que procesal* de la presunción de inocencia resulta evidente al traer a primer plano su papel radicalmente central de regla —epistémica— de juicio, es decir, su significación en el orden del método.

Es bien sabido que, como instituto, su ingreso en el proceso penal fue impulsado por el progresivo efecto de la escandalosa bestialidad del proceso penal del Antiguo Régimen en el despertar de una nueva, incipiente, conciencia social de los derechos de la persona. Pero lo cierto es que su alcance no se

agota, ni mucho menos, en esta relevante perspectiva.

Como ha escrito agudamente Illuminati, es real que, en su origen, «con la expresión sintética ‘presunción de inocencia’, se alude a un determinado modo de organizar las relaciones entre el ciudadano y la justicia, por motivos de oportunidad político-social... [Pero] en el momento en que la administración de justicia penal comienza a moverse contra [el imputado], se aclara progresivamente por qué tal presunción debe ser en todo caso considerada el eje sobre el que gira el proceso penal en su totalidad... Es más, se podría decir —en abstracto— que de no partir de la presunción de inocencia, no habría ninguna necesidad lógica del proceso... [como] mecanismo dirigido a asegurar una averiguación de determinada calidad».

La presunción de inocencia como regla de juicio reclama del juez el esfuerzo de situarse en la reflexiva situación de *perplejidad* que postulaba Muratori, como presupuesto para conocer. Dicho con palabras más actuales, el principio exige de aquél que adopte una posición de metódica *neutralidad* ante la hipótesis acusatoria.

Previamente, ya en el arranque mismo de la causa, la presunción de inocencia habrá

producido el efecto implícito en el imperativo del «*nemo tenetur*». Éste, para decirlo con Grevi, persigue un primer fin de estirpe humanitaria: frenar el recurrente impulso a «‘hacer hablar’ al imputado», neutralizando así las prácticas odiosas en que el mismo, secularmente, se había traducido y ratificando el «carácter *contra naturam* de cualquier declaración autoincriminatoria». Pero también, en cuanto implicación de la presunción de inocencia, va mucho más allá, porque, en realidad, al desplazar la carga de la prueba en su totalidad al terreno de la acusación, confiere al imputado —antes sólo pasiva fuente de prueba— plena subjetividad procesal y autonomía para decidir sobre su propio papel en lo que se refiere al tratamiento del *thema probandum*.

Por eso, cuando por cualquier medio se reduce a aquél a su antigua infracondición en la estrategia de la acusación, no es sólo que se provoque una quiebra en su estatuto jurídico: es que se rompe la dialéctica de la contradicción, porque se elimina o debilita la posibilidad formal de confutación de la hipótesis acusatoria. Que obviamente aspira no a ser debatida, sino a resultar confirmada por el asentimiento del inculgado.

El principio de presunción de inocencia como regla de juicio introduce un esencial

factor de complejidad en el tratamiento de la imputación/acusación. Exige rigurosamente que ésta sea sometida al *punto de vista externo*, el de un sujeto tercero, imparcial por diverso y ajeno a aquél a quien se debe la elaboración y postulación de la misma como tal. Así, cuando ésta prevalece sin más, en virtud de alguno de los subterfugios *jurídicos* en los que hoy es tan fértil la *justicia* «negociada» *made in USA*, lo que realmente ocurre es que se cancela ese momento de *exposición*, de *control de calidad* y, consecuentemente, de riesgo para la hipótesis acusatoria, dando lugar a que sea el *punto de vista interno* (el del acusador) el que ocupe la totalidad del espacio del proceso. Que se degrada en tanto que proceso de adquisición de conocimiento y también como institución de garantía.

CONTRADICCIÓN Y PRUEBA

A la luz de estas consideraciones cobra todo su sentido el requerimiento de que la prueba se produzca realmente en régimen de interlocución actual sobre los elementos de la imputación y los de descargo. Dando cumplimiento a la aspiración central del proceso acusatorio de que la convicción se forme en el juicio como efectivo fruto de la contradicción. Es decir, que la contradicción incida en la propia génesis de aquélla, en el preciso momento del examen de los distintos medios

probatorios. Por tanto, contradicción *para* obtener conocimiento relativo al *thema probandum* y no contradicción *sobre* una *prueba* que ya hubiese entrado constituida como tal en ese ámbito.

Ésta es una pretensión ideal bien patente en la Exposición de motivos de la Ley de E. Criminal de 1882. A pesar de que la limitada vigencia del principio de contradicción en la fase instructora y el peso objetivo de ésta en la economía del enjuiciamiento en su conjunto, en el modelo acogido por la misma, redujeran de forma drástica sus posibilidades de plasmación práctica. Pero lo cierto es que la línea de principio era lo bastante clara como para que el temprano y autorizado comentarista de ese texto, Aguilera de Paz, limitase la posibilidad de introducción en el plenario de actuaciones sumariales mediante lectura (art. 730 Lecrim) a supuestos como el de «la declaración del moribundo que en los últimos instantes balbucea el nombre de su verdugo, la diligencia de autopsia..., la de inspección del lugar o del instrumento de crimen, y tantas otras diligencias que sólo pueden practicarse en su oportunidad...».

Si tal era el punto de vista del legislador liberal, soberano absoluto en el tratamiento de la materia, en ausencia de una disciplina constitucional del proceso de carácter directa-

mente preceptivo, como la que rige para nosotros desde 1978, no parece descabellado afirmar que la posibilidad de recurrir a informaciones *probatorias* elaboradas fuera/antes del juicio —como no sea acudiendo al incidente probatorio— tendría que entenderse en la actualidad mucho más limitada.

Esto, de nuevo, no por consideraciones ritualistas, de naturaleza meramente formal, ni por exclusivas exigencias *de derecho*, sino porque ese modo de operar contradice de manera esencial el carácter dialógico de la relación procesal, ya que en el tratamiento de la información introducida en el juicio mediante el expediente de la lectura, estará ausente la contradicción actual. Una circunstancia que contribuirá inevitablemente a potenciar el papel de la subjetividad del juzgador, que como bien se sabe tiene su contrapunto más eficaz —y necesario— en la posibilidad real de que las partes ejerzan la crítica directa del material probatorio en el momento mismo de su generación.

Lamentablemente, el camino recorrido desde 1882, va en dirección opuesta a lo previsto por el autor de la Ley de E. Criminal y no obstante la obligada incidencia en ésta de la Constitución de 1978. Porque el régimen de lecturas de diligencias de la instrucción, e incluso policiales (al margen del supuesto

de las diligencias irreproducibles del aludido art. 730 Lecrim) tiene hoy una casi incondicionada vigencia en el proceso penal, en la jurisprudencia de todas las instancias.

Es algo que acontece, esencialmente por dos vías. Una, la directa introducción en la vista de la declaración autoinculpatoria del imputado ante la policía (cuando no coincida con lo manifestado ante el instructor o en el juicio), mediante el examen por el tribunal de los agentes que intervinieron en la redacción del atestado. La, obvia, afirmación de éstos de haber hecho constar fielmente lo dicho por aquél recibe el mismo valor que si hubiera confesado en la vista: ¡ningún padecimiento para el principio de contradicción y el de inmediación, ni siquiera para el derecho fundamental que se expresa en el *nemo tenetur!*

La otra vía de penetración de la patología procesal de que se trata, está en el uso de las declaraciones precedentes de testigos y también de las del imputado, cuando presenten divergencias con las producidas ante el tribunal. El cauce utilizado es el del art. 714 Lecrim, que autoriza a poner de relieve las posibles contradicciones, en demanda de una explicación. La ley no dice expresamente con qué alcance, pero éste se hace claro, por dos razones: la centralidad del juicio, y el hecho de que (a diferencia de lo que ocurre en los

supuestos del art. 730 Lecrim) la fuente de prueba —insustituible— está presente en ese acto.

Ferrua ha puesto lúcidamente de relieve que esta clase de casos la declaración (precedente) utilizada como test de credibilidad forma un todo con la pregunta y sirve únicamente para dar un sentido a la respuesta, haciéndola o no creíble. Sin que, por tanto, el contenido de aquélla precedente manifestación, como la propia pregunta en la que se integra, pueda ponerse en el lugar de *lo declarado*: lo único contradictoriamente obtenido.

Pues bien, nuestra jurisprudencia penal discurre radicalmente al margen de este planteamiento y *atribuye* al tribunal la facultad de *optar* entre una y otra manifestación, situadas en el mismo plano por la simple lectura, a pesar de que, en rigor, se está en presencia de una sola declaración atendible como tal, que es la del juicio. Además, extiende la previsión legal, que habla únicamente «del testigo» al imputado. Y va todavía más allá, pues donde el legislador sólo contempla el uso con ese fin de la declaración «prestada en el sumario», se ha convertido en norma el recurso a las del atestado. Esto, ya antes de que la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en un pleno no jurisdiccional, de 28 de noviembre de 2007,

estableciera que: «Las declaraciones válidamente prestadas ante la policía pueden ser objeto de valoración por el tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia». Y dice bien «la jurisprudencia», elevada aquí a la categoría de fuente de derecho *praeter* e incluso *contra legem*.

El planteamiento que se cuestiona suele apoyarse en que el vigente régimen normativo de las actuaciones policiales y, más aún, el que rige la investigación judicial, gozan de suficientes garantías para los afectados, su puesta razón bastante para reducir el tradicional margen de desconfianza sobre la calidad de las informaciones obtenidas en uno y otro ámbito, particularmente en el primero. También se razona en el sentido de que privar a los tribunales de la posibilidad de valorar las aportaciones de origen policial sería tanto como cuestionar, no sólo el buen hacer de esa clase de funcionarios, sino incluso la capacidad de discernimiento de los tribunales mismos.

Ambas maneras de argumentar son, nuevamente, expresión del ya denunciado modo reductivo de abordar las cuestiones en presencia, al atender en exclusiva a la vertiente jurídica, dentro de la que, además, se opera

una nueva reducción, dado ese modo infralegal de entender las garantías procesales.

Naturalmente, nadie ignora que la posición del imputado ante el investigador (incluso en comisaría o en el cuartel) ya no es hoy del tenor de la que motivó el histórico cambio de paradigma producido en materia de garantías. Aunque si el asunto pudiera situarse sólo en ese plano, habría que decir que en él continúa habiendo *problemas*. Por la acreditada distancia entre el *deber ser* y el *es*, con sabida tendencia a ampliarse en el ejercicio de poderes tan invasivos y penetrantes como el que corresponde a la policía, ya en el curso de actuaciones producidas dentro de la *normalidad*. Tal como lo acredita la recurrencia estadística de situaciones que escapan esta caracterización.

Pero, de nuevo, junto a la cuestión jurídica, de garantía de la indemnidad del imputado, de la observancia de ciertas reglas de trámite, está presente la dimensión epistémica, con su propia sustantividad, que no desaparece ni siquiera por el hecho de que el trato digno al imputado estuviese efectivamente asegurado en todos los momentos de la causa. Nunca lo está (y menos aún del todo) en la práctica y por eso la permanencia de los motivos para la desconfianza —que, por lo demás, es un valor central, e incluso de

relieve estructural para el Estado constitucional de derecho—, pero aquí se trata de otra clase de reserva. Según se ha dicho, la cuestión es de método, pues uno es el que impera en el ámbito de la instrucción, con las inevitables secuelas de la *parcialidad objetiva* del investigador (policial y judicial), y el coeficiente de desequilibrio en la posición del investigado. Y otro el que *debe* prevalecer en el ámbito del enjuiciamiento, merced a la equiparación de las posiciones parciales, que hace posible la equidistancia (*id est*: la imparcialidad) del juzgador; propiciando en éste una visión metódicamente incontaminada por la óptica de la investigación, dada su esencial exterioridad a los que se enfrentan, todo lo que propicia la tendencial objetividad del juicio.

La aspiración central del proceso acusatorio es que la prueba se forme en el marco y según las reglas del juicio contradictorio. Es decir, en la vista, de tal manera que la contradicción incida directamente en la propia génesis del saber que el juego de este principio posibilita. O lo que es igual, sea contradicción *para* obtener conocimiento relativo al *thema probandum* y no contradicción *sobre una prueba* que ya hubiese entrado constituida como tal en ese ámbito.

Este paradigma ideal puede encontrar obstáculos de carácter práctico, cuando se trate de materiales formados antes y, por tanto, fuera del proceso y para los que —dice bien Taruffo— sería inútil prescribir un «contradictorio extra-procesal imposible». En tales casos, como también señala, habrá que asegurar que la *contradicción posible* incida sobre ellos en el momento de su utilización en juicio, antes de la valoración. Pero debiendo resultar claro que si esa falta de contradicción en la génesis de la prueba no plantea problemas de admisibilidad, sí debería plantearlos «en términos de atendibilidad», en la perspectiva de la valoración. Pues, en efecto, la legitimidad jurídica de la incorporación de los correspondientes elementos al cuadro probatorio no puede servir para subsanar la ausencia de control intersubjetivo de calidad *en origen*, un déficit que discurre en el plano epistémico.

EL JUEZ EN EL ENJUICIAMIENTO

El principio de libre convicción entendido en la versión psicologista y cuasi-mística que ha prevalecido durante tanto tiempo y cuenta aún con indudable vigencia, tiene continuidad, por demás coherente, en cierto sentido de la inmediación. En una manera de concebir el conocimiento como supuestamente hecho posible por el solo contacto directo del juez

con las fuentes personales de prueba, en especial los testigos, *en virtud* de lo «visto y oído» en/de cada declarante.

Esa relación se supone tan singular que permitiría al tribunal extraer conclusiones necesariamente válidas del discurso del testigo y del imputado, sobre todo en lo relativo a la credibilidad, por lo observado en los dos planos en que el mismo se articula, el propiamente verbal y el gestual. Éste, en particular, sería una fuente privilegiada de información, sólo accesible al juzgador de instancia; y es lo que le permitirá pronunciar «una decisión sobre los hechos fundada en la impresión —subrayo lo de «impresión»— obtenida» por ese medio (STS-2^a 2039/2001, de 6 de noviembre). Como resultado, un fallo con tal fundamento tendrá que ser irrecurrible, por la total ausencia de competencia al respecto de cualquier otro tribunal que, en razón de la falta de presencia en el acto original de obtención de la prueba, carecería de datos esenciales (los transmitidos en clave visual) para enjuiciar el juicio de instancia. No podría «censurar la apreciación que [de la testifical] hizo el tribunal *a quo*, que es el único que puede realizarla en virtud del principio de inmediación». (STS-2^a 1626/2002). Pues no se trataría sólo de valorar «lo que el testigo ha dicho, sino también su disposición, las reacciones que sus afirmaciones provocan en otras

personas, la seguridad que transmite, en definitiva, todo lo que rodea una declaración y que la hace creíble, o no, para formar una convicción judicial», que es lo que cae dentro del ámbito de la inmediación (STS-2^a 845/2004, de 22 de junio).

El eje *teórico* de tal manera de concebir la convicción judicial es un cierto inductivismo ingenuo basado en la percepción sensorial del juez, que tiene como privilegiada fuente de información la actitud del informante en el acto de deponer. La idea es que el interrogatorio del imputado o del testigo presencial pone a aquél *en contacto directo con los hechos*: «el tribunal ha percibido directamente el contenido de cuanto expresa el testigo, esto es, los hechos que vio personalmente» (STS-2^a 1423/2002, de 24 de julio).

Por consecuencia, es también un tópico muy consolidado en este sector de la cultura judicial, que allí donde no quepa tal clase de aprehensión sensorial *directa* de los datos nucleares de la imputación, no podrá hablarse, en rigor, de prueba, sino *sólo* de inferencia, cual si se tratase de otra vía de acceso a otra clase de conocimiento. Así, «las intenciones y ánimos, como todos los elementos subjetivos de los tipos penales no son objeto de prueba ni entran en el ámbito de acción de la presunción de inocencia, sino que han de ser

inferidos...» (se lee en un informe de la Fiscalía del Tribunal Supremo). De aquí también otro tópico muy arraigado, que sólo recientemente empieza a ser cuestionado por alguna jurisprudencia. Es el que se concreta en el postulado de que, en la sentencia, la sede propia de esos elementos no es el apartado de hechos sino el de los fundamentos de derecho, pues las correspondientes afirmaciones expresan la conclusión de un razonamiento, discursivamente mediada, por tanto, al no ser fruto de la mera observación. Es por lo que ha sido comunmente aceptado que el solo acceso posible a la casación de las impugnaciones con ese contenido es el de la infracción de ley (legalmente reservada para cuestionar eventuales defectos de subsunción) y no el de la vulneración del derecho a la presunción, que es el específico de las cuestiones probatorias, en lo que tengan de discutible en tal instancia.

Así se explica que, desde muy temprano (STC 174/1985, de 17 de diciembre), se haya hecho patente en la jurisprudencia la necesidad de justificar la aptitud demostrativa y la legitimidad constitucional del recurso a la prueba indiciaria (o indirecta) —por oposición a la directa concebida según se ha dicho— como medio de desvirtuar la presunción de inocencia en el proceso penal.

Lo curioso es que este movimiento, en lugar de cuestionar esa estrecha e insostenible concepción de la prueba, la ha mantenido como nuclear o básica en el punto de partida, validándola, por tanto; de modo que la *indirecta* o por inferencia, tendría un carácter complementario, incluso subsidiario. Y, peor aún, en reiteradas sentencias de la Sala Segunda su aceptación aparece subordinada a consideraciones de muy dudosa aceptación. Fundadas en el argumento de que «se crearían amplios espacios de impunidad si la prueba indiciaria no tuviera virtualidad incriminatoria» (SSTS-2^a 1873/2002, de 15 de noviembre y 1060/2005, de 29 de julio). O lo que es lo mismo, ésta sería la vía hacia una calidad de conocimiento de inferior condición, a la que hay que resignarse por esa consideración burdamente defensiva y pragmática, que es lo que hace legítima la asunción de un estándar probatorio de, supuesta, menor fiabilidad.

Este modo de operar tiene una consecuencia demoledora de orden teórico. Es que genera esencial y grave confusión sobre la calidad del conocimiento que permite el proceso penal, un saber sobre hechos pasados, al que sólo cabe acceder por *comprobación*. Como escribe Taruffo, haciendo uso de «notiones y de modelos de análisis provenientes de otros sectores de la experiencia, ya sean de

carácter científico o tomados del sentido común o de la racionalidad general». Por lo que, en tal sentido, en el plano epistémico, el procedimiento no difiere del generalmente empleado en la obtención de conocimiento empírico sobre cualesquiera otros datos o actos de los que forman la vida de relación en la experiencia humana. Y, es verdad que, en el caso concreto, podrían prevalecer ciertas limitaciones instrumentales de orden constitucional y legal, lo que dará lugar a que se deseche la hipótesis acusatoria, a una reflexiva renuncia a cualquier intento de saber acerca de la misma, porque el precio sería la vulneración o puesta en riesgo de ciertos valores básicos. Un supuesto en el que prima el derecho a la presunción de inocencia, imponiéndola ésta de manera definitiva como «verdad legal».

Es por lo que —también para Taruffo— constatar que existe esa clase de condicionamientos sobre el «modo como la verdad se establece en el proceso (...) no parece suficiente para diversificar sistemáticamente esta verdad de la que se consigue fuera del proceso». De ahí que este mismo autor encuentre «buenas razones para adoptar una actitud de optimismo racionalista en el plano metodológico, es decir, como criterio de análisis». Pero a sabiendas de que, «un ejercicio racional y ‘controlado’ de su poder

por parte del juez, está rigurosamente condicionado a la «posibilidad para las partes de conocer, y discutir antes de la decisión, las correspondientes opciones» del mismo.

Esta exigencia ineluctable choca con tópicos muy instalados en alguna subcultura jurisprudencial, en materia de relación del juez con la prueba, a los que vengo haciendo referencia.

Tal vez el principal sea la arbitraria atribución a ciertos medios probatorios de una inexistente aptitud para poner al juzgador en relación *directa* con «los hechos». Porque éstos —es, o debería ser, obvio— no existen como tales en la realidad empírica, y no son susceptibles de constatación, en contra de lo postulado por un realismo ingenuo muy extendido. En efecto, ni siquiera en el caso de dar por cierta esta hipótesis inaceptable, el juez, a pesar de la intermediación, tendría tal clase de acceso directo a aquéllos, ya que lo que le llega a través de los medios personales de prueba (de *la directa* por antonomasia, en el tópico imaginario judicial) son discursos, es decir, proposiciones sobre hechos sólo aptas para proporcionar conocimiento mediato; *mediado*, además, por actos de percepción y ejercicios de memoria, que por las bien conocidas desviaciones a que se hallan ex-

puestos, introducen un consistente plus de complejidad y de dificultad en el asunto.

Pero la ausencia de cultura sobre la dimensión epistémica de la prueba judicial no es el único problema, ya que existe otro previo: la falta de conciencia acerca de esta ausencia, que hace posible declaraciones tan pintorescas como la que puede leerse en una sentencia de la Sala Segunda de 1993 (ciertamente hoy impensable) según la cual «los jueces han de actuar en funciones propias de psicoanálisis». O en otra de la misma sala, pero de 2004, que considera que es competencia jurisdiccional «escudriñar la mente humana para... proceder con la mayor ponderación y con el mayor equilibrio». Una falta de conciencia patente también en afirmaciones como la del tribunal provincial que, en una sentencia de 2003, funda la condena «en el sentimiento de sinceridad y absoluta credibilidad [que le sugiere cierta] versión [de lo sucedido por] la ventaja de la intermediación».

Éstas y otras muchas afirmaciones del género que podrían traerse aquí, ponen de manifiesto una subcultura jurisprudencial construida rigurosamente al margen de las más importantes aportaciones de la psicología del testimonio y de otras disciplinas que se ocupan de las cuestiones relativas al conocimiento. Y no se trata sólo de avances de última

hora, pues indicaciones sumamente valiosas en la materia, instruyendo a los jueces acerca de las dificultades de los medios de prueba a que se viene aludiendo, están ya presentes en obras como *La crítica del testimonio*, de Gorphe (cuya traducción al castellano es de 1933). Una subcultura que atribuye el máximo valor a las adquisiciones (supuestamente) probatorias menos fiables y que libra a la incontrolable subjetividad del juez y atípico *psicólogo* la fijación de aspectos centrales de la *quaestio facti*, que, recludos, además, en ese ámbito innacesible, quedan excluidos de toda posibilidad de control en otra instancia.

Y no sólo, pues una tal concepción de la prueba y del enjuiciamiento tiene el efecto, ciertamente negativo, de preactuar también sobre el juez de instrucción, que en presencia de una confesión o de cierta testifical, apta para transmitir en su día al tribunal la clase de *conocimiento* y en la clave a que se viene aludiendo, tenderá, explicablemente, a despreciar otros posibles elementos de juicio dotados de mayor objetividad, pero *sólo* aptos para generar prueba *indirecta*.

Las peligrosas consecuencias de ese modo de operar judicial tienen en la actualidad un campo privilegiado de operaciones en las causas seguidas por actos de los llamados de «violencia de género». En esta clase de su-

puestos, la Sala Segunda del Tribunal Supremo —consciente de las dificultades probatorias que plantean las situaciones de conflicto dentro del ámbito estrictamente familiar o de pareja, cuando la principal (muchas veces única) fuente de información es la persona que denuncia en la condición de víctima— ha establecido tres criterios de valoración de los correspondientes testimonios: la «ausencia de incredibilidad subjetiva», la «verosimilitud» y la «persistencia en la incriminación». Se trata, en rigor, de meros indicadores cuya presencia, puede aceptarse, serviría para considerar atendible, en principio, una declaración, que no lo sería en el caso de presentar una hipótesis inverosímil; o no lo sería tanto si quien la hace hubiera exteriorizado un ánimo vindicativo o facilitado a lo largo de la causa diferentes versiones de lo sucedido.

Pues bien, el empleo de estas pautas suele ir regularmente precedido de una afirmación preocupante: es preciso atribuir valor probatorio al testimonio de la víctima, porque de otro modo quedarían impunes conductas de suma gravedad, que, por lo general, se producen en condiciones de clandestinidad, lo que impide que pueda disponerse de otros medios de prueba. Y a continuación se recurre, con patente automatismo, a las tres pautas a que se ha hecho referencia, convirtiéndolas en au-

ténticas reglas de *prueba legal* en virtud de un razonamiento de este tenor:

— Concurren:

— abstracta verosimilitud de la acción denunciada;

— (+) ausencia de móvil espurio [apreciada con inmediación y —muy— *en conciencia*];

— (+) reiteración de la misma versión [generalmente estereotipada] de ciertos hechos...

— *Ergo* éstos sucedieron según lo declarado por el testigo-víctima de cargo.

Lo expresa muy bien una sentencia —de 2002— de un tribunal provincial: «Jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo concede valor suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia...» a la mera apreciación de estas connotaciones. Cuya presencia, conviene insistir, tratada de la misma forma burocrática y ritual, habrá servido al juez instructor (y antes a la policía) para concluir ágilmente su trabajo, sin plantearse mayores problemas.

MOTIVAR: QUÉ, CÓMO Y PARA QUÉ

El deber de motivar, constitucional en nuestro ordenamiento desde 1978, es una auténtica carga de profundidad en la *lógica* del modelo decisonal que gira en torno a la libre convicción entendida como *intime conviction* y asociada a la mística de la inmediatez a la que aquí se hace crítica referencia. Porque motivar es, de antiguo, «*exprimere causam in sententia*», y en ese dudoso paradigma de enjuiciamiento el núcleo de la decisión judicial —según sentencias de la Sala Segunda— tendría (supuestamente) que ver con lo inexpresable (1993); es fruto de «la impresión obtenida por el tribunal de instancia directamente de las declaraciones» (1999); de lo «visto y oído» por él, «que ya después otros ojos y oídos no percibirán» (1996); lo que produce ese «‘estado anímico de certeza’... factor psicológico escondido en lo más profundo de la mente humana...» (1991), supuesto fundamento ideal del juicio de hecho.

En efecto, en su noción más obvia, motivar es dar cuenta del porqué de lo resuelto. Un porqué cuyo destino es ser intersubjetivamente valorado, para lo que ha de exteriorizarse y contar con presupuestos explícitos suficientemente identificados, que es lo que dará la imprescindible transparencia al discurso de soporte, haciéndolo susceptible de control

racional. Se trata, por tanto, de una clase de ejercicio intelectual en riguroso antagonismo con esa concepción de la sentencia que, según se ha visto, dota de total opacidad a la *ratio decidendi*. Es la que se expresa inmejorablemente en la prescripción jurisprudencial de que el fundamento de la valoración «permane[za] incógnito en la conciencia de los juzgadores»; y en la prohibición de «dar explicaciones» al respecto, dirigida a éstos por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en una conocida sentencia de 1978.

Con tales antecedentes se entenderá que, entre nosotros, no sólo es que no exista una cultura de la motivación, una tradición positiva en la materia. El problema es que cuenta con el mayor arraigo una subcultura de resistencia al correspondiente deber, que se hace patente en los obstáculos que encuentra su implantación. Uno de ellos es la objetiva renuncia de instancias como el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional a reclamar el cumplimiento de aquél con el necesario rigor; cuando lo cierto es que habría bastado trazar una línea jurisprudencial exigente y coherente al respecto para obtener, en el transcurso de no mucho tiempo, la vigencia generalizada de un satisfactorio estándar en la materia.

No ha sido así, y el resultado es que, a tantos años de 1978, sigue siendo posible el bloqueo de eventuales impugnaciones con la invocación del «privilegio de la intermediación», cuando no de «la soberanía del juzgador»; se cierra el paso a la discusión sobre valoraciones probatorias en nombre de la percepción personalísima por el tribunal de las *actitudes* de los declarantes; y se derogan derechos fundamentales como el secreto de las comunicaciones, mediante impresos de ordenador, vacíos de contenido concreto, y calificados, no obstante, de resoluciones judiciales, con harta impropiedad.

Junto a esto, también es verdad, hay ejercicios de la jurisdicción ciertamente rigurosos, aunque, en mi experiencia, dotados de sensible menor presencia porcentual que los otros aludidos. Por la razón —desde luego, de peso— de que las altas instancias indicadas se mueven en un terreno de mínimos, claramente infraconstitucional y a veces infralegal, no obstante la relevancia del asunto. En el que lo que realmente está en juego no es una simple cuestión técnica, sino el modelo de juez y la legitimidad de la jurisdicción.

En el deber constitucional de motivar recatemente entendido, son advertibles de inmediato las mismas dos dimensiones a las que ya me he referido, también estrechamente

interimplicadas. La (más bien) jurídica de garantía y la epistémica. Algo que se pierde de vista con la mayor frecuencia.

La primera opera *ex post*, en el plano de la justificación, y vierte sobre todo *ad extra*, pues mira a ofrecer (prioritariamente) al afectado por la decisión judicial, información y elementos de juicio sobre la razón de la misma, que es lo que hace posible una lectura crítica y la eventual reacción mediante el uso de las impugnaciones. La segunda tiene una proyección *ex ante* y *ad intra*, y en el juzgador el principal destinatario de su incidencia. En efecto, pues se trata de conseguir que éste, mediante la interiorización eficaz del correspondiente deber jurídico, adopte una actitud que es de método. La consistente en dar un tratamiento racional a las aportaciones probatorias, modo de hacer que todo el curso del proceso decisional transcurra en el ámbito de lo susceptible de motivación. Es decir, dejando reflexiva y efectivamente fuera del discurso probatorio aquellas *pulsiones* valorativas que, por no ser verbalizables, no podrían resultar acogidas de forma expresa y dar contenido a una opción justificable e intersubjetivamente evaluable en sus presupuestos.

La importancia de este asunto se manifiesta con particular claridad en el tratamiento de

los interrogatorios de testigos e imputados, tan relevantes en la economía de la decisión del proceso penal. La motivación, según creo, tendría aquí el cometido esencial de impedir el efecto-*flash* de esos aspectos, ya aludidos, de la puesta en escena de unos y otros; particularmente inciertos y, sin embargo, tradicional fundamento de absoluciones y condenas, por eso inmotivadas. Se trata, pues, de evitar que en la apreciación de la prueba operen mecanismos incontrolables de empatía y/o de antipatía; de neutralizar las consecuencias de los estímulos que cursan por vía subliminal y que determinan esos peligrosos *movimientos del alma* en que cierta insoportable literatura corporativa fundaba la justicia (y la legitimidad) del tópico juez-*pater familias* o incluso *sacerdote*.

No es, y no es lo que aquí se sostiene, que los diversos componentes del lenguaje gestual carezcan de toda relevancia; ya que dado que la tienen en la vida de relación difícilmente podrían perderla en la aulas de justicia. Pero siendo de presencia inevitable, y seguramente útiles en la dialéctica del interrogatorio, no deben invadir el terreno del juicio judicial.

En efecto, la expresión de embarazo o de zozobra ante una determinada pregunta será, sin duda, para el que la formula, un aviso claro de que podría resultar comprometedor

para el interrogado y, por consiguiente, un estímulo para persistir en la misma línea de indagación. Pero tales datos de observación, esencialmente ambiguos, carecen de aptitud en sí mismos para prestar base a una convicción racional justificable, de quien, como el juez, ni es especialista en su examen ni dispone de los antecedentes, clínicos o de otra índole, que pudieran dar alguna solidez a tales elementos. Y es más que probable que, ni siquiera contando con ese plus de información sobre los mismos y con la adecuada habilitación técnica, pudiese hacerlos rendir en el marco formalizado y el tiempo breve de una única declaración en la vista.

Es por lo que el eje de la valoración de las aportaciones de estos medios probatorios debe desplazarse de aquellos aspectos, los más inaprehensibles y los de apreciación menos intersubjetivamente controlable, a ese otro terreno, mucho más seguro, del contenido informativo de las declaraciones. De modo que el testigo resulte o no creíble no porque así le *parezca* al tribunal —«en virtud de la inmediación»: una *virtud* que la inmediación *no tiene*, en contra de lo que suele afirmarse— sino porque lo sea o no lo manifestado por él, a tenor de lo obtenido de otras fuentes de prueba.

Otro tanto hay que postular en el caso de las pericias, materia en la que la decisión, muy al contrario de lo que ocurre con harta frecuencia, no puede fundarse ni en la autoridad del juzgador ni, automáticamente, en la mayor fiabilidad por principio de los informes oficiales, en razón de la presumible imparcialidad debida a la condición institucional de sus autores. Las aportaciones periciales, como escribe Taruffo, deben ser valoradas «según una *discrecionalidad guiada* por las reglas de la ciencia, de la lógica y de la argumentación racional». Y, obviamente, por lo que resulte de la discusión de los correspondientes informes. Ya que es evidente que también el trabajo de estos profesionales —incluso cuando no hubiera motivo para dudar de su imparcialidad subjetiva— estará expuesto al riesgo de la parcialidad objetiva, que ya por esto sólo haría imprescindible el examen contradictorio. Pues, dentro de éste, incluso la eventual parcialidad del perito de parte será, objetivamente, una contribución al dinamismo del debate, que a su vez redundará en la mayor riqueza de la información a disposición del tribunal, que ha de razonar expresamente su convicción apoyándola en razones válidas, a la luz de un saber y una experiencia científicos o técnicos de calidad suficientemente constatada. Algo distinto de lo constatable en sentencias como la pronunciada en 2004 por una Audiencia Provincial, que, tras

autoproclamarse «perito de peritos» se declaraba habilitada para evaluar —*in pectore*— «en su conjunto sin necesidad de individualizar todas las cuestiones» los dictámenes médicos contrastantes aportados a la causa.

A estas alturas nadie discutiría que el proceso de formación de la convicción judicial ha de estar presidido por la racionalidad y ajustarse estrictamente a lo que resulte del cuadro probatorio; y que la decisión en que aquélla se concrete ha de contar con justificación explícita y suficiente. Sin embargo, no existe claridad bastante acerca del modo de trasladar esta pautas al papel de oficio. Esto se debe, en gran medida, a que la altas instancias jurisprudenciales se prodigan en declaraciones de principio muy generales y manifiestan marcada propensión a admitir excepciones a éstas por razones de carácter pragmático; de lo que frecuentemente surgen indicaciones ambiguas e incluso contradictorias con aquéllos. El resultado es que existe una nutrida literatura jurisprudencial acerca del deber de motivar que se agota en la pura retórica, pues carece de proyección práctica.

En línea con estas consideraciones me parece útil traer aquí una cuestión, recurrente en la jurisprudencia. Es la suscitada por la ya tópica afirmación de que el justiciable no tiene derecho a una determinada extensión de

la motivación, que sirve para validar (sedicentes) ejercicios de ésta de extremo esquematismo, en los que se deja sin fundamento expreso aspectos nucleares de la decisión. Cuando lo cierto es que, a mi entender, *sí existe* ese derecho, pues el deber de motivar debe cubrir todo el campo de ésta, sin dejar zonas oscuras.

En esa recusable y marcada tendencia jurisprudencial, se percibe una consideración en cierto modo *esquizofrénica* del deber de motivar, por la disociación de las aludidas dos dimensiones que estructuralmente lo constituyen: la que impone al juzgador la justificación de la decisión y la que le obliga a llegar a ésta a través de un proceso discursivo dotado de racionalidad. Cuando lo cierto es que una y otra, *como regla*, no son separables.

No es inimaginable, en hipótesis, un fallo inmotivado y, sin embargo, objetivamente acorde con la información resultante de los antecedentes probatorios. Pero ¿cómo saberlo? Pues el incumplimiento del deber (jurídico) de motivar, por la inexpresividad de la sentencia, impedirá evaluar la calidad de la decisión y nadie está obligado a presumir que sea la debida; más bien lo contrario. A lo que hay que añadir que (en el plano epistémico) incurre en falacia quien —el juzgador, en este

caso— pretenda que una proposición sobre hechos es verdadera sólo por presentarla como tal; ya que esa cualidad debe acreditarse expresamente y la carga de hacerlo incumbe a quien afirma (aquí el juez o tribunal).

El tópicos que se cuestiona está avalando una inaceptable praxis, consistente en omitir en las resoluciones el tratamiento sistemático del contenido del cuadro probatorio, que se sustituye por referencias aisladas a algunos elementos del mismo; por lo regular los de cargo, en el caso de sentencias condenatorias. Referencias que, además, suelen introducirse en el apartado de los fundamentos de derecho destinado a argumentar sobre la autoría. Así, los datos de la *quaestio facti* pierden cualquier sustantividad para convertirse en meros elementos de apoyo del discurso sobre los aspectos jurídicos de la imputación.

Cuando resoluciones de este perfil son recurridas por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, lo más normal es que resulten convalidadas en uso de un *constructo* argumental que se nutre de alguna tópica referencia a las ventajas de la intermediación, que de este modo se convierte en una suerte de blindaje de aspectos básicos del juicio de hecho; con el añadido de la igualmente tópica, ya aludida, afirmación de la inexistencia de un derecho a determinada extensión de la moti-

vacación, que por eso, suele decirse, puede ser «sucinta».

En el fondo del planteamiento al que se está haciendo crítica referencia late una comprensión demediada de la exigencia de motivación, que se traduce en la presunción —muy difundida en jurisprudencia— de que la falta o la insuficiencia de aquélla es regularmente compatible con una adecuada formación de la convicción. En la idea de que la laguna de motivación —supuesto mero vicio jurídico— no tendría por qué ser laguna, vacío o defecto —de orden cognoscitivo— del juicio. Algo no presumible y de difícil o imposible comprobación, cuando el tratamiento dado al cuadro probatorio en el curso del proceso decisonal carezca de transparencia. Vicio que es, precisamente, el que trata de conjurarse mediante la constitucionalización del deber de motivar, imponiendo al juez o tribunal redactor de la sentencia la carga de la acreditación expresa de la calidad del fallo con la exteriorización de sus presupuestos. Por eso, en presencia de una decisión no lo bastante justificada la presunción debe ser de ilegitimidad.

Lo que se postula no es, en modo alguno, una suerte de motivación *diabólica*, sino la exteriorización intelectualmente honesta y suficiente de una *ratio decidendi* en materia de hechos, reflexivamente formada; única

manera de cumplir el deber constitucional que nos ocupa. Un modo de operar que es el idóneo para dotar de la dignidad y la profesionalidad necesaria al ejercicio de la jurisdicción y que, además, resulta perfectamente practicable —pues hay quien lo hace— en las condiciones estándar de trabajo. A pesar de que no sean nunca las ideales en términos de carga competencial.

Escribe Taruffo: «motivar en tema de hechos significa explicitar, bajo forma de argumentación justificativa, el razonamiento que permite atribuir una determinada eficacia a cada medio de prueba, y que sobre esta base funda la opción a favor de la hipótesis sobre el hecho que encuentre en las pruebas disponibles el más alto grado de confirmación lógica».

Así pues, decidir adecuadamente, esto es, de forma motivada, reclama, como primer presupuesto, claridad acerca de las hipótesis en presencia y sobre la composición del cuadro probatorio en su integridad. Esto exige la individualización de las fuentes de prueba y la identificación de los datos empíricos que el uso de los diversos medios puestos en práctica haya permitido obtener en cada caso. Y conciencia igualmente clara de los *pasos* inferenciales dados a partir de aquéllos.

Objetivada así la información disponible, en un segundo momento (obviamente no en sentido cronológico), habrá que llevar a cabo el cruce de esos datos de diversa procedencia, para *valorar* si prestan o no soporte y en qué grado a alguna de aquellas hipótesis. Que sólo lo tendrá en el caso de que todos sus elementos constitutivos cuenten con fundamento probatorio. Esta es la vía por la que el principio de contradicción, fundamental en la adquisición de la prueba, se proyecta, ingresa, en la elaboración de la sentencia. Algo que, por cierto, muchas veces no sucede, por la habitual propensión de los tribunales a hacer exclusiva referencia a los elementos de prueba que militan a favor de la decisión adoptada (con precario fundamento, por tanto).

Si estos pasos son de inexcusable cumplimiento para formar criterio con solvencia acerca del *thema probandum*; dotarlos de expresión escrita es el único instrumento al alcance del juzgador para, confiriéndoles la imprescindible objetividad, controlar el propio discurso sobre la prueba, evitando la deriva hacia las peligrosas *certezas* morales fundadas en datos inaferrables, cargadas de infiscalizable subjetividad, a las que antes me he referido. Diría que en ese verbalizar el proceso de formación de la convicción, poniéndolo «negro sobre blanco», radica algo así como «la prueba del nueve»: es lo que

permite ver si la secuencia probatoria está bien construida, si presenta o no saltos lógicos, si conduce sin forzamientos a lo resuelto, en definitiva, si *funciona*. Es también lo que la franquea a terceros. La manera de *comprobar* si la convicción puede decirse racionalmente alcanzada y de justificarla como tal ante el afectado por ella y, en general, ante el lector de la sentencia.

UNA ALTERNATIVA A LAS ALTERNATIVAS: PATRONES PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS*

Michele TARUFFO

1. ASPECTOS DE LAS *ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION*

Uno de los fenómenos más destacados en la reciente evolución de muchos ordenamientos es el empleo masivo de los llamados métodos alternativos de solución de conflictos (denominados también ADR, *Alternative Dispute Resolution*). Se habla mucho de ellos, se escribe muchos sobre ellos y también los legisladores dedican un número creciente de normas encaminadas a fomentar de todas las maneras posibles la utilización de estos métodos.

* Texto de la ponencia expuesta por el autor en el 9º Seminario sobre derecho y jurisprudencia, organizado por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, los días 21-22 de julio de 2007.

Traducción de Carmen Casado Navarro.

Es sin embargo, un fenómeno que puede llevar a malentendidos y que presenta aspectos discutibles a los que es oportuno dedicar alguna reflexión.

Ante todo, cabe destacar que no se trata de un fenómeno unitario ni homogéneo. Por un lado, dentro de las ADR, es preciso distinguir, al menos, entre *mediación* (o *conciliación*) y *arbitraje*. Estas instituciones no tienen nada en común, aparte de ser alternativas al procedimiento jurisdiccional. Por tanto, es impropio hablar en términos generales de ADR sin tener en cuenta esta distinción. Por otro lado, existen innumerables formas de mediación al igual que existen varios tipos de arbitraje, interno e internacional y, así, también desde este punto de vista toda consideración general de las ADR que prescindiera de tales variables, corre el riesgo de ser genérica y poco significativa.

Además, hay que destacar que formas de ADR tales como la mediación y el arbitraje existen desde siempre. Lo novedoso en los últimos años no es, pues, su creación, sino el énfasis que la doctrina y los legisladores ponen en estos instrumentos —y, en concreto, aunque no solamente, en la mediación o conciliación— al presentarlos ya no —como acontecía anteriormente— como métodos sustancialmente residuales de solución de

controversias, sino como la «vía maestra» que las partes deberían seguir para solucionar sus conflictos. Quizá, cabría suponer que, en la práctica, la utilización de los métodos ADR es mucho menos frecuente y menos relevante de lo que se pueda inferir de la literatura en la materia. Es ésta, sin embargo, una duda que sólo podría solucionarse basándose en datos estadísticos con los que no contamos. En Italia, la información disponible demuestra que las formas organizadas de conciliación no son muy frecuentes y que solucionan un número muy limitado de controversias. Por otro lado, no hay noticia alguna sobre la frecuencia de los arbitrajes. Sin embargo, ahí está el hecho de que en estas últimas décadas, con una fuerte aceleración en los últimos 5-10 años, las ADR se han convertido en uno de los focos de atención más relevantes en el área de la justicia civil. A escala internacional, las normas que se ocupan de ellas se cuentan por miles (parece que tan sólo en Estados Unidos existen más de 2.500 que hablan de *mediation*) y al respecto se ha ido plasmando una literatura muy amplia cuya enumeración ocuparía docenas de páginas.

Las razones que subyacen a este fenómeno son variadas y no pueden analizarse aquí de forma apropiada; sin embargo, merece la pena detenerse al menos en los principales factores.

Por un lado, entran en juego elementos de carácter cultural. Contrariamente a lo que acontece en los sistemas chino y japonés, donde la filosofía confuciana constituye desde siempre la base de la tradicional predisposición a la mediación, en los ordenamientos occidentales el fundamento cultural de las tendencias favorables a las ADR es mucho más reciente y —desde ciertos puntos de vista— mucho menos sólido. Según los casos y los momentos, incluye aspectos diferentes. Uno de estos es el surgimiento, en Estados Unidos en los años 60 y 70, de una cultura «alternativa» respecto de la cultura jurídica prevaleciente, en la que los métodos conciliatorios y comunitarios de solución de controversias (especialmente las de menor valor, típicas de las clases más pobres de la sociedad) se opusieron al uso de los tribunales como remedios más accesibles y más eficaces. No es casualidad que estas orientaciones, que tuvieron un éxito bastante limitado entre los juristas norteamericanos, nacieran en el marco de la sociología y de la filosofía social. Esta cultura llega a Europa con algunas décadas de retraso (como acontece a menudo) y determina el florecimiento de una verdadera moda a favor de «las alternativas».

Un segundo aspecto, conectado con el primero, procede de la idea de que las técnicas de ADR representan una especie de «justicia

co-existencial» a la que hay que dar prioridad frente a las formas de «justicia conceptual» típica del proceso. Pues, en efecto, tendría la doble ventaja de superar el conflicto en lugar de profundizarlo, como acontece a menudo con el proceso, y la adicional de hacer «justiciables» aquellas controversias que, de otra forma, quedarían irresueltas porque difícilmente se llevarían ante un tribunal. De este modo, se obtendría la tutela de derechos sin acceso a los remedios jurisdiccionales habituales, y las alternativas desempeñarían una función supletoria de la jurisdicción, contribuyendo a que todo el mundo pudiera disponer de alguna forma de solución de las controversias.

Estos aspectos acaban, luego, por entrelazarse, especialmente en años recientes, con las distintas ideologías *neo-privatistas* que se van extendiendo por Europa (y no ya en Estados Unidos donde desempeñan un papel dominante desde hace tiempo). En lo relativo a la solución de las controversias, estas ideologías influyen en el sentido de alimentar e incrementar el rechazo y la desconfianza hacia la justicia del Estado y, por lo tanto, hacia el uso de instrumentos jurisdiccionales sugiriendo, por contra, la oportunidad de valerse de métodos *privados*, en los que se realizaría la libre autonomía de los individuos evitando interferencias de los jueces y los costes y las

disfunciones de la justicia pública. En ocasiones, se estimula el uso de distintas formas de mediación y el arbitraje se presenta como el método ideal para solucionar controversias en el ámbito de la autonomía y de la disponibilidad privada.

Sin embargo, estos elementos de carácter cultural e ideológico no bastan para explicar el fenómeno que nos ocupa. Un factor especialmente importante y, quizá, el más importante de todos en los distintos ordenamientos europeos, es la labor del legislador que, cada vez con mayor frecuencia, interviene reglamentando —y a veces imponiendo— la utilización de distintas formas de mediación y fomentando el uso del arbitraje. En distintos ordenamientos —y desde este punto de vista, el ejemplo de Italia es especialmente significativo— la razón de esta intervención del legislador radica en la crisis profunda de la justicia civil “pública” así como en la incapacidad del mismo legislador para remediarla. En estas situaciones, la opción legislativa por los métodos de ADR no está motivada por razones culturales específicas (si bien las ideologías del nuevo ámbito privado influyen en las orientaciones legislativas) sino por una razón práctica trivial y dramática: ya que la justicia del Estado no funciona, el legislador procura desviar la mayor cantidad posible de controversias fuera de los cauces jurisdiccio-

nales, para así reducir la carga de trabajo de los jueces y permitir que las partes encuentren «alguna» solución a sus problemas. Básicamente, el legislador traslada a los ciudadanos el mensaje siguiente: «puesto que el Estado no está en condiciones de ofrecer una tutela jurisdiccional eficiente de vuestros derechos, recurrid a otros métodos —a la conciliación o al arbitraje— para solucionar vuestras controversias».

De ahí que proliferen las intervenciones legislativas encaminadas a favorecer de todas las maneras posibles una solución conciliatoria de las controversias, a veces haciendo incluso obligatorio el intento de conciliación, o induciendo a las partes a valerse del arbitraje convirtiéndolo en un instrumento apto para producir los mismos efectos que las medidas jurisdiccionales. Desde este punto de vista, puede decirse entonces que el éxito de las ADR es directamente proporcional —es más, es su consecuencia inmediata— a la ineficiencia de la justicia del Estado. Por otra parte, no es casual que dicho éxito sea bastante menor en aquellos ordenamientos —como, por ejemplo, el alemán— donde la justicia civil es accesible a todo el mundo de manera rápida y eficiente, proporcionando una tutela eficaz de los derechos. Desde este punto de vista, la utilización de las ADR no parece de por sí un fenómeno positivo sino, más bien, el reflejo

de otro dramáticamente negativo cual es el mal funcionamiento de la justicia estatal.

De esta forma no se niega que en muchos casos una solución conciliatoria de la controversia sea lo adecuado —si la voluntad unánime de las partes se manifiesta en tal sentido— ni que la utilización del arbitraje pueda a veces ser más ventajosa que el proceso. De hecho, a menudo, existen razones válidas que hacen que las partes prefieran valerse de alguna de las numerosas técnicas de ADR disponibles. Así, por ejemplo, los conflictos familiares se abordan mejor con técnicas de mediación que con procedimientos judiciales y en materia de relaciones comerciales es probable que los beneficios del arbitraje en términos de confidencialidad y de la posibilidad de escoger a los árbitros, compensen los costes más elevados de este instrumento. Lo que hay que destacar es el hecho, especialmente negativo, de que la utilización de las alternativas llegue convertirse en la única opción de las partes para subsanar sus conflictos ante el fracaso de la administración de la justicia “pública”.

2. LOS PROBLEMAS DE *LAS ALTERNATIVAS*

Frente al éxito teórico y legislativo que parece caracterizar el momento presente de

los métodos de ADR, uno no puede dejar de referirse a algunos de los problemas que plantean. Es significativa la circunstancia de que ya en los años 80, mientras que en Europa empezaba a difundirse la moda de las ADR, precisamente en Estados Unidos fueran alzándose voces críticas —sobre todo las de Richard Abel y de Owen Fiss— poniendo de relieve muchas de las limitaciones e inconvenientes que caracterizan, en concreto, a las fórmulas basadas en la mediación.

No cabe aquí hacer un análisis crítico de las distintas modalidades de conciliación, lo que exigiría un estudio completo comparativo. Sin embargo, merece la pena apuntar al menos los problemas principales que surgen al respecto.

La primera dificultad importante concierne, precisamente, a la aptitud de la mediación para tutelar de forma adecuada los derechos implicados en la controversia. En efecto, podría decirse que la mediación es una alternativa válida a la tutela jurisdiccional sólo si es capaz de ofrecer una protección de los derechos básicamente equivalente a la alcanzable mediante el proceso. Por otro lado, es claro que la posibilidad de un resultado positivo de la mediación estriba en que las partes estén dispuestas a llegar a un acuerdo que difícilmente dará toda la razón a la persona

titular de un derecho: el acuerdo siempre supone la renuncia a la reivindicación integral del propio derecho. Mas aún, no es casual que los teóricos de la mediación afirmen que el derecho tiene que «permanecer del otro lado de la puerta» sin interferir de ninguna manera en la mediación, para la que la referencia a la dimensión jurídica de la controversia sería un obstáculo. Dicho de otra forma, la mediación no serviría para tutelar los derechos sino para alcanzar un acuerdo entre intereses no calificados jurídicamente.

No obstante, este modo de pensar introduce una duda radical acerca de la aptitud de la mediación para constituir una alternativa en realidad equivalente a la tutela jurisdiccional. Ciertamente se trata de una técnica para solucionar el conflicto, pero que aún cuando obtenga un resultado positivo, no tutela de forma efectiva los derechos implicados en el mismo. Por lo tanto, es impropio decir que la mediación sirve para «hacer justicia» o que la misma constituye una «justicia alternativa», al menos mientras al término «justicia» se le atribuya una connotación jurídica. Se trata, más bien, de un método encaminado a sanear un conflicto a través de la armonización de los intereses que están en juego.

La segunda dificultad relevante hace referencia al hecho de que, normalmente, la

mediación no es capaz de eliminar o al menos reducir las consecuencias de la desigualdad que puede existir —y que a menudo existe— entre las partes de la controversia. Por lo general, los métodos de mediación no abordan el problema y tampoco es razonable esperar que el mediador actúe en el sentido de proteger a la parte débil de los abusos de la parte más fuerte: de hecho, él tiene que ser neutral si quiere lograr su propio objetivo, que consiste en hacer que las partes alcancen *de todos modos* un acuerdo. Por lo tanto, nada excluye que en el marco de la mediación se llegue a soluciones injustas no sólo porque no se tiene en cuenta la dimensión jurídica de la controversia sino también porque la parte más fuerte siempre será capaz de imponer la solución más ventajosa para ella a la contraparte. Es más, no se puede excluir que la mediación actúe en el sentido de amplificar la desigualdad entre las partes en lugar de remediarla.

La tercera dificultad, relacionada con la segunda, concierne, de manera más general, a la tutela de los sujetos débiles. Históricamente, el legislador ha ido interviniendo para proteger a los sujetos débiles utilizando diversas técnicas normativas, de las cuales la principal consiste en hacer que sus derechos sean *indisponibles*. Como se puede ver claramente en el caso de la tutela del trabajador, el legislador interviene —por decirlo de alguna

forma— protegiendo al sujeto débil «frente a sí mismo», es decir, considerando nulos los actos de disposición de sus derechos, basándose en la suposición que dichos actos no han sido realizados libremente sino impuestos por la contraparte fuerte. Se trata, por lo tanto de situaciones jurídicas «de tutela reforzada» en la vertiente sustancial, con normas cuya aplicación siempre puede invocarse frente al juez. En cambio, la mediación actúa en sentido contrario pues supone que el acuerdo entre las partes se alcanza precisamente porque las mismas *disponen* de sus propios derechos (es más, no los toman ni siquiera en consideración). En la perspectiva de la tutela de los sujetos débiles, no cabe duda de que esto representa un paso atrás importante: de hecho, se tiende a eliminar la protección constituida por la indisponibilidad del derecho y por la posible intervención del juez para tutelarlos. Y se prefiere un método de solución de la controversia que expone al sujeto débil a todas las consecuencias negativas de su debilidad y, en concreto, a la necesidad de aceptar una solución que le impone la parte fuerte. De este modo no se refuerza la posición de la parte débil sino la del sujeto que está en condiciones de aprovechar su propia supremacía económica y social.

La cuarta dificultad suscita una reflexión semejante. Esta dificultad surge a raíz del

movimiento que ha ido cobrando gran importancia e influencia en estos últimos años, a favor de la afirmación y de la protección de los derechos llamados *fundamentales* o *humanos*, tales como la vida, la libertad y la dignidad de la persona. Frente a las frecuentes violaciones de estos derechos, se puede plantear el problema de cuál sea el método mejor para subsanar las controversias que los afecten y, en concreto, si las técnicas de ADR centradas en la mediación pueden emplearse de forma válida. Al respecto, me parece que se puede facilitar una respuesta positiva sólo si se piensa exclusivamente en las posibles consecuencias económicas de la violación de un derecho fundamental. Tratándose de dinero, cabe que el autor de la violación tenga que pagar como indemnización por el daño sufrido por la víctima, cabe también admitir que se llegue a un acuerdo, que tendría para ésta —frente a un procedimiento largo e ineficiente— la ventaja relativa de conseguir, quizá, poco, pero enseguida.

Sin embargo, parece evidente que los derechos fundamentales no pueden reducirse a las consecuencias económicas de su violación: es decir, la esencia de los derechos fundamentales radica en que los mismos no son *traducibles en dinero*. De hecho, es difícil pensar que una violación de los derechos de libertad o del derecho a llevar una vida digna pueda com-

pensarse íntegramente con dinero. De ello deriva, sin embargo, una implicación muy importante, a saber, la inadecuación estructural de toda forma de mediación cuando el objeto del conflicto es la violación de un derecho fundamental y la necesidad de asegurar la tutela de este derecho. A decir verdad, no parece aceptable una negociación que suponga, por ejemplo, la disponibilidad de los derechos de libertad, en la que el titular de éstos pueda ser inducido a aceptar una limitación, o la disponibilidad del derecho a la vida o a la salud en una mediación que suponga la renuncia total o parcial a estos derechos.

Acerca de los métodos de ADR, se plantean muchos otros problemas como, por ejemplo, los relativos, a la imparcialidad de los mediadores y de los árbitros y la corrección de su actitud en el marco de los procedimientos correspondientes. Pero no cabe abordarlos aquí. Las consideraciones anteriores son suficientes para poner de relieve al menos algunas de las cuestiones más importantes que se plantean acerca de los métodos de ADR.

3. LA JURISDICCIÓN COMO ALTERNATIVA

Nos encontramos, por lo tanto, frente a un problema que se cifra en una contradicción esencial: por un lado, existe la tendencia cada

vez más fuerte a proponer y, a menudo, a imponer, la utilización de las técnicas alternativas de solución de controversias, configurándolas, en realidad, como el mejor instrumento o incluso como el único instrumento disponible para abordar los conflictos; por otro lado, se tiene precisa conciencia de los límites intrínsecos que caracterizan a estos instrumentos y que se concretan en su incapacidad para ofrecer siempre al ciudadano una protección efectiva de sus derechos.

Así, bajo esta perspectiva se explica el título dado a estas reflexiones. Si las alternativas no son —o no son siempre— instrumentos adecuados para proporcionar una tutela real de los derechos, será preciso pensar en una «alternativa a las alternativas». Puesto que los métodos de ADR representan alternativas al proceso, es, precisamente, por lo que hay que pensar en el proceso como «alternativa a las alternativas», invirtiendo así la manera habitual de plantear la cuestión. Además, más allá del juego de palabras, con esta formulación se suscita el problema fundamental en el ámbito de la solución de las controversias. Si es cierto, como se ha apuntado anteriormente, que la razón más importante del éxito de las «alternativas» está en la crisis de eficiencia de la justicia pública, entonces sí tiene sentido configurar el proceso como alternativa válida —y eventualmente preferi-

ble— a los métodos de ADR tan sólo si el mismo es capaz de asegurar una tutela efectiva y eficiente de los derechos.

No hay que olvidar tampoco que el procedimiento judicial es, por tradición, estructural e institucionalmente *el* método fundamental para la solución de las controversias. Todos los ordenamientos modernos, al menos en el mundo occidental (aunque las cosas están cambiando en ese sentido también en los ordenamientos asiáticos centrados, por tradición, en sus métodos conciliatorios) se orientan en este sentido: la cuestión compleja de la elaboración y de la aplicación de las garantías constitucionales del procedimiento, desde el acceso a la justicia, al «justo proceso», hasta la obligación de motivar las sentencias, es el testimonio más importante del papel central asignado al proceso jurisdiccional en el sistema de los derechos y de su tutela. Además, no hacen falta sofisticadas argumentaciones para ilustrar lo que la jurisdicción significa en la estructura de las orientaciones modernas y cómo la tutela jurisdiccional es un aspecto imprescindible en la concepción actual de los derechos del ciudadano. Por lo tanto, el problema no es discutir el papel de la jurisdicción y del proceso en el marco de los ordenamientos jurídicos. La posibilidad de que las controversias se resuelvan por los jueces a través de procedimientos reglamentados por la ley y de

resoluciones justas y legítimas constituye la base de todo ordenamiento jurídico actual. Bajo este aspecto, parece ser totalmente lógico que la jurisdicción sea la auténtica «alternativa a las alternativas», más aún, la «vía maestra» para la solución de las controversias.

El problema, como ya se ha apuntado, es otro y concierne a la eficiencia de la jurisdicción y a su efectividad en la tutela de los derechos. Sin embargo, este problema no se soluciona con la actitud de algún que otro legislador que —como el italiano— tiende a dejar que la jurisdicción siga siendo ineficiente, induciendo u obligando a los ciudadanos a lo que con toda propiedad puede definirse como una *huida de la jurisdicción*. El problema se resuelve —en cambio— actuando de tal manera que ésta sea eficiente y que las alternativas no resulten para las partes un camino obligado.

4. EL PROCESO COMO ALTERNATIVA EFICIENTE

La validez de las observaciones que preceden está confirmada por el análisis comparativo de lo acontecido en los últimos años en la mayoría de los ordenamientos procesales en los que se ha intentado —con cierto éxito— introducir reformas capaces de convertir el

procedimiento judicial en el instrumento principal, y el más eficiente, de solución de las controversias. No cabe adentrarse aquí en un análisis comparado de las principales reformas llevadas a cabo en los últimos años, pero parece útil señalar las que han sido las perspectivas más importantes desde el punto de vista de realización de métodos judiciales rápidos y eficaces de solución de las controversias.

Ante todo, destaca la adopción —o el perfeccionamiento donde ya existía— de un modelo procesal apto para funcionar con celeridad. Al respecto, el punto de referencia en la Europa continental (como, por ejemplo, en la *LEC* española) ha sido, en muchos casos, el modelo austro-alemán centrado en un procedimiento bifásico con una fase previa dedicada al examen del pleito y una fase de instrucción que concluye con la sentencia, inspirado en los cánones de la máxima concentración posible, sobre todo en la fase de obtención de pruebas. Se trata de un modelo bien experimentado que ha dado resultados muy positivos en los casos en los que se ha aplicado en Europa. En los sistemas de *common law*, la estructuración del proceso en las fases de *pre-trial* y de *trial* representa el aspecto estructural y tiene muchas ventajas que indicaré.

Por el contrario, es fácil ver que allí donde este patrón no se sigue o no se aplica de forma correcta —como ha acontecido en Italia con las distintas reformas parciales que se han sucedido a partir de los años 90— no se obtienen resultados significativos en términos de mayor rapidez del procedimiento civil. Las causas de las disfunciones de la justicia civil son múltiples y complejas —como pone de relieve claramente, una vez más, el caso italiano— pero no cabe duda de que entre ellas, el modelo de procedimiento que constituye la estructura que sostiene la “máquina” procesal desempeña un papel importante. Ciertamente, puede decirse que no basta con tener un buen modelo procesal para solucionar los problemas de la justicia civil pero es igual de cierto que sin un buen modelo procesal estos problemas nunca podrán solucionarse. Por así decirlo, si se dispone de un tipo de procedimiento que puede ser largo e ineficiente, podrá asegurarse de que en la práctica los procesos serán especialmente largos e ineficientes.

Otro factor de gran importancia es la posibilidad de adaptar el instrumento procesal a las exigencias de cada caso, evitando malgastar recursos cuando, por la naturaleza de la controversia, éstos no sean necesarios, y empleando la totalidad de los instrumentos procesales tan solo cuando la complejidad del

pleito lo requiera. Tamaña finalidad puede perseguirse con distintas estrategias, algunas de las cuales son lógicamente erróneas mientras que otras resultan ser eficaces.

Las estrategias erróneas las ejemplifica el caso italiano, en el que se multiplican —junto al procedimiento “ordinario”— numerosos procedimientos especiales, diferentes unos de otros, que se construyen “por materias» es decir previendo procedimientos distintos para materias distintas (como, por ejemplo: trabajo, familia, derecho societario, etc.). Aparte de las infinitas complicaciones que se derivan de esta proliferación de ritos especiales, el error consiste en no considerar que en cada materia pueda haber controversias simples, para las que sea suficiente un trámite simplificado y rápido, y controversias complejas que, en cambio, necesitan un procedimiento más complejo y estructurado. Se acaba así por emplear el rito ordinario, más formal y largo, también para controversias simples, y por emplear ritos sumarios para controversias que necesitarían instrumentos procesales más complejos y sofisticados.

Un ejemplo reciente especialmente significativo de las estrategias adecuadas son las *Rules of Civil Procedure* inglesas, que entraron en vigor en el año 1999, en las que se prevén tres tipos de procedimientos, denomi-

dados *tracks*, distintos entre sí por estructuración y grado de formalismo. Corresponde al juez escoger cada vez, según los distintos criterios establecidos por la ley, —básicamente en función de la naturaleza y la complejidad de la controversia— el *track* más adecuado en cada caso concreto. De esta forma, se realiza lo que podría denominarse la proporcionalidad entre la complejidad de la controversia y la complejidad del procedimiento utilizado para solventarla, empleando racionalmente los recursos procesales disponibles.

Por otra parte, algo similar existe también en el procedimiento alemán, donde el juez puede orientar el pleito a lo largo de una fase previa oral, simple y rápida, o a través de un examen previo escrito y más complejo, según los problemas que surgen en la controversia en cuestión.

Más allá de estos ejemplos específicos, que son especialmente significativos, el criterio general que hay que seguir es el de que las formas del procedimiento han de configurarse e interpretarse de forma *elástica* y *flexible* para que puedan adaptarse a las exigencias de cada controversia. Aunque este punto necesitaría mayor profundización, parece claro que el *dominus* de esta adaptación del procedimiento a las exigencias de cada caso no puede

ser sino el juez, que debería estar dotado de los poderes necesarios para un efectivo *case management*. No las partes, porque en cada procedimiento siempre hay al menos una parte (es decir: el deudor que sabe que es culpable, sobre todo si es la parte fuerte) al que le interesa que el procedimiento se alargue todo lo posible y tutele de forma ineficiente o no tutele en absoluto el derecho de la otra parte (es decir: el acreedor que lleva razón).

En el ámbito del procedimiento bifásico que se ha señalado anteriormente, el aspecto quizá más importante es el relativo a la fase previa (o de *pre-trial*) sobre todo porque esta fase no sólo sirve para preparar la causa para la fase siguiente y la eventual resolución con sentencia, sino que sirve también —en algunos casos, sobre todo— para solucionar la controversia evitando que el procedimiento se alargue más. También bajo este perfil, el caso paradigmático es el de Inglaterra donde tan sólo un porcentaje muy bajo de controversias (aproximadamente un 2%, y quizá menos), supera la fase previa y llega al *trial* para la obtención de pruebas y hasta que se pronuncia la sentencia. Muy similar es la experiencia norteamericana, pues también en Estados Unidos el número de pleitos que llegan al *trial* es muy limitado. La razón de estos fenómenos es bastante clara si bien, a veces, los instrumentos procesales son técnicamente comple-

jos. Esto se debe a que en la fase previa se producen varias situaciones en las que se induce a las partes a poner fin a la controversia o el proceso se cierra con una medida inmediata. El ejemplo principal de esta última posibilidad es el de las condenas *in default* o de las medidas de *striking out* que siguen inmediatamente a la rebeldía de una parte o al incumplimiento de los términos perentorios dentro los cuales han de desarrollarse determinadas iniciativas procesales.

Sin embargo, son más interesantes otros mecanismos que resultan muy eficaces para provocar un final precoz de las controversias. Uno de estos mecanismos es el *payment into court* del derecho inglés que consiste en la posibilidad de que el deudor demandado deposite en el juzgado la cuantía que considera debe a su acreedor. El actor-acreedor podrá aceptar la cuantía, en cuyo caso el procedimiento se acaba, o bien rechazarla. En el segundo caso el procedimiento prosigue pero si el acreedor llega a obtener con la sentencia una cuantía igual o inferior a la que rechazó, será condenado al pago de las costas aunque en realidad ha vencido en juicio. Se trata, como se puede ver, de una forma peculiar de acuerdo entre las partes, que resulta especialmente eficaz en el sentido de poner fin a numerosas controversias en la fase de *pre-*

trial también en función de las costas elevadas de la justicia civil inglesa.

En Estados Unidos, es sobre todo la *discovery* lo que favorece alcanzar un *settlement* entre las partes en la fase previa del procedimiento. Como es sabido, la *discovery* norteamericana sirve a distintos objetivos, el principal de los cuales es permitir que todas las partes tengan conocimiento de todos los documentos o medios de prueba que están en poder de las otras partes o de terceros y puedan interrogar anticipadamente a todos los testigos susceptibles de ser convocados al *trial*. Además, la *discovery* se admite normalmente con criterios muy amplios y, por lo tanto, permite que las partes (o al menos aquellas que recurren a ella de forma adecuada) valoren correctamente sus posibilidades de victoria y el riesgo al que se enfrentarían de llevar el procedimiento, hasta el *trial* y la sentencia. Este posibilitar una valoración realista de las respectivas *chances* en el transcurso de la fase previa del procedimiento parece ser un factor que influye de forma decisiva en las opciones estratégicas de las partes, favoreciendo la consecución de acuerdos transaccionales.

5. CONEXIONES ENTRE PROCESO Y ALTERNATIVAS

Los ejemplos que se acaban de extraer de la experiencia inglesa y norteamericana demuestran que, en realidad, la alternativa entre el proceso jurisdiccional y los métodos conciliatorios de solución de controversias no es rígida ni absoluta: por el contrario, pueden existir formas de conciliación *en conexión* con el proceso y también *dentro* del proceso.

En el marco de la primera categoría, es especialmente relevante la previsión de un *intento previo* de conciliación que se sitúa en el momento inmediatamente anterior al proceso y que está destinado —en caso de éxito— a evitar la incoación del mismo. Este intento, que puede preverse como facultativo u obligatorio, tiene muchos ejemplos: basta recordar, entre los intentos de conciliación configurados como obligatorios, aquel previsto en Italia para las controversias en materia laboral, y las *statutory grievance procedures*, que han de preceder al comienzo del procedimiento en los *Employment Tribunals* ingleses.

Es bastante común también la posibilidad de un acuerdo conciliatorio en el transcurso del procedimiento. De hecho, en muchos ordenamientos se encomienda al juez la tarea de intentar la conciliación de las partes: si el

intento tiene éxito, el acuerdo entre las partes pone fin al procedimiento y resuelve la controversia.

Sin embargo estos instrumentos tienen un resultado incierto y discontinuo. En concreto, la experiencia de algunos ordenamientos deja ver que el intento de conciliación realizado por el juez, por lo general en la fase inicial del procedimiento, raras veces lleva a resultados positivos. Puede ocurrir —y ocurre con bastante frecuencia— que en el transcurso del mismo, las partes alcancen un acuerdo, por lo general, una transacción extrajudicial a la que el juez permanece ajeno; no se trataría ni siquiera de un método alternativo de solución de la controversia sino de un acuerdo normal de negociación por el que las partes reconsideran sus relaciones.

La combinación entre los métodos alternativos y el procedimiento judicial puede adoptar muchas formas que aquí no es posible analizar detenidamente. Sin embargo, merece la pena señalar una combinación que parece ser interesante por varias razones y que está empezando a utilizarse en distintos ordenamientos —basándose en el patrón ofrecido por la experiencia estadounidense—. Dicha combinación consiste básicamente en prever la posibilidad de que el juez, cuando lo considere oportuno, derive a las partes a un

conciliador (en cuyo caso, se produce una *court-annexed mediation*) o a un árbitro (en cuyo caso se produce una *court-annexed arbitration*). En el primer caso, si las partes alcanzan un acuerdo, el proceso termina, mientras que si no lo alcanzan volverán al juez para seguir adelante con el proceso. En el segundo caso, las partes pueden aceptar la resolución del árbitro poniendo fin al proceso, o bien rechazarla, en cuyo caso éste sigue adelante. En ambas situaciones, se pueden establecer consecuencias negativas —por lo general, en términos de costas procesales— a cargo de la parte que haya rechazado una resolución del litigio —conciliatoria o arbitral— que luego resultará ser más favorable para ella que la que establezca el juez al finalizar el procedimiento.

La característica fundamental de estas instituciones consiste en que su utilización no depende de la voluntad de las partes, sino de la resolución que el juez adopta tras valorar la naturaleza de la controversia y la oportunidad de experimentar métodos de solución alternativos a la prosecución del procedimiento y la sentencia. Naturalmente, la voluntad de las partes es decisiva en lo relativo a la aceptación de los resultados a los que conducen estos métodos o a la necesidad que el proceso siga adelante, sin embargo, es importante el hecho de que le corresponda al juez resolver

acerca de la oportunidad de intentar las vías alternativas, lo que permite evitar pérdidas de tiempo en tentativas que desde el comienzo parecen estar abocadas al fracaso y adaptar el uso de métodos alternativos a la situación específica de cada caso. Sin embargo, dichos métodos tienen otras ventajas que hay que destacar aunque sea brevemente.

En primer lugar, los mismos se aplican bajo el control del juez y en órganos —de conciliación o de arbitraje— que él mismo indica. También puede tratarse de órganos públicos o de servicios dispuestos al efecto. Según el modelo de la así llamada *multi-door court*, estos servicios podrían también crearse en los tribunales y bajo el control de unas autoridades *ad hoc*. De este modo, puede garantizarse la seriedad y la imparcialidad de los conciliadores y árbitros, y su preparación profesional, además de su capacidad para tratar a las partes de forma correcta y equitativa.

Otro aspecto positivo consiste en el hecho de que cuando la controversia va encaminada hacia una *court-annexed mediation* o una *court-annexed arbitration*, ya ha adquirido un planteamiento jurídico. No sólo las partes han precisado sus posiciones y sus pretensiones, sino que el juez ha dado una configuración jurídica a la controversia. Dicho de otra

forma, ya se ha definido el cuadro normativo en el que deberá situarse la resolución conciliatoria o arbitral. Por lo tanto, la dimensión jurídica no sólo no permanece «del otro lado de la puerta» sino que constituye el punto de referencia que tanto los conciliadores como los árbitros deberán tener en cuenta.

Además, la *court-annexed mediation* tiene la ventaja de evitar que el juez se comprometa en una tarea —la de mediador— para la que no está preparado y que le coloca en una situación difícil. De hecho, si el juez es activo a la hora de inducir a las partes a alcanzar un acuerdo, corre el riesgo de inclinarse a favor de una o de otra parte o de «anticipar el juicio» de manera impropia, mientras que, si permanece pasivo, el resultado del intento de conciliación será, con toda probabilidad, negativo. En cambio, derivar a las partes a un mediador ajeno le permite a éste desarrollar plenamente un papel efectivo de conciliación favoreciendo, por lo tanto, el logro de un acuerdo entre aquéllas.

6. CONCLUSIONES

De las consideraciones anteriores se pueden extraer algunas conclusiones sintéticas.

La principal es que la jurisdicción sigue siendo la «vía maestra» para la resolución de

las controversias. Es más, en muchos casos, es decir, cuando se trata de derechos indisponibles y, en concreto, de derechos fundamentales, la jurisdicción representa *el único* instrumento admisible para la solución de las controversias.

Naturalmente, es preciso que la jurisdicción se ejerza a través de procedimientos accesibles a todo el mundo, que sean, sobre todo, rápidos y eficientes a la hora de tutelar los derechos de los ciudadanos. Si estas condiciones no se dan —como, por ejemplo, sigue ocurriendo en Italia— la solución no puede consistir en inducir u obligar a los ciudadanos a que utilicen métodos alternativos para conseguir *alguna* solución de sus controversias, quizá a través de la aceptación forzada de acuerdos no equitativos impuestos por la parte más fuerte. La única respuesta aceptable a los problemas de ineficiencia de la justicia consiste en una reforma profunda y radical de la justicia civil y de la organización judicial. Además, la historia de las reformas procesales recientes, tanto en España como en Alemania o en Inglaterra, demuestra que esto es posible, es decir que unas reformas adecuadas pueden efectivamente reducir los plazos de la justicia civil garantizando así a los ciudadanos una tutela efectiva de sus derechos.

La existencia de una justicia pública accesible y eficiente es, además, la condición necesaria para que se plantee de forma correcta el problema de los métodos alternativos de solución de las controversias. En efecto, debe colocarse a las partes en posición de elegir, según sus preferencias, entre distintas técnicas de solución de las controversias, entre las que tiene que existir una relación de equivalencia funcional. Esto significa que las distintas alternativas posibles, incluso la jurisdiccional, han de tener el mismo nivel de eficiencia. Por lo tanto, es preciso que los legisladores garanticen la eficiencia y la accesibilidad de la justicia pública: sólo si se da esta condición, será legítimo permitir que las partes escojan otros métodos para la solución de sus controversias. En cambio, si la justicia pública no es accesible y no es eficiente, esto no sólo supone una violación gravísima de las garantías constitucionales sino que transforma las alternativas en remedios necesarios e inevitables y, por lo tanto, ya no serían objeto de una elección libre y discrecional de las partes.

Otra conclusión relevante es que entre la jurisdicción y las ADR no existe, según se ha demostrado, una alternativa radical. Al contrario, hay varias maneras de utilizar las técnicas de mediación y de arbitraje también dentro del proceso, en aquellos casos en los

que estas técnicas pueden resultar más funcionales, con vista a la solución de la controversia, que el desarrollo completo del proceso destinado a terminar con una sentencia. Una utilización inteligente de estas técnicas puede contribuir, por un lado, a aligerar la carga de trabajo del juez y a favorecer el logro rápido de soluciones aceptadas por las partes y, por otro, permite que la voluntad de las partes se manifieste en un contexto reglamentado por la Ley y controlado por el juez.

Por consiguiente, es evidente que el problema de las técnicas de solución de las controversias no puede plantearse a través de las simplificaciones habituales de tipo «o proceso o mediación» u «o proceso o arbitraje» donde la premisa implícita —pero que no es difícil de explicitar— es que el proceso debería ser abandonado a su destino y que las partes actúen por sí mismas —en el marco del llamado ámbito privado— para solucionar sus conflictos. Al contrario: dado que la jurisdicción sigue siendo la primera alternativa además de la principal, las técnicas de mediación y arbitraje pueden emplearse *en el contexto* de la jurisdicción. En esta dirección, hay un amplio espacio para soluciones nuevas que permitan de verdad a los ciudadanos solucionar sus controversias de manera equitativa, legítima y eficiente.

FINALIDAD DEL PROCESO Y ALTERNATIVAS AL MISMO.

Alfonso CANDAU PÉREZ.

INTRODUCCIÓN

Aunque la estructura de estas jornadas prevé una llamada contraponencia, desde luego que esta intervención no va a contraponerse a la que acabamos de escuchar. Subjetivamente, porque las características académicas de las personas que las exponen no son comparables, ni objetivamente, por cuanto anticipo mi acuerdo en lo fundamental con las conclusiones expuestas. Mi propósito, por tanto, va dirigido a yuxtaponer algunas ideas a las ya escuchadas, con la finalidad de provocar la discusión jurídica, pues éste es el objetivo esencial de un coloquio; por lo mismo, me propongo ser sumamente breve y limitarme a sugerir cuestiones sobre las que podamos pensar juntos posteriormente.

Creo que en lo esencial, podemos compendiar lo tratado hoy por el Profesor Taruffo, y corrijaseme si me equivoco, en los tres siguientes puntos:

Primero.- El fenómeno más relevante de los últimos tiempos es que los métodos alternativos de resolución de controversias (ADR, *Alternative Dispute Resolution*), en adelante *alternativas*, no constituyen una vía residual, ni desde el punto de vista estadístico, ni desde la perspectiva conceptual, sino que se pretenden principales, debido a factores culturales procedentes, sobre todo, en su perfil más característico, de los Estados Unidos de América, a la idea de otorgar a la jurisdicción un papel subsidiario y la actividad del legislador (así, el legislador italiano). Lo que se cuestiona no es la existencia en sí de estos métodos sino su carácter impuesto, exclusivo o, al menos, preponderante (*vía maestra*).

Segundo.- Señala el Prof. Taruffo los siguientes problemas de las alternativas:

- a) El derecho debe quedarse a la puerta.
- b) No son capaces de reducir la desigualdad entre las partes.
- c) No son aptas para tutelar a la parte más débil.
- d) Encuentra dificultades respecto a los procesos basados en la violación de los derechos fundamentales.

e) Surgen problemas en relación con la imparcialidad de los mediadores y los árbitros y la corrección de los procedimientos respectivos.

Tercero.- Frente a todo ello, propone Taruffo como alternativa a las alternativas la jurisdicción misma: configurar un modelo procesal apto para desarrollarse de manera suficientemente rápida. No con estrategias equivocadas como las de los procesos especiales, sino mediante un proceso flexible, equivalente funcionalmente en cuanto a su eficiencia, a cualquier alternativa posible al proceso, que, en todo caso, han de ser libremente aceptadas por las partes y no impuestas.

Por lo demás, las técnicas de mediación y arbitraje pueden también darse dentro del proceso, con la aquiescencia de las partes, en un contexto regulado por la ley y controlado por el Juez.

1. La imposición de *alternativas* al proceso

Correlativamente, comenzaré apostillando el primero de los puntos expuestos por Taruffo. Las alternativas se pretenden tales frente al proceso en la idea aceptada de que el fin del proceso es resolver las controversias, y de ahí

la propia denominación de estos métodos que ahora contemplamos. Pues bien, en primer lugar, me propongo negar que la finalidad, si no única, sí al menos principal, del proceso y de la entera potestad jurisdiccional sea la eliminación de los conflictos o controversias *inter partes*, cualquiera que éstas sean. Se produce una desconexión entre la función social del proceso y sus necesarias conexiones epistemológicas y éticas, en el sentido de que el proceso —según me dispongo a mantener— debe procurar o tender hacia decisiones verdaderas y justas¹.

Esquemáticamente, puede afirmarse que a esta conclusión se llega en primer lugar, mediante la afirmación de la autonomía del proceso; en segundo término, mediante la depuración del mismo de aquellos fines que no lo son esencialmente o que solamente de forma secundaria pueden tomarse en consideración; y, en fin, mediante una correcta consideración teleológica de la actividad jurisdiccional en el proceso.

¹ Oscurecidamente en otros órdenes jurídicos, parece sin embargo difícil de cuestionar p. ej. en el proceso penal. Vid. muy señaladamente en la dogmática alemana: Krauß, Detlef, *Der Prinzip der materiellen Wahrheit im Strafprozeß*; en Jäger, Herbert (edit.): *Kriminologie im Strafprozeß. Zur Bedeutung psychologischer, soziologischer und kriminologischer Erkenntnisse für die Strafrechtpraxis*. Frankfurt am Main, 1980. Pp. 65-91.

1. La autonomía de *lo procesal*

a) Acción y derecho

Aunque creo que esta es una cuestión absolutamente superada hoy en la doctrina procesalista y en la literatura jurídica general, es lo cierto que en las discusiones legislativas y en la práctica forense se sigue operando en ocasiones ‘como si’ (‘als ob’) se produjera una identificación sustancial entre el proceso y la controversia que le sirve de base.

La explicación de esta equívoca equiparación se encuentra, una vez más, en la Historia del Derecho. Como puso de relieve Calmandrei², respecto a las doctrinas sobre la acción ocurre lo mismo que a las de las mil y una noches, que, además de ser tantas, son todas maravillosas. En el Derecho Romano, como sistema de acciones que era, acción es el medio proporcionado al ciudadano para repetir del Estado la defensa del propio derecho desconocido³. Así, en el conocido texto de Celso y las *Institutiones* de Justiniano: “*Supersesit, ut de actionibus loquamur. Actio nihil aliud est quam ius persequendi iudicio*

² *Studi sul processo civile*. Padua, 1947. Citado por Peláez del Rosal.

³ Bonfante, P. *Institutiones de Derecho Romano*. 5ª Ed. española, Ed. Reus, 1979. Pág. 110

quod sibi debetur”⁴. Hoy en día, no obstante, parece haberse conseguido cierto acuerdo entre los romanistas, en el sentido de construir sobre los textos romanos, las categorías de *actio*, *petitio* y *persecutio*⁵. Pero, en todo caso, se mantiene el carácter predominante de la acción sobre el derecho; en este sentido, escribió Arias Ramos⁶ que “...por algunos tratadistas se ha llegado a sostener una inversión de los términos, entendiendo que las acciones no presuponen los derechos sustantivos sino que son las condiciones necesarias de éstos; la *actio* no es el reflejo del *ius*, sino que éste es la sombra de aquélla. El derecho sólo será tal derecho a través de aquella protección procesal, la *actio* es el *prius*; el derecho, el *posterius*; aquélla, la procreadora, éste el procreado”.

Éste es el sentido propio del derecho procesal romano de la época clásica: una facultad

⁴ Institutiones, IV, VI *De actionibus*.

⁵ Así, p.ej. Fuenteseca, en el Anuario de Historia del Derecho XL (1970), 139. También en *Investigaciones de Derecho Procesal Romano*. Salamanca, 1969, pág. 93.

⁶ Derecho Romano I. Ed. Revista de Derecho Privado. 13^a Ed. revisada por J.A. Arias Bonet. Madrid, 1974. Pág. 154. El mismo Arias refuerza esta posición con la cita de Binder: *Prozeß und Recht. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch*. Leipzig, 1927. Leipzig, 1927. Y Biondi, *Diritto e proceso nella legislazione giustiniana*. En *Conferenze per il XIV centenario delle Pandette*, 1921. pp 131 y ss.

de Derecho privado que se orienta frente al deudor perseguido. Aunque ya en el Derecho justinianeo comienzan a advertirse los perfiles iuspublicistas de la acción —se reclama del Estado protección frente al derecho violado o desconocido—, lo cierto es que en lo fundamental se sigue manteniendo la identificación sustancial entre acción y derecho subjetivo.

b) La autonomía de la acción frente al derecho

La ruptura de este hábito mental no se produce sino hasta mediados del s. XIX, solíéndose fijar como punto de partida la publicación en 1856 del trabajo de Winscheid⁷ sobre la contemplación desde el punto de vista actual de la *actio* del Derecho Romano. Frente a la antedicha noción romana en la que eran las acciones las que dan vida a los derechos subjetivos, postuló el pandectista por excelencia que son los derechos los que vivifican las acciones, y elaboró el concepto “jurídico-material” de *pretensión (Anspruch)*. Es bien cierto —y bien conocido— que la nueva doctrina de Winscheid polemizó con la concepción de Muther sobre la evolución de la acción

⁷ Winscheid, Bernard, *Die Actio des römischen Recht vom Standpunkte des heutigen Rechts*. Düsseldorf, 1856.

en Derecho Romano⁸ y marcó el acento sobre el aspecto de la acción como dirigida al Estado para recabar su tutela jurídica. Como quiera que la exposición de la polémica al respecto entre Winscheid y Muther, sobre ser un lugar común de la historia de la ciencia procesal, excede con mucho de los modestos márgenes del presente trabajo, podemos prescindir de su desarrollo y acudir directamente al desenlace de la misma: el derecho de acción no se identifica con el derecho subjetivo que pretende actuar; el derecho de acción es de naturaleza pública (frente al Estado); derecho de acción y derecho subjetivo tienen sujetos, contenidos y efectos distintos.

c) La autonomía de la relación jurídico-procesal

Sin desconocer otras concepciones del proceso, como, sobre todo, la particular concepción de Goldschmidt del proceso como *situación* jurídica⁹, todos los que nos hemos formado en el *Derecho Procesal* de Gómez Orbaneja hemos interiorizado su tratamiento del proceso como *relación* jurídica. Don Emilio enseñó que¹⁰ “el descubrimiento moderno o, al me-

⁸ Muther, Theodor, *Zur Lehre der römischen Actio dem heutigen Klagrecht*. 1857.

⁹ Goldschmidt, James, *Der Prozeß als Rechtslage*, 1925.

nos, lo que modernamente ha sido entendido y aprovechado en sus últimas consecuencias, es que el proceso, independientemente de la relación jurídica de Derecho privado que constituye su objeto es, en sí mismo, otra relación jurídica. Tal idea figuraba ya explícitamente en la *Filosofía del Derecho* de Hegel. Su formulación sistemática se debe al procesalista alemán Bülow”. Efectivamente, Bülow, en su conocida obra de 1868 sobre excepciones procesales¹¹, introduce ya decididamente la idea de que el proceso es una relación jurídico-pública, son sujetos (jueza partes) y objeto (la prestación jurisdiccional) distintos de la relación jurídico-privada diríamos “material”. Un paso más en esta dirección se da con Kohler¹² quien, como pone de relieve De la Oliva¹³, no ya solamente *trata* al

¹⁰ Gómez Orbaneja, E. *Derecho Procesal Civil*. Volumen I. 8ª Ed. Madrid, 1979, pág. 6

¹¹ Von Bülow, Oskar, *Die Lehre von der Prozesseinreden* (Giessen, 1868; pero hay reimpresión: Aalen, 1969; y traducción española de Rosas Lichtstein: Buenos Aires, 1964, bajo el título de *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*).

¹² Kohler, Josef, *Der Prozeß als Rechtsverhältnis. Prolegomena zu einem System des Zivilprozeß*. Mannheim, 1878. Nuevamente en 1969. En diálogo con Hellwig, como excelente conocedor de su obra, De la Oliva, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la Administración de Justicia: derechos básicos*. Barcelona, 1980.

¹³ *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2000. Pág.

proceso *como* relación jurídica, sino que afirma rotundamente que el proceso *es* una relación jurídica. Hellwig, en fin, matiza las anteriores consideraciones en el sentido de que deben considerarse no únicamente los deberes del juez frente al Estado, sino también los deberes del juez frente a las partes¹⁴.

En todo caso, del excurso histórico-dogmático que, toscamente, acabo de exponer creo que resulta al menos indiscutible la afirmación que me interesa utilizar: el principio de la autonomía del proceso. Ello nos permite entrar ya en el *reino de los fines*, discriminando, primero negativamente, los que *no* son fines del proceso, para concluir, positivamente, proponiendo cuáles sean estos fines.

2. Finalidades erróneamente asignadas al proceso

Como afirmaba en la doctrina española don Emilio Gómez Orbaneja, no es fin del proceso:

25. Contiene un buen resumen —crítico— de la construcción del proceso como relación jurídica, deteniéndose en Bülow, Kohler y Hellwig.

¹⁴ Hellwig, Konrad, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozeß*. 3 vols. Leipzig (1903-1907).

a) Crear derecho objetivo

Para el empeño que nos ocupa, ésta debe ser la primera de las finalidades descartadas.

No se trata de adoptar aquí la posición de un *legalismo ingenuo*, ni de resucitar periclitadas doctrinas sobre la naturaleza silogística de la actividad judicial. Baste con sentar que, concediendo que el proceso puede conformar el Derecho, no es éste su fin principal. Ni la teoría pura de Kelsen¹⁵, ni el *legal realism* estadounidense¹⁶, ni las aporta-

¹⁵ La posición de Kelsen es más matizada de lo que en algunos casos suele afirmarse. Puede leerse, por ejemplo: “El análisis de la estructura jerárquica del orden jurídico muestra que la oposición entre la creación del Derecho y su ejecución o aplicación no tiene el carácter absoluto ni la importancia que la ciencia jurídica tradicional le atribuye”. Kelsen. H. *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Viena, 1934. Pág. 47.

¹⁶ Tras las huellas de Oliver W. Holmes y su famosa conferencia con motivo de la inauguración de nueva aula en la Facultad de Derecho de la Universidad de Boston (1878), publicada después en la revista jurídica de Harvard, *The Path of the Law*. Merece especial cita Llewellyn, escéptico acerca de que lo más importante en la decisión de los tribunales sea la aplicación de la ley: Llewellyn, Karl N. *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*. Chicago, 1962. También suele traerse a colación, en este contexto, la idea de Frank de que en la final resolución judicial, junto a otros factores, concurren decisivamente vectores psicológicos. Vid. su primera obra —Nueva York, 1930— Frank, Jerome, *Law and the Modern Mind*.

ciones de Olivecrona o Ross¹⁷, ni las diversas construcciones del Derecho libre¹⁸ pueden abolir esta consideración. Tampoco del descriptivismo de la *Systemtheorie* podrá surgir un obstáculo insalvable para nuestra tesis (negativa)¹⁹. Particularmente, en el seno de esta Fundación Coloquio Jurídico Europeo han tenido cabida pensadores y sesiones que, desde diversas perspectivas, han abordado problemas afines a éste²⁰.

¹⁷ Olivecrona, *Karl, Law as fact*, Copenhague, 1939, con traducción española *El Derecho como hecho*, Buenos Aires, 1959, quien, para Liborio Hierro, lleva a cabo el primer intento de construir una teoría del Derecho bajo un punto de vista empirista. Abreviadamente, para Ross, el Derecho vigente es el conjunto de reglas de conducta (directivas) que son efectivamente vividas por los juzgadores como socialmente obligatorias. Ross, Alf, *On Law and Justice*, Londres, 1958; traducción española *Sobre el Derecho y la justicia*, Buenos Aires, 1994.

¹⁸ Dos trabajos de Ruíz Miguel, A. *Creación y aplicación judicial del derecho*, en Anuario de Filosofía del Derecho, n° 1, 1984 pp. 7 y ss. *Sobre la creación judicial del Derecho*, en Poder Judicial, 16, septiembre 1985, pp. 47 y ss.

¹⁹ Luhmann, Niklas, *Legitimation durch Verfahren*. Luchterhand, 1969. Muy claramente en su idea de que la función, no ya del proceso, sino del sistema democrático en su conjunto sea la eliminación (sustitución) del permanente debate-conflicto de los ciudadanos “pensantes” por una *escenificación* del debate. En definitiva, se trata de una función de eliminación de conflictos.

²⁰ Alfonso Ruíz Miguel se ocupó, van a cumplirse treinta años, de la crisis del positivismo jurídico de la postguerra italiana en el estudio preliminar a su traduc-

Condensadamente, podemos concluir, con Ferrajoli, que “la sujeción del juez a la ley ya

ción de Bobbio; *Contribución a la Teoría del Derecho*. Fernando Torres Ed. Valencia, 1980. Pp. 36 y ss. En las pp. 367/381 expone Bobbio su *Función promocional del Derecho*. Da cuenta Ruíz Miguel de la propuesta del *uso alternativo del Derecho*, y de cómo toma cuerpo a raíz de un encuentro celebrado en Catania, cuyo desarrollo se recoge en *L'uso alternativo del diritto*, 2 vols. A cargo de Pietro Barcellona, Bari, Laterza, 1973. Precisamente Perfecto Andrés, quien ha intervenido en la sesión anterior, divulgó entre nosotros y aportó nuevos materiales, junto con N.M López Calera y M. Saavedra, a diversos aspectos de esta dirección en los años setenta (*Sobre el uso alternativo del Derecho*. Fernando Torres Ed. Valencia, 1978). Durante los días 8 y 9 de noviembre de 2004, en esta misma Fundación se celebró un seminario sobre *La Teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy* cuyos trabajos se publicaron posteriormente (2007) bajo la rúbrica *Derechos sociales y ponderación*. Que existe una “ponderación” en la aplicación de la norma (en este caso la aplicación de normas relativas a derechos fundamentales) lo pone de manifiesto el propio Alexy en su compleja (y matematizada) “fórmula del peso”, al tratar de la proporcionalidad en sentido estricto (pp. 58 y ss.), si bien los aspectos de la cuestión se perciben más fácilmente con el ejemplo que cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal en el ‘Caso Titanic’ (BVerfGE 86 [1992], 1.) F.J. Bastida, al cuestionar el carácter fundamental de los derechos sociales afirma la posibilidad (pág. 148) de que estos últimos adquieran carácter fundamental “por vía jurisprudencial”. E. Garzón Valdés reputa falsa (pág. 157) la idea de que le está vedado al Poder Judicial, por ser labor eminentemente política, orientar su actividad hacia el establecimiento de una sociedad económicamente homogénea. Liborio Hie-ro refuta que los derechos económico-sociales no sean “justiciables” (pp. 194 y ss.); a él se debe, por lo demás,

no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución”²¹.

el trabajo clásico, entre nosotros, sobre *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del Derecho* (Valencia, 1981). Al principio de proporcionalidad en la construcción de Alexy (adecuación, necesidad y estricta proporcionalidad) como núcleo de la ponderación juxtapone J.J. Moreso otro modelo en el que la ponderación es previa a la subsunción (pp. 235 y ss). Literalmente ha sostenido J.A. García Amado (pág. 260) “...en los casos de ponderación, lo decisivo es la interpretación previa de las normas concurrentes y que la operación ponderativa es sólo el tramo final y más irrelevante”. Que la tarea judicial no es mecánica se pone de relieve cuando A. García Figueroa, al tratar de diferenciar entre reglas y principios en el Estado constitucional, analizando el *mandato de optimización (Optimierungsgebot)* de Alexy, lo aplica a un ejemplo/caso concreto (pp. 348 y ss.): piensa en el juez que, tratando de optimizar el derecho constitucional a una vivienda digna, se enfrenta con determinados preceptos del Código Civil. Celestino Pardo estima (pág. 372) que el modelo de sustitución del orden jurídico de derechos por otro de decisiones o sentencias no es aplicable a nuestra Constitución: no se toma en serio la sujeción de todos los poderes públicos a las libertades y derechos fundamentales; en definitiva: sustituye “vinculación por ponderación”.

²¹ *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Ed. Trotta, pág. 27.

b) Producir derechos subjetivos

Valga citar, por todos, un texto tan anticuado como *resistente* al paso del tiempo: “El supuesto de hecho del cual el ordenamiento jurídico deriva la adquisición de un derecho puede ser un acto humano (siempre un negocio jurídico) o un hecho exterior (por ejemplo, la muerte²²”. En particular en el ámbito civil, los derechos tienen vida, y así sucederá habitualmente, completamente al margen del proceso. Dista de ser claro que el Derecho Romano concibiese la fase inicial del proceso como un contrato productor de obligaciones²³; en todo caso, dicha concepción no se

²² Eneccerus, Ludwig. *Derecho Civil (Parte General II)*. Cito por la edición española (trad. Pérez González y Alguer): Bosch, Barcelona, 1935. Pág. 5.

²³ Muchas veces, la consideración del Derecho Romano es inoportuna cuando se le toma como un todo unitario, sin tener en cuenta su evolución a lo largo de los siglos. Cuando menos, a los efectos que hoy llamaríamos “procesales” convendría distinguir tres grandes períodos. En el primero de ellos —basado en el sistema de las *legis actiones*— la *litis contestatio* se configura en las XII tablas como el momento en que comparecen los testigos encargados de deponer acerca de cómo quedó planteado el proceso (cuál es la pretensión del demandante). Ello se producía cuando no había pacto sobre la cosa litigiosa y se debía exponer sumariamente la causa en el comicio o en el foro antes del mediodía. Cuando se realizaba la exposición, ambas partes debían estar presentes. Tabla I: “1. *Ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem causam coiciunto. Com peroranto ambo praesentes* (Rh.

sustenta desde hace siglos. Otro tanto cabe decir de la concepción del proceso como cuasi contrato²⁴.

Ad. Her. 2.13.20; Gell. 17.2.10). En la segunda fase, procedimiento *per formulam*, son ya las propias partes las que concretan la fórmula, sin necesidad de testigos. Finalmente, en el procedimiento de la *cognitio extra ordinem*, la fijación de la litis por las partes adquiere un carácter inalterable, extinguiendo la obligación reclamada y sustituyéndolo —con efectos novatorios— por la expuesta ante el juez. En este último estadio se atenúa extremadamente el carácter arbitral del primitivo proceso romano, pues se sustancia en su totalidad ante el magistrado como funcionario del Estado: “*Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum, nam tunc obligatio quidem principalis dissoluitur, incipit autem teneri reus litis contestatione.*” (Gayo, 3, 180).

²⁴ “Desaparecidas las condiciones que hacían posible la consideración del proceso como contrato, el paso siguiente no consistió, como era lógico, en ir a una concepción publicista del proceso. El peso de la tradición privatista era tan fuerte que la doctrina mantuvo la *litis contestatio* como piedra angular (*lapis angularis totius iudicii*), aunque ahora considerándola cuasi contrato. El demandado quedaba sujeto al proceso, no ya porque celebrara un contrato, sino por la voluntad unilateral del demandante; a esta voluntad la ley atribuía el poder de sujetar al demandado al proceso [...] Lo curioso del caso es que hasta muy recientemente la jurisprudencia, relativa al momento determinador de la iniciación del proceso civil, todavía hace referencia al cuasi contrato de *litis contestatio*, y que no faltan alusiones al mismo en los escritos forenses, lo que demuestra el retraso en que viven algunos sectores...” Montero Aroca, J. *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*. 10ª Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000. Pp. 283-284.

La consecuencia lógica fluye naturalmente, pues, como señalaba el mismo Gómez Orbaneja, “se incide en error cuando se define el proceso civil como la actividad o procedimiento conducente a la realización de los derechos subjetivos privados, o incluso cuando —teniendo en cuenta que la «pretensión» que pone en movimiento a la función jurisdiccional no ha de basarse por necesidad en la lesión de un derecho subjetivo— se le define como la actividad que tiende a la actuación de una pretensión fundada. El fin del proceso no es el de la demanda. Esta determina el objeto, pero no el fin del proceso, el cual tanto se da cuando, siendo la pretensión fundada, la sentencia la actúa como cuando, siendo infundada, la desestima. También en esta segunda hipótesis, e idénticamente, hay «actuación» de la voluntad (negativa) de la ley”²⁵.

3. Consideración teleológica del proceso

El fin del proceso civil es “la conservación y *actuación* del ordenamiento jurídico privado”²⁶. O “el instrumento por medio del que los órganos jurisdiccionales del Estado cumplen la función de *actuar* al derecho objetivo

²⁵ Op. Cit. Pág. 3.

²⁶ Gómez Orbaneja, Op. Cit. Pág. 5.

en el caso concreto”²⁷. Para Goldschmidt, “El proceso civil es un procedimiento, un camino concebido, desde la Edad Media, para la *aplicación* del Derecho²⁸” (en todos los casos, las cursivas son nuestras). Las citas podrían multiplicarse.

Siguiendo a Gómez Orbaneja²⁹, esta finalidad se logra por tres medios: declaración, ejecución y aseguramiento de relaciones jurídicas y de derechos subjetivos. De aquí ya resulta que las alternativas no son —no pueden ser siempre— alternativas al proceso. El mismo orden de enunciación se corresponde con la evolución histórica, puesto que inicialmente, como vimos al examinar el Derecho Romano, el aspecto declarativo de la obligación predomina sobre los demás. Hablamos de proceso de declaración en un sentido amplio, comprensivo de lo que, convencionalmente, se suelen llamar acciones declarativas puras, constitutivas y de condena.

Es igualmente potestad jurisdiccional —a desarrollar, por lo tanto en el proceso— “hacer ejecutar lo juzgado³⁰” (art 117 Constitu-

²⁷ Montero Aroca, J. Op. Cit. Pág. 294.

²⁸ *Derecho Procesal Civil*. Trad. Española de L. Prieto Castro y N. Alcalá-Zamora. Barcelona, 1936. Pág. 1.

²⁹ Op. Cit. pp. 5-6.

ción Española). En el proceso civil, bien mediante el cumplimiento voluntario, bien mediante la ejecución forzosa. En el proceso penal mediante la ejecución de oficio.

“Un proceso de facilitación puede tener por finalidad remover los obstáculos que acaso se opongan a la eficacia de otro proceso principal, esto es, tratar de proteger los efectos que en ese proceso principal, acaso puedan obtenerse: ésta es la tercera y última categoría [...] Puesto que se trata de proteger la eficacia de una resolución judicial, tutelando o garantizando la viabilidad práctica en el futuro, se comprende que se hable de esta última e importante categoría de procesos de facilitación como de un *proceso cautelar*, de *aseguramiento*, o *preventivo*.³¹”

³⁰ “A su vez, puede ocurrir que el proceso sirva indirectamente a la ejecución sin declaración judicial previa del derecho realizado (proceso puramente ejecutivo). Tenemos entonces ejecución sin declaración”. Gómez Orbaneja: Op. Cit. pp. 5-6.

³¹ Guasp, J. *Derecho Procesal Civil*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1956. Pág. 1350. Y añade: “La idea esencial que caracteriza a esta clase de procesos, es la de intentar que no se disipe la eficacia de una eventual resolución judicial, todavía no obtenida, y, por tanto, la de adoptar precauciones, cautelas o aseguramientos, frente a la posible ineficacia de la misma. Como existe una inevitable dilación temporal entre el nacimiento de un proceso y el logro de la decisión que le pone término, y a la que van vinculados sus efectos

Quiero pedirles disculpas por la exposición de estas trivialidades, que en ocasiones damos por presupuestas, pero estimo que en gran parte, la cuestión de las alternativas al proceso surge por el olvido de estos fundamentos.

Cosa juzgada. *Res inter alios acta*

Íntimamente relacionada con lo anterior se encuentra la circunstancia de que las alternativas al proceso o, al menos, su justificación teórica descansa sobre la base de ciertos prenotados. Uno de ellos es que cualquier controversia es susceptible de una solución concordada entre ambas partes. Silvestri³², se ha referido en este punto al rechazo de la *cultura de la decisión* en beneficio de la que podría definirse como *cultura del compromiso*, esto es, el impulso hacia la deregulación. No obstante, como ya quedó apuntado, eliminar el conflicto entre las partes no es el objetivo o fin único del proceso. Y es que en todo ello está latente la solución liberal “más

fundamentales, ese constante *periculum in mora*, que semejante dilación supone, quiere ser eliminado a través de medidas judiciales...”

³² Silvestri, Elisabetta. El trabajo, inicialmente publicado en la *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 1/1999, puede encontrarse, en traducción de Perfecto Andrés, en *Jueces para la Democracia. Información y debate*. 37, marzo/2000, pp. 47 y ss.

privado, menos Estado” aplicable a la resolución de conflictos. Por supuesto que tal solución es posible, pero su principio inspirador no debe quedar escamoteado.

No obstante, la presuposición implícita que me parece mas importante y que late bajo todas las propuestas de *alternativas* al proceso, es la que podría resumirse en el siguiente silogismo: las partes tienen la disposición de su derecho; es así que las partes tienen un conflicto; luego las partes tienen la disposición de su conflicto. Para los demás ciudadanos, para el resto de la comunidad jurídica, el producto resultante de tales *alternativas* al proceso sería *res inter alios acta*, que, como es sabido “nec nocet nec prodest”.

Considero, sinceramente, que este, lógicamente inexacto, razonamiento es, además, jurídicamente incorrecto y sociológicamente falaz.

Jurídicamente incorrecto

Generalmente, las decisiones que ponen término a las *alternativas* al proceso, o bien llegan incluso a cerrar la posibilidad de acudir a un ulterior litigio, o, en el caso menos grave y para el supuesto de reabrirse la controversia ante los tribunales, la decisión alternativa-

mente adoptada, tendrá un peso relevante en la decisión judicial.

El primer efecto, el efecto “fuerte” es análogo al que se desprende de la institución de la cosa juzgada; no de la cosa juzgada «formal», en cuanto virtualidad preclusiva de los medios de impugnación, sino en cuanto aspecto negativo de la cosa juzgada material. Este efecto se encuentra, por ejemplo, en la actual Ley de Arbitraje española de 23 de diciembre de 2003 que atribuye, al laudo firme «efectos de cosa juzgada» (la anterior ley de 1988 hablaba de «efectos idénticos a la cosa juzgada»). Así, una de las partes puede impedir el pronunciamiento jurisdiccional sobre un asunto, alegando, ante el tribunal ante el que fuera convocada, la excepción antes llamada dilatoria —hoy diríamos procesal— de cosa juzgada.

El segundo efecto “fuerte” es el de la cosa juzgada material en su vertiente positiva (*res iudicata pro veritate habetur*, sin entrar ahora en la polémica de si es verdad, ficción de verdad o lo que fuere), esto es, que la segunda controversia está vinculada, en cuanto a su resolución, por lo ya dispuesto en la primera. Por la misma razón apuntada anteriormente, este efecto se da respecto del laudo arbitral.

En tercer lugar hay el que podíamos denominar efecto “débil”, de tal suerte que, si bien la ley puede no atribuir a la decisión alternativa la fuerza de la cosa juzgada es indudable que ésta, a través de diferentes figuras jurídicas (prohibición de ir contra los propios actos, interpretación de los contratos por la actuación de las partes, prescripción de las acciones, equidad, alivio de carga para los tribunales, disminución de la litigiosidad) es indudable, digo, que esta decisión *alternativa* del litigio desplegará efectos de mayor o menor intensidad en diferentes instancias ulteriores de solución de conflictos, sin excluir las jurisdiccionales.

Sociológicamente falaz

La afirmación de que determinadas instituciones jurídicas (y muy en particular el contrato) solamente producen efectos entre las partes, siendo para el resto de los ciudadanos *res inter alios acta*, pudiendo ser jurídicamente acertada, no resiste un análisis económico medianamente detenido. Ni la sociedad ni la economía dan saltos y, potencialmente, el círculo de los fácticamente interesados en la resolución de un litigio es de un radio muy superior al de los procesalmente legitimados. Por problemas de tiempo en la exposición no puedo detenerme en este punto, pero que me parece claro. Por ejemplo, si la propiedad

debe, constitucional y éticamente, cumplir una función social no hay argumentación sólida para sostener la posibilidad de una contratación antisocial. Quizás debiéramos debatir sobre estos puntos en el coloquio posterior a mi intervención.

Para terminar con este primer bloque de problemas, quisiera llamar su atención sobre el siguiente. De entre los diferentes fenómenos de huida o de fuga que han examinado los juristas, en España alcanzó un especial acabamiento el dibujo de la fuga del Derecho Administrativo que hizo García de Enterría³³. Lo cito a título de ejemplo porque me parece que las causas, los efectos y las soluciones son análogas a las que ahora nos ocupan. Básicamente, se trata de que, so pretexto de “flexibilizar” la acción administrativa, se acaba articulando una auténtica «huida del Derecho público», usando la técnica de la erección de personas jurídicas instrumentales. Pero, como ha afirmado el mismo García de Enterría, es obligado preguntar si ese resultado, claramente pretendido, es o no legítimo, o, más simplemente, jurídicamente posible. Así se ha sugerido que pudiera encontrarse en la Constitución una suerte de “reserva de

³³ Vid. p.ej. García de Enterría, E. Fernández, T.R. *Curso de Derecho Administrativo I*. Octava Edición. Ed. Civitas, Madrid, 1997. Pp. 394 y ss.

Administración” o de Derecho Administrativo³⁴.

También en el ámbito procesal han tenido acogida estos fenómenos de “huida”. Así, p. ej. Montero ha hablado de “huida del juicio de mayor cuantía” y de “huida de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en referencia a la creación de proliferación de procesos especiales, fuera de la Ley General, con anterioridad a reforma procesal civil española del año 2000³⁵.

Les planteo la oportunidad de que cambie- mos impresiones sobre si esta estructura de discurso es aplicable a las alternativas al proceso.

2. *Alternativas* al proceso y derechos fundamentales

Señala Taruffo como una cuarta dificultad de las *alternativas* al proceso la de su compatibilidad con la protección de los derechos fundamentales, puesto que ésta no puede ser

³⁴ Del Saz, Silvia, *Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional*. En Chinchilla et al. *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo*, Madrid, 1992. Citado por el Mismo García de Enterría, Loc. Cit.

³⁵ *El nuevo proceso Civil*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000. Pp. 47-48.

reducida a las consecuencias económicas de su violación. Ciertamente, todos estaremos de acuerdo en que existen una serie de materias «indisponibles» por su titular sobre cuyo núcleo esencial no se puede negociar: no es admisible una alternativa mediadora en la que las partes convengan que el deudor salde su débito amputándose un órgano de su cuerpo para donarlo a su acreedor o a un tercero. Ciertamente que en la práctica existen supuestos menos groseros, dada la *vis expansiva* de los derechos fundamentales y la dificultad de concretar para el caso concreto que caiga en consideración el núcleo esencial indisponible de los mismos.

Pero ahora querría llamar la atención sobre otro punto, a saber, lo que se conoce con la expresión alemana *Drittwirkung der Grundrechte*, literalmente «efecto frente a terceros de los derechos fundamentales», con lo que se suele denotar la incidencia de los derechos fundamentales en el Derecho privado y en las relaciones jurídico-privadas. La expresión, al parecer³⁶, procede del trabajo al respecto de Schwabe en 1971, quien, por

³⁶ Schwabe, J. *Dier sogennante Drittwirkung der Grundrechte*. München, 1971. Citado por García Torres, J. y Jiménez Blanco, A. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*.

cierto, se refería a tal efecto como «‘Die sogennante. Drittwirkung...’: el así llamado efecto frente a terceros. Pero no quiero —ni con toda probabilidad podría— reconstruir académicamente la noción, sino tan sólo, desde un punto de vista tópico, traer a colación este problema al asunto que nos ocupa de las alternativas al proceso³⁷.

Esquemáticamente expuesto, y me someto desde ahora a cualquier corrección que puedan hacerme los constitucionalistas, la secuencia doctrinal puede quedar como sigue³⁸:

El artículo 93.3 de la Ley Fundamental de Bonn, menciona entre las competencias del Tribunal Constitucional el conocimiento de «las reclamaciones constitucionales, que puedan interponerse por aquel que afirme que el poder público ha violado uno de sus derechos fundamentales...», precepto que, en lo sustancial, se reproduce en el parágrafo 90.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal. A

³⁷ El tratamiento del problema en el Derecho español puede encontrarse, muy tempranamente, en Quadra Salcedo, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, 1981; También, dentro de su específico ámbito de estudio, en, Pérez Tremps, P. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, 1985.

³⁸ La exposición es un resumen de García Torres, J. y Jiménez Blanco, A. Op. Cit. Pp.

partir de aquí, Nipperday realizó la que podemos considerar la interpretación extensiva y que puede compendiarse del siguiente modo: existen una serie de derechos fundamentales que solamente vinculan al poder público en sentido estricto, pero, además, “existen normas sobre derechos fundamentales que no sólo dicen en relación a una esfera de libertad qué proteger frente al Estado, sino que también garantizan a cada ciudadano un status social en sus relaciones jurídicas con los demás, y, en especial, con los formidables Sozialmächte, los grupos y organizaciones cuyo descomunal poderío en la moderna sociedad amenaza a un individuo aislado e impotente y frente a los que el Estado debe intervenir justamente para defender al inerme ciudadano. Pero la Drittwirkung no se detiene en esos casos de manifiesta desigualdad entre las partes porque el Derecho constitucional, con efecto constrictivo u obligatorio (*mit zwingender Wirkung*), concede a los particulares una determinada posición jurídica en sus relaciones con otros particulares, abstracción hecha de su poder e influencia”.

Resumidamente, en ocasiones el mecanismo procesal ideado para dar respuesta a estos casos polémicos de violación de derechos fundamentales por particulares consiste en que, tras accionar jurisdiccionalmente, de no encontrar satisfacción al derecho fundamen-

tal, el amparo constitucional se otorga sobre la argumentación, hábil pero artificial, de que la violación se ha producido en la sentencia y por lo tanto, se trata de un acto del poder público. Es lo que García Torres y Jiménez-Blanco llamaron hace ya veinte años, “la finta alemana”.

Les sugiero —ni siquiera expongo la cuestión— poner en relación este efecto frente a todos de los derechos fundamentales con la cuestión que hoy nos ocupa de las alternativas al proceso.

Relacionada con la dificultad de las alternativas, enunciada por Taruffo, de que se suscitan dudas sobre la imparcialidad de los mediadores y la corrección del procedimiento, nos informa la Prof. Elisabetta Silvestri que, entre otras consideraciones, el sistema de las alternativas supone una «industria multimillonaria»³⁹. Fijando el momento fundacional de las mismas en la conferencia pronunciada en 1976 por Roscoe Pound ante la American Bar Association sobre el tema «*The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*», consideraba ya en 1999 que el número de los ADR brokers era superior a mil en los Estados Unidos. Baste pensar que, según esas mismas estadís-

³⁹ Op. Cit. Pág. 49.

ticas, además de los procesos de arbitraje, mediación y conciliación ofrecidos por la American Arbitration Association (la más antigua y potente de las asociaciones que operan en el sector de los métodos alternativos) y por el más agresivo de sus competidores el JAMS (Judicial Arbitration and Mediation Services), una sociedad de capital privado que tiene el monopolio de las alternativas en algunos de los Estados con la más alta tasa de litigiosidad, como California, existe una miríada de asociaciones, entes, oficinas y despachos operando mercantilmente en la industria de las alternativas al proceso.

Los intereses económico-corporativos no son un factor nuevo en la configuración de los sistemas procesales y de sus alternativas. En todos los países de Derecho Continental el modelo del llamado proceso común o *solemnis ordo iudiciarius* se justificó como “resultado de la razón natural, no el producto de las decisiones de un legislador concreto. De aquí arrancan, por un lado, la creencia de que el rey no podía alterar la esencia del sistema y, por otro, su gran prestigio y difusión entre los juristas, los cuales no se sentían sometidos a decisiones ajenas⁴⁰”. Como quiera que debía abocar en el discernimiento de la verdad, se

⁴⁰ Montero Aroca, J., *El nuevo proceso...* cit. Pág. 43.

ofrecía a las partes de toda la amplitud de los medios de ataque y defensa, para que la sentencia que se pronunciase terminase *in aeternum* con el litigio que había iniciado el pleito.

Pero es indudable que este sistema, asimismo, provoca unos costes que satisface a alguno o a ambos de los litigantes. Resultan ilustrativos en nuestra historia procesal civil los avatares de la Instrucción del Marqués de Gerona, de 1853, que trató de reformar el proceso civil y la oposición del Colegio de Abogados de Madrid que, protegiendo los intereses corporativos de sus colegiados, logró frustrar la reforma⁴¹.

⁴¹ “...Pero la reforma más importante que se acometió en este sentido, fue la llevada a cabo por la Instrucción del procedimiento civil de 30 de septiembre de 1853, que con gran acierto, en nuestro concepto, estableció severos preceptos para conseguir la brevedad en la tramitación de los juicios y cortar de raíz las malas prácticas de aquella Curia. Contenía dicha Instrucción disposiciones tan acertadas como la de que los jueces, de oficio, pudieran acordar lo necesario para que los juicios no sufriesen paralizaciones injustificadas, la de declarar todos los términos perentorios, la de suprimir los alegatos de bien probado, la de reducir a más de la mitad el término de la prueba, declarando ésta pública, y otras medidas análogas, parte de las cuales han tomado carta de naturaleza en nuestras leyes procesales, y es de esperar que la mayor parte de las restantes serán adoptadas en plazo no lejano en provecho de la administración de justicia. Pero, como las leyes procesales son las más difíciles de reformar

3. La alternativa a *las alternativas*

Como sostiene Taruffo, es posible hablar de una alternativa a las alternativas, que vendría constituida por el debido proceso y puede no darse una oposición tan tajante entre proceso y medios alternativos de resolución de conflictos. En particular se deben contemplar los acuerdos intraprocesales, queridos por las partes y no impuestos y concluidos en un contexto regulado por la ley y controlado por el juez. Esto es, el empleo de las técnicas alternativas en el contexto de la jurisdicción.

Creo que nadie, razonablemente, puede oponerse a esta conclusión; como también opino que debe aceptarse su corolario necesario, sobre el que estaremos todos de acuerdo, que consiste en que las partes no solamente han de ser libres para iniciar en este contexto

radicalmente, ya que al calor de sus preceptos, aún siendo defectuosos, se crean intereses y se forma el modo de ser de la Curia, que es la que ha de aplicarlas, y ante una reforma radical surgen protestas hasta de los mismos beneficiados por ella, la Instrucción de que nos ocupamos fue rudamente combatida, hasta el punto de que la Junta de gobierno del Colegio de Abogados de Madrid, haciéndose eco de las protestas generales que su publicación y práctica habían levantado entre los curiales, dirigió al Ministerio un informe censurando la Instrucción, lo cual motivó su derogación.” Amat, Vicente. *Voz Enjuiciamiento*, en Enciclopedia Jurídica Española. Francisco Seix, Editor. Barcelona. Tomo XIII, pp. 757-758.

una solución de su conflicto sino que han de mantener la misma libertad durante esas negociaciones y, sobre todo, en el momento de manifestar su adhesión a la solución encontrada. Quiere decirse que la justicia de estos mecanismos guarda íntima conexión con la fibra constitucional del juzgador para evitar un aligeramiento de la carga de trabajo a través de la imposición, aunque fuera disimulada, de acuerdos.

Me parece que, en todo caso, es preciso distinguir estas alternativas al proceso de figuras que lo que persiguen es evitar el surgimiento del conflicto o bien de aquellas otras que tratan de resarcir efectos patrimoniales disvaliosos de suerte que ofrecen *ex ante* un remedio económico sucedáneo de lo que podría obtenerse de la tutela judicial. Es decir, aquí no se trata de las medidas preventivas al litigio, ni del seguro. Una cosa es evitar el conflicto y otra, nacido ya el conflicto, prever las consecuencias económicas del mismo o suministrar alternativas al proceso.

Finalmente, aún cuando la ponencia del Prof. Taruffo versa, lógicamente, sobre el orden jurisdiccional civil —con alguna referencia al contrato de trabajo— creo procedente hacer una referencia somera a la situación de las alternativas al proceso en otras materias.

Como ustedes conocen, el principio de unidad de jurisdicción es compatible con la existencia de diversos órdenes jurisdiccionales u especialidades, debidas a la compleja evolución de la vida social (y lo inabarcable de la normativa jurídica que la regula) y al principio de división del trabajo y su correlato: la especialización jurídica. Quisiera, por tanto, llamar su atención sobre los mecanismos alternativos *al* proceso o alternativos *en* el proceso, en los órdenes jurisdiccionales distintos del civil/mercantil, a saber, el contencioso-administrativo, el laboral y el penal.

Respecto al orden laboral si bien el proceso laboral propiamente dicho se inicia con la demanda, para que quede válidamente constituido y surta los efectos correspondientes, la ley exige la superación con carácter previo de determinados trámites, que dan lugar a una fase preprocesal. La ley contempla expresamente dos de esos trámites bajo el rótulo común de «evitación del proceso»: conciliación y reclamación administrativa previa. No son los únicos posibles; otras normas, junto con los convenios colectivos y los acuerdos interprofesionales, suelen establecer requisitos similares en forma de reclamación previa ante comisiones arbitrales, o ante la dirección de la empresa, intervención de comisiones paritarias, procedimientos de mediación, etc. El Tribunal Constitucional español ha decla-

rado reiteradamente que son trámites compatibles con el derecho a la tutela judicial efectiva, salvo que sean desproporcionados, obstaculicen el acceso a la justicia o resulten excesivamente costosos.

La conciliación previa es una actividad preprocesal que tiene por objeto la solución del conflicto antes de que intervenga el aparato jurisdiccional del estado. Sin certificación de haberla intentado no se admite la demanda. Se celebra ante un órgano de naturaleza pública del Estado o de la Comunidad Autónoma. Lo acordado en conciliación tiene fuerza ejecutiva entre las partes sin necesidad de ratificación ante el Juez y puede llevarse a efecto por el trámite de ejecución de sentencias, si bien puede ser judicialmente impugnado por invalidez por alguna de las causas que invalidan los contratos.

La reclamación previa a la vía judicial es manifestación de la posición de predominio que mantiene la Administración previendo que, antes de incoarse un proceso laboral contra la misma, se le dé la oportunidad de conocer la reclamación y, en su caso, acceder voluntariamente a ella.

En cuanto al orden jurisdiccional contencioso-administrativo la nueva Ley española ha introducido intraprocesalmente algunas

medidas propiciadoras de soluciones alternativas, como la apelación al acuerdo una vez iniciado el proceso (art. 99), o que se eviten nuevos pleitos: los supuestos de los casos-testigo contemplados en los arts. 37.2. y 111; o la previsión del art. 74.7 para cuando, tras el desistimiento del recurrente por el reconocimiento extraprocesal de lo pedido, la Administración dicta un nuevo acto revocatorio de dicho reconocimiento. Pero finalmente no se contempla, como preveía el primitivo proyecto, la condena en costas a la parte vencida, como medio para desincentivar recursos (ahora art. 139.1).

Por lo que se refiere al orden jurisdiccional penal, todos nosotros formados en una mentalidad jurídica europeo-continental contemplamos con cierto asombro la fisonomía procesal del proceso penal de partes puramente acusatorio del Common Law. Más aún, determinados extremos, como el abandono de la ejecución penal por parte del Estado a empresas mercantiles concesionarias de servicios de prisiones («cárceles privadas») nos suscitan cierta repulsa, por no decir abiertamente, repugnancia.

En línea de principio, nuestros sistemas parecen estar a salvo de contaminar el proceso criminal con instituciones extraestatales. Nos encontramos, se suele afirmar, con pretensio-

nes irrenunciables y con indeclinables obligaciones. No es solo que el *ius puniendi* sea una potestad pública estatal no atribuible a un ciudadano, sino que, además, aquél, el Estado, no puede hacerlo efectivo sino a través del debido proceso: *nulla poena sine legale iudicio*; y ello, cualquiera que sea la función que desarrolle la jurisdicción penal: *notio*, *iudicatio*, *executio*, y la adopción de las cautelas imprescindibles para el recto enjuiciamiento.

Pero conviene ser algo autocrítico y, por lo que respecta al sistema judicial penal español comprobar si, efectivamente, la realidad se compadece con la pureza de los principios. Quisiera aludir telegráficamente a la introducción de algunas manifestaciones del principio de oportunidad en un sistema que tradicionalmente se ha venido concibiendo en esencia —obsesivamente, si ustedes quieren— como penetrado de legalidad.

En la inacabable disputa doctrinal respecto del proceso penal entre legalidad y oportunidad⁴², quisiera mencionar, por parecerme

⁴² Una perspectiva sumamente compleja, aunque sugestiva, consiste en examinar las relaciones entre los principios de oportunidad y de proporcionalidad. Excede del propósito, modesto, de este trabajo. Aparece tratada ampliamente la cuestión, con extensa referencia a la

ejemplar, la exposición sobre los argumentos a favor de uno u otro principio que Winfried Hasemer realizó hace ya algunos años⁴³. Como razones a favor del principio de legalidad citaba las siguientes:

Que una implantación únicamente selectiva, oportunista, de normas jurídicas materiales en el proceso penal debilita tales normas a largo plazo, en especial aquéllas cuya aplicación se vea menoscabada por dicha selección oportunista. El principio de oportunidad en el proceso penal transmite sobre todo cuando sus presupuestos de aplicación no están estrictamente definidos, una impresión de desigualdad, inconsecuencia y desilusión. *A sensu contrario*, el principio de legalidad asegura la igualdad de trato a los ciudadanos.

Que el principio de oportunidad pone en peligro el principio de división de poderes en aquellos casos en que la autoridad instructora (autónomamente) puede decidir acerca de la no persecución de hechos delictivos. Dicho principio de oportunidad en la fase instructora

dogmática procesal penal comparada, en Pedraz Penalva, E. *Constitución, jurisdicción y proceso*. Ed. Akal/iure. Madrid, 1990, pp. 313-375.

⁴³ *La persecución penal: Legalidad y oportunidad*. En Jueces para la Democracia. Información y Debate. 4. Septiembre/1988. Pp. 8 y ss. Traducción de M. A. Cobo Gómez de Linares.

devalúa el plenario: cuantos más delitos se eliminen durante la fase instructora —en especial en la llamada— “criminalidad de masas” menor será el significado del juicio para el control de punibilidad. Por lo mismo, el principio de oportunidad amenaza al de publicidad, puesto que la fase sumarial se sustrae casi por completo a la publicidad y —dice Hassemer— no puede ser de otra manera.

Por todo ello, para los partidarios del principio de legalidad, solamente si se reconoce estrictamente éste, puede delimitarse el procedimiento judicial sumarial de la actividad ejecutivo-policial y configurarse conforme a las exigencias del Estado de Derecho.

A favor del principio de oportunidad aduce Hassemer otras tantas razones:

Que las ideas acerca del nivel de realidad que subyace al principio de legalidad son erróneas e ingenuas. Cada norma de derecho tiene su zona gris. Al contrario que el Código Penal, el proceso no es un texto, sino escenificación, actuación. Durante la metamorfosis de las normas penales materiales en el proceso se modifican las propias normas. Y es que las normas del proceso penal tienen sus propias metas (son “Derecho constitucional aplicado”), no estando el proceso penal obligado a depurar la «verdad material», sino,

más bien, a la “averiguación de una verdad con forma de justicia”.

Se dice igualmente que, desde un punto de vista económico a corto plazo y desde un punto de vista político a largo plazo, es poco “inteligente” obligar a las autoridades instructoras a emplearse con la misma intensidad en la averiguación de cualquier infracción, y que político-criminalmente es justo adelantar el sobreseimiento al momento instructor cuando se prevea racionalmente la ausencia de condena en el momento de enjuiciamiento. La orientación a favor de la víctima aconseja dejar a la iniciativa de ésta la prosecución del proceso. Se citan igualmente la descarga de trabajo para los tribunales y el favorecimiento de la cooperación con la justicia en casos de delitos graves (así en la anterior RFA, delitos de terrorismo).

Por no dilatarme en este punto, referiré la experiencia española a tres puntos:

- El art. 801 LECr que prevé el incentivo de la reducción de un tercio de la pena en los casos de conformidad del inculpado prestada en el mismo juzgado de guardia. Uno de cada cinco asuntos conocidos, según estadísticas fiables, se resuelven en la actualidad por este sistema.

- Los mecanismos de conformidad. El procedimiento de conformidad no está de hecho regulado como tal en la LECr pero en la práctica forense se resuelve en una serie de negociación reservada entre el representante del Ministerio Público y el abogado defensor, sobre el ofrecimiento y la aceptación de penas mínimas en el entendimiento de que no son discutibles ni el relato de los hechos del acta de acusación ni la calificación jurídico penal de los mismos. En una segunda fase el abogado convence al imputado para que acepte el acuerdo. Como se ha puesto de manifiesto, «se trata de dos diálogos verticales, escalonados, entre sujetos procesales que se encuentran en posiciones desiguales».

- En tercer lugar, no dejan de incidir en esta materia todos los tipos criminales cuya persecución se condiciona en mayor o menor medida a la voluntad de la parte ofendida.

Aún no se dan en el derecho español (salvo algunos atisbos en el procedimiento de justicia penal de menores) pero sí en el ámbito fundamentalmente de los Estados Unidos los programas de mediación directa entre el delincuente y la víctima, bajo el nombre genérico de “restorative justice” en los que se busca una solución de carácter transaccional entre ambas partes. La doctrina alemana se ha interesado por ello, así en la obra colectiva a

cargo de Eser y Walter: *Wiedergutmachung in Kriminalrecht*.

Les sugiero la posibilidad, si están interesados en ello, de examinar también las posibilidades de introducir medidas mediadoras en el proceso penal y la justificación de las mismas, caso de respuesta afirmativa.

Les pido disculpas si me he extendido en exceso así como por el carácter misceláneo y seguramente desestructurado de mi intervención.

LIBROS PUBLICADOS

1. ROBERT ALEXY: *Derechos sociales y ponderación*. 2007.

2. LUIGI FERRAJOLI, JOSÉ JUAN MORESO, y MANUEL ATIENZA: *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. 2008.

3. ALFONSO RUÍZ, MIGUEL y RAFAEL NAVARRO-VALLS: *Laicismo y Constitución*. 2008.

4. PIETRO COSTA y BENITO ALÁEZ CORRAL: *Nacionalidad y Ciudadanía*.

5. VÍCTOR FERRERES y JUAN ANTONIO XIOL: *El carácter vinculante de la jurisprudencia*.

6. MICHELE TARUFFO, PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ y ALFONSO CADAU PÉREZ: *Consideraciones sobre la prueba judicial*.

Próximas publicaciones:

ROBERTO ROMBOLI y MARC CARRILLO: *Los consejos de garantía estatutaria.*

PAOLO COMANDUCCI, M^a ÁNGELES AHUMADA y DANIEL GONZÁLEZ LAGIER: *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo.*

MICHELE TARUFFO. Es Profesor de Derecho Procesal Comparado y Derecho Procesal Civil de la Università degli Studi di Pavia. Ha sido Profesor visitante, de forma habitual, de varias universidades europeas, estadounidenses (Cornell) y latinoamericanas (Pontificia Universidad Católica de Chile, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad de Medellín, entre otras). Su amplia producción científica lo avalan como una autoridad en la ciencia procesal, aportando una visión moderna, dentro de la gran tradición de los procesalistas italianos que lo antecedieron (Francesco Carneluti, Piero Calamandrei, etc.). Sus obras han sido traducidas al castellano, inglés y portugués.

PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ. Es Magistrado del Tribunal Supremo, autor de varios libros y múltiples trabajos sobre cuestiones propias de la jurisdicción. Director de la revista «Jueces para la Democracia. Información y debate».

CANDAU PÉREZ. Es Fiscal y Registrador de la Propiedad. Académico de número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid. Cursó estudios en la Facultad de Filosofía y Letras de Münster (Alemania). Autor de diversos libros y artículos jurídicos.

En este volumen se abordan dos asuntos de singular relevancia en el ámbito de la administración de justicia. De un lado, el tratamiento de la cuestión de hecho y la fundamentación de la convicción en la materia, de cuya calidad depende en gran medida la legitimidad de las decisiones de los jueces. De otro, en clave polémica, el interesante problema de las, cuestionables y cuestionadas, alternativas no jurisdiccionales al proceso civil.

Las alternativas al proceso son examinadas en atención a los fines del mismo, desechando que se trate únicamente de solucionar conflictos sociales. Se destaca la necesidad de que las soluciones, sobre ser eficaces, persigan la verdad y la justicia en cuanto fuere posible, y rechaza la consideración de las alternativas al proceso como una beneficiosa *huida de la jurisdicción*.