

Juan Montero Aroca

El Derecho Procesal en la Encrucijada de los Siglos XX Y XXI

Tres ensayos: Uno general y dos especiales

El Derecho Procesal en la Encrucijada de los Siglos XX Y XXI. Tres ensayos: Uno general y dos especiales

Primera edición: julio de 2016

©Juan Montero Aroca

© Fondo Editorial de la Academia de la Magistratura, 2016

Jr. Camaná N° 669, Lima 1, Perú

Teléfono: (51 1) - 428-0300 / 428-0244

Fax: (511) 428-0252

<http://www.amag.edu.pe>

ÓRGANO RECTOR

Dr. JOSUÉ PARIONA PASTRANA

Presidente del Consejo Directivo

ZORAIDA ÁVALOS RIVERA

Vice Presidenta

RAMIRO EDUARDO DE VALDIVIA CANO

Consejero

JAVIER ARÉVALO VELA

Consejero

IVAN NOGUERA RAMOS

Consejero

PABLO SÁNCHEZ VELARDE

Consejero

RICHARD VILLAVICENCIO SALDAÑA

Consejero

ÓRGANO EJECUTIVO

Dra. CECILIA Y. CEDRON DELGADO

Directora General

BRUNO ALBERTO NOVOA CAMPOS

Director Académico

FRANK MARTIN TADEO CASTRO BARCENAS

Secretario Administrativo

Derechos reservados. Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente,
sin permiso expreso de los editores.

Tiraje: 1000 ejemplares

ISBN:

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N°

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

EL DERECHO PROCESAL EN EL SIGLO XX

Presentación

Prólogo

Introducción

I. Delimitación del estudio

Sección Primera. La evolución general

2. El antecedente: la Práctica Forense

3. El inicio: los Procedimientos Judiciales

4. La etapa intermedia: el Derecho Procesal

A) Método

a) El sistema

b) Teoría del proceso

c) El proceso como noción base

B) Autonomía

a) Ruptura con el Derecho material

b) La búsqueda de lo ajeno

C) Contenido

a) Profundidad

b) Materias estudiadas

5. La situación actual: el Derecho Jurisdiccional

Sección Segunda. El Poder Judicial

6. El apoderamiento por el Poder Ejecutivo

7. Inamovilidad e independencia de los jueces

8. El gobierno autónomo del Poder Judicial

Sección Tercera. El proceso civil

9. Del sistema teórico a la eficacia práctica

10. Las grandes cuestiones teóricas

A) El derecho de acción

- a) La acción como derecho a la tutela judicial
 - b) Las pretensiones y las clases de tutela judicial
 - B) *La socialización de la legitimación*
 - C) *La publicización del proceso*
 - 11. Los condicionamientos de la realidad
 - A) *El aumento de la litigiosidad*
 - B) *La imprecisa respuesta doctrinal*
 - a) La evitación del proceso
 - b) El acceso al proceso
 - c) El mito de la oralidad
 - C) *Número frente a calidad*
 - 12. Las tutelas ejecutivas y asimiladas
 - A) *Alteraciones de la contradicción*
 - a) Proceso monitorio
 - b) Proceso documental y cambiario
 - B) *Verdaderas tutelas ejecutivas*
 - a) Proceso ejecutivo
 - b) Ejecución privilegiada
 - C) *El proceso de ejecución*
 - a) Ejecución provisional
 - b) Ejecución definitiva
 - 13. La tutela cautelar
 - Sección Cuarta. El proceso penal**
 - 14. Los sistemas de aplicación del Derecho penal
 - A) *Las etapas políticas de esa actuación*
 - B) *Los llamados sistemas procesales penales*
 - a) Los caracteres de esos sistemas
 - b) La confusión conceptual
 - c) No hay proceso inquisitivo
 - 15. El llamado sistema mixto
 - A) *El procedimiento preliminar*
 - B) *El juicio oral*
 - 16. El termómetro de la concepción política
 - A) *Retrocesos en la primera mitad del Siglo*
 - B) *La constitucionalización de las garantías fundamentales*
 - 17. La limitación de la garantía jurisdiccional
 - A) *Conductas delictivas especialmente graves*
-

B) Conductas delictivas llamadas de bagatela

- a) Descriminalización de conductas
- b) Aceleración o simplificación del proceso

18. La fascinación por modelos extraños: el llamado principio de oportunidad

- A) Su significado político*
- B) Los argumentos alegados*
- C) La desvirtuación del Derecho penal*
- D) La mejor utilización de los recursos*

Conclusión

19. La internacionalización del Derecho procesal.

PRUEBA Y VERDAD EN EL PROCESO CIVIL

Un intento de aclaración de la base ideológica de determinadas posiciones pretendidamente técnicas

I. El cuestionamiento de la verdad como función de la prueba:

- 1. La verdad en el proceso, no en abstracto
- 2. La función de la jurisdicción
- 3. Las pretendidas funciones del proceso
- 4. Los principios del proceso.

II. Las funciones complementarias de la prueba:

- 1. Fijar hechos
- 2. Convencer al juez
- 3. La certeza

III. Las concepciones políticas totalitarias y la persecución obsesiva de la llamada

verdad objetiva o material

- 1. El proceso socialista:
 - A) La verdad objetiva
 - B) La colaboración del juez y las partes
- 2. El proceso fascista:
 - A) Alemania y el nazismo;
 - B) Italia y el fascismo;
 - C) España y los hechos en el proceso de Guasp.

IV. La asunción de una u otra concepción



EL PROCESO PENAL Y EL LLAMADO SISTEMA ACUSATORIO

Sección Primera

La aplicación del Derecho penal

I. Los monopolios en la aplicación del Derecho penal

1. Exclusividad estatal
2. Exclusividad por los tribunales
3. Exclusividad procesal

II. La garantía jurisdiccional

III. Inexistencia de derechos subjetivos penales

IV. Las concepciones sobre el proceso penal

1. La concepción clásica: aplicación del Derecho penal
2. La concepción actual: garantía del derecho de libertad

Sección Segunda

La inutilidad del llamado principio acusatorio para la conformación del proceso penal

V. La inexistencia de dos tipos de proceso penal

1. Los llamados sistemas inquisitivo y acusatorio
2. El absurdo intento de monopolizar la idea de proceso acusatorio
 - A) La ilusión de la teoría
 - B) La decepción práctica

VI. La conformación del Juez y el llamado principio acusatorio

VII. Lo acusatorio como mero eslogan político

Presentación

La Academia de la Magistratura, creada constitucionalmente, tiene como misión ser una institución pública encargada de la formación de jueces y fiscales a efectos de su incorporación en la carrera judicial y fiscal, acompañando su desarrollo profesional, coadyuvando así a su idoneidad para el cargo.

Sin embargo, somos conscientes que los magistrados del siglo XXI exigen una formación académica integral, por lo que es importante acompañar su formación no sólo con actividades académicas que contengan materiales de estudio y docentes de primer nivel, sino también con publicaciones e investigaciones de alto nivel académico.

En esa línea, es que la actual gestión del Consejo Directivo de la Academia de la Magistratura, que me honro en presidir, ha dispuesto las acciones pertinentes para que el fondo editorial de la Institución realice publicaciones de juristas reconocidos a nivel nacional e internacional.

Por ello, es necesario recordar que una de las ramas más importantes de la Ciencia Jurídica es el derecho procesal penal, pues materializa las normas sustantivas que permiten sancionar a quien alteró el orden social. En otras palabras, el lado dinámico del sistema penal que forma parte del ordenamiento jurídico de un Estado es, sin duda alguna, su aspecto procesal, es decir, aquel conjunto de normas que establecen los procedimientos mediante el cual el juzgador, luego de diversas diligencias y audiencias, emitirá una decisión que resolverá el asunto litigioso.

En la evolución del sistema procesal encontramos, entonces, aquellos de carácter inquisitivo, acusatorio y mixto, que han respondido a diversos modelos de Estado y cuyo estadio visible ha sido, es y será el momento del juicio oral. Así, la Humanidad fue testigo de juicios trascendentales como el realizado a Sócrates, Jesús de Nazaret, Juana de Arco, Galileo Galilei, Luis XVI, y los denominados “Juicios de Núremberg”.

Actualmente, existen normas jurídicas para cada estadio procesal que reconocen los derechos fundamentales de las partes y protegen, a su vez, sus intereses en el proceso concreto, corroborando así que nuestro sistema jurídico se erige en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, más aún si el principio del debido proceso se constituye como una garantía en el inciso tercero del artículo 139° de nuestra Ley Suprema.

No obstante, aún existen instituciones jurídicas que son núcleos de intensos debates en los claustros universitarios, en las oficinas de los abogados

litigantes y en los despachos fiscales y judiciales, donde diariamente se ejerce el derecho procesal, ya sea leyéndolo, meditándolo o practicándolo, pues sin la conjunción de estas actividades su desarrollo científico no encontraría un futuro serio en la sociedad.

Precisamente estas actividades han sido realizadas durante varios años por el Maestro Juan Montero Aroca, eximio procesalista internacional, quien no solo fue estudiante de Derecho en la Universidad de Valencia (España), donde también actualmente ejerce la docencia desde 1977, sino también como abogado y magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana desde 1989 hasta 2011.

En esta oportunidad, el citado procesalista valenciano no solo nos entrega su libro *El derecho procesal en la encrucijada de los siglos XX y XXI*, que contiene tres ensayos jurídicos, sino sus reflexiones en torno a la evolución histórica del derecho procesal, examinando al Poder Judicial, como institución que aplica los dispositivos jurídicos, y los procesos civiles y penales, analizando críticamente en cada caso sus aspectos más trascendentales como el derecho de acción, el principio de oralidad, el principio de oportunidad, entre otros, que contribuirá al conocimiento de todos los interesados en la profesión jurídica.

Por ello, el Consejo Directivo de la Academia de la Magistratura tiene el honor de publicar uno de los libros más importantes del derecho procesal contemporáneo, que solo pudo ser pensada y escrita por el Dr. Juan Montero Aroca, uno de los más importantes y prolíficos procesalistas.

Josué Pariona Pastrana

Juez Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República
Presidente del Consejo Directivo de la Academia de la Magistratura

Prólogo

Son pocas las ocasiones donde la vida te permite interactuar o compartir un espacio con una persona admirada, referente o que constituye un ejemplo de vida, tanto en el plano profesional como personal. Bajo esta premisa, en primer lugar debo expresar mi agradecimiento al doctor Juan Montero Aroca por concederme el honor de presentar la obra titulada “El Derecho Procesal en la Encrucijada de los Siglos XX y XXI”, publicación que contiene tres artículos en los cuales el lector podrá encontrar plasmado un análisis crítico puro acerca de instituciones pilares del Derecho Procesal. Quienes tenemos el privilegio de conocer al Docente Emérito de la Universidad de Valencia sabemos de estos y otros gestos que denotan su grandeza humana. Es un enamorado de las tierras de la América Latina. Y de su música. No se ha anclado en el tiempo y, por el contrario, sigue con su misma pasión y método de jurista cultivando los tangos y boleros con rigor científico y un denominador común: la difusión del conocimiento.

Cometería un exceso si pretendo emitir un juicio de valor acerca de la obra del maestro Montero Aroca. Sin embargo, quisiera llamar la atención acerca de la importancia de esta publicación en sede peruana. En primer lugar, cabe destacar que los tres artículos o ensayos publicados constituyen, desde mi punto de vista, una muestra precisa para todo aquel que pretenda conocer el pensamiento jurídico del más prolífico procesalista en vida. No podemos dejar de mencionar que el profesor Montero Aroca posee un conocimiento superlativo sobre la materia, el cual proviene no solo de su experiencia como magistrado por más de veinte años y por el ejercicio de la cátedra universitaria, sino además por su ardua labor académica, lo cual ha generado que este jurista español registre en su hoja de vida más de trescientas publicaciones, entre libros como autor único, colaboraciones, ponencias y artículos. Ni volviendo a nacer diez meses lo alcanzaría.

Aquí no estamos frente a un simple ejercicio aritmético donde resaltamos la cantidad, nada más alejado de ello puesto que en cada publicación del doctor Montero Aroca el lector puede captar con facilidad tanto su pasión sobre la materia así como la calidad intelectual y argumentativa que aquellas profesan, razones por las que éstas constituyen en la actualidad material de referencia indispensable para estudiantes y profesionales del Derecho.

He allí el mérito y valor de la obra de este destacado jurista español, ejemplo vivo de todo lo bueno dentro de nuestra profesión, lo cual ha motivado que a lo largo de su carrera reciba múltiples condecoraciones y reconocimientos, entre los cuales cabe mencionar por su cercanía en el tiempo: en primer lugar, la distinción a la excelencia judicial otorgada por el Consejo Nacional de la Magistratura por su considerable aporte a la cultura jurídica y, en segundo orden pero no por ello menos importante, la muy acertada y celebrada decisión del Ilustre Colegio de Abogados de Lima de convertir al doctor Montero Aroca en miembro honorario de dicho gremio.

Ahora bien, tal como he mencionado anteriormente, esta obra consta de tres artículos, el primero de ellos titulado “El Derecho Procesal en el Siglo XX”. En consonancia con lo expuesto por el autor, en este trabajo el lector encontrará una síntesis acerca de la evolución conceptual del Derecho Procesal, vinculándolo con las problemáticas advertidas a lo largo de los años dentro de los procesos civiles y penales. No siendo ello suficiente, el autor en una muestra de su generosidad intelectual, nos brinda su visión general y las respuestas a estos problemas. En esta línea, el profesor Montero Aroca propugna, en primer lugar, que el Derecho Procesal modifique su terminología y pase a denominarse “Derecho Jurisdiccional”, ello con la convicción que dicha nueva denominación denotará un nuevo paso en la evolución de esta ciencia.

Por otro lado, dado que en la actualidad poseo el alto honor de integrar el Consejo Nacional de la Magistratura, captó mi especial interés el análisis del doctor Montero Aroca en relación con la transición del control al interior del Poder Judicial, así como la problemática de la litigiosidad como consecuencia del aumento del número de procesos en los últimos años, lo cual ha significado el desbordamiento de la capacidad resolutoria y de gestión de todos los órganos jurisdiccionales, realidad que se verifica tanto en España como en nuestro país.

En segundo término, esta obra contiene el artículo titulado “Prueba y Verdad en el Proceso Civil”, trabajo en el cual se pretende dar respuesta a cuál es la función del proceso y qué papel o rol cumple la prueba en aquel. Sostiene el autor que la función de la prueba debe subsumirse dentro de los ordenamientos jurídicos en concreto, lo cual supone adecuarse a los principios y reglas que conforme el proceso y, más allá, a la función de la jurisdicción. En esta misma línea, el maestro Montero Aroca desarrolla los principios que conforman el proceso, los cuales determinan la posibilidad de alcanzar en mayor o menor grado la verdad. Por otro lado, el autor realiza un análisis muy puntual y minucioso acerca de las funciones complementarias de la prueba, estructurándolas de la siguiente forma: *i)* fijar hechos; *ii)* convencer al juez; y, *iii)* alcanzar un grado de certeza, es decir, cuando desde las actuaciones, en las que se han respetado el principio el principio de legalidad, pueda cualquier persona razonable concluir

que se dieron elementos suficientes para, como mínimo, poder señalar que una afirmación de hecho puede ser tenida como probada. Asimismo, resulta muy ilustrativo el estudio que realiza el autor acerca de la concepción de la prueba bajo la óptica de las políticas y regímenes totalitarios.

El tercer artículo que forma parte de esta obra se titula “El Proceso Penal y el llamado Sistema Acusatorio”. Quizás sea en este trabajo donde veamos plasmada de forma más clara la visión crítica del maestro Montero Aroca, quien inicia su exposición con la siguiente llamada de atención: *«(...) estamos asistiendo a un fenómeno muy difícil de explicar; todos hablan de todo y al final nadie sabe de qué está hablando. (...) La vaciedad conceptual lleva a que todo sea lo mismo o, por lo menos, a que lo parezca»*. Afortunadamente, contamos con la brillantez del maestro de Valencia, quien de forma muy didáctica desarrolla temáticas tales como la garantía jurisdiccional, las concepciones clásica y actual sobre el proceso penal, para luego desmitificar la utilidad del llamado principio acusatorio.

Agradezco una vez más al maestro Montero Aroca por permitirme elaborar esta presentación y lo exhorto encarecidamente a no cesar en su ejercicio académico, puesto que su palabra tanto escrita como hablada constituye un faro guía para todos los que navegamos en los vastos y desafiantes mares del Derecho.

Finalmente, saludo la recopilación de estos tres artículos y su edición en una obra única, la cual estoy seguro se convertirá en una obra de referencia indispensable para todos aquellos que formamos parte de la comunidad jurídica hispanoamericana. Pase esta página y disfrute de la lectura del brillo de esta obra.

Atentamente,

Guido Aguila Grados

EL DERECHO PROCESAL EN EL SIGLO XX

Introducción

1. DELIMITACIÓN DEL ESTUDIO

El final de un siglo y no digamos de un milenio provoca siempre una llamada a la reflexión, constituye un reto para volver la vista a lo que hemos hecho, para atender a lo que estamos haciendo y para preguntarnos lo que tendremos que hacer. Era fácil profetizar en el año 2000 que durante por lo menos una década iban a proliferar las publicaciones sobre lo que siglo XX ha supuesto en todos los órdenes de la vida social y que parte de ellas se dedicarán al Derecho. Dentro de esa proliferación se encuadran las páginas que siguen dedicadas al Derecho procesal.

Una exposición de lo que ha sido y de lo que está siendo esta rama de la (no) ciencia jurídica puede hacerse desde muy diversas perspectivas. Esta, la que nosotros ofrecemos ahora, parte de tres limitaciones:

1.^a) No pretendemos abarcar la evolución y situación en los casi dos centenares de países que integran el concierto de las naciones. No se trata ya sólo de que muchos de los instrumentos del “concierto” suenan desafinados, esto es, de que en muchos países no quepa hablar de la existencia de una verdadera ciencia procesal, sino principalmente de la imposibilidad de conocer la evolución y situación presente de esta rama de la ciencia jurídica incluso con referencia únicamente a los países en que sí existe. No puede negarse el interés que tendría saber qué está ocurriendo en los sistemas oriental e islámico, por ejemplo, pero debe constar que se está renunciando a que estas páginas se conviertan en una relación de países, o en una nómina de “familias” de países, respecto de los que se indique su legislación y se aporten algunos datos doctrinales o jurisprudenciales¹.

2.^a) Tampoco el lector va encontrar en estas páginas una lista más o menos exhaustiva de procesalistas, de sus revistas, de sus congresos y asociaciones y ni siquiera de su literatura más significativa. Es cierto que en ocasiones habrá de citarse a los procesalistas y a las obras que han abierto nuevos derroteros, o que son manifestación cumplida de una etapa de la evolución, pero debe constar también que se está renunciando a proporcionar toda la información, todos los datos que, muchas veces, no pasan de ser mera erudición sin verdadero contenido formativo. Esa información puede buscarse en otras publicaciones, en aquellas que son obra de los recopiladores que amontonan los datos sin llegar a hilvanarlos

¹ En sentido contrario este estudio no se limita a España y aun puede decirse que, en el afán de atender a lo general, a lo que el Derecho procesal ha sido científicamente en el siglo XX, se prescinde adrede de lo que es específico de nuestro país, en cuanto nuestra experiencia no puede elevarse a categoría. Sin duda, legislativamente lo más destacado en España ha sido la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, es decir, precisamente el último año del Siglo.

y, desde luego, sin ordenarlos dentro de una exposición coherente.

3.^a) Por fin el lector tampoco encontrará aquí alusión expresa a todos los procesos, pues conscientemente se ha renunciado a referirse a los procesos que pueden calificarse de especiales, como sucede con el proceso laboral o con el proceso contencioso-administrativo (y sus variantes), con el proceso militar y con los procesos en los que se decide sobre la adopción de medidas de seguridad. Las razones para renunciar a comprender en este estudio todos esos procesos, y con ellos a las respectivas parcelas del Derecho procesal, se encuentran en la necesidad de poner límites a una exposición que, si hubiera de atender a ellos y a ellas, posiblemente conduciría a la desnaturalización del fin pretendido. No hay que insistir en la importancia práctica de algunos de esos procesos o en la trascendencia ideológica de otros, pero sí en que el estudio tiene que estar necesariamente delimitado.

Por el contrario, el lector puede buscar en estas páginas, primero, un intento de síntesis de la evolución conceptual del Derecho procesal y, segundo, una relación de los problemas que la realidad ha ido suscitando en los procesos civil y penal, con las respuestas ofrecidas para solucionarlos. Estos dos aspectos son los que se han creído imprescindibles para llegar a tener una visión general y formativa de lo que el siglo XX ha supuesto. En el intento de síntesis y en búsqueda de la claridad hemos sacrificado el dato y la cita.

Sección Primera

LA EVOLUCIÓN GENERAL

2. EL ANTECEDENTE: LA PRÁCTICA FORENSE

El Derecho procesal, como el resto de las ramas jurídicas, no nace con el inicio del siglo XX, sino que en éste se continúa una evolución que tiene sus orígenes muy atrás en el tiempo. Explicar lo que ha supuesto dicho Siglo exige, por lo menos, alguna explicación relativa a de dónde venimos, aunque para ello procuremos no remontarnos demasiado en el pasado.

Nuestro punto de partida va a ser el de la práctica forense y lo vamos a examinar desde la doble perspectiva que supone su consideración como disciplina universitaria y como materia de investigación y de exposición. Ese punto de partida supone constatar que las universidades europeas y americanas de los siglos XVI a XVIII formaban juristas conocedores del Derecho romano, pero en buena medida desconocedores del Derecho que debían aplicar los tribunales de cada país. Aunque pueda parecer extraño la fuerza y el prestigio del Derecho romano era tal que se impuso como materia académica prácticamente única, sin dejar que el Derecho específico de cada país llegara a formar parte del cuadro de sus enseñanzas.

Ahora bien, junto al Derecho oficial de las universidades existía una corriente doctrinal que centraba su atención en la realidad, corriente que pueda calificase de *práctica*. Una parte de la misma, la que se autocalificaba de *forense*, pretendía explicar cómo se realizaban los procesos ante los tribunales, cuál era la manera de actuar de éstos. Un examen de conjunto de los libros en que se plasma esa corriente lleva a la conclusión de que los mismos se caracterizaban principalmente porque:

1º) Los autores de los libros no eran normalmente profesores universitarios, sino prácticos (abogados, escribanos, jueces), personas con experiencia judicial que pretendían transmitir sus conocimientos, no adquiridos científicamente, sino a través de su vida profesional.

2º) Los destinatarios de los libros de práctica forense no eran los estudiantes universitarios sino los profesionales del Derecho, jueces y abogados sobre todo, respecto de los que se pretendía suplir las deficiencias de una formación universitaria centrada en la exposición del Derecho romano y que olvidaba el Derecho que debía aplicarse en la realidad diaria.

3º) Si los grandes juristas teóricos se movían en un ambiente cultural común a toda Europa, pues su objeto de atención era el Derecho romano, los prácticos quedaban reducidos a un ámbito geográfico más limitado, pues atendían al modo de proceder de los tribunales de su país, al estilo de actuar de la curia de un país determinado.

4º) La fuente principal de los prácticos no fue realmente la ley, entendida como norma emanada del titular de la potestad legislativa, sino el estilo de

actuar de los tribunales y las opiniones de otros prácticos. El *ordo iudiciarius* se concebía como una manifestación de la experiencia práctica, formado por los propios tribunales con el paso del tiempo, y de la doctrina, sobre el que no podía incidir de modo decisivo el legislador. Este podía dictar normas accesorias, pero no alterar la esencia del sistema.

La práctica forense ceñía, pues, sus enseñanzas a las necesidades de los profesionales (jueces, abogados, escribanos) que debían realizar de hecho los procesos, y se centraba en le *Style de la Cour*, en el modo de proceder. En este sentido, sin perjuicio de atender a algunos aspectos predominantemente teóricos, estimaba que sus consideraciones habían de centrarse en mayor medida en los trámites procedimentales, en la forma, en la manera de realizar los escritos, en los plazos. Frente al jurista teórico, tratadista de las grandes cuestiones tradicionales y que utilizaba como fuentes de conocimiento y de estudio principalmente las típicas del Derecho romano, el práctico forense se centraba en la realidad y pretendía explicar la manera de ejercer una profesión determinada. Se trataba de un intento de atender, desde la realidad, a las necesidades de quienes aplicaban cotidianamente el Derecho y por eso se ceñía a lo exterior, a la forma de la actividad judicial.

En España tenemos un ejemplo muy destacado de las diferencias entre el Derecho teórico y la práctica forense, y es el representado por Gonzalo Suárez de Paz. En 1583 este catedrático de la Universidad de Salamanca publicó un libro (de gran difusión, pues se hicieron de él doce ediciones, la última en 1790) titulado *Praxis ecclesiasticae et secularis cum actionum formulis et actis processum*, en el que comenzaba diciendo que, después explicar durante ocho años la teoría de los procesos (se entiende, civil y canónico) se le ocurrió que sería también de utilidad explicar la práctica, el estilo, el modo común de proceder, impartiendo estas enseñanzas en el año 1572 con gran aplauso de los asistentes y el aula llena de jueces, abogados y estudiantes. Advuértase que lo que Suarez de Paz estaba realmente diciendo es que él, un jurista teórico, un buen día decidió “descender” a explicar la práctica, en contra lo que se solía hacer en la Universidad, y que tuvo éxito, pero también que ello era excepcional y que duró muy poco tiempo.

Así las cosas, cuando a finales del siglo XVIII y a principios del siglo XIX las universidades comenzaron a hacer frente a las enseñanzas del que puede llamarse “derecho patrio” --lo que significó que el Derecho romano ya no fue el único objeto de la enseñanza-- la práctica forense pasó a convertirse en disciplina académica, y ello sólo pudo hacerse asumiendo lo que hasta entonces había sido. A partir de entonces los libros comenzaron a escribirse también para los estudiantes, con lo que empezaron a aparecer los manuales, en el sentido en que los conocemos en la actualidad, si bien inicialmente siguieron siendo libros orientados a la transmitir experiencia más que basados en un método científico.

3. EL INICIO: LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES

Si en el Antiguo Régimen el legislador no se creía autorizado para incidir con su potestad reglamentaria en la configuración del *ordo iudiciarius*, limitando sus normas a aspectos de detalle, sobre todo con referencia a la abreviación de los procesos, la situación va a cambiar radicalmente a finales del siglo XVIII. Con algún antecedente de gran interés, como fue el llamado *Code Louis*, es decir la *Ordonnance civile touchant la reformation de la Justice* de 1667 y la *Ordonnance criminelle* de 1670, las dos de Luis XIV de Francia, el cambio se

produce cuando el titular del poder político se apodera de la potestad legisladora en materia procesal, cuando considera que no pueden continuar subsistiendo las prácticas de los tribunales, correspondiéndole a él tomar las decisiones sobre cómo deben realizarse los procesos.

Ese cambio es manifiesto en la Revolución Francesa, en la que la ley pasa a ser manifestación de la voluntad general (art. 6 de la *Déclaration des Droits* de 1789) y se convierte en la única fuente del Derecho, siendo expresión de la plenitud del ordenamiento jurídico. Desde esta posición ideológica se realizaron y promulgaron los códigos napoleónicos, y en lo que nos importa ahora el *Code de procédure civile* de 14 de abril de 1806 y el *Code d'instruction criminelle* de 17 de noviembre de 1808, y se afronta su estudio por la escuela de la exégesis. Como reacción se pretende desconocer la práctica de los tribunales y la jurisprudencia, hasta el extremo de que Robespierre pretendía borrar la palabra jurisprudencia de los diccionarios de la lengua. Síntesis de esta concepción es la célebre frase de Buguet: “Yo no conozco el derecho civil, yo enseño el Código de Napoleón”, frase que puede referirse a todas las ramas del Derecho.

La *procédure* era así el conjunto de formas que los ciudadanos debían seguir para obtener justicia y que los tribunales habían de observar para otorgarla (Garsonnet), pero estas formas no eran ya las propias de cada tribunal, las que éste tenía a bien fijar con base en su experiencia y en la doctrina secular, sino que eran siempre las establecidas por la ley. Los procedimientos judiciales eran las formas solemnes con que se proponen y resuelven las pretensiones deducidas ante los tribunales (Lastres), pero esas formas no son ya las impuestas por la práctica, por el estilo de la curia, esas formas son las establecidas por la ley. Esta describía la forma de los actos procesales y el autor procedimentalista describía, a su vez, como la ley describía los actos. Todo se reducía, pues, a descripciones de formas legales y el mejor sistema para ello era, naturalmente, la exégesis.

Por ello en los países en los que se produce la codificación de las normas procesales en el inicio o a mediados del siglo XIX se publican grandes comentarios. Este es el caso de Francia y las obras de Boncenne, Garsonnet, Bonnier y Carré y Chaveau, por ejemplo, en el proceso civil, y de Daubenton, Helie, Maisonneuve y de Rogroh, también por ejemplo y en el proceso penal. Ocurre lo mismo en Italia con los comentarios al *Codice* de 1865 obra de Mancini, Pisanelli y Scialoja, de Borsari, de Cuzzi o de Ricci; menos numerosos son los comentarios a los códigos procesales penales, pero aún pueden citarse los de Pescatore y los de Saluto, por ejemplo. En España la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 fue comentada por Manresa, Miquel y Reus, por Hernández de la Rúa y también básicamente por José de Vicente y Caravantes.

El contenido de las obras que no se sometían literalmente al comentario abarcaba la organización judicial, la competencia de los tribunales y el procedimiento. Por ello en alguna ocasión no se hablaba de procedimientos judiciales sino de *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, que fue el título de la gran obra de Mattiolo y también el del Corso de Manfredini. En España como *Tratado de derecho judicial* tituló Montejo su no concluida obra.

La nueva orientación se manifiesta también en las denominaciones de la asignatura en los planes de estudio de las universidades, que pasa a ser básicamente la de *procédure* en francés, *procedura* en italiano y procedimientos judiciales en español. No faltan países y momentos en los que a esa denominación

básica se une la referencia a la organización judicial, y así en Italia la materia universitaria se llamaba *Procedura civile e Ordinamento giudiziario* y en España los manuales universitarios se titulaban “Tratado que comprende la constitución y atribuciones de todos los tribunales y juzgados y los procedimientos judiciales” (que es el título de la obra de Ortiz de Zúñiga que alcanzó más ediciones).

4. LA ETAPA INTERMEDIA: EL DERECHO PROCESAL

Aunque parezca una paradoja la doctrina procesal alemana tuvo la suerte en el siglo XIX de no contar con un código que comentar (por lo menos hasta las Ordenanzas procesales de 1877). Mientras que la codificación napoleónica lanzó a la doctrina francesa tras las huellas de lo consagrado en los códigos, el de procedimiento civil y el de instrucción criminal, y en buena medida lo mismo ocurrió con la italiana aunque un poco después, la doctrina alemana se vio libre de esta servidumbre y pudo plantearse desde la raíz los problemas teóricos y de fondo. Podría decirse que si en el siglo XIX los franceses y los italianos explicaban un código ya promulgado, los alemanes se dedicaban a poner las bases científicas para elaborar el suyo.

Ya en el siglo XVIII la entrada del “Derecho procesal” en las universidades alemanas había supuesto un cambio profundo. Inicialmente se escribía como y para prácticos (Mevius, Kapzov, Brunnemann) explicando las singulares regulaciones de cada proceso. Después se modificó esta situación, escribiéndose además para la enseñanza universitaria, con lo que el método casuístico se reveló inadecuado, y se acometió la tarea de incluir en un sistema la variedad de las regulaciones de los distintos procesos, llegando a unas reglas comunes sobre el procedimiento, reglas a las que pudieran atenerse los estudiantes y sirvieran de directrices para los profesionales.

Esta orientación condujo a los alemanes a plantearse los problemas de fondo, sin quedarse en las formas del procedimiento. Lo expresaba Kohler con gran claridad cuando decía que sin atender a la calidad jurídica de un fenómeno no es posible un tratamiento que corresponda a exigencias científicas; ¿Cómo sería posible un tratamiento del contrato que no tuviera en cuenta su naturaleza de negocio jurídico? ¿Con una descripción externa de los esquemas contractuales? ¿Con una descripción del desarrollo histórico de las particulares relaciones obligatorias? Nadie consideraría suficiente semejante tratamiento.

Si el procedimentalismo se había conformado con la descripción del desarrollo temporal de los distintos procedimientos, la doctrina alemana comprendió, a mediados del siglo XIX, que el proceso no es un mero devenir fáctico, sino jurídico, que no es una mera relación fáctica, sino jurídica, que afecta a las esferas jurídicas de las partes haciendo surgir derechos, modificándolos y extinguiéndolos. De ahí el descubrimiento de Bülow de que el proceso es una relación jurídica de Derecho público, que se desenvuelve de modo progresivo entre el tribunal y las partes. Elemento decisivo fue también la discusión en torno a la acción entablada en Windscheid y Muther. De ella resultó que el derecho de acción se independizó del derecho subjetivo material, siendo concebido como un derecho, de naturaleza pública, frente al Estado en sus órganos jurisdiccionales, a obtener tutela jurídica.

Con estas dos bases principales se pudo pasar a la consideración del proceso como relación jurídica, en la que el juez será uno de los sujetos y, además

a la consecuencia de que el proceso es el objeto fundamental del estudio del que por eso se llamó Derecho procesal. Quedaron así sentadas las bases del desarrollo posterior, que fue obra de Wach, Wetzell, Plank, Engelman y después y ya en la primera mitad del siglo XX de Hellwig, Stein, Kisch, Goldschmidt y tantos otros. En todos ellos el proceso será el concepto clave, y en él centrarán sus exposiciones (*Handbuch y Lehrbuch*), llegando a afirmar Wach que de propósito había eliminado de su manual todo lo judicial administrativo y específicamente político, aunque tuvo que incluir la organización de los tribunales pero sólo en cuanto afectara directamente al proceso, y James Goldschmidt se refirió a la organización de los tribunales como “bases de derecho político del proceso”.

Siguiendo las huellas del procedimentalismo francés, con el fin del siglo XIX el procedimentalismo italiano había alcanzado su cumbre con Mattiolo y su *Trattato*, y las nuevas orientaciones encontraron un primer expositor con características propias en Mortara, sobre todo en su *Commentario*, a caballo entre el XIX y el XX. Fue Chiovenda quien comprendió que el procedimentalismo ya no rendiría más frutos, siendo necesario buscar por otro lado, lo que en aquel momento sólo podía hacerse en Alemania, y así lo admitió expresamente, reconociendo en Wach a su “segundo formador”.

Atendiendo a los *Principii* de Chiovenda se advertirá que el proceso es el concepto básico, en torno al que gira todo el sistema, definiéndose como el conjunto de los actos dirigidos al fin de la actuación de la ley (respecto de un bien que se pretende garantizado por ésta en el caso concreto) mediante los órganos de la jurisdicción, y que su plan para el estudio del Derecho procesal parte de los conceptos fundamentales de acción y proceso, estudiando la jurisdicción (con sus derivados la organización judicial y la competencia) en tanto que presupuesto procesal, esto es, como condición necesaria para que pueda constituirse la relación procesal. Ese Derecho procesal constaba de tres partes: la teoría de la acción, la teoría de los presupuestos del proceso y la teoría del procedimiento, con lo que la jurisdicción y los titulares de la misma sólo merecían atención en tanto que presupuesto del proceso, pero no en sí mismos considerados.

En España el paso de los procedimientos judiciales al Derecho procesal lo representa Francisco Beceña, al que se debe el impulso inicial, si bien las obras generales de repercusión son las de Prieto Castro (*Exposición del derecho procesal civil de España*, de 1941) y de Guasp (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, 1943); después vendrá el manual Derecho procesal civil de Gómez Orbaneja con Herce.

No es fácil ofrecer, en apretada síntesis, los elementos caracterizadores de un gran conjunto de autores y obras, especialmente porque entre ellos existen matices de importancia que el resumen puede desvirtuar, pero, asumiendo que se está simplificando, puede decirse que el Derecho procesal se ha caracterizado en la mayor parte del siglo XX por:

A) Método

El sistema ha sustituido a la exégesis, y de ello se derivan consecuencias muy importantes en cuanto determinan la manera como se ha afrontado el estudio y se ha explicado el Derecho procesal.

a) El sistema

Si los procedimentalistas se vieron constreñidos a estudiar la ley y las formas del procedimiento eran las formas legales, los procesalistas elaborarán sistemas científicos, intentando acomodar la ley dentro del sistema. En Wach --y lo citamos por su gran influencia-- hay un reconocimiento expreso de ello cuando decía que “nos hemos librado de la pueril creencia de que el legislador pudiera quitar a la ciencia esa tarea (la de elaborar un sistema), que no medimos por el volumen del material ni hallamos tampoco en la interpretación de los párrafos de la ley. La ciencia comienza su turno reconociendo y comprendiendo lo que el texto legal quiere decir. Su finalidad es descender al plano de aquellas fuerzas vitales y pensamientos fundamentales que han creado y sostienen esa ley y construir sobre tal base el edificio en el que lo singular se ensamble para formar un todo. Nuestra misión es comprender el proceso en su conexión interna y la conveniencia y eficacia de la función de lo singular”.

El sistema es, pues, el método utilizado y ello hasta cuando se trata de libros con la forma de comentarios. Ejemplos paradigmáticos de ello se encuentran en los inicios en el *Commentario* de Mortara, sobre todo en el volumen primero, y ya más tardíamente en los *Comentarios* de Guasp. Cualquiera que esté atento a lo que lee descubrirá que el primero es un producto intelectual distinto de los viejos comentaristas del *Codice* de 1865 y que el segundo guarda una gran diferencia con los comentarios de Manresa a la misma Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. El propio Guasp lo advertía diciendo que “escribir un comentario sobre un texto legal no es, a mi juicio, renunciar a la construcción y aplicación de fórmulas generales que ayuden a interpretar dicho texto, porque la exégesis no es aquí una cuestión que se refiera al sistema sino al plan”, o bien que “si no he hecho ninguna concesión a la exégesis en lo que al sistema se refiere, le he reconocido, por el contrario, todo su imperio en lo que afecta al plan”. Más recientemente las diferencias pueden comprobarse si se atiende, también por ejemplo, a los comentarios de Satta.

b) Teoría del proceso

Lo anterior supone que el procesalista no se limita a describir las formas procedimentales, sino que hace teoría del proceso. Gráficamente se ha dicho por Alcalá-Zamora que si los procedimentalistas estudiaban la anatomía del fenómeno procesal, el procesalista hace fisiología. Ello es también evidente cuando, siempre por ejemplo, manifestaba Chiovenda que la ciencia del Derecho procesal se integraba por las teorías de la acción, de los presupuestos procesales y del procedimiento.²

c) El proceso como noción base

El sistema se centra en torno al proceso, que es el concepto base. El proceso se concibe normalmente como relación jurídica, estudiándose sus sujetos, los actos procesales, sus principios configuradores, sus fases: alegaciones, prueba,

² Algo distinto es el intento de construir una parte general del Derecho procesal que no ha conseguido frutos apreciables, posiblemente por centrarse únicamente en el proceso mismo, como si éste pudiera explicarse por sí sólo sin referencia a la potestad que lo utiliza y a los ciudadanos que encuentran en él la garantía de sus derechos. Sobre todo en Hispanoamérica se han publicado varias teorías generales del proceso con escaso adelanto científico.

conclusión, y sus efectos. Este es el esquema fundamental y de ahí que la de proceso sea la noción inicial, la que da unidad al sistema. Los demás conceptos quedan supeditados al de proceso. La jurisdicción interesa considerada desde el punto de vista del proceso, y por eso se resuelve en un presupuesto procesal, el primero de todos. Hasta la acción se estudia tomando en consideración su valor sistemático para el estudio y manejo del proceso.

B) Autonomía

Sólo con los procesalistas se llegó a la elaboración de una rama autónoma dentro la ciencia jurídica, y ello mediante la consideración en profundidad de algunos conceptos fundamentales, con lo que se produjo la separación del Derecho material.

a) Ruptura con el Derecho material

Desde Justiniano, por lo menos, era tradicional la división del Derecho privado en tres partes: personas cosas y acciones, quedando incluida en esta última lo que luego se llamó Derecho procesal; éste era, pues, simplemente un capítulo, generalmente el último del Derecho sustantivo correspondiente (del Derecho privado, del Derecho penal). Como decía Sperl el proceso civil era un siervo del Derecho privado y el proceso penal lo era de la ley penal. La conciencia de la distinción entre Derecho material y proceso fue iniciada por la codificación, al dedicar a los procedimientos códigos propios, pero la autonomía se alcanza con los procesalistas.

b) La búsqueda de lo ajeno

La conquista de terrenos inicialmente ajenos es un fenómeno propio de la fase juvenil de las nuevas ramas de la ciencia jurídica. En el Derecho procesal se ha manifestado ese afán conquistador respecto de instituciones muy diferentes, como son la prueba, la cosa juzgada, la acción o la caducidad y la prescripción.

El caso de la prueba es paradigmático. Los códigos repartieron su tratamiento entre el Civil y el de Procedimientos Civiles, bajo la influencia de la concepción de Pothier sobre las obligaciones y su prueba, pero ya los procedimentalistas, con el precedente de Bentham (1823) le dedicaron libros muy importantes, como los de Mittermaier en Alemania (1834) y Bonnier en Francia (1843) y más tarde el tratado de Lessona en Italia (1894) y los procesalistas han continuado la labor. Hoy no se duda de la naturaleza procesal de las normas sobre prueba (aunque en algún país, como Argentina, el nuevo código civil sigue teniendo demasiadas normas procesales).

C) Contenido

Respecto del contenido las diferencias entre los procedimentalistas y los procesalistas radican menos en las materias estudiadas y más en la profundidad con que se abordan, salvo en lo relativo a la consideración de la jurisdicción.

a) Profundidad

No es preciso poner ahora ejemplos de instituciones estudiadas antes y después de la renovación procesal, con el fin de comparar sus frutos, pues la

conclusión dicha de la profundidad del tratamiento es manifiesta y no precisa de demostración. Sí puede ser conveniente destacar el talante que revela, por ejemplo, Gómez Orbaneja cuando se enfrenta al comentario de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: “La sola doctrina jurídica que vale es la que coge el precepto de frente, y trata de exprimirlo para que suelte el sentido que encierre en sus palabras y en función de todos los otros preceptos; no la que gira en torno al texto legal para acabar colgándole, antes de escaparse de él, unos adornos de mejor o peor retórica”.

b) Materias estudiadas

En cuanto a las materias estudiadas asistimos a un dejar llevarse por la tradición, sin replantearse críticamente el campo cubierto por el Derecho procesal. Lo más trascendente, con todo, es el abandono de la jurisdicción y con ella de la organización judicial y de las personas titulares de la potestad jurisdiccional. Ese abandono se manifiesta en dos campos.

Por un lado en los planes de estudios el profesor de Derecho procesal queda relevado de explicar todo lo relativo a la jurisdicción. Ejemplo destacado de ello se encuentra en Italia, donde en 1935 de *Procedura civile e Ordinamento giudiziario* se pasó únicamente a *Procedura civile*, que se convirtió en 1936 en *Diritto processuale civile*. Los italianos han bromeado en torno al “cambio de sexo” de su disciplina, pero no creo que hayan insistido lo suficiente en lo significativo que fueron las fechas en que el legislador fascista les apartó de la explicación académica de todos los problemas relativos al Poder Judicial.

Por otro lado, mucho más grave ha sido que los procesalistas abandonaran voluntariamente ese campo. Como hemos visto los alemanes se habían “liberado” ya a finales del siglo XIX de considerar en sus manuales todo lo relativo a la jurisdicción, y los italianos lo hicieron desde que Chiovenda se centró en el proceso y definió a la jurisdicción simplemente como un presupuesto procesal³; la doctrina iberoamericana ha insistido en que pertenecen al Derecho político o constitucional las normas básicas de la función jurisdiccional como función o poder del Estado, y al Derecho administrativo los preceptos sobre el estatuto jurídico de los jueces, en su calidad de funcionarios, por lo que Couture, en la primera edición de sus Fundamentos ni siquiera se refería a la jurisdicción

5. LA SITUACIÓN ACTUAL: EL DERECHO JURISDICCIONAL

De la evolución que hemos expuesto, de manera desde luego muy resumida pero espero que suficiente para comprender el camino seguido, puede

3 Sin ánimo de centrar la consideración que estamos haciendo en el texto de un autor determinado, no podemos dejar de advertir que el ejemplo más sintomático es el de Chiovenda, sobre todo si se tiene en cuenta su influencia decisiva en la doctrina y en la práctica italianas. En él aparecen de modo muy claro dos componentes:

1.º) Científico: En su obra fundamental se advierte que el proceso es el concepto básico, en torno al que gira todo el sistema, que se define como el conjunto de actos dirigidos al fin de la actuación de la ley (respecto de un bien que se pretende garantizado por ésta en el caso concreto), mediante los órganos de la jurisdicción, y que su plan para el estudio del derecho procesal partía de los conceptos de acción y de proceso, estudiando la jurisdicción en tanto que presupuesto procesal, esto es, como condición necesaria para que pueda constituirse la relación procesal. El Derecho procesal constaba así de tres partes: la teoría de la acción, la teoría de los presupuestos del proceso, y la teoría del procedimiento.

2.º) Político: Lo más importante, con todo, es que la jurisdicción en sí misma considerada y las garantías externas de la función jurisdiccional y, entre ellas principalmente la independencia, no pertenecen al estudio del proceso ni del Derecho procesal, de modo que el centrarse en el proceso supuso abandonar el estudio de todos los problemas inherentes al Poder Judicial.

deducirse que los cambios de denominación experimentados por esta rama de la ciencia jurídica práctica forense, procedimientos judiciales, derecho procesal no se han reducido a cuestiones terminológicas, más o menos bizantinas, sino que han respondido a cambios sustanciales. De la misma manera cuando en la actualidad estamos propugnando que el Derecho procesal pase a denominarse Derecho jurisdiccional, no lo hacemos simplemente con el ánimo de cambiar de palabras, sino porque creemos que la nueva denominación servirá para denotar un nuevo paso en la evolución.⁴

Este paso está implícito ya en algunos autores de uno y otro lado del Océano. Cuando Calamandrei emprendió el estudio del Derecho procesal desde el punto de vista del Estado que administra justicia, desde la potestad o función jurisdiccional, o cuando Allorio preveía que la teoría del mañana buscaría apoyo en los conceptos de potestad jurisdiccional o jurisdicción, o cuando la doctrina española está diciendo que el concepto central del Derecho procesal es el de jurisdicción, o cuando Alsina inició su exposición por la función jurisdiccional del Estado y dijo que el Derecho procesal comprende la organización del Poder Judicial, la competencia y la actuación del juez y de las partes en el proceso, en todos estos casos, y en muchos otros que podrían citarse, estaba implícito el paso que pretende darse cuando se quiere que la denominación de la ciencia y de la materia universitaria sea la de Derecho jurisdiccional.

Lo que hemos dicho antes de la evolución tiene que haber servido para

⁴ El cambio de nombre propuesto no es una simple variación terminológica, sino que responde a algo más profundo, a una distinta manera de concebir las relaciones entre los poderes del Estado y los derechos del ciudadano frente a uno de esos poderes, el Judicial, y precisamente de manera totalmente contraria al sugerido por algunos críticos. Se trata de que:

1.º) Desde el punto de vista político no puede seguir manteniéndose que la administración de justicia sea una parte de la Administración pública y, por tanto, confiada al poder ejecutivo. Hay que reivindicar la existencia de un verdadero poder judicial, titular de poder político en el Estado.

2.º) En ese mismo orden de cosas hay que acabar con la funesta idea del juez funcionario, incardinado en una carrera, en un escalafón, del que dispone el detentador del poder político, tanto en su ingreso como en su mantenimiento en el ejercicio de la función. Si el poder judicial tiene que ser un verdadero poder, los titulares del mismo no pueden ser meros funcionarios. La independencia, en tanto que nota diferenciadora del estatuto personal de los jueces, debe ser defendida en la teoría si se quiere verla en la práctica.

3.º) Siempre desde una visión política debe atenderse al conjunto de la organización judicial; ésta no puede seguir siendo algo meramente administrativo que decida un oscuro covachuelista del Ministerio de Justicia. La adecuación de esa organización judicial a las necesidades de la realidad no es un problema meramente técnico, de administración, sino que debe resolverse desde la toma de decisiones políticas.

4.º) La manera de conformar los estatutos de las diferentes personas que auxilian y colaboran con los jueces y magistrados en el ejercicio por éstos de la potestad jurisdiccional, tampoco puede seguir considerándose una cuestión técnico-administrativa, ni mucho menos algo exclusivamente profesional. Lo que el secretario judicial deba ser, por ejemplo, no es un mero detalle técnico. La naturaleza y funciones del Ministerio fiscal, otro ejemplo, responden a una concepción política mucho más general.

5.º) Los derechos del ciudadano ante el Poder Judicial no puede reducirse a una discusión teórica entre los partidarios de las teorías concretas y los partidarios de las teorías abstractas sobre la acción, sino que debe reconducirse a la concepción general de que ya no hay súbditos que se enfrentan al poder como subordinados, sino ciudadanos que exigen del poder el respeto de sus derechos, en cuanto es el poder el que debe estar al servicio de los ciudadanos y no al revés.

6.º) El proceso, por fin, sólo puede tener sentido si se le concibe como instrumento del titular de la potestad jurisdiccional para cumplir su función y como instrumento del ciudadano para exigir la efectividad de sus derechos. La visión del proceso en sí mismo considerado, como algo que se autoexplica sin salir del mismo, no puede seguir manteniéndose. El proceso no puede ser más un fin en sí mismo; es sólo un medio.

La concepción que se deriva de estos postulados es la que está en la base del cambio de denominación y, como es manifiesto se trata, en resumen, de: 1) Concebir al poder judicial como un verdadero poder en el Estado, y 2) Asumir que no existen súbditos, sino ciudadanos que tienen derechos frente a ese poder judicial.

demostrar que ésta ha seguido un movimiento centrípeto, de la periferia al centro, de la apariencia a la esencia, pero la médula de la esencia no es el proceso sino la jurisdicción; ésta es el concepto principal, mientras que aquél es sólo un concepto subordinado, en cuanto que es el instrumento utilizado por los tribunales para cumplir con la función que les está asignada constitucionalmente.

La discusión, más que centenaria, en torno a la naturaleza jurídica del proceso se ha perdido en ocasiones en un piélagos de palabras, olvidándose muchas veces qué es lo que busca. La respuesta de Bülow de que constituye una relación jurídica sirvió para construir la autonomía del Derecho procesal frente al Derecho material, pero su explicación fue insuficiente, y Goldschmidt demostró el “significado ornamental” que la referencia a la relación jurídica tenía en la mayor parte de las obras generales, concluyendo que el proceso no forma parte de las categorías conocidas del Derecho, sino que constituye por sí mismo una categoría no reducible a otra más general. Hoy, setenta y cinco años después de la obra de Goldschmidt, puede decirse que la polémica en torno a la naturaleza jurídica del proceso ha perdido toda utilidad, y que los manuales o no se refieren a ella o en los mismos se realiza una exposición de teorías sin saber muy bien a qué conducen.

Cuando se acaba calificando al proceso de categoría propia, la finalidad de la búsqueda de la naturaleza jurídica, esto es, la remisión a normas supletorias en caso de laguna legal, se ha diluido, por lo que no cabe extrañarse de que en la actualidad la doctrina o bien hace referencia a la relación jurídica o a la situación jurídica, sin extraer luego ni consecuencias prácticas ni determinantes del contenido del propio manual o tratado, o bien soslaya el tema limitándose a hacer una exposición de teorías, sin tomar partido y sin decir para qué se ha realizado esa exposición.

Partiendo de que el proceso es una categoría jurídica propia, que no tiene encuadre en otra categoría más general, el proceso ha dejado de tener naturaleza jurídica (en el sentido con el que esta expresión se utiliza normalmente), y entonces lo que importa es el descubrimiento de su razón de ser, su comprensión científica. Lo que importa es ya su por qué.

La respuesta a esa razón de ser o por qué es la de que el proceso es un instrumento necesario. Si los órganos jurisdiccionales han de cumplir su función, la que les está señalada constitucionalmente, necesitan, en primer lugar, un estímulo, la acción, y, después, realizar una serie de actos sucesivos en el tiempo, cada uno de los cuales es consecuencia del anterior y presupuesto del siguiente, a cuyo conjunto llamamos proceso. Este es, pues, el medio jurídico, el instrumento para el cumplimiento de la función jurisdiccional.

No debe olvidarse que el proceso es también el instrumento necesario para que los ciudadanos hagan efectivo su derecho a la jurisdicción, logren la tutela judicial efectiva a la que suelen referirse las constituciones, terminología con la actualmente suele aludirse al derecho de acción. La consideración del proceso como instrumento es, pues, doble, y se integra tanto con referencia a la jurisdicción como a los ciudadanos; en el primer caso se está ante el Estado

actuando por medio de los tribunales, Estado que es titular de un deber, el de prestar la tutela judicial; en el segundo se está ante el ciudadano que insta la tutela judicial, ciudadano que es titular de un derecho de rango fundamental.

Hace ya algunos años decía Couture que el Derecho procesal se encontraba en una crisis de fecundidad, moviéndose la doctrina en tres tendencias: una de carácter filosófico, otra de carácter político y otra de carácter técnico. No discutimos la primera y la tercera, sino que antes al contrario propugnamos su profundización, pero estimamos que es en la segunda donde está el futuro del Derecho procesal, y lo está porque sólo se vislumbra verdadero progreso desde el reconocimiento de que esta rama de la ciencia jurídica ha de convertirse en el Derecho del Poder Judicial y en el de los derechos de los ciudadanos frente al mismo.

Sección Segunda

EL PODER JUDICIAL

6. EL APODERAMIENTO POR EL PODER EJECUTIVO

Aunque tantas veces se haya sostenido lo contrario, en la concepción ideológica base de la Revolución Francesa la división de poderes no supuso la aparición de un verdadero Poder Judicial, sino que los revolucionarios, partiendo de Montesquieu, sentían una gran desconfianza frente a los tribunales (frente a los *parlements*). La potestad de juzgar no se atribuyó, por tanto, ni a una fuerza social ni a una profesión determinada, sino a las personas elegidas por el pueblo y para unos periodos determinados del año. Los tribunales no debían ser permanentes, sino que habrían de constituirse sólo durante el tiempo preciso para solucionar los asuntos pendientes. Esto es, tribunales populares y ocasionales.

El caso fue, sin embargo, que esta construcción teórica del barón de la Brède no resistió al trasladarse al plano de la realidad y manifestaciones de ello se encuentran en que:

1º) La expresión Poder Judicial se utilizó sólo en tres de las muchas constituciones por las que se ha regido Francia: en la primera de 3 de septiembre de 1791, en la senatorial de 6 de abril de 1814 y en la efímera que se dio la II República de 1848. En todas las demás se ha eludido esta expresión y se ha hablado de *ordre judiciaire*, de *fonction judiciaire* o de *autorité judiciaire*; desde 1848 no se habla en ese país de Poder Judicial. Y la situación no es sustancialmente distinta en otros países, pues en España, por ejemplo, sólo han hablado de Poder Judicial tres constituciones (aparte de la vigente de 1978) y una de ella no llegó entrar en vigor.

2º) La elección popular de los jueces se establecía en las constituciones francesas de 1791, de 1793 y de 1794, y antes en el Decreto sobre organización judicial de 16-24 de agosto de 1790. El cambio se produjo en la Constitución de 13 de diciembre de 1799 en la que el nombramiento de los jueces pasó a las manos del primer cónsul, es decir, de Napoleón.

A partir de aquí el Poder Ejecutivo se ha apoderado de los jueces y de los tribunales y expresión de ello van a ser la Ley sobre organización de los tribunales de 18 de marzo de 1800 y la Ley sobre organización del orden judicial y la administración de justicia de 20 de abril de 1810. Napoleón organizó la Administración pública francesa y concibió a la Justicia como una parte de la misma; apareció así la Administración de Justicia y el ministro del ramo se convirtió en el *grand-juge*.

La Ley de 1810, que se mantuvo en vigor hasta el fin de la III República, partía de la idea de que la Justicia era un simple servicio público, equiparable sin más a cualquier otro, y los funcionarios del mismo, los jueces, eran nombrados y destituidos por el ministro de Justicia atendiendo a criterios de eficacia en el

servicio, esto es, a criterios políticos. La concepción no era diferente en los demás países, y baste así recordar, primero, el Real Decreto italiano de 6 de diciembre de 1865 denominado *Ordinamento giudiziario*, y después la Ley de Jurisdicción austríaca de 1895, obra de Klein.

El apoderamiento de la Justicia realizado por Napoleón, cuya expresión más clara fue la conversión de los jueces en funcionarios nombrados por el Poder Ejecutivo, resultó tan completa que hasta la doctrina se apresuró a justificarlo. Los procedimentalistas franceses partieron ya de negar la existencia del Poder Judicial, y así Garsonnet hablaba de dos poderes, el legislativo y el ejecutivo, mientras que el judicial entraba necesariamente en el segundo puesto que su función es sólo aplicar la ley. La teoría de los tres poderes --decía-- podría defenderse en un régimen en el que los jueces fueran elegidos, pero no es admisible en un sistema en el que corresponde al Poder Ejecutivo el nombramiento de aquéllos. Más aún, a principios de este Siglo decía Hauriou que el régimen democrático excluye el poder de juzgar de la lista de los poderes públicos.

7. INAMOVILIDAD E INDEPENDENCIA DE LOS JUECES

En una monarquía absoluta, en la que todo el poder estaba concentrado en las manos del monarca y en la que todas las demás personas con funciones públicas actuaban por delegación del rey, no tenía sentido establecer diferencias de estatuto entre las personas en que aquél delegaba y, por tanto, no cabía hablar de independencia respecto de los jueces. Esta aparece como condición necesaria para el ejercicio de la función jurisdiccional cuando el Poder Judicial se entiende separado de los otros poderes y cuando la función ha de confiarse a personas cuyas decisiones no pueden verse ni determinadas ni influidas por los titulares de esos otros poderes.

Si la función jurisdiccional se resuelve en la tutela de los derechos de las personas en el caso concreto, ello sólo puede hacerse si al titular de la potestad jurisdiccional se le declara independiente y se le garantiza la independencia por medio de la atribución de un estatuto personal específico y adecuado. El primer paso para garantizar la independencia es el de la inamovilidad, pero el apoderamiento del Poder Judicial por el Ejecutivo frustró de entrada la misma posibilidad de que los jueces fueran primero inamovibles y luego independientes.

El apoderamiento a que nos estamos refiriendo se reflejó en las constituciones del siglo XIX bajo la fórmula de que la Justicia emana del Rey y se administra en su nombre por jueces que él establece. Con esa fórmula, u otras semejantes, los jueces pasaron a convertirse en funcionarios y sufrieron la misma suerte que éstos durante todo el Siglo. Para unos y otros se decía que el cumplimiento por el Gobierno de su función, y la misma posibilidad de exigirle responsabilidad política, sólo cabía si ese Gobierno podía tener “empleados de su confianza”, lo que llevaba a la discrecionalidad en su nombramiento y cese. La discrecionalidad ministerial se convirtió así en el árbitro de la vida profesional de los jueces y esa discrecionalidad era incompatible con el menor atisbo de independencia.

La lucha por la independencia tuvo una primera batalla en la inamovilidad, y a ésta se llegó por la creación de la carrera judicial en la que se ingresaba por oposición. Este primer paso se dio en los países europeos a finales del siglo XIX. En España en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 pero más claramente en el Real Decreto de 24 de septiembre de 1889; en Italia en la Ley de 8 de junio de 1890 y sobre todo en las Leyes Orlando de 14 de julio de 1907 y de 24 de julio de 1908. Después de ellas pudo decirse que el siglo XX se inicia con una magistratura inamovible y dispuesta a dar la siguiente batalla, la de la independencia.

El siglo XX es, pues, el siglo de la consecución de la independencia judicial, si bien en el mismo se registraron avances y retrocesos, por lo menos hasta el inicio de su segunda mitad. Recuérdese lo que supusieron en Alemania y en Italia el nazismo y el fascismo y en España una larga dictadura. En Francia sus jueces siguen bajo una concepción napoleónica de magistratura jerarquizada, en la que el presidente de la República se convierte en garante de la independencia (como dice el art. 64 de la Constitución de 1958). En cualquier caso las constituciones promulgadas después de la II Guerra Mundial supusieron, en buena medida, una reacción contra el inmediato pasado que, en lo que ahora nos importa, llevó, no sólo a la proclamación de la independencia judicial, sino a la configuración de estatutos personales de los jueces en los que se persigue claramente la fijación de garantías de esa independencia.

Hoy puede discutirse en torno a la práctica de la independencia, a si ésta es o no efectiva en un país determinado, y por ello el tema sigue siendo objeto de consideración en libros y congresos, pero no se encuentran ya defensas ideológicas de la dependencia de los jueces. Si no hace mucho los pseudo juristas comunistas defendían (y Stalev todavía en 1976) que el papel del juzgador en el proceso era tutelar, no sólo los derechos de las partes, sino “los intereses de la sociedad socialista”, y si, más en general, se decía por Gurvich que los tribunales soviéticos “deben ser los ejecutores sensibles y capaces de la política del Partido, expresada en las normas del Derecho soviético, así como en las directrices del Partido Comunista de la Unión Soviética y del Gobierno Soviético”, en la actualidad frases como las anteriores no se encuentran ya ni en los juristas de los países del Este, los cuales se han tenido que “reconvertir” al principio de la independencia judicial como consecuencia de la pérdida de sentido de su ideología de base. Por lo mismo todas las obras de comparación entre los sistemas jurídicos occidentales y socialistas (por ejemplo las de Cappelletti) han pasado al archivo de las curiosidades inútiles, pues en ellas se partía de considerar equiparables uno y otro sistema, uno basado en la búsqueda de la libertad y otro en su supresión.

8. EL GOBIERNO AUTÓNOMO DEL PODER JUDICIAL

Tan lejos como en 1885 publicó un joven procedimentalista italiano, Lodovico Mortara, un libro titulado *Lo Stato moderno e la Giustizia* en el que, partiendo de que el Poder Judicial emana directamente de la soberanía y no es ni una rama ni un órgano del Poder Ejecutivo, abogó, posiblemente por vez primera, por lo que llamó “autogobierno de la Magistratura”, auspiciando la creación de

un Consejo Superior de Justicia. Esta idea fue madurando a lo largo del Siglo y, sobre todo después de la II Guerra Mundial, se fue evidenciando la necesidad de romper con el apoderamiento por el Poder Ejecutivo.

Al mismo tiempo el viejo ámbito de actuación de la jurisdicción, limitado a los litigios entre particulares (proceso civil) y a la imposición de las penas (proceso penal), con lo que al Poder Judicial se le apartaba de todos los asuntos en los que podía incidir directamente la actuación política de una nación, fue ampliándose de modo que empezó a comprender la tutela de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos (normalmente frente a los titulares del poder político), el control del ejercicio de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa y el control de la constitucionalidad de las leyes, con lo que poco a poco se hizo cada vez más evidente que no podía seguir negándose la participación del Poder Judicial en el poder político del Estado. Añádase que si el Poder Judicial se convierte en el controlador de la adecuación de la ley a la constitución y del ejercicio de los otros dos poderes, se hace más evidente que aquél no puede quedar sometido a éstos.

Así las cosas, la Constitución italiana de 1947 reconoció ya que “la magistratura constituye un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder” (art. 104, I), disponiendo la creación del Consejo Superior de la Magistratura, integrado por 2/3 de magistrados elegidos por y entre ellos (en total 20) y 1/3 de juristas designados por el Parlamento (es decir, 10) (art. 104, III, y Leyes de 24 de marzo de 1958 y de 22 de diciembre de 1975), al que se confiaba el nombramiento, la adscripción a sede o a funciones, el traslado, el ascenso de todos los magistrados (incluidos los del Ministerio Público), y el régimen de responsabilidad disciplinaria de los mismos (art. 105), lo que supone el control del estatuto personal de todos los magistrados.

Por ese camino han seguido después otras constituciones, procediendo a la creación de órganos de gobierno autónomo del Poder Judicial, con mayores o menores facultades, pero suponiendo en todos los casos una forma de desapoderar al Poder Ejecutivo de su tradicional control de los jueces. El éxito puede haber sido dispar, dependiendo de las condiciones políticas de cada país, pues no han faltado casos en los que los detentadores del poder político no se han resignado a ese desapoderamiento y siempre han buscado y en ocasiones han conseguido volver a hacerse con los instrumentos para seguir influyendo o determinado las resoluciones judiciales. Este es el supuesto de España, que constituye un caso paradigmático de la no resignación de cierta clase política a perder parte del poder.

La Constitución de 1978 dispuso también la creación del Consejo General del Poder Judicial que debía ser “el órgano de gobierno del mismo” y al que se atribuyen los nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario de los jueces y magistrados (excluido el Ministerio Público, que no forma parte del Poder Judicial), pero si la Ley primera de su desarrollo, la de 1980, auspiciada por un partido de centro caminó dentro de ese sendero de gobierno autónomo, la segunda Ley de desarrollo, la de 1985, propugnada por el Partido Socialista, llevó tanto a la reducción de las funciones del Consejo como a que todos sus

miembros fueran designados por el Parlamento, con lo que se produjo un claro intento de seguir influyendo en las resoluciones judiciales, si bien ahora por medio del elemento interpuesto del Consejo. Se ha producido así una evidente desvirtuación del espíritu constitucional, y ello con el argumento de que quien vence en una elecciones, y obtiene la mayoría en las cámaras legislativas, debe hacerse con todo el poder dentro del Estado y de la Nación, sin que nada pueda quedar excluido del mismo, argumento que tiene obvias raíces totalitarias.

A pesar de todo el camino que conduce al gobierno autónomo del Poder Judicial está ya abierto y, aunque se produzcan retrocesos parciales, será muy difícil que no vayan dándose pasos adelante que acaben por producir efectivamente el desapoderamiento del Poder Ejecutivo, terminando con un sistema que es incompatible con la tutela de los derechos de los ciudadanos conforme a la ley, que es la función asignada constitucionalmente al Poder Judicial.

En ese camino el caso del Perú es un ejemplo muy claro de avance, con alaguna sombra. El Consejo Nacional de la Magistratura, conforme a la Constitución (art. 154) nombra a los jueces y fiscales de todos los niveles, ratifica a los mismos cada siete años (lo que es claro ataque a la inamovilidad y por esa vía a la independencia) y aplica la sanción de destitución. Y lo mejor en su sistema de nombramiento, pues sus siete miembros son nombrados sin intervención de los partidos políticos.

Según el artículo 155 de la Constitución sus miembros se nombran: Uno elegido por la Corte Suprema, en votación secreta en Sala Plena; Uno elegido, en votación secreta, por la Junta de Fiscales Supremos; Uno elegido por los miembros de los Colegios de Abogados del país, en votación secreta; Dos elegidos, en votación secreta, por los miembros de los demás Colegios Profesionales del país, conforme a ley; Uno elegido en votación secreta, por los rectores de las universidades nacionales; y Uno elegido, en votación secreta, por los rectores de las universidades particulares.

Sección Tercera

EL PROCESO CIVIL

9. DEL SISTEMA TEÓRICO A LA EFICACIA PRÁCTICA

En el inicio del siglo XX el estado de la evolución científica del Derecho procesal, y ahora ya en su faceta específica del proceso civil, no era uniforme en los distintos países. Si en Alemania se había iniciado el procesalismo científico y se habían producido y se iban a seguir publicando grandes obras sistemáticas, en Italia puede decirse que, sin perjuicio de algún antecedente, el inicio del procesalismo coincide con el del Siglo, mientras que en España habrá de esperarse aún algunas décadas. Francia quedará anclada en el viejo procedimentalismo, del que parece no poder salir ni siquiera en la actualidad. En los países iberoamericanos la ruptura con el pasado procedimentalista se producirá bien avanzado el Siglo y en su origen se encuentra la recepción de la doctrina italiana y de la doctrina española y, en menor medida, de la doctrina alemana.

La inicial situación de evolución descompasada no subsiste en la actualidad. Hoy no puede ya decirse que país alguno esté constituido en la punta de lanza del progreso científico procesal civil, habiéndose producido una suerte de igualación. Si en el comienzo la doctrina alemana impuso el sistema, y si ya en la década de los treinta la doctrina italiana recogió el testigo e impuso su ritmo, la desaparición física de los grandes constructores de conceptos ha hecho que, al final, nos hayamos quedado reducidos a un discurso entre iguales en el que nadie impone nada a nadie.

La situación se ha complicado, y de modo extraordinario, por los cambios en la realidad social, que han hecho modificar el rumbo de la doctrina. Durante muchas décadas del Siglo la doctrina pudo ocuparse con relativa tranquilidad de las cuestiones teóricas, pues la práctica sobre la que se operaba se mantuvo relativamente estable, sobre todo en el sentido de que el número de procesos civiles no sufrió grandes modificaciones, ni cuantitativas ni cualitativas. Las cosas cambiaron, y muy profundamente, cuando, sobre todo en el último tercio del Siglo, el número de procesos aumentó extraordinariamente, con lo que se hizo acuciante atender a la realidad. Unos simples datos ponen de manifiesto ese brusco cambio. En Alemania si en 1980 se iniciaron 1.300.000 procesos ese número pasó a 2.100.000 en 1993. En Francia en los últimos veinte años se han multiplicado por tres. En España se ha producido un aumento continuo del 10 por 100 anual y acumulado en los últimos veinte años, con lo que en 1996 los procesos civiles llegaron a ser 770.727, cuando en 1975 ese número rondaba los 200.000. Los cambios, desde luego, no han sido sólo cuantitativos, pues también hay que referirse a una modificación cualitativa, reflejo del acceso a la justicia civil de amplias capas de la población que antes estaban excluidas de ella; sigue discutiéndose ante un juez de la propiedad, entre otras cosas porque el número de propietarios ha aumentado, pero otros derechos han entrado en liza, especialmente los relativos a la responsabilidad extracontractual.

El cambio social ha alterado completamente los términos de la situación.

Mientras el proceso civil fue un instrumento por el que la reducida clase media de un país solucionaba sus litigios, la doctrina pudo afrontar el estudio de las grandes cuestiones teóricas de ese instrumento, pero cuando al mismo han accedido un número mucho mayor de ciudadanos, tanto por la ampliación de las clases medias como por el acceso al proceso de otras capas de la población, con lo que el proceso civil ha pasado a ser un fenómeno de masas, se ha convertido en acuciante la efectividad práctica del mismo, con lo que las cuestiones teóricas han quedado en un segundo plano. No se trata de que estas cuestiones hayan desaparecido, sino que se plantean de modo distinto. Es así muy sintomático que lo que preocupa hoy a los órganos de gobierno del Poder Judicial sea más el número de asuntos que se resuelve por cada juez que el contenido o calidad de la resolución.

10. LAS GRANDES CUESTIONES TEÓRICAS

El punto de partida fue el concepto de proceso, en torno al cual se construyó todo el sistema. Como decía Carnelutti la doctrina alemana hizo nacer el Derecho *procesal desde los procedimientos*, esto es, una disciplina con técnica artesanal fue elevada al nivel de rama del Derecho y el proceso fue reconocido como objeto de esa ciencia.

Coherentemente con esta impostación las doctrinas alemana e italiana en la primera mitad del Siglo se centraron en los conceptos de derecho de acción y de relación jurídica procesal, de situación procesal, de acto procesal, de presupuestos procesales, de sujetos del mismo, de objeto del proceso y de efectos del proceso o cosa juzgada. Particular interés tuvo la consideración de los principios del proceso, del reparto de los poderes entre el juez y las partes y también todo lo relativo a la prueba, especialmente la carga y la valoración de la prueba. Ya después de la II Guerra Mundial buena parte de los estudios se centraron en la relación entre constitución y proceso, con el acento puesto en el examen de los derechos procesales de las partes, sobre todo el de defensa en sus aspectos de acceso al proceso, de ser oído en juicio, a la prueba, etc.

En algún momento posterior se ha pretendido que ese centrarse en el sistema dogmático, en los grandes conceptos, no era más que una manera de huir de las ideologías, refugiándose en una aparente ciencia objetiva, pero habrá de reconocerse que si hoy contamos con un gran bagaje científico se lo debemos a los que hicieron aquel gran esfuerzo esclarecedor, y que siempre será necesario continuar con él. Naturalmente no podemos desarrollar todas estas cuestiones, pero sí puede ser oportuno centrar la consideración por lo menos en tres de esos conceptos dada su trascendencia.

A) *El derecho de acción*

En la mitad del siglo XIX la pandectística alemana seguía manteniendo la identificación entre derecho subjetivo y acción, de modo que según Savigny ésta es el aspecto que presenta aquél cuando ha sido violado; la acción es un momento del derecho subjetivo, por lo que si el derecho no existe la violación del mismo no es posible y por tanto no puede existir acción; el titular de la acción sólo puede ser el ofendido y en tanto titular del derecho subjetivo. En frase gráfica de Puchta la acción es el derecho subjetivo en pie de guerra, o en frase muy significativa de Demolombe cuando las leyes hablan de derechos y de acciones incurrir en un

pleonismo.

Desde la identificación entre derecho subjetivo y acción, el criterio de clasificación de éstas se basaba en aquél, y por eso la tipificación de las acciones realizada por los glosadores --que llegaron a hablar de 191 acciones, cada una con su nombre propio, contenido específico y sujetos activo y pasivo-- se mantuvo y llegó a determinar la codificación. Ahora bien todo este mundo jurídico pasó a los libros de historia cuando se produjo la ruptura entre derecho subjetivo y acción por obra de la doctrina alemana, concluyéndose que la acción es el derecho a la tutela jurídica por parte del Estado, de modo que:

1.º) Existen dos derechos diversos, uno es el derecho subjetivo material, que se dirige contra un particular y que tiene naturaleza privada, y otro es el derecho de acción, que se dirige contra el Estado y que tiene naturaleza pública.

2.º) Ha de darse ya un concepto unitario de acción, por cuanto no existen acciones, tantas como derechos subjetivos, sino una única acción, un único derecho de acción frente al Estado, con lo que las clasificaciones basadas en el derecho subjetivo han perdido todo su sentido y si se mantienen en la actualidad entre los cultivadores del Derecho civil o, mejor, del Derecho privado, es porque no han llegado a comprender el gran cambio producido con el fin de las doctrinas monistas sobre la acción.

La aparición de las teorías dualistas sobre la acción implica, por un lado, que una cosa es el derecho subjetivo material y otras la acción, que será siempre un derecho subjetivo público frente al Estado del que ya no puede hablarse en plural (no existen acciones) y, por otro, la aparición de la pretensión como objeto del proceso y la clasificación de las pretensiones con criterio puramente procesal.

a) La acción como derecho a la tutela judicial

Establecido el carácter público de la acción la doctrina ha seguido dos caminos distintos, que muchas veces se han entendido como contradictorios cuando en realidad son complementarios.

El primer camino, que se ha identificado como teorías concretas, ha pretendido explicar las relaciones entre derecho material y proceso y, más en concreto cómo se pasa del derecho material al proceso, a la actividad de los órganos dotados de jurisdicción, contestándose inicialmente por Wach con su construcción de la pretensión de tutela jurídica, que se basa en que se tiene derecho, concurriendo determinadas circunstancias, a una sentencia de contenido determinado y favorable. En contra de esta construcción se ha argumentado tradicionalmente que, concebida así la acción, no sabemos si existe o no hasta el final del proceso e, incluso, no sabemos si se ha ejercitado o no por su verdadero titular, por lo que si al final del proceso resulta que el demandante lo pierde, habrá que llegar a la conclusión de que el proceso lo ha iniciado quien no tenía derecho de acción.

Esta crítica, aunque se haya repetido una y otra vez, presupone no haber advertido que las teorías concretas no pretenden explicar la iniciación de la actividad jurisdiccional, no se refieren al derecho del ciudadano a poner en marcha la actividad jurisdiccional (como ya advirtió Hellwig), sino que su objetivo es

explicar la posición jurídica favorable a la victoria en el proceso, lo que depende de que exista y se pruebe un determinado estado de hechos extraprocesal y una configuración jurídica que no es exclusivamente de derecho privado. Adviértase simplemente que sólo puede hablarse de la existencia de sentencias justas y de sentencias injustas si antes se presupone la existencia de un derecho a un obtener una sentencia de contenido determinado y favorable al que pretende.⁵

El segundo camino, que se ha denominado de las teorías abstractas, ha pretendido explicar por qué una persona, cumpliendo determinados requisitos, puede provocar la iniciación de un proceso y continuarlo hasta la sentencia. Se habla de concepción abstracta porque se limita a reconocer el derecho a la actividad jurisdiccional, independientemente del resultado favorable o adverso de ésta.

Este es el camino que, lógicamente, ha tenido trascendencia constitucional, por cuanto se ha reconocido en las modernas constituciones el derecho a la tutela judicial o el derecho a la jurisdicción, con base en el que se han replanteado todas las cuestiones de acceso a la justicia, de la realización del proceso con todas sus garantías, de la resolución sobre el fondo del asunto, de la motivación de la misma, de la prohibición de la indefensión, de la ejecución de lo juzgado y aun del derecho a los recursos. Buena parte de lo que viene denominándose Derecho constitucional procesal se ha centrado en el estudio de este derecho de acción y con grandes consecuencias prácticas relativas a declaraciones de ser contrarias a la constitución algunas de las normas de los correspondientes códigos procesales civiles.

b) Las pretensiones y las clases de tutela judicial

La ruptura entre el derecho subjetivo material y la acción ha llevado, además, a que el criterio tradicional de clasificar las acciones, con referencia al derecho subjetivo que se trata de proteger, deje de tener sentido y utilidad. Lo importante no es ya el derecho subjetivo al que la acción hace referencia, sino la clase de tutela jurisdiccional que se pide, con lo que no cabe seguir hablando, por ejemplo, de acciones personales o de acciones reales. Para marcar la ruptura con el pasado hoy se está hablando más de clases de pretensiones o de clases o tipos de tutela jurisdiccional a prestar por los órganos de esta naturaleza (y, por lo mismo, de clases de procesos).

Se está así distinguiendo entre acción, siempre en singular, que se identifica con el derecho a la jurisdicción o derecho al proceso o derecho a la

⁵ El ámbito de la teoría concreta se reduce a la aplicación en el proceso por los órganos jurisdiccionales del Derecho privado, y aún hay que añadir que esta limitación afecta también al mismo Derecho civil, por lo menos en la parte del mismo en que se manifiesta la influencia del Derecho público. Así las cosas debe tenerse en cuenta:

a) En el ámbito del Derecho civil no puede tenerse derecho a obtener una sentencia de contenido concreto y, por tanto, favorable, cuando no puede hablarse de la existencia de verdaderos derechos subjetivos de naturaleza privada.

Los iniciadores de la teoría concreta partieron de dos condicionamientos que limitaron su construcción. El primero de ellos era político, pues se basaron en una concepción liberal en la que la justicia del Estado estaba al servicio del ciudadano, el cual perseguía por medio de la misma los derechos subjetivos que las normas materiales le reconocían, y el segundo era jurídico, pues los procesalistas civiles pretendieron explicar sólo como el orden jurídico privado era tutelado por la jurisdicción. Wach no se planteó nunca su teoría respecto del Derecho público.

b) Cuando se trata de la actuación del Derecho penal la teoría concreta no puede ser aplicable porque no existen derechos subjetivos materiales de naturaleza penal.

tutela judicial efectiva, y pretensión, como declaración de voluntad petitoria que se dirige a un órgano jurisdiccional, respecto de la que se habla de clases con referencia al tipo de tutela judicial que se pide. Aparecen así la pretensión declarativa (y dentro de ella declarativa pura, constitutiva y de condena), la pretensión ejecutiva y la pretensión cautelar. Esa nueva clasificación se inicia ya en Wach, aunque con referencia más bien a la sentencia, y se perfiló casi completamente por Chiovenda, pudiendo verse hoy desarrollada por Proto Pisani. Faltan todavía ulteriores desarrollos, como podría ser el relativo a la pretensión de condena de futuro, el atinente a la legitimación precisa para el ejercicio de cada una de las dichas pretensiones y, especialmente, todo lo relativo al interés que suele decirse que ha de acompañar a la afirmación de titularidad en las pretensiones declarativas puras.

Todo lo anterior viene unido a la distinción entre tutelas judiciales ordinarias, las que se prestan por medio de los procesos ordinarios, y tutelas judiciales diferenciadas o privilegiadas, que son las que se prestan por medio de los procesos especiales. Estos no son, por tanto, manifestaciones de una simplificación de los trámites del proceso o de un acortamiento de los plazos, sino que responden, en buena parte de los casos, a algo mucho más profundo, a la decisión del legislador de que unos derechos son más importantes que otros, por lo que precisan de una tutela judicial propia, o a que grupos sociales han llegado a “convencer” al legislador de que sus integrantes merecen una tutela judicial diferenciada y, por lo mismo, mejor que la puede dispensarse por los procesos ordinarios. El riesgo del principio de igualdad es evidente.

B) La socialización de la legitimación

Mientras el derecho subjetivo y la acción fueron una misma cosa la consecuencia lógica fue que sólo podía ejercitar la acción el titular del derecho subjetivo, por lo que la cuestión de la legitimación no podía ni siquiera existir. De la legitimación pudo empezarse a hablar cuando se distinguió entre derecho subjetivo y acción, pues fue a partir de entonces cuando pudo admitirse que una persona sea la titular del derecho subjetivo y otra la que ejercite la acción.

Cuando se planteó doctrinalmente⁶ lo que era la legitimación de lo que se trataba era de, con referencia a un proceso determinado, resolver la cuestión de quién debe interponer la pretensión y de contra quién debe interponerse para que el juez pueda proceder al cumplimiento de su función, es decir, a la actuación del derecho objetivo en el caso concreto. Aunque no puede sostenerse que exista unanimidad doctrinal, con la legitimación de lo que se trata es de determinar quién debe ser parte en un proceso concreto para que pueda dictarse una sentencia sobre el fondo del asunto, estimando o desestimando la pretensión, no para que la sentencia sea precisamente estimatoria.

⁶ En el Derecho común la palabra “legitimación” se usaba con varios sentidos, ninguno de los cuales guarda relación con el sentido actual. Se hablaba así de:

1.º) Legitimatío personae, que se refería a lo que hoy denominamos capacidad procesal y a su prueba o, dicho en la terminología antigua, cualidades necesarias para comparecer en juicio, con lo que la cuestionado era la legitima persona standi in iudicio, en el sentido de reunir los requisitos de capacidad.

2.º) Legitimatío ad processum, expresión con la que se hacía referencia a las representaciones legal (personas físicas) y necesaria (personas jurídicas) y a su prueba.

3.º) Legitimatío ad causam, que aludía únicamente al caso de la sucesión en el derecho reclamado, y con relación al mismo se trataba de que se alegara y se probara la existencia de la sucesión antes de entrar a debatir la existencia del derecho subjetivo.

Las dificultades en el estudio de la legitimación han provenido de que las posiciones habilitantes activa y pasiva, para impetrar la actuación del derecho objetivo o para que contra alguien se pida, no son únicas, sino que han de referirse a supuestos muy distintos, supuestos que, además, están sufriendo una evolución constante para adecuarse a la realidad socio-económica. En síntesis esos supuestos son:

a) Ordinario: En los casos normales de Derecho privado la función jurisdiccional se actúa con sujeción al principio de oportunidad; la autonomía de la voluntad y la existencia de verdaderos derechos subjetivos privados suponen que la tutela jurisdiccional de los mismos sólo puede realizarse cuando quien comparece ante el órgano judicial afirma su titularidad del derecho subjetivo e imputa al demandado la titularidad de la obligación; la legitimación se resuelve así en esas afirmaciones. La tutela judicial que el particular puede pedir no cabe referirla a cualquier derecho, sino que ha de atender precisamente a los derechos que afirme como propios.

b) Extraordinarios: En los que la posición habilitante para formular la pretensión, en condiciones de que sea examinada por el juez en cuanto al fondo y pueda procederse a la actuación del derecho objetivo, se confiere en virtud de una expresa atribución por la ley. En los supuestos de legitimación extraordinaria normalmente se produce una ampliación de la legitimación, por cuanto se permite a quien no afirma su titularidad de una relación jurídica material que pida la actuación de la ley en el caso concreto.

Aquí es donde estamos asistiendo a una evolución que está desbordando los cauces originales. Las normas procesales que atribuyen esta legitimación extraordinaria van arrastradas, no tanto por las normas materiales, las que reconocen derechos subjetivos, cuanto por el nuevo marco socio-económico, con lo que se están produciendo ampliaciones de la legitimación que ya están muy lejos de la vieja sustitución procesal (a la que se refirieron Köhler sin darle aún nombre y Chiovenda acuñando ya la expresión).

Ha aparecido así la legitimación en los supuestos de intereses colectivos (cuando las personas afectadas están determinadas o pueden llegar a estarlo) y de intereses difusos (si las personas afectadas no están determinadas ni pueden de hecho determinarse). El caso más destacado hasta hora es el de la legitimación conferida a las asociaciones de consumidores y usuarios, en el que, con todo, no se priva a esas personas de su legitimación individual. Dando un paso más cabe aludir aún al supuesto de los derechos de gestión colectiva, con el que cabe hablar de socialización de la legitimación.

Lo radicalmente nuevo en el campo del Derecho civil es la gestión colectiva de determinados derechos, como sucede en la propiedad intelectual, y en esa novedad la legitimación colectiva no es más que un instrumento para que aquélla pueda realizarse cuando se trata de ejercitar en juicio los derechos así gestionados. Existen derechos materiales que han de ejercitarse de modo colectivo, no siendo posible, ni legal ni prácticamente, el ejercicio individual de

los mismos por sus titulares. Si esos derechos no pueden ser ejercitados, dentro de las relaciones materiales que regula el Derecho civil, por sus titulares, sino que han de ejercitarse necesariamente a través de las entidades de gestión, el paso ineludible a dar a continuación es el de que esos mismos derechos han de ser ejercitados en juicio por las entidades, para lo que éstas han de contar con legitimación extraordinaria y colectiva, que ha de atribuirles la propia ley.

Hace poco más de medio siglo la legitimación era un concepto desconocido, y en ese poco lapso de tiempo ha pasado de la nada a aparecer en casi todo lo nuevo que la realidad ofrece al Derecho para ser regulado. Lo más destacado en esa evolución es que, arrancándose de la idea de que sólo está legitimado para ejercitar un derecho en juicio quien afirma su titularidad sobre él, estamos llegando a situaciones en las que los titulares de algunos derechos no pueden ejercitarlos en juicio por sí mismos, no están legitimados, mientras que la ley confía esa legitimación a otras personas. De momento la evolución ha llegado a que ya no se trata de legitimar a terceras personas para hacer efectivos los derechos de éstas (que es lo que ocurre en la legitimación por sustitución), sino de legitimar a personas jurídicas que se constituyen específicamente para hacer efectivos los derechos de los propios titulares, derechos que éstos no pueden ejercitar. Por si faltara algo esos derechos no se ejercitan de modo individual, sino sólo como elementos indefinidos de un conjunto, por lo que no cabe extrañarse de que hablemos de socialización de la legitimación. Y decimos de momento porque la evolución sigue.

C) La publicización del proceso

A lo largo de todo el Siglo se ha venido haciendo referencia a la llamada publicización del proceso, estimándose que esta concepción arranca, en una de sus manifestaciones, de Klein y de la ZPO austríaca de 1895, constituyendo su libro de referencia el de los *Materialien* publicado en 1897. Las bases ideológicas del legislador austriaco, enraizadas en el autoritarismo propio del imperio austro-húngaro de la época y con extraños injertos como el del socialismo jurídico de Menger, que es el origen de la segunda de esas manifestaciones de publicismo, pueden resumirse, como han destacado Sprung y Cipriani, en estos dos postulados: 1) El proceso es un mal, dado que supone una pérdida de tiempo y de dinero, aparte de llevar a las partes a enfrentamientos con repercusiones en la sociedad, y 2) El proceso afecta a la economía nacional, pues impide la rentabilidad de los bienes paralizados mientras se debate judicialmente sobre su pertenencia. Estos postulados llevan a la necesidad de resolver de modo rápido el conflicto entre las partes, y para ello el mejor sistema es que el juez no se limite a juzgar sino que se convierta en verdadero gestor del proceso, dotado de grandes poderes discrecionales, que han de estar al servicio de garantizar, no sólo los derechos de las partes, sino principalmente los valores e intereses de la sociedad.

A partir de Klein puede seguirse toda una evolución en la que, de una u otra forma, se destaca la función social del proceso, su conversión en un fenómeno de masas, en torno al que se consagra la expresión publicización del mismo, y sobre la que la doctrina ha debatido y sigue debatiendo (puede verse la polémica entre Satta y Cristofolini). En ese debate se ha llegado a sostener por Cappelletti

la conveniencia de suprimir el principio de la iniciación del proceso a instancia de parte (*el principio della domanda*), como se hizo en los países comunistas. Sin llegar a ese extremo, sí es común que hoy la doctrina incida en el aumento de los poderes del juez a costa de los poderes de las partes, y manifestación de ello es por ejemplo el *Codice* italiano de 1940, de corte claramente autoritario⁷, y lo son muchos de los códigos promulgados con posterioridad. En ese sentido el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica llega decir en su art. 1 que el tribunal puede iniciar el proceso de oficio, si bien sólo cuando así se disponga expresamente, sin perjuicio de que luego, en el texto de su articulado, no se encuentra ni una sola ocasión en que así se disponga expresamente.

Naturalmente que en el mejor desarrollo del proceso civil está interesado el Estado es algo obvio, y lo es tanto que no ha sido negado por nadie, pero desde esta obviedad no puede llegarse en el razonamiento posterior a la conclusión de negar la plena aplicación del principio dispositivo, pues ello implicaría negar la misma existencia de la naturaleza privada de los derechos subjetivos materiales en juego. La publicización del proceso tuvo su origen en un momento y en un país determinado y se plasmó en una Ordenanza Procesal Civil que, al menos, debe calificarse de antiliberal y autoritaria, y opuesta a su alternativa que es la concepción liberal y garantista del proceso civil. El conceder amplios poderes discrecionales al juez, y precisamente a unos jueces como el austríaco o el italiano de sus épocas fuertemente sujetos al Poder Ejecutivo, sólo se explica si al mismo tiempo se priva de esos poderes a las partes, poderes que en realidad se resuelven en garantías de las mismas en el inicio y en

⁷ La *Relazione Grandi al Re* (la exposición de motivos) que precede al *Codice di procedura civile italiano* no se había publicado desde 1943 hasta que se ha vuelto a hacer en 1997; durante más de cincuenta años se ha pretendido, consciente por unos e inconscientemente por otros, olvidar lo que ese Código supuso y lo que su *Relazione* decía expresamente. Por ejemplo: “Si el Código de 1865 fue, por razones históricas que quizá ni siquiera fueron advertidas por sus autores, expresión de las premisas individualistas que estaban en la base del Estado liberal, el Código de 1940 quiere ser, con conocimiento decidido, expresión histórica del Estado fascista y corporativo. El fortalecimiento del principio de autoridad del Estado se proyecta y se traduce necesariamente, en el proceso, en un fortalecimiento de la autoridad del juez; fortalecimiento, con todo, que no se reduce a un simple aumento de los poderes de un órgano del Estado, ni a una ampliación de la injerencia de éste en las relaciones de la vida privada y en la esfera de los derechos individuales del ciudadano, sino que es expresión de un cambio de perspectiva en la valoración de los intereses tutelados y garantizados por el derecho.

En el Estado fascista el proceso no es solamente el encuentro de la libertad del ciudadano con la autoridad del Estado, provocado por la necesidad de tutelar los intereses del primero; ni es el puro expediente formal para regular el conflicto de los intereses privados y para terminar el litigio entre sus titulares. El Estado fascista no niega los intereses privados, sino que antes al contrario reconoce la importancia de los mismos como impulsores de iniciativas privadas y por tanto los tutela; y no existe verdadera tutela de intereses que no se refleje en un fuerte sistema procesal. Pero esta tutela no es un fin en sí misma, pues no existe, en nuestro ordenamiento, interés que no sea tutelado en función de su valor social y, en definitiva, de los superiores intereses de la Nación. Por tanto en el Estado fascista el proceso no es sólo lucha de intereses, sino instrumento para la composición fecunda de los mismos y, sobre todo, instrumento para asegurar, no sólo un ordenado sistema de vida social, inspirado en los supremos fines del Estado, sino también para asegurar, por medio de la aplicación de las normas jurídicas que regulan la vida de la Nación, la realización en las relaciones privadas de los intereses supremos de ésta. Y, sobre todo, es instrumento para realizar la que la palabra del Duce ha indicado como meta de la Revolución fascista: una más alta justicia social”.

el desarrollo del proceso civil.⁸

En la primera parte especial de este libro se pueden ver las dos manifestaciones del publicismo, si bien centrada en la búsqueda de la verdad “verdadera” en el proceso civil. Ahora digamos simplemente que no se ha destacado lo suficiente que los códigos en que se han concedido mayores facultades a los jueces se han promulgado precisamente en países y momentos en que esos jueces eran menos independientes, de lo que ha resultado que, a la postre, con la concesión de esas facultades se estaba favoreciendo la injerencia del Poder Ejecutivo en la efectividad de los derechos subjetivos de los ciudadanos.

Una cosa es reconocer, como decimos a continuación, que el proceso civil ya no es el reducto de la clase media de un país, es decir, el medio previsto por el legislador para que los poseedores debatan en torno al derecho de propiedad, y otra muy distinta configurarlo como un fenómeno de masas en el que no importan tanto los derechos individuales del ciudadano sino los intereses públicos o sociales. Por ello en los últimos años estamos asistiendo a la difusión de la idea de que el proceso civil se resuelve básicamente en un sistema de garantías de los derechos de los ciudadanos, en el medio jurídico para que las partes debatan en condiciones de plena contradicción e igualdad los conflictos que los separan. Y ello sin dejar de asumir la realidad social de la proliferación de los procesos y de la búsqueda de nuevas soluciones.

11. LOS CONDICIONAMIENTOS DE LA REALIDAD

En alguna ocasión se ha sostenido que incluso después de la catástrofe de la época nazi la doctrina procesal alemana (y lo mismo podría decirse de otras) veía en la dogmática y en el sistema un seguro punto de referencia, y que ello respondía a un claro temor a las ideologías como factor destructor, prefiriendo ser fieles al sistema neutral dada su aparente objetividad (Stürner). No puede negarse que en esta opinión existe una parte de verdad, pero no creemos que en ella se encuentre toda la verdad. La necesidad de estudios rigurosamente técnicos del proceso civil es algo permanente, y lo es tanto que siempre será preciso volver a los grandes conceptos, pues cada época precisa rehacerlos, si bien ello no puede

⁸ La *Relazione* al Re del Codice italiano de 1940 proclamaba paladinamente que el aumento de los poderes del juez era “*direttiva fondamentale della riforma*” (12, párrafo 1): “El juez... es el órgano al que el Estado confía la función esencial de actuar la ley por medio del procedimiento. En el fondo de la cuestión está el renovado concepto de la dignidad y autoridad del Estado fascista. La *Relazione* al Re del Codice italiano de 1940 proclamaba paladinamente que el aumento de los poderes del juez era “*direttiva fondamentale della riforma*” (12, párrafo 1): “El juez... es el órgano al que el Estado confía la función esencial de actuar la ley por medio del procedimiento. En el fondo de la cuestión está el renovado concepto de la dignidad y autoridad del Estado fascista y de sus órganos, por lo que no sería concebible que el juez asista, espectador impasible, y tal vez impotente, como si fuese un árbitro en un campo de gimnasia que se limita a asignar puntos y a controlar que sean observadas las reglas del juego, a una lucha en la que se empeña, por el contrario, la más celosa y la más alta función y responsabilidad del Estado. Es necesario, por tanto, que el juez tenga la dirección del proceso, una posición preeminente y reguladora”. La *Relazione* había sido olvidada, pero los que tenían edad para haberla leído en su día nos ocultaron la reiterada alusión que después se ha hecho a juez espectador y a juez director provenía de ella. Cuando en la actualidad se sigue sosteniendo por muchos que el juez no puede seguir siendo un mero espectador del proceso se están repitiendo las palabras de Calamandrei y de Grandi, se está afirmando que el aumento de los poderes del juez es una conquista de la civilización (se entiende fascista).

significar el olvido del componente ideológico que es inherente a toda regulación positiva del hacer de los hombres en sociedad.

Con todo, si el criterio ideológico tuvo gran relevancia en un momento inmediatamente anterior, aunque a veces quedó reducido a vulgar palabrería pseudo sociológica o a estéril comparatismo, en el que se estimaban homogéneos sistemas liberales y sistemas totalitarios, en la actualidad lo que está condicionando en más fuerte medida el estudio del proceso civil es la realidad misma, y en ella lo más destacado es un vertiginoso aumento de la litigiosidad que está socavando las bases mismas de la justicia civil.

A) El aumento de la litigiosidad

Nos hemos referido antes a algunos datos sobre el aumento del número de procesos en los últimos años del siglo XX y conviene ahora atender a como ese aumento ha supuesto el desbordamiento de las posibilidades de actuación eficaz de los tribunales civiles en casi todos los países. No es posible ofrecer aquí los datos de duración de los procesos civiles en todos los países, pero sí es preciso hacer mención de algunos de ellos. A sabiendas de que el caso de Italia puede considerarse el más grave nos centraremos en él.

Según datos de Proto Pisani referidos a 1996 (es decir a finales del siglo XX) y atendiendo a las distintas clases de órganos judiciales:

a) Preturas: Están servidas por cerca de 900 jueces civiles, con una entrada anual de sobre 750.000 asuntos, de los cuales finalizan cada año unos 650.000, con lo que arrastran un retraso de 1.350.000 procesos. La duración media del proceso de declaración es en ellas de 600 días.

b) Tribunales. Tienen adscritos alrededor de 1.300 jueces civiles, y en ellos entran cada año unos 450.000 asuntos en primera instancia, de los que se concluyen 400.000, teniendo una bolsa acumulada de 1.550.000 procesos en la instancia. La duración media del proceso declarativo es de 1.250 días. A ello hay que añadir que conocen también del recurso de apelación contra resoluciones de las preturas, con una entrada de 60.000 asuntos, de los que se resuelven 55.000 existiendo 150.000 causas atrasadas. En la primera instancia, sumadas las causas atrasadas de las preturas y de los tribunales, existe una bolsa de retardo de 2.900.000 procesos, que es una “cifra alucinante”.

c) Cortes de apelación: Las sirven sobre 400 jueces civiles, existiendo unos 30.000 recursos de apelación, de los que se concluyen en el año sobre 28.000, existiendo un retraso de 85.000 recursos. La duración media es de 1.050 días.

d) Corte de Casación. Existe 140 magistrados de esta categoría adscritos a las secciones civiles, que en 1995 conocieron de unos 15.000 recursos, existiendo una bolsa de retraso de sobre 36.000.

La situación puede no ser tan preocupante en otros países, y así en

Alemania, siempre a finales del siglo XX) un proceso de declaración en la primera instancia tenía una duración media de entre 3 y 6 meses, o en España un juicio de menor cuantía (de valor hasta algo más de un millón de dólares) podía durar en la primera instancia no más de 14 meses y un juicio de cognición (de valor hasta unos 6.000 dólares) no más de 10 meses, pero en todos los sitios, sin distinción, se siente que la duración media de los procesos es excesiva. Y no vale consolarse con lo que ocurre en otro país, pues recuérdese como califica el refranero al que se consuela con el mal de otros.

Este desbordamiento del número de asuntos, con la demora que ocasiona, ha pretendido combatirse, de entrada, con el aumento del número de jueces. El aumento, siempre a finales del siglo XX, fue mayor en Alemania, donde existían 26 jueces por cada 100.000 habitantes, mientras que había 16 en Italia y 10 en Francia. En España si en 1988 existían 2.000 jueces en total, se ha pretendido pasar a 3.500, con lo que se trata de fijar 10 jueces por cada 100.000 habitantes. Adviértase, con todo, que si en Italia existían 2.740 jueces civiles, en España ese número no sobrepasaba los 2.000 y que además parte de ellos tenían también funciones penales. El aumento fue de tal importancia que ya empiezan a oírse voces relativas a la imposibilidad de seguir por ese camino atendiendo a razones económicas.

Posiblemente por eso se ha estado primando la creación o el fortalecimiento de la llamada justicia de paz, en la que se atribuyen funciones jurisdiccionales a personas no técnicas, y se ha llegado al establecimiento de juzgados para las pequeñas causas, con jueces profesionales o no. Se trata de dos orientaciones diferentes pero complementarias, por medio de las que se pretendía que no llegaran a los órganos jurisdiccionales que podemos llamar tradicionales, un gran número de asuntos, los cuales se desviarían a estos otros órganos.

Al mismo tiempo que se producían los aumentos en el número de jueces y en sus clases, en algunos países se pusieron en práctica otras medidas tendentes a adecuar los tribunales a la litigiosidad. Así en casi todos ellos se tendió a elevar extraordinariamente los topes cuantitativos, bien referidos al reparto de competencia entre los varios órganos jurisdiccionales de la primera instancia (en Alemania ese tope era de 10.000 marcos y en Italia de 50 millones de liras), bien atinentes a las clases de juicios (en España el tope cuantitativo entre el juicio de mayor cuantía y el menor cuantía estaba en 1980 en 500.000 pesetas y pasó a 160 millones de pesetas en 1992). Tampoco faltaron casos en los que se han elevados las cuantías de la *summa gravaminis* (en Alemania para apelar esa cuantía mínima había de ser de 1.500 marcos y para acceder al recurso de “casación” de 60.000 marcos).

Mayor trascendencia tuvo el progresivo abandono del órgano colegiado en la primera instancia a favor del órgano unipersonal. En España y en los países iberoamericanos, con una larga tradición de juez único para la primera instancia, no acabamos de comprender lo que supone ese abandono en Alemania, Francia e Italia, pero en estos países se han producido enconados debates doctrinales a favor y en contra del “juez monocrático” que están resolviéndose, no por la vía del convencimiento científico, sino por el de la imposición de las necesidades de

la realidad, y ello a pesar de que supone abandonar una tradición multisecular y, por lo mismo, fuertemente arraigada, a favor del órgano colegiado.

B) La imprecisa respuesta doctrinal

Ha sido la imposición de la realidad, con el vertiginoso aumento del número de procesos, lo que ha hecho que la doctrina cambiara de orientación. En los últimos años se ha abandonado en buena medida el estudio de los grandes temas tradicionales, aquellos sobre los que todo jurista debe personalmente reflexionar si quiere atender a la realidad con una sólida base teórica, sin la que corre el riesgo de ser arrastrado por esa realidad sin llegar a comprenderla, y se ha centrado la atención en aspectos que se estiman más prácticos por cuanto se trata de dar respuesta al aumento del número de procesos y al riesgo que ellos comportan de ineficacia de la justicia civil.

a) La evitación del proceso

El arbitraje, la mediación y la conciliación son instrumentos de solución de conflictos conocidos y regulados desde antiguo que, sin embargo, se están presentando en la actualidad como medios alternativos al proceso. Aquéllos se basan en la autonomía de la voluntad de los ciudadanos, en su libertad para conformar y solucionar relaciones jurídicas, pero últimamente se están presentando como medios para evitar el proceso, como alternativas al mismo capaces de hacer disminuir el número de procesos. El arbitraje ha sido regulado en los últimos años en casi todos los países, con la pretensión de “prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los tribunales”, y no como una manifestación de la libertad de los ciudadanos para resolver sus conflictos, pero no parece que esté teniendo mucho éxito en aquella finalidad. La mediación y la conciliación están dando lugar a nuevas formas de solución de conflictos, con manifestaciones de muy variada condición que van desde las Alternative Dispute Resolutions de los Estados Unidos hasta órganos de composición para los consumidores en otros países.

b) El acceso al proceso

El aumento de la litigiosidad tiene su origen, en parte, en la ampliación de la base social de la clases medias, de los poseedores o de los que han accedido a la posibilidad de tener conflictos económicos y, también en parte, dicho aumento responde al fenómeno social del consumo de masas que ha afectado incluso a las capas de la población menos favorecidas económicamente. El caso ha sido que el tradicional beneficio de pobreza ha tenido que irse sustituyendo en los diferentes países por la *Legal Aid* (inglesa, 1949 y 1974), *aide judiciaire* (francesa, 1972), *Legal Service Corporation* (norteamericana, 1974), *patrocinio ai non abbienti* (italiana, 1973), *Verfahrenshilfegesetz* (austriaca, 1973), *Prozesskostenhilfesesetz* (alemana, 1980) y asistencia judicial gratuita (española, 1996). Naturalmente todas estas leyes no han resuelto el problema de base, pero por lo menos han contribuido a hacer algo más efectivo el derecho de acción.

c) El mito de la oralidad

A lo largo del Siglo la oralidad en el sentido chiovendiano ha sido el mito perseguido y nunca alcanzado, y con él la finalidad de acortar la duración del proceso. En torno a aquélla han proliferado las obras, los congresos e incluso los códigos. El mito ha llegado al extremo de ser consagrado en el art. 120.2 de la Constitución española de 1978 (“el procedimiento será predominantemente oral”).

El proceso común se basaba en el brocardo *quod non est in actis non est in mundo* que ha sido la máxima expresión de la escritura y de que la decisión judicial se dictaba con base en lo que está escrito, en el reflejo documental de las actuaciones judiciales, no en lo visto y oído en la actuación misma. El mito de seguridad que proporciona la escritura pretendió ser sustituido por el mito de la oralidad y a lo largo del Siglo se han sucedido las manifestaciones a favor, produciéndose una bibliografía desbordante y carente de sentido de la realidad en la mayor parte de los casos. El “apóstol” de la oralidad ha convencido a los teóricos, pero no ha logrado convencer a los prácticos. La realidad se sigue mostrando terca y una cosa son las aspiraciones teóricas y otra lo que ocurre en la práctica.

Con o sin norma constitucional la oralidad puede haber obtenido aparentemente algún éxito experimental de índole particular (como el llamado *Stuttgarter Modell* que dio origen a la reforma de la ZPO alemana de 1976), pero en general el acortamiento de la duración del proceso a través de la oralidad no se está consiguiendo. Algo, pues, está fallando en los modelos teóricos cuando se pretende trasladarlos a la realidad, y lo peor es que seguimos sin comprender su porqué.

La doctrina ha dado, pues, una respuesta muy imprecisa a la nueva realidad, tanto que puede decirse que se ha vista desbordada por ésta. Frente a esa realidad no se han encontrado soluciones que vayan más allá de la mera retórica o del verbalismo⁹, posiblemente porque las soluciones doctrinales no se ha sabido encontrarlas, habiéndose pretendido en más de una ocasión que los problemas del presente no son conceptuales o de ideas sino de decisiones políticas, aunque luego se acaba diciendo que esas decisiones nadie se atreve a adoptarlas.

C) Número frente a calidad

El aumento de la litigiosidad y el retardo en la solución de los procesos ha llevado a que se produzca una subversión en los valores tradicionales de la justicia. Conforme los tribunales se han ido viendo sobrepasados por el número

⁹ Pura palabrería puede descubrirse detrás de un llamado Derecho procesal postmoderno o de un Derecho procesal de posibilidades ilimitadas. En ese mismo orden de cosas el pretender que estamos ante el fin del sistema es simple incapacidad para construirlo. Nuestra época se está caracterizando por la falta de capacidad en la elaboración original de conceptos, y de esa incapacidad se pretende hacer virtud. Los que no pueden pasar del artículo o de la pequeña monografía están preconizando el final de la era del sistema, quieren convencer a los demás de que ya no tiene sentido elaborar un sistema propio, cuando en realidad de lo que se trata es de que ellos no son capaces de construirlo.

de asuntos que debían resolver, el órgano administrativo correspondiente, titular de la gestión política de la justicia, tanto se trate de un ministerio del poder ejecutivo, del consejo de la magistratura o similares, o del máximo órgano de gobierno del poder judicial, ha pasado a exigir a los jueces y tribunales, no tanto un buen trabajo como mucho trabajo; de la calidad de las resoluciones, que es garantía de acierto, se ha pasado a la cantidad de las resoluciones.

Muchas de las decisiones legislativas de las últimas décadas del siglo XX (y aun del inicio del siglo XXI) han estado dirigidas a lo que se ha llamado “aceleración del proceso”, persiguiéndose, no perfeccionar alguno de los mecanismos del proceso, de aquellos que lo hacen más adecuado para la tutela de los derechos de las partes, sino la realización del proceso en el menor tiempo posible. “Acelerar” el proceso ha tenido las mismas consecuencias que “acelerar” un motor; a la larga no ha producido más velocidad y ha terminado por quemarlo.

De la misma manera el éxito político en la gestión de la justicia no se ha medido por la adecuación de la misma a la realidad, sino por el número de asuntos resueltos. Los órganos de gobierno han establecido mecanismos de control del número de asuntos resueltos, pero no han considerado la calidad de las resoluciones. Las estadísticas atienden al número de asuntos entrados en un año, al número de resueltos y al número de pendientes y del juego de estas tres cifras se quiere que dependa el éxito o el fracaso de la gestión política.

12. LAS TUTELAS EJECUTIVAS Y ASIMILADAS

La situación de desbordamiento del número de procesos ha llevado incluso a pensar que podía encontrarse la solución alterando el sistema lógico de que primero se declara el Derecho y luego se procede a la ejecución del mismo. Para alterar ese sistema se ha acudido a la existencia de toda una serie de documentos que, en diverso grado, ofrecen una apariencia de corresponderse con la realidad, de fehaciencia, que permite alterar el sistema lógico de proceso de declaración seguido de proceso de ejecución. La alteración no puede ser igual en todos los casos, dependiendo la misma de la “cantidad” de fehaciencia de que esté dotado cada documento. Por este camino se ha acudido, bien a alterar la contradicción, bien a establecer verdaderas tutelas judiciales ejecutivas.

A) Alteraciones de la contradicción

En estos casos no se ha llegado a dotar a un documento de fuerza ejecutiva, dada su escasa fehaciencia, sino simplemente a posibilitar que la contradicción aparezca sólo si el demandado no llega a formular oposición. Se parte aquí de un dato de la realidad que la experiencia ha ido enseñando; en muchos casos de obligaciones dinerarias el demandado, en el proceso declarativo correspondiente, permanece en situación de rebeldía, lo que no impide que entonces que el demandante tenga que probar todos los hechos constitutivos de la relación jurídica para obtener una sentencia de condena, y ello a pesar de que el demandado no opone nada porque nada tiene que oponer.

En el sistema tradicional del proceso civil la falta de comparecencia del

demandado no le produce perjuicio alguno, puesto que la misma no supone ni allanamiento ni admisión de hechos; la incomparecencia del demandado supone que el proceso sigue por todos sus pasos con la sola actuación del actor, el cual debe hacer todo lo que debería hacer si el demandado hubiera contestado oponiéndose a la demanda. El dato de la realidad radica aquí en la constatación de que en buena parte de estos casos, cuando se dispone de un documento con un cierto grado de fehaciencia, el demandado no se opone y no lo hace porque carece de razones para ello. Esto permite regular procesos con contradicción posible, que se hace depender de la voluntad del demandado.

a) Proceso monitorio

Se basa en la existencia de un acto o negocio jurídico que da lugar a una obligación dineraria que se plasma en alguno de estos documentos: 1) Documento que aparece firmado por el deudor o en el que consta su impronta, marca o señal electrónica, y 2) Documento como albarán de entrega de la mercancía, fax, factura, en los que no consta la firma del deudor, si bien se trata de los normales dentro del tráfico jurídico propio del ejercicio de algunas profesiones, sobre todo las mercantiles.

Con alguno de estos documentos el acreedor puede interponer una demanda normal, de la que se dará traslado al deudor, requiriéndolo para que en un plazo breve determinado bien pague bien conteste a la demanda alegando las razones de su negativa a pagar. Si el deudor no paga ni contesta a la demanda en el plazo dicho, el juez despachará la ejecución contra el demandado. Si paga se termina aquí el proceso. Si contesta a la demanda se dará al proceso el trámite del proceso declarativo ordinario, bien entendido que en todo caso será posible el embargo preventivo, pues se cuenta con documento para ello.

En algunos ordenamientos se exige que, junto con la demanda, el actor acredite que en un plazo corto anterior ha requerido de pago al deudor y que éste no ha contestado oponiendo la falsedad del documento.

b) Proceso documental y cambiario

Parte de la existencia de una letra de cambio, cheque o pagaré, en todo caso firmados por el deudor y cumpliendo los requisitos formales de la ley correspondiente, siempre que unos y otros no hayan sido intervenidos por fedatario público. El proceso comienza por demanda del acreedor, que si es admitida por el Juez lleva a: 1) Requerir al deudor para que pague en un breve plazo (dos o tres días), y 2) Ordenar el embargo preventivo de los bienes necesarios para cubrir el importe de lo reclamado, si no paga en ese breve plazo.

Después del embargo preventivo se le ofrece al deudor plazo para que, si lo estima oportuno formule oposición, pero teniendo siempre en cuenta que las causas o motivos de oposición se limitan por la ley, que establece una relación de causas tasadas, y que la oposición no da lugar a un normal proceso de declaración, sino a una tramitación muy breve, sobre todo en lo que se refiere a la prueba. Esto supone que hay que distinguir:

1º) Si el deudor no formula oposición, el embargo preventivo se transforma en ejecutivo, y se realiza toda la ejecución.

2º) Si se formula oposición por el deudor, se da lugar a un incidente declarativo, que terminará por sentencia, en la que se estimará o desestimará la causa de oposición; en el primer caso, se levanta el embargo preventivo; en el segundo este embargo se convierte en ejecutivo y sigue adelante la ejecución. Normalmente a esta sentencia no se le atribuyen todos los efectos propios de la cosa juzgada, por lo que esta oposición es sumaria, tanto en atención a su contenido como a la brevedad del trámite.

La atribución de naturaleza sumaria a la oposición del demandado no sucede siempre, pues en ocasiones no existe realmente limitación en las causas de oposición que puede alegar el demandado. Si esta limitación no se produce, la sentencia que se dicte producirá los efectos normales de cosa juzgada material.

B) Verdaderas tutelas ejecutivas

Existen otros supuestos en los que se ha ido concediendo fuerza ejecutiva a determinados documentos por estimarse que están dotados de tal fehaciencia que no es preciso acudir con ellos primero a un proceso de declaración. Se trata, pues, de verdaderas tutelas judiciales hiper privilegiadas por cuanto el titular del documento puede acudir a la ejecución, sin pasar previamente por la declaración del derecho.

a) Proceso ejecutivo

Cuando se trata de una escritura pública o de un documento intervenido por fedatario público los ordenamientos jurídicos suelen partir del presupuesto de que tienen la consideración de títulos ejecutivos equiparables a las sentencias de condena, por lo que la demanda ejecutiva da lugar a que se despache la ejecución con todas sus consecuencias.

Lo distinto entre la ejecución de sentencias y la ejecución de estos títulos no judiciales, no se refiere a la tramitación de la ejecución, sino a las causas de oposición contra la ejecución misma. Es sabido que contra la sentencia pueden oponerse en la ejecución, dando lugar incluso a un incidente declarativo, los hechos extintivos y excluyentes que se hayan producido después de la sentencia misma, es decir, después de todo lo que quedó cubierto por la cosa juzgada¹⁰, mientras que cuando se trata de los títulos ejecutivos no judiciales, al no existir cosa juzgada, ha de admitirse oposición que no está tan bien determinada en sus contornos, aunque siempre debe partirse de que estamos ante un documento que

¹⁰ Según el art. 556.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000 “Si el título ejecutivo fuera una sentencia o una resolución judicial o arbitral de condena o que apruebe transacción o acuerdo logrados en el proceso, el ejecutado, dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto en que se despache ejecución, podrá oponerse a ella por escrito alegando el pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia, que habrá de justificar documentalmente. También se podrá oponer la caducidad de la acción ejecutiva y los pactos y transacciones que se hubieren convenido para evitar la ejecución, siempre que dichos pactos y transacciones consten en documento público”. Existe aquí una limitación de las causas de oposición y de los medios de prueba.

tiene fe pública.¹¹ Por eso suele decirse que contra el título no judicial que es la escritura pública puede oponerse por el deudor todo lo que podría oponerse si se hubiera iniciado un proceso de declaración.

En uno y en otro caso la forma de la oposición supone la existencia de un incidente declarativo intercalado en la ejecución, incidente que no debe paralizar la ejecución misma salvo en lo relativo a la venta de los bienes embargados. Esto es, en la ejecución pueden realizarse todos los actos que la integran, menos la subasta y la adjudicación, mientras se tramita el incidente declarativo.¹²

b) Ejecución privilegiada

Tratándose de escritura pública inscrita en un Registro, y especialmente cuando se trata de la escritura pública de hipoteca, debe tenerse en cuenta que hay que distinguir, en lo que se refiere al título ejecutivo, entre: 1) Escritura pública en la que consta la existencia del derecho de crédito contra el deudor, que es el documento en que se plasma el negocio jurídico de préstamo, y 2) Escritura pública de constitución de la hipoteca, que es el documento en que se plasma el negocio jurídico que es la hipoteca, y que es el que da lugar a la inscripción. En el derecho español, y en otros similares, lo que se inscribe en el Registro público, no es tanto el derecho de crédito, cuando el derecho real de hipoteca.

En este caso la escritura pública y el documento que acredita la inscripción de la hipoteca en el Registro constituyen el título ejecutivo, y frente a ese título, lo único que el deudor puede oponer, dando lugar a un sencillísimo incidente declarativo, es la cancelación de la hipoteca del Registro (aparte de todo lo relativo a los presupuestos y requisitos procesales). En lo que se refiere a lo que podemos calificar de fondo del asunto, el deudor no tiene más que una defensa: la hipoteca ya no está inscrita en el Registro ¹³.

C) El proceso de ejecución

El estudio del proceso de ejecución en sentido estricto se ha visto tradicionalmente oscurecido por su consideración de ser algo menor e indigno

¹¹ Tratándose de los títulos ejecutivos no judiciales el ejecutado sólo podrá oponerse a ella alguna de las causas siguientes, dice el art. 557.1 de la LEC española de 2000: 1ª. Pago, que pueda acreditar documentalmente, 2ª. Compensación de crédito líquido que resulte de documento que tenga fuerza ejecutiva, 3ª. Pluspetición o exceso en la computación a metálico de las deudas en especie, 4ª. Prescripción y caducidad, 5ª. Quita, espera o pacto o promesa de no pedir, que conste documentalmente, y 6ª. Transacción, siempre que conste en documento público. Esta limitación de las causas es menor.

¹² La limitación de las causas de oposición y la limitación de los medios de prueba supone que ese incidente y la resolución judicial que en él se dicte tiene que tener naturaleza sumaria. Esto es lo que dice realmente el art. 564 de la LEC española de 2000:

“Si, después de precluidas las posibilidades de alegación en juicio o con posterioridad a la producción de un título ejecutivo extrajudicial, se produjesen hechos o actos, distintos de los admitidos por esta Ley como causas de oposición a la ejecución, pero jurídicamente relevantes respecto de los derechos de la parte ejecutante frente al ejecutado o de los deberes del ejecutado para con el ejecutante, la eficacia jurídica de aquellos hechos o actos podrá hacerse valer en el proceso que corresponda”.

¹³ Este es el supuesto de tutela judicial privilegiada más claro que suele existir en los diversos ordenamientos, pues en él se ha llegado hasta el extremo de que determinados documentos públicos tienen más fuerza ejecutiva que la misma sentencia, puesto que frente a los mismos no puede oponerse lo que sí puede oponerse frente a la ejecución de la sentencia, por ejemplo el pago.

de elaboración doctrinal. Baste recordar que los grandes manuales ni siquiera se ocuparon de él (Wach y Chiovenda) y que todavía hoy la doctrina alemana escribe manuales de Derecho procesal civil sin aludir a la ejecución. Sin embargo las cosas empezaron a cambiar cuando se advirtió --y no hace mucho de ello-- que la efectividad del derecho pretendido por la parte depende, sí, de la declaración, pero, sobre todo, de la ejecución. En este sentido:

a) Ejecución provisional

Los códigos se han referido tradicionalmente a la ejecución de la sentencia pendiente de algún recurso pero lo hacían de modo marginal; para llegar a un artículo como el actual 282 del *Codice di procedura civile italiano*, producto de la reforma introducida por la Ley de 26 de noviembre de 1990, núm. 353, conforme al cual “la sentencia de primer grado es entre las partes ejecutable provisionalmente”, mucho han tenido que cambiar las cosas.

Más han tenido que hacerlo aún para llegar a un artículo como el art. 526 de la LEC española de 2000, según el cual las sentencias (todas, salvo las lógicas excepciones de capacidad, estado civil, paternidad, maternidad, divorcio y similares) de primera instancia son ejecutables provisionalmente “sin simultánea prestación de caución”.

El fundamento de esta ejecución parte de, primero, admitir que no existen obstáculos constitucionales a la misma y, después, de que, antes al contrario, la efectividad de la tutela judicial la favorece. Ni la presunción de inocencia, ni el derecho al recurso pueden ser argumentos oponibles a la ejecución provisional, la cual encuentra su fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque en el mismo se justifican también sus límites.

La efectividad de la tutela judicial no puede desconocer que la sentencia, aunque no sea firme, es un pronunciamiento judicial con todas las garantías y con vocación de permanencia, al que no puede privarse de toda eficacia porque contra el mismo se haya preparado un recurso, si bien ese mismo derecho a la efectividad de la tutela judicial ha de impedir la ejecución provisional cuando sea imposible o de extrema dificultad restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o compensar económicamente al ejecutado si la sentencia es revocada.

Cosa distinta son las razones que pueden llevar al legislador a regular esta ejecución. En general la ejecución provisional se regula por el legislador para evitar que los recursos sean usados con fines ajenos a los que le son propios (la posibilidad de errores en la aplicación de derecho, principalmente). Esos fines ajenos se refieren sobre todo a retardar la ejecución, a dilatar la efectividad práctica de la resolución. Aunque es imposible cuantificar, la experiencia demuestra que los recursos se utilizan en un gran número de casos, no por creer el recurrente que la resolución recurrida es injusta, sino sólo para alargar el proceso, manteniéndose el demandado en la posesión de la cosa, sin pagar la cantidad debida, sin hacer, etc., es decir, para mantener la situación pre-procesal de la relación jurídico material. El combatir esto sólo puede hacerse mediante la decisión política de conceder la ejecución provisional de las sentencias no firmes,

aun a pesar de los riesgos que implica la posible revocación de la sentencia si se estima el recurso.

b) Ejecución definitiva

Si el camino avanzado en la ejecución provisional ha sido grande, no ha ocurrido lo mismo con la ejecución definitiva, que sigue anclada en el pasado en casi todos los países. Se ha sostenido, sí, que la ejecución forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva e incluso que ese derecho lo es a la ejecución en forma específica, pero poco más, pero no se ha pasado de la mera declaración.

No se han encontrado los procedimientos adecuados para hacer efectivas las sentencias que condenan a obligaciones de hacer, no hacer y dar cosa específica, en las que sigue siendo demasiado fácil su transformación en el equivalente dinerario, y tampoco se han resuelto los problemas propios de esta ejecución dineraria, lo que sigue conduciendo en muchos casos a la inutilidad del proceso de ejecución y a la del título ejecutivo formado después de un largo y complejo proceso de declaración. Especialmente no se han resuelto las dificultades existentes para el descubrimiento y la aprehensión de los bienes del ejecutado sobre los que efectuar el embargo, y sigue siendo frustrante el acudir a la subasta pública y judicial como medio de realización de los bienes, una vez encontrados.

Naturalmente no han faltado intentos de nuevas soluciones en la ejecución de obligaciones dinerarias, favoreciendo las que se derivan de la voluntad concorde de las partes (el acuerdo para determinar el medio de enajenación) y las propias de los medios normales en la sociedad para convertir un bien, mueble o inmueble, en dinero (acudiendo a las entidades privadas especializadas en la enajenación de bienes), aunque siempre se ha tenido que luchar con la vieja concepción publicista, la que sigue pretendiendo que siga como único el medio de la subasta judicial.

13. LA TUTELA CAUTELAR

Las leyes y códigos del siglo XIX se referían sólo a dos subfunciones de la jurisdicción en la actuación del Derecho objetivo en el caso concreto: juzgar y ejecutar lo juzgado, y no aludían a una tercera que puede denominarse cautelar o de aseguramiento, aunque esas mismas leyes y esos códigos sí contenían algunas normas relativas a ella. El siglo XX se inicia prácticamente con el estudio por Chiovenda de las medidas provisionales de seguridad, que se refirió después a que la necesidad del proceso para que al actor se le dé la razón no puede convertirse en un daño para quien tiene razón, que sirvió luego de base al examen por Calamandrei de las resoluciones cautelares.

En su inicio las medidas cautelares se centraron en las que se llamaron de aseguramiento, puesto que por medio de ellas se tendía a mantener la situación preexistente al proceso, de modo que se garantizara la ejecución de la sentencia que llegara a dictarse en el proceso de declaración, y en este sentido la medida más estudiada fue la del embargo preventivo. De este modo las medidas cautelares se caracterizaron por su instrumentalidad (el proceso cautelar es el instrumento del instrumento que es, a su vez, el proceso de declaración) y porque tenían que

ser homogéneas pero no iguales a las medidas de ejecución. No cabía pensar en que las medidas cautelares supusieran una anticipación de lo que era propio de la medida de ejecución, dado que ésta era sólo posible contando con el título ejecutivo que era la sentencia declarativa de condena.

En los últimos tiempos se está poniendo de manifiesto la necesidad de avanzar por el camino abierto de la tutela cautelar y se están regulando medidas tanto de conservación como de innovación. Con las medidas de conservación se pretende que mientras dura el proceso principal una de las partes no pueda obtener los resultados que se derivan normalmente del acto que se estima ilícito por la otra parte (este sería el supuesto de la suspensión del acuerdo de una persona jurídica cuando un socio pretende en juicio la declaración de nulidad del mismo). Con las medidas de innovación se trata de anticipar provisionalmente el resultado de la pretensión interpuesta por el actor, como medio más idóneo para que las partes realicen el proceso en igualdad de condiciones, por lo que se produce una innovación sobre la situación jurídica preexistente al proceso principal (el caso más claro es el de la anticipación de los alimentos cuando se debate procesalmente sobre la filiación).

La regulación y el estudio de las medidas cautelares se venía haciendo partiendo de la consideración de que se trataba, no de un verdadero proceso cautelar, sino simplemente de medidas todas específicas de determinadas situaciones cautelables, y por ello se hablaba precisamente de “medidas cautelares”. En la actualidad se está hablando de un verdadero proceso cautelar como *tertius genus* entre el declarativo y el ejecutivo, y por eso se está procediendo a la regulación de las normas comunes o de procedimiento, que es lo que ha hecho la italiana Ley de 26 de noviembre de 1990, núm. 353, que ha introducido una Sección específica en el *Codice* para esas normas generales, regulando a continuación las medidas específicas, o en la española Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 que también ha distinguido entre el procedimiento, que es común, y las medidas cautelares.

En todo caso buena parte del futuro del proceso civil se encuentra en el desarrollo de la justicia cautelar, como medio para que la tutela judicial de los derechos sea realmente efectiva. Esta afirmación es sobre todo aplicable al proceso contencioso-administrativo, que no deja de ser un proceso civil especial, en el que la adopción de una medida cautelar puede ser el único medio para garantizar la efectividad del resultado del proceso de declaración para el ciudadano frente a la poderosa Administración.

Cosa distinta -¡muy distinta!- es la exageración de lo cautelar hasta convertirlo en el eje del proceso. Si el proceso declarativo es lento se ha llegado a sostener que lo adecuado es sustituirlo por un proceso cautelar, en el que se presume la razón del actor, para que, luego de estimar su pretensión, se atribuya al demandado la posibilidad de acudir a un proceso declarativo, lento complicado y caro, en el que luchar contra la sentencia que le quitó la razón sin oírlo.

Sección Cuarta

EL PROCESO PENAL

14. LOS SISTEMAS DE APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL

En la actuación del Derecho penal en el caso concreto se ha pasado por varias etapas que no es fácil situar cronológicamente, aunque sí puede decirse que el siglo XIX se inicia con la consagración de que ese Derecho se aplica por los tribunales precisamente por medio del proceso y no de cualquier otra manera. Hay que distinguir así las siguientes fases o etapas en la concepción política de cómo se actúa el Derecho penal.

A) Las etapas políticas de esa actuación

a) Una primera fase tuvo que suponer la toma de la decisión política de que el Derecho penal lo aplicaba únicamente el Estado, lo que supuso que.

1º) Quedó prohibida la autotutela o, en otras palabras, dejó de consentirse que los ciudadanos se tomaran la justicia por su propia mano, lo que llevó a tipificar como delito el ejercicio arbitrario de las propias razones.

2º) Se estableció que los ciudadanos no podían disponer de la consecuencia jurídico penal, esto es, de la pena, lo que implicó que la aplicación del Derecho penal quedó fuera de su disposición.

De esta primera fase se llega a la conclusión de que: 1) No existe relación jurídica material penal entre los que han intervenido en la comisión del delito, bien como autor bien como víctima, y 2) El ofendido por el delito no es titular de un derecho subjetivo a que al autor del mismo se le imponga una pena. La exclusión de los derechos subjetivos penales a favor de los ciudadanos fue una suerte de “expropiación” de los mismos a favor del Estado, el cual se convirtió en el único titular del *ius puniendi*, con lo que el “derecho de penar” es, al mismo tiempo, el deber de penar.

b) La segunda fase se refirió a que, ya dentro del Estado, la aplicación del Derecho penal se confió exclusivamente a los órganos jurisdiccionales, de modo que todos los demás órganos (los del legislativo y los del ejecutivo) no pudieran ni declarar la existencia de delitos ni imponer penas. Esta fase no supuso ya que los órganos jurisdiccionales aplicaran el Derecho penal por medio del proceso, sino que quedó restringida a la exclusión de los otros órganos. Debe tenerse en cuenta que con las monarquías absolutas no existía una clara distinción entre las funciones administrativas y las jurisdiccionales, de modo que a los distintos órganos se les confiaban las dos funciones al mismo tiempo, aunque se denominaran tribunales, por lo que fue posible que a un órgano que aparentemente era un tribunal se le confiara la actuación del Derecho penal pero no por medio del proceso.

c) Por fin, la tercera fase llevó a la decisión política de que el Derecho penal se aplicaba en el caso concreto sólo por medio del proceso, lo que se hizo partiendo de la consideración de que el instrumento que es el proceso es el mejor tanto para garantizar la legalidad del resultado final, de la sentencia, como para asegurar los derechos del acusado. Esta decisión supuso que el proceso penal ha de conformarse según los principios esenciales de lo que es un proceso, aquellos que hacen que una actividad sea proceso y no otra cosa, pero también que la misma no puede llevar a la conclusión de que el proceso penal tenga que ser igual al proceso civil en sus principios o reglas conformadoras de desarrollo.

En el desarrollo de estas tres fases o etapas con el siglo XIX se pasó de la segunda a la tercera, esto es, se pasó de una aplicación del Derecho penal por los tribunales pero no por medio del proceso, a una actuación de ese Derecho en el caso concreto precisamente por medio del proceso. Esto es lo que ha sido explicado, incorrectamente, con referencia a los llamados procesos inquisitivo y acusatorio.

B) Los llamados sistemas procesales penales

Todavía hoy sigue siendo un lugar común en la doctrina procesal referirse a que el proceso penal puede configurarse conforme a dos sistemas, que suelen denominarse acusatorio e inquisitivo, si bien parece evidente que la misma idea de principios alternativos conformadores de sistemas procesales penales diferentes descansa en un grave error, como se descubre cuando se enumeran los caracteres identificadores de uno y otro sistema.

a) Los caracteres de esos sistemas

Esos caracteres, según una doctrina que los repite sin el menor atisbo crítico, son los siguientes:

a) En el sistema acusatorio la jurisdicción se ejerce por tribunales populares, mientras que en el inquisitivo se trata de jueces profesionales y permanentes.

b) Mientras que en el acusatorio la acción penal es popular y su ejercicio es indispensable para la realización del proceso, en el inquisitivo no existe libertad de acusación, sino que el juez se convierte, al mismo tiempo, en acusador, asumiendo las dos funciones.

c) Las partes en el sistema acusatorio actúan en contradicción e igualdad, mientras que en el inquisitivo, por un lado, no hay parte acusadora distinta del juez y, por otro, el acusado no es un verdadero sujeto del proceso, sino sólo el objeto del mismo.

d) Si en el acusatorio el juez tiene restringidas las facultades de dirección procesal de la contienda, en el inquisitivo los poderes del juez son muy amplios.

e) En el sistema acusatorio la regla es la libertad del imputado durante

la realización del proceso, mientras que en el inquisitivo impera la prisión provisional o preventiva.

f) Con relación a las pruebas, éstas, en el sistema acusatorio deben ser introducidas por las partes, no por el juez, que carece de poderes autónomos para investigar los hechos, si bien en la valoración de esas pruebas rige el criterio de la libre apreciación por el juez; en el sistema inquisitivo se dan los caracteres contrarios, es decir, el juez investiga de oficio los hechos, aunque luego viene limitado por el criterio de valoración legal o tasada de la prueba.

g) El procedimiento del proceso acusatorio es oral, inmediato, concentrado y público, mientras que el procedimiento inquisitivo es escrito, mediato, disperso y secreto.

h) Por último, en el acusatorio existe una sola instancia, de modo que no cabe recurso contra la sentencia, mientras que el inquisitivo consta de dos instancias.

b) La confusión conceptual

Si se examinan con detalle algunas de estas características --y nos hemos limitado a las más comunes-- creemos que aparecerá evidente que responden a varios principios o reglas configuradoras de aspectos parciales del proceso y del procedimiento, que, por sí solos, no dicen nada respecto de uno u otro pretendido sistema, en cuanto no son determinantes. Por ejemplo:

1º) El que la jurisdicción se ejerza hoy por tribunales populares (el jurado) o por jueces profesionales, no sirve, sin más, para calificar a un sistema de imposición de penas de acusatorio o de inquisitivo, pues existen muchos ordenamientos basados en el llamado sistema acusatorio y con sólo jueces profesionales.

2º) El que la acción penal sea o no popular o el que la tenga en exclusiva el Ministerio Fiscal o Público es indiferente para concluir que el sistema es acusatorio o no, por lo menos a riesgo de, siendo coherentes, tener que sostener que en la mayoría de las países no tienen un sistema acusatorio de aplicación del Derecho penal, dado que en la mayoría el Ministerio Público tiene el monopolio de la acción penal, de la que están excluidos los particulares.

3º) La situación personal del acusado, en libertad o en prisión preventiva, no es elemento que lleve a calificar un sistema de acusatorio o inquisitivo; adviértase que si así fuera, el mero hecho de que el acusado se encuentre en una u otra situación cambiaría la naturaleza del sistema.

4º) La oralidad y la escritura son reglas configuradoras del procedimiento, de la forma de los actos procesales, y no se refieren a los principios o reglas del proceso, por lo que es perfectamente compatible un procedimiento escrito con un sistema acusatorio de aplicación del Derecho penal.

Los ejemplos podrían seguir, pero creemos que ha llegado ya el momento de declarar lo que en este epígrafe venimos persiguiendo: No existen dos sistemas por los que pueda configurarse el proceso, uno inquisitivo y otro acusatorio, sino dos sistemas de actuación del Derecho penal por los tribunales, de los cuales uno es no procesal, el inquisitivo, y otro sí es procesal, el acusatorio. El sistema inquisitivo responde a un momento histórico en el que los tribunales imponían las penas, pero todavía no por medio del proceso.

c) *No hay proceso inquisitivo*

El denominado proceso inquisitivo no fue y, obviamente, no puede ser, un verdadero proceso. Si éste se identifica como *actus trium personarum*, en el que ante un tercero imparcial comparecen dos partes parciales, situadas en pie de igualdad y con plena contradicción, y plantean un conflicto para que aquél lo solucione actuando el Derecho objetivo, algunos de los caracteres que hemos indicado como propios del sistema inquisitivo llevan ineludiblemente a la conclusión de que ese sistema no puede permitir la existencia de un verdadero proceso. Proceso inquisitivo se resuelve así en una *contradictio in terminis*.

El llamado proceso acusatorio sí es un verdadero proceso, por cuanto en él existe realmente un juez imparcial y dos partes parciales enfrentadas entre sí, pero no todos los caracteres que suelen incluirse como propios del sistema acusatorio son necesarios para que exista verdadero proceso. Algunos de esos caracteres podrían modificarse o suprimirse, sin que ello supusiera la desaparición del proceso. Por ejemplo, nada dice respecto de la existencia del proceso el que el juez sea profesional o popular, o que el procedimiento sea oral o escrito, pero sí afecta a la esencia del proceso el que el juez sea al mismo tiempo el acusador o el que el acusado no sea sujeto sino objeto del proceso. Por tanto, decir proceso acusatorio es un pleonismo, pues no puede existir verdadero proceso si éste no es acusatorio.

Así las cosas creemos que se puede afirmar que los llamados sistemas procesales penales son conceptos del pasado, que hoy no tienen valor alguno, sirviendo únicamente para confundir o para enturbiar la claridad conceptual. Hay, por el contrario, que dejar muy claro que en determinadas épocas históricas el Derecho penal no lo aplicaban en exclusiva los tribunales y que en otras lo aplicaron los tribunales pero no por medio del proceso, y hay que proclamar como conquista de la civilización la garantía jurisdiccional entendida correctamente, esto es, asunción del monopolio de la actuación del Derecho penal por los órganos jurisdiccionales y exclusividad procesal en su ejercicio.

15. EL LLAMADO SISTEMA MIXTO

La gran conquista del siglo XIX radicó en que durante el mismo, y en los diferentes países, se fue pasando de un sistema no procesal de aplicación del Derecho penal a otro sistema en que este Derecho se empezó a actuar por medio del proceso. Posiblemente el primer paso hacía esta nueva situación deba buscarse en el *Code d'instruction criminelle* francés de 1808, que ha sido presentado como el iniciador del llamado sistema mixto o acusatorio formal, con división en dos

fases, una de instrucción, con predominio de caracteres inquisitivos, y otra de juicio y decisión, predominantemente acusatoria. Naturalmente estas referencias a los caracteres inquisitivo y acusatorio responden a la confusión conceptual antes denunciada, pero pueden servir para explicar la concepción político jurídica sobre la que se basaba el llamado sistema mixto.

El *Code* francés tuvo gran influencia en el *Codice di procedura penale* italiano de 1865, en la *Strafprozessordnung* alemana de 1877 y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882. En todos estos cuerpos legales, que son los que estaban en vigor en el inicio del siglo XX, con evidentes diferencias entre ellos, se regulaba un proceso penal dividido en dos fases.

A) El procedimiento preliminar

La primera fase del proceso, que habiendo recibido legal y doctrinalmente diversas denominaciones puede llamarse procedimiento preliminar judicial, se caracterizaba porque:

a) La competencia para la misma se atribuía a un Juzgado de Instrucción, y de ahí la figura del Juez de instrucción, que debía iniciar su tramitación siempre que tuviera conocimiento de la existencia de un hecho aparentemente delictivo, sin que fuera precisa la existencia de petición de parte pública (Ministerio Público) o privada.

b) Aun en el caso de que existiera denuncia o querella de parte, la investigación que debía realizar el Juez de Instrucción no estaba delimitada por el acto de parte de incoación. No había delimitación objetiva, porque el acto de la parte no impedía al Juez investigar completamente los hechos hasta lograr el descubrimiento de la verdad, y tampoco había delimitación subjetiva, pues la investigación de los hechos podía hacer que personas no denunciadas o querelladas aparecieran como imputadas.

c) El carácter que estamos llamando inquisitivo se ponía sobre todo de manifiesto en que el procedimiento preliminar no estaba regido por la contradicción y la igualdad, dado que los poderes básicos correspondían al Juez de Instrucción. Consecuencias de ello podían ser el secreto de la investigación y la fácil posibilidad de adoptar la prisión preventiva o provisional del imputado mientras duraba la investigación.

Desde estos condicionamientos parecía obvio que la función de esta fase no era servir de fundamento a la sentencia que hubiera de dictarse en su día. La función más destacada del procedimiento preliminar era servir de preparación para la fase segunda o de juicio, preparación que podía hacerse a dos niveles:

1) Que los actos de investigación proporcionaran a las partes las fuentes de prueba en que basar su acusación y defensa y proponer medios de prueba, bien entendido que éstos se practicaban en el juicio oral, y 2) Que el Juez de esta segunda fase pudiera ejercer con conocimiento de causa sus poderes de dirección formal y material de la prueba.

B) El juicio oral

Frente a los anteriores procedimientos escritos el llamado sistema mixto optó por una segunda fase del proceso penal con predominio del principio de oralidad y sus consecuencias (concentración, inmediación y publicidad), lo que supuso:

a) Distinción entre juez de instrucción y juez decisor: La división del proceso en fases implicaba la distinción entre juez competente para la formación del procedimiento preliminar y juez competente para conocer del juicio oral y dictar la sentencia, siendo este segundo juez normalmente un tribunal compuesto por elementos legos y profesionales, dando lugar a diferentes combinaciones de jurado y escabinato. A lo largo del Siglo se ha ido gradualmente disminuyendo la competencia del jurado a favor del juez profesional, sobre todo con referencia al aumento del número de procesos, si bien en el fondo subyacen graves consideraciones políticas.

b) Contradicción plena en el juicio oral: Si la primera fase del proceso no llegó a responder a la contradicción entre las partes, ésta aparecía de modo completo en la segunda fase, de modo que:

1º) No puede existir juicio oral sin acusación. El brocardo *ne procedat iudex ex officio*, que no tenía aplicación en la fase de investigación, sí la tuvo en la fase de juicio oral, y hasta el extremo de que éste no podía abrirse si no existía alguien (normalmente el Ministerio público, pero en algunos países también un particular) que sostuviera la acusación.

En la mayoría de los países se ha partido de que el Ministerio Público asumía la acusación en régimen de monopolio, que es lo que ha significado el que se dijera legalmente que la acción penal es pública, mientras que en España con las mismas palabras lo que está diciendo es que la acción penal corresponde a todas las personas, hayan sido o no ofendidas por el delito. En la solución española existe un gran componente de libertad y de participación de los ciudadanos en el ejercicio de cualesquiera funciones públicas.

2º) El juicio oral está regido de modo completo por los principios de contradicción y de igualdad de armas de las partes, lo que presupone considerar al Ministerio Público y a los demás acusadores como partes sin más y atribuir la misma condición al acusado, ambos con plenitud del derecho de defensa en juicio. En el Derecho alemán no se habla de partes, sino de “participantes procesales” y de “sujetos procesales”, como reminiscencia de una época en la que se pensaba que no existía verdadera contradicción de intereses entre el acusador público y el acusado, pero tal pensamiento está hoy fuera de todo lugar.

3º) La prueba en la que debe basar el juez decisor su convicción sobre los hechos ha de haberse practicado en el juicio oral y, por tanto, con contradicción, igualdad y publicidad, por lo que esa convicción no puede atender a los actos de investigación realizados en el procedimiento preliminar, salvo supuestos

excepcionales y expresamente previstos en la ley. Ahora bien, la prueba no se abandona en manos de las partes, incluido el Ministerio Público, pues se permitía al juez acordar la práctica de los medios de prueba que, no propuestos por las partes, considerara necesarios, si bien con el límite de que habían de referirse a la comprobación de los hechos que hubieran sido objeto de la acusación u opuestos por el acusado.

4º) La acusación delimitaba tanto a la persona acusada como el objeto del proceso. Subjetivamente la acusación fijaba la legitimación pasiva, de modo que no podía ser condenada (ni absuelta) persona distinta de aquella contra la que se formulaba la acusación. Objetivamente la acusación precisaba cuales eran los hechos que se imputaban, esto es, el hecho criminal sobre el que versaba el proceso, y sobre el que debía efectuarse el pronunciamiento judicial. El brocardo *iura novit curia* desplegaba sus efectos normales, pero por su vía no se permitía que el juez de la decisión introdujera hechos en el proceso.

Este sistema de actuación del Derecho penal con el que se inició el Siglo no fue depurándose con el paso de los años, lo que hubiera significado ir mejorando los caracteres por medio de los que se garantizaban tanto los intereses de la persecución penal como el derecho de defensa del acusado, sino que se han sufrido graves perturbaciones políticas que han producido avances y retrocesos.

16. EL TERMÓMETRO DE LA CONCEPCIÓN POLÍTICA

Decía James Goldschmidt que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos o autoritarios de su Constitución, y la mejor demostración de esta afirmación se encuentra en la evolución sufrida por el proceso penal en el siglo XX, en el que la política en general ha determinado los principios de la política procesal penal.

A) Retrocesos en la primera mitad del Siglo

En Alemania en la primera parte del Siglo no se produjeron reformas de trascendencia, éstas empezaron con la República de Weimar y especialmente con la creación del Tribunal para la Defensa de la República en 1922 y, sobre todo, con la reforma de Emminger de 1924, que supuso la ampliación de los poderes del Ministerio Público y la derogación del jurado que pasó a ser escabinato. Pero es a partir de 1933, con el nacional-socialismo y su ordenación totalitaria del Estado, cuando la misma idea de un proceso penal fue barrida. La eliminación de la independencia judicial, la supresión del escabinato, la creación de tribunales especiales, la extensión de la competencia de los tribunales militares, y tantas otras medidas acabaron con la misma idea del Estado de Derecho.

En Italia las cosas parecieron ir por un camino diferente pues en los primeros años del Siglo se promulgó el *Codice di procedura penale* de 1913, obra principalmente de Mortara y basado en el principio de la presunción de inocencia del imputado, pero la situación cambió en 1923 con el ascenso al poder del fascismo, que empezó creando el Tribunal especial para la Defensa del Estado en 1926, que procedió a promulgar el *Codice Rocco* de 1930, el cual se basaba

en la idea de supremacía de los intereses públicos, personificados en el Estado, sobre el interés individual, y que acabó también en la barbarie de la negación de la justicia penal.

En Francia si durante la II República se dictaron normas de aumento de las garantías del imputado, y así la Ley de 1897 permitió la asistencia letrada en la instrucción, la ideologías totalitarias propias de la época hicieron cambiar de orientación con el aumento de la competencia de los tribunales militares en 1939 y se acabó en el régimen autoritario de Vichy y la aparición de los tribunales de excepción. Desgraciadamente la terminación de la II Guerra Mundial no supuso el final de ese camino equivocado, pues se han conocido después tanto los Tribunales Cívicos, para condenar a los colaboracionistas, como el Tribunal de Seguridad del Estado ya en 1963, para condenar a los enemigos del régimen político del momento.

La historia podía seguir con referencia a España en la que la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 fue, sin duda, un gran adelanto político y jurídico al responder a una clara concepción liberal, pero que el paso del tiempo hizo que se fuera desvirtuando. También aquí se sufrieron ampliaciones de la competencia de los tribunales militares, se suprimió el jurado y se creó un Tribunal de Orden Público en 1963, pero sobre todo la política general de limitación de las libertades tuvo su repercusión en el proceso penal, en el que en buena medida se llegó incluso a suprimir la regla general de que el juez que instruye no puede luego fallar con lo que el mismo sistema mixto quedó desvirtuado.

Naturalmente ni siquiera es preciso destacar que el triunfo del comunismo, primero en Rusia, después en los países del Este y, por fin, en otras naciones como Cuba, supuso la negación del proceso penal, como mera consecuencia de la supresión de la libertad.

B) La constitucionalización de las garantías fundamentales

Si las constituciones son en la mayor parte de los casos una reacción frente al pasado, queriendo evitar que los riesgos en él producidos se reproduzcan en el futuro, manifestación paradigmática de ello se encuentra en las constituciones de la segunda mitad del Siglo en las que se han constitucionalizado las garantías esenciales del proceso penal. Llevar a las constituciones principios procesales penales es algo relativamente antiguo, dado que en este proceso son evidentes los elementos ideológicos y se concede especial valor a los derechos de la persona que pueden verse afectados por él, pero el fenómeno que se ha producido después de la II Guerra Mundial no significa simplemente un aumento en la cantidad de las normas elevadas a este rango legal, siendo preciso registrar un cambio cualitativo que se aprecia en muy distintos órdenes:

1.º) Si en las constituciones antiguas los principios asumidos en ellas tenían un sentido programático, en las modernas, además de servir para determinar el contenido de las futuras leyes, son de aplicación directa e inmediata por los tribunales.

2.º) Desde los principios llevados a las constituciones se han ido

produciendo declaraciones de inconstitucionalidad de muchas de las normas contenidas en los viejos códigos procesales penales, de modo que, aun sin que llegara a promulgarse un código nuevo, la constitucionalización de aquellos principios ha repercutido muy profundamente en la legalidad vigente. Un caso especialmente significativo fue el italiano; después de la Constitución de 1947 siguió en vigor el *Codice Rocco* de 1930, pero la Corte Constitucional había ido declarando la inconstitucionalidad de algo más de 130 artículos del mismo.

3.º) Algunos principios procesales, los que han supuesto garantías de derechos fundamentales, tienen además la protección especial del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional correspondiente, del que en algunos países se ha hecho uso repetido, como es el caso de España, en donde los recursos de amparo ante pretendidas vulneraciones de derechos fundamentales procesales penales por los tribunales ordinarios han proliferado hasta contarse por miles, hasta el extremo de que la mayor parte de los recursos de amparo tiene su fundamentación en el artículo de la Constitución de 1978 relativo a las garantías del proceso penal.

4.º) La constitucionalización de los principios ha adquirido tal alcance que se habla de la existencia de un Derecho constitucional procesal, con especial significado respecto del proceso penal, del que se han escrito obras de gran interés que son como capítulos de introducción al estudio del Derecho procesal penal. Van adquiriendo así cada vez mayor sentido las palabras de Couture relativas a que los códigos procesales son los textos que reglamentan la garantía de justicia contenida en la constitución.

Naturalmente no es del caso ofrecer aquí una exposición de los principios y reglas específicas del proceso penal que han adquirido rango constitucional, pues bastará con destacar que unos y otras adquieren su verdadero sentido cuando se advierte que van dirigidos a reforzar la decisión política de que el Derecho penal se actúa en el caso concreto exclusivamente por los órganos jurisdiccionales y precisamente por medio de un verdadero proceso, y no por cualesquiera otros órganos del Estado y no de cualquier otra manera. Esta es la idea clave que está en el fondo de todas las constituciones, con lo que la decisión política tomada a principios del siglo XIX está llegado a su consagración a finales del siglo XX.

17. LA LIMITACIÓN DE LA GARANTÍA JURISDICCIONAL

La constitucionalización de las garantías fundamentales del proceso penal, la promulgación de nuevos códigos procesales penales en Francia (*Code de procédure pénale*, en 1958), en Portugal (*Código de processo penal*, en 1987) y en Italia (*Codice di procedura penale*, en 1988) y las parciales pero importantes reformas introducidas en viejos códigos como en Alemania (con la “pequeña reforma” de 1964 y la “gran reforma” de 1974, aparte de un gran número de modificaciones de aspectos concretos) y en España (con leyes de 1980 y 1988, sobre procedimientos de urgencia o abreviados, y 1995, la reintroducción del jurado, además de varias normas sobre aspectos determinados), han perseguido fundamentalmente la tutela del derecho de libertad de los ciudadanos. Al mismo tiempo ha habido claros intentos de hacer compatible la actuación del Derecho

penal en el caso concreto con la mejor protección de la víctima del delito, generalmente a base de permitir acumular la pretensión civil de resarcimiento a la acción penal.

Todas estas manifestaciones legales de avance en el perfeccionamiento del proceso penal se han visto, sin embargo, truncadas por dos graves circunstancias que han llevado a evidentes retrocesos en el camino de perfeccionar la justicia penal. Esas circunstancias hacen referencia, en un caso, a específicas conductas delictivas de especial gravedad y, en otro, a la proliferación de los procesos penales que podemos calificar de relativos a conductas delictivas ordinarias.

A) Conductas delictivas especialmente graves

La aparición o, mejor, el agravamiento de la llamada criminalidad organizada, que se ha manifestado tanto con el fenómeno de las bandas terroristas como con el del narcotráfico, aparte de haber producido importantes reformas en la legislación material penal, han llevado a la adopción de graves medidas de índole procesal penal, que han supuesto evidentes limitaciones en la tutela judicial penal del derecho de libertad. No estamos ahora haciendo la crítica de esas limitaciones, pues nos conformamos de momento con hacer referencia a su existencia. Los ejemplos podrían multiplicarse, pero vamos a aludir sólo a los más significativos.

En Alemania, al mismo tiempo que estaba haciéndose la reforma del proceso penal en el sentido de fortalecer las garantías de la defensa, se dictaban leyes relativas a la restricción de ese derecho en la *Antiterrorismusgesetz* de 1978, con la intervención de las comunicaciones del detenido (*Kontaktsperregesetz*) o la exclusión del abogado de confianza de la parte (*Verteidigerausschluss*) o se ampliaban las posibilidades de registro del domicilio, incluyendo el registro del edificio entero y no sólo el de la vivienda del imputado.

En Italia cabe referirse también a la legislación antiterrorista de 1980 y a toda una serie de normas atinentes a la criminalidad organizada o mafiosa, promulgadas antes y después del *Codice* de 1988, especialmente en lo relativo a la prisión preventiva, que ha sufrido reforma tras reforma, o la ampliación de los poderes de la fuerza pública en materia de registros con relación a la tenencia de armas y explosivos. En España se han dictado diversas leyes en materia terrorista en 1975, 1978 y 1984 y en todas ellas se ha atendido a la ampliación de la duración de la detención policial, a la facilidad para la intervención de las comunicaciones o de la práctica de registros e, incluso, o la exclusión del abogado de confianza del imputado. No ha faltado --como también ocurrió en Francia con su ley de "seguridad y libertad" de 1981-- legislación que, a pesar de su nombre de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana de 1992, escondía graves ataques a la libertad de circulación de las personas, a la intimidad personal o familiar o a la inviolabilidad del domicilio.

La lucha contra el terrorismo y contra el narcotráfico es, sin duda, una necesidad, y en todos los países, y una parcela de esa lucha se manifiesta en el proceso penal, pero el camino emprendido en muchos de ellos es sumamente

peligroso, pues se ha estado y se está dirigiendo a limitar los poderes de los órganos jurisdiccionales para favorecer los de las fuerzas policiales, lo que suele responder a una idea difusa de la ineficacia de aquéllos frente a cierta criminalidad. Lo más grave se produce cuando, para la persecución de una delincuencia concreta, se dictan normas generales que luego se aplican indiscriminadamente en todos los supuestos, pues entonces se está poniendo en riesgo la libertad de todos los ciudadanos. En la contraposición de los valores de seguridad y de libertad, con la excusa de la primera suele atentarse contra la segunda.

B) Conductas delictivas llamadas de bagatela

Con ser cualitativamente grave lo anterior, los verdaderos problemas del proceso penal se están presentado en el ámbito cuantitativo pues se ha producido ya un aumento vertiginoso de la pequeña delincuencia que ha llevado a la quiebra de la justicia penal. Ese aumento ha producido una gran sobrecarga de trabajo en los tribunales penales, aumento de tal índole que está llevando a la ineficacia a todo el sistema penal del Estado, lo que se manifiesta de modo más acusado en el gran retraso con que se tramitan los procesos penales y se dictan las sentencias. Para luchar contra ese extraordinario aumento de los delitos y de los procesos se están buscando afanosamente soluciones de muy diversa naturaleza.

a) Descriminalización de conductas

El Derecho penal no puede proteger todos los bienes jurídicos y frente a todas las infracciones, por lo que todas las sociedades tienen que decidir en cada momento qué bienes jurídicos consideran merecedores de protección penal y respecto a qué infracciones se articulará ésta. Naturalmente se está ante opciones políticas que pueden variar en el espacio y en el tiempo, aunque hoy debe partirse del principio inspirador de que el fin último a conseguir es el pacífico ejercicio de los derechos, sobre todo de los constitucionales. De ahí que deba evitarse una hipertrofia de los actos tipificados como delito. Sobre todo cuando se pasa de un Estado autoritario a otro democrático el Derecho penal debe quedar reducido a sus justos límites, bien entendido que la descriminalización de conductas ha de suponer simplemente eso: Suprimir un tipo del Código Penal.

La actitud preocupante no radica en la verdadera descriminalización, sino que es aquella otra por la que se convierten anteriores delitos y faltas o contravenciones en ilícitos administrativos, sustituyendo la pena por la sanción administrativa, con lo que se está propiciando el desarrollo del derecho administrativo sancionador o, dicho en otros términos, se está privando de funciones al Poder Judicial para trasvasarlas al Poder Ejecutivo.

Esta descriminalización ficticia suele defenderse argumentando la lentitud de la justicia penal, pero adviértase que con ella: 1) No se produce una verdadera descriminalización, sino sólo un cambio en la naturaleza de la sanción, 2) Se suprime la garantía jurisdiccional, y 3) Se convierte al Poder Ejecutivo no ya en el controlador administrativo de la sociedad, sino que se le eleva al papel de controlador penal. Además, si contra la sanción administrativa ha de admitirse la posibilidad de acudir a los tribunales del orden contencioso-administrativo, lo

que es inevitable atendidos los términos de las constituciones, se está, a la postre, desnudando a un santo para vestir a otro (por decirlo siempre con el refranero español).

b) Aceleración o simplificación del proceso

Si en la actualidad hubiera de expresarse en una sola palabra cuál es la preocupación del legislador en torno al proceso penal esa palabra sería “aceleración” o “simplificación”, pues con la mismas se identifica muy expresivamente la búsqueda desesperada de una solución a la lentitud de que padece la justicia penal, agobiada por la multiplicación de los delitos y, consiguientemente, de los procesos. En esa búsqueda a toda costa el legislador parece estar dispuesto incluso a sacrificar buena parte de las conquistas de civilización que suponen las garantías de la defensa.

Manifestaciones de la aceleración o de la simplificación del proceso penal se encuentran en todos los ordenamientos. En Alemania existe un “proceso acelerado”, regulado en los parágrafos 212 a 212b de la StPO con el que se persigue, en frase de Roxin, que al delito le siga, pisándole los talones, la sentencia, si bien el mismo es aplicable sólo por delitos con pena no superior a un año. En Italia la Ley núm. 81 de 1987, por la que se delegaba en el Gobierno la promulgación de un *Codice di procedura penale*, en su art. 2.1, establecía como primer criterio la “máxima simplificación en el desarrollo del proceso con eliminación de cualquier acto o actividad no esencial” y, por si no fuera suficiente insistía en el pár. 103 en la “máxima simplificación” para el proceso de competencia de las preturas; así las cosas luego el *Codice* de 1988 regula un proceso ante la pretura (con pena de privación de libertad no superior a cuatro años), un proceso llamado abreviado, un juicio denominado “directísimo”, otro juicio “inmediato” y un procedimiento por decreto (que debe ser traducido por auto, como tipo de resolución motivada distinta de la sentencia).

En España, junto al proceso penal que debe llamarse ordinario, desde 1967 empezaron a regularse procedimientos que se llamaron de urgencia y que desde la Ley de 1988 se llama proceso abreviado, del que existe incluso una variante que se denomina proceso abreviadísimo. Por estos procesos simplificados puede imponerse penas de privación de libertad de hasta nueve años, con lo que difícilmente puede seguirse diciendo que se refieren a los “delitos bagatela”.

Como decimos esta pretendida simplificación o aceleración del proceso, que puede tener alguna justificación cuando se trate de delitos de poca trascendencia penal, en el sentido de que estén castigados con una pena menor en el Código Penal y, sobre todo, en los casos en que, además, no sea necesaria una prueba complicada, lo que sucede especialmente en los supuestos de flagrancia, no puede llegar a convertirse en el proceso normal en la práctica, que es lo que está sucediendo en la mayoría de los países, en los que al menos dos terceras partes de los procesos acaban tramitándose con una pretendida aceleración que se efectúa siempre a costa de los derechos de la defensa. Si “acelerar” un motor lleva a “pasarlos de revoluciones” con grave riesgo para los ocupantes del vehículo, “acelerar” el proceso lleva a que no cumpla su fin esencial de garantía.

18. LA FASCINACIÓN POR MODELOS EXTRAÑOS: EL LLAMADO PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

En *La hoguera de las vanidades* dice Tom Wolfe que cada día hay en el Bronx 7.000 procesamientos por delitos mayores pero sólo se pueden juzgar 650 causas anuales, de modo que los jueces tienen que sacudirse de encima las demás causas por uno de estos dos sistemas: o absuelven al acusado o permiten que éste se declare culpable de una acusación más leve a cambio de librar al tribunal de la necesidad de juzgarle. La eficacia de los jueces se mide casi exclusivamente por la situación estadística de la “lista de casos pendientes”, de modo que el mejor juez es el que ha resuelto más causas a base de rebajas, absoluciones y juicios propiamente dichos.

Nos estamos refiriendo a una novela pero no podrá negársenos que en la misma se describe con toda crudeza la situación de una justicia penal, la norteamericana, que difícilmente puede presentarse en el mundo como ejemplo de eficacia, por lo menos en el sentido que esta palabra debe tener cuando se habla de la justicia penal. En efecto, si por eficacia penal se entiende absolver al inocente y condenar al culpable, y hacerlo en todo caso con sujeción a la norma procesal penal (y en todos los sentidos, uno de los cuales es en un plazo razonable) y en el segundo caso con apego estricto a la norma material penal, la justicia penal de los Estados Unidos está muy lejos de poder presentarse como modelo a imitar. Y, sin embargo, resulta que en muchos países, que tienen un tipo de proceso penal firmemente asentado en su tradición jurídica y en el que se respetan escrupulosamente todas las garantías procesales que caracterizan a un régimen de libertad, sus juristas sienten una especie de fascinación por el proceso penal norteamericano que les lleva a pretender importarlo.

Esa suerte de fascinación se ha manifestado especialmente en dos instituciones: Una el procedimiento preliminar a cargo de Ministerio Público, poniendo fin a la tradicional figura del Juez de Instrucción, y otra la atribución a ese Ministerio Público de poderes de oportunidad a la hora de instar o de concluir el proceso penal. Una y otra institución son contrarias a la misma esencia del proceso penal y, aún más, a la garantía jurisdiccional penal, pero han encontrado fervorosos partidarios que han logrado introducirlas en las legislaciones alemana e italiana, principalmente, y que están logrando introducirlas en los códigos de otros muchos países. La instrucción a cargo del Ministerio Público tiene muy importantes connotaciones políticas, por cuanto depende incluso del tipo de Ministerio existente en cada país, siendo manifiesto que no es lo mismo la Procuraduría General de la República mexicana, en donde al Procurador General forma parte del Poder Ejecutivo, que la *Procura della Repubblica italiana*, en la que los miembros del Ministerio Público son verdaderos magistrados, existiendo toda especie de situaciones intermedias. Por ello no vamos a incidir ahora en este aspecto y nos vamos a centrar en el llamado principio de oportunidad.

A) Su significado político

Estamos asistiendo en los últimos años al intento de introducir lo que se llama el principio de oportunidad en el proceso penal. Este pretendido principio lo

que supone exactamente es reconocer al titular de la acción penal la facultad para disponer, bajo determinadas circunstancias, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible cometido por un autor determinado. Hay que advertir, inmediatamente, que cuando se habla del “titular de la acción penal” se está haciendo referencia al Ministerio Público, con lo que la oportunidad lo es sólo para el órgano incardinado o en la órbita del Poder Ejecutivo que es el Ministerio Público (con excepciones muy contadas).

Antes de seguir conviene dejar claro que cuando un sector de la doctrina y de la práctica, y algunos grupos políticos, hablan de la oportunidad no están pretendiendo aumentar las facultades de las partes acusadoras privadas. Es decir, no está pidiéndose el aumento del número de “delitos privados” ni de los “semiprivados”, ni que se dé más campo de actuación al perdón del ofendido. La oportunidad no se refiere a los particulares y a su poder de disposición del proceso penal, sino que antes al contrario la oportunidad pretendida lleva a auspiciar bien la supresión bien la limitación de la acusación en manos de los ciudadanos.

En el mismo sentido este llamado principio de oportunidad no atiende a aumentar las facultades de los órganos jurisdiccionales, ni en la persecución de los delitos, ni en la determinación de la pena, ni en su ejecución. Se pretende todo lo contrario, limitar los poderes de los órganos jurisdiccionales, fortaleciendo al Ministerio Público.

Naturalmente, instituciones como la amnistía o el indulto no tiene relación alguna con la pretendida oportunidad.

En el sentido en que se auspicia la oportunidad, lo que presupone es conceder amplias facultades al Ministerio Público para decidir: 1) Sobre el ejercicio de la acción penal, es decir, para no ejercitarla en determinadas condiciones, con lo que no se llegaría a iniciar bien el procedimiento preliminar bien el juicio oral, y ello a pesar de constar la existencia de un hecho aparentemente delictivo, y 2) Sobre la conclusión del proceso sin sentencia, a pesar de que de lo actuado hasta aquel momento se desprendiera, asimismo, la existencia de un hecho tipificado en el Código Penal.

Ni que decir tiene que si esto se llegara a conseguir estaríamos ante un proceso penal en el que lo más sobresaliente sería que los titulares de la actuación del Derecho penal en el caso concreto habrían dejado de ser los órganos jurisdiccionales, esto es, los jueces y magistrados, para atribuirse también al Ministerio Público, en cuanto de éste dependería el inicio del proceso y su conclusión. Y aquí está realmente lo que en el fondo se pretende con la introducción de esta oportunidad: Desplazar el poder de los titulares de la Jurisdicción por el poder del Ministerio Público, esto es, disminuir el poder de un órgano independiente, como son los jueces y magistrados, para aumentar el poder de un órgano subordinado al Poder Ejecutivo, como es el Ministerio Público. Más claramente, y por si queda alguna duda: Lo que se pretende es reducir el ámbito de ejercicio de la potestad jurisdiccional, de la que es titular el Poder Judicial, a lo que caso por caso decidiera el Poder Ejecutivo. Se trata, en el fondo, de dar marcha atrás en algunas de las conquistas de la civilización a las

que nos hemos referido más arriba.

B) Los argumentos alegados

Que lo anterior es como decimos se desprende de que las razones de utilidad pública e interés social, en las que pretende hallarse el fundamento de este principio de oportunidad, siendo indudablemente atendibles, justificarían, bien un replanteamiento de la tipificación de ciertas conductas en el Código Penal o de la pena conveniente, bien un aumento de las facultades de los jueces y magistrados, no del Ministerio Público, y a pesar de todo ello no se buscan estas soluciones sino que se defiende, sin más, el aumento de las facultades de este funcionario incardinado en la órbita del Poder Ejecutivo.

En efecto, suele decirse que con la oportunidad de lo que se trata es de:

1.º) Evitar los efectos criminógenos de las penas de breve privación de libertad, es decir, las graves consecuencias que para determinadas personas, sobre todo jóvenes autores de un primer delito, supone el ingreso en prisión para cumplir penas por delitos de poca importancia. Para evitar este efecto, que indudablemente existe y que hay que procurar evitar, podrían atenderse tanto a perfeccionar el Derecho penal material, esto es, la tipificación de conductas y la determinación de las penas, como a aumentar los poderes del órgano judicial para que, después del proceso y de la sentencia de condena, pudiera sustituir la pena de prisión por otra que no produzca esas consecuencias perjudiciales para la formación del joven condenado, y siempre con sujeción a criterios establecidos en la ley material penal, no por la ley procesal. Sin embargo, estas otras soluciones, que son perfectamente posibles y de las que hay ejemplos en otros países, no se defienden por el sector de la doctrina y de la práctica a que nos referimos y, desde luego, ni siquiera se conciben como hipótesis por determinados grupos políticos, prefiriendo unos y otros el aumento de los poderes procesales del Ministerio Público.

2.º) Obtener la reinserción del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de readaptación o de curación, en los casos en que el delito se ha cometido en situación de drogodependencia. En estos supuestos puede haber ocurrido que el autor del delito, cuando llega el momento del proceso, se ha rehabilitado ya o está sometido a tratamiento o está dispuesto a someterse a él, y en estas situaciones, que deben tenerse en cuenta evidentemente, las soluciones posibles son variadas, pues cabría estar tanto a perfeccionar el Derecho penal, en los tipos y en las penas, como a suspender la ejecución de la pena por el órgano judicial, y otra vez con base en criterios establecidos previamente por el legislador, pero, sin embargo, se prefiere optar por el aumento de facultades del Ministerio Público, atribuyéndole la no iniciación del proceso penal o su suspensión.

3.º) Obtener la reinserción de terroristas arrepentidos o una mejor información sobre bandas armadas o de narcotraficantes. También aquí podría optarse por soluciones muy variadas, y que no tendrían que ser precisamente la de aumentar el poder del Ministerio Público.

Si los fines de utilidad pública e interés social que hemos resumido --y que son los alegados por los sostenedores de esta oportunidad-- pueden lograrse perfectamente con otras soluciones, en las cuales se mantiene el principio de necesidad y la titularidad de la actuación del Derecho penal por los juzgados y tribunales, el preferir el aumento de los poderes del Ministerio Público comporta una decisión política de gran trascendencia que es muy reveladora de la concepción que se tiene del Estado.

Atribuir el Ministerio Público, y por su intermedio al Poder Ejecutivo, la iniciativa para perseguir o no determinados delitos y delincuentes, supone admitir que este último debe ser hegemónico en la sociedad y que debe privarse al Poder Judicial de atribuciones que hasta ahora tenía reconocidas. Conceder al Ministerio Público, con base en la oportunidad, no en la legalidad, la decisión de iniciar o no el proceso y de ponerle fin sin sentencia, no es más que una manera de reducir el papel del juez o magistrado en la aplicación del Derecho penal, a costa de aumentar el papel del Poder Ejecutivo.

Es obvio que la introducción de esta oportunidad para el Ministerio Público pretende ampararse en el habitual recurso al Derecho comparado, y se cita así como modelo lejano el proceso penal de los Estados Unidos y como modelo más próximo el de Alemania. Naturalmente en uno y otro caso la importación pretende hacerse olvidando el contexto político y jurídico de los dos países. Se olvida así que el Ministerio Público en los Estados Unidos es elegido mediante sufragio popular y que responde políticamente en las elecciones, no siendo un funcionario dependiente de otro poder político, sino que él en sí mismo es poder político, y pretende también desconocerse que nuestro Ministerio Fiscal no puede compararse en cuanto a independencia al Fiscal Federal alemán. Y todo ello aparte de los elementos políticos condicionantes de las sociedades de esos países, de su tradición democrática, del respeto del poder político a las reglas constitucionales de reparto de poder, etc.

C) La desvirtuación del Derecho penal

En el mejor de los casos la introducción del llamado principio de oportunidad supondría la desvirtuación del Derecho penal material por medio del proceso. El Derecho penal se basa en dos decisiones que se adoptan políticamente; la primera de ellas es aquella por la que el legislador establece cuándo una conducta se considera que debe ser tipificada en el Código Penal, es decir, lo que debe ser delito, y la segunda de las decisiones atiende a la pena que debe imponerse al autor de cada una de esas conductas. Puede así decirse que el legislador, al promulgar un Código Penal lo que hace es asumir las conductas que la sociedad estima merecedoras de reproche penal, prometiendo a los ciudadanos que esas conductas serán castigadas en el caso de que lleguen a producirse, y que lo serán con una pena determinada.

La tipificación de una conducta como delictiva se basa en la concepción política de la defensa de los intereses públicos, de la colectividad, que entiende que determinadas conductas no pueden producirse impunemente, en cuanto que las mismas atentan contra el interés de la colectividad. Es una determinada

concepción política la que lleva a que una conducta antes no delictiva se convierta en un momento concreto en delito, o a que una conducta antes tipificada deje de ser delictiva. Pudiera decirse que la lista de delitos, con sus penas correspondientes, es el resultado de lo que una determinada sociedad entiende que atenta contra los intereses generales de la misma, y que atenta en tal grado que merece una respuesta sancionadora y precisamente penal.

Así las cosas el reconocer después al Ministerio Público una facultad más o menos discrecional (oportunidad sin más u oportunidad reglada) para que el mismo pueda: 1) Bien no ejercitar la acción penal, a pesar de que le conste la existencia de un hecho con apariencia de delito, con lo que el proceso no llega ni a iniciarse, 2) Bien pedir que se imponga al acusado una pena distinta o inferior a la prevista legalmente, a pesar de que es consciente de que la pena establecida en el Código Penal es otra o superior, y 3) Bien concluir con el proceso sin que en el mismo llegue a dictarse sentencia condenatoria, y siempre a pesar de la existencia de un hecho por lo menos aparentemente constitutivo de delito, todo esto tiene que suponer necesariamente la perversión de todo el sistema material penal.

Lo más grave del caso es que todo el esfuerzo del legislador penal, las decisiones políticas adoptadas al tipificar una conducta y al señalarle una pena, pueden quedar privadas de sentido y en virtud de una norma no penal por la que se autorice al Ministerio Público a disponer de la aplicación de ese Derecho penal en los casos concretos. Si la norma que establezca el principio de oportunidad hubiera de calificarse de procesal, se llegaría al contrasentido de que todo el Código Penal quedaría sujeto en su aplicación a una norma procesal penal, a una única norma, con la cual podría decirse que quedan vacías de contenido todas las normas materiales penales.

Desde esta perspectiva el principio de oportunidad significaría el reconocimiento de la incapacidad del legislador penal para llegar a perfeccionar el Derecho penal, de modo que éste pudiera prever todo el complejo de circunstancias que pueden influir en la tipificación de las conductas y en la determinación de las penas. Si se estima, por ejemplo, que las penas cortas de privación de libertad son inadecuadas para ser impuestas a jóvenes que comenten un primer delito, lo más correcto es perfeccionar el Derecho material penal para que en el tipo o en la pena se tuvieran en cuenta las circunstancias de la edad del delincuente y el que se trata de su primer delito, pero no parece adecuado que la apreciación de esas circunstancias se confíe al Ministerio Público, actuando éste con oportunidad a la hora de acusar, a la hora de pedir pena concreta o a la hora de instar la conclusión del proceso sin condena.

D) La mejor utilización de los recursos

Últimamente algunos de los defensores del principio de oportunidad, abandonando la idea de que el mismo supone un avance civilizador y científico, están propugnando algo sustancialmente distinto, basado en la consideración de que deben utilizarse de la mejor manera posible los limitados recursos personales y materiales que están a disposición del Poder Judicial para el cumplimiento por

éste de su función, aunque se resisten a abandonar la terminología. Se parte así de la constatación de un hecho indudable. En la mayoría de los países el número de delitos que se cometen supera al número de procesos penales que pueden realizar los órganos del Poder Judicial, lo que lleva a un gran retraso en la tramitación de los procesos, con la consecuencia de que la pena en muchas ocasiones no es ya un elemento de disuasión y de rehabilitación, sino algo perturbador e incluso contrario al interés general. Lo que está en juego no es ya la oportunidad, sino el mismo sistema penal.

Este punto de partida, que puede incluso combinarse con los fines de utilidad pública e interés social a que antes hemos aludido, es perfectamente atendible, y debe llevar a reconsiderar, no los principios del proceso penal, sino la necesidad práctica de su adecuación a la realidad. Se trata de reconocer que el Estado en cuanto juzgador no puede cumplir las promesas que hace como legislador, que no se propugna lo mejor política y jurídicamente, que hay que sacrificar postulados de civilización y de ciencia jurídica a lo que es posible, que debe asumirse la limitación de los recursos disponibles. Reconocido esto, el debate cambia completamente de perspectiva

Hay que admitir que el Estado no cumple todas sus funciones de manera perfecta, que no puede garantizar de manera completa ni la sanidad, ni la educación, ni la seguridad pública, ni tantas otras funciones, por lo que no puede exigirse del mismo que sí cumpla de manera perfecta y completa la que podemos llamar función penal. Si los recursos son limitados, lo son para todo, y no puede esperarse que una parcela de la actividad del Estado sea perfecta mientras que las demás tienen claras deficiencias. Así las cosas se trata de cómo utilizar mejor los medios de que se dispone.

Con este planteamiento entramos en un terreno muy diferente, y así planteados los términos del debate todos podemos participar en la búsqueda de las soluciones posibles, incluso asumiendo que en esa búsqueda puede quedarse en el camino alguna consecuencia de los principios teóricos. Con todo, en esa búsqueda de las soluciones posibles existe un condicionante que debe resolverse de modo previo. Nos referimos a la asignación de los recursos, lo que comporta una gravísima decisión política.

En la mayoría de los países el porcentaje del presupuesto del Estado dedicado a la que podemos llamar Justicia, en términos generales, no supera el 1 por 100, lo que puede traducirse diciendo que el grado de interés por esa Justicia, medido en parámetros económicos, es ínfimo. No puede aceptarse que, primero, el Estado diga que destina a la Justicia menos del 1 por 100 de los recursos económicos y que, luego, pretenda que el sistema penal se adecue a esa limitación, pues con ello lo que está haciendo es convertir en imposible el cumplimiento de la función. Antes de nada, pues, debe replantearse la distribución de recursos, partiendo de que son limitados, determinar así qué recursos se asignan a la Justicia, atendidas todas las otras funciones que deben cumplirse, con lo que se establecerá una verdadera jerarquía de valores, y, por fin, adecuar el sistema penal, y sobre todo el procesal, en lo que ahora nos importa, a los recursos asignados.

De esta manera hemos descendido de los principios conformadores del proceso penal, los que se refieren al termómetro que mide la concepción política imperante en el Estado, a algo que ya no guarda relación con esos principios, aunque puede significar la adecuación de los mismos a la realidad. Ya no se debate sobre conquistas de la civilización y de la cultura jurídica, de lo que es mejor, sino sólo de lo que es posible.

CONCLUSIÓN

19. LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO PROCESAL

La doctrina procesal civil alemana, que ha sido sin duda alguna la que ha permanecido más ajena a toda influencia extranjera, quedando encerrada en sí misma y en la contemplación del sistema, está reconociendo en estos momentos (y en este sentido cabe citar a Stürner, presidente de la *Vereinigung Deutscher Zivilprozessrechtslehrer*) que ha de decir adiós a una época y prepararse para otra de apertura internacional. Si esto es manifiesto en el proceso civil, para el que existen labores preparatorias, no de un futuro código procesal civil europeo en sentido estricto, pero sí de la aproximación (no la unificación) de las normas procesales civiles que tienen influencia en el funcionamiento del mercado interno europeo¹⁴, y en el que se ha publicado un Código Modelo para Iberoamericana, en el proceso penal no cabe hablar ya de futuro sino de presente.

Nos hemos referido antes al fenómeno de la constitucionalización de los principios y garantías del proceso penal, pero hay que indicar ahora otro fenómeno paralelo, el de la internacionalización de esos mismos principios y garantías, que han dado lugar a textos como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Convención para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 1955 (con sus diversos Protocolos adicionales) y Convención americana sobre Derechos Humanos de 1970. Además de estas normas internacionales existen hasta dos tribunales de ámbito supranacional, la Corte de San José de Costa Rica y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que han empezado a formar un verdadero cuerpo de jurisprudencia internacional procesal penal.

Por este camino de la internacionalización de aspectos de la regulación de los procesos civil y penal se está llegando a algo que no podían sospechar los “prácticos forenses” ni los procedimentalistas. Los primeros estimaban que su función consistía en explicar el estilo o modo de proceder de los tribunales de cada país y, aún más, de tribunales concretos dentro de cada país, mientras que los segundos centraban su estudio en la explicación de cómo la ley, cada ley nacional, describía las formas de proceder de los tribunales, pero los dos hacían una especie de ciencia “nacionalista”. Después de una larga evolución estamos llegando a la posible aparición de un *ius commune* procesal occidental. En su elaboración está el reto del futuro.

¹⁴ Los miembros de la Comisión Storme, que efectuaron sus trabajos entre 1990 y 1993, dando lugar a un volumen titulado *Rapprochement du Droit Judiciaire dans l'Union Européenne*, M Storme, ed. Kluwer, 1997, han insistido en que no se ha pretendido realizar un verdadero código procesal civil europeo, sino mucho más sencillamente de tomar en consideración aquellas instituciones o normas cuyas divergencias en los cuerpos legales nacionales pueden llegar a generar disparidades en la tutela jurisdiccional con lo que podría llegar a influir en el juego de libre competencia, alterando las reglas de un verdadero mercado único.

PRUEBA Y VERDAD EN EL PROCESO CIVIL

Un intento de aclaración de la base ideológica de determinadas posiciones pretendidamente técnicas

I. EL CUESTIONAMIENTO DE LA VERDAD COMO FUNCIÓN DE LA PRUEBA

Cuando se habla de la prueba -y nos ocupamos ahora del proceso civil pero podríamos generalizar al proceso, sin calificativos- una de las preguntas a hacerse es la de cuál es la función de la misma o, de otra manera, qué papel es el que la prueba cumple en el proceso. Normalmente la pregunta se contesta relacionando prueba con verdad, pero esa relación no es unívoca.

1. La verdad en el proceso, no en abstracto

Tradicionalmente la función de la prueba ha venido refiriéndose a la búsqueda y descubrimiento de la verdad, como hemos adelantado, y en dicho sentido se pronunció toda la doctrina del siglo XIX para la que “las pruebas son los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad”¹⁵. Entonces no se estaba dando una respuesta política, sino simplemente diciendo en palabras llanas, sin complicaciones ni ideológicas ni técnicas, lo que parecía más adecuado al proceso a cualquier proceso.

Sin pretender plantear aquí y ahora cuestiones metafísicas (la verdad a la que se llega por la inteligencia), físicas (la verdad que proporcionan los sentidos) o históricas (la verdad que nos narran otras personas) puede afirmarse que hoy se reconoce comúnmente que esa aspiración -nada menos que ¡la verdad!, la que no esperó a oír Poncio Pilatos- era demasiado ambiciosa¹⁶ y, sobre todo, que la

¹⁵ BONNIER, E., *Tratado teórico y práctico de las pruebas en derecho civil y en derecho penal*, I, 5.ª edición, Madrid, 1928 (traducción de De Vicente y Caravantes, del que la 1.ª edición es de 1869, y notas de Rives Martí), p. 9; pero pueden recordarse otros muchos autores, entre los que destacamos a RICCI, F., *Tratado de las pruebas*, traducción de Buyla y Posada, Madrid, s.f., tomo I, p. 22: “La prueba, en efecto, no es un fin por sí mismo, sino un medio dirigido a la consecución de un fin, que consiste en el descubrimiento de la verdad”. En España VICENTE Y CARAVANTES, José de, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, II, Madrid, 1856, p. 124.

¹⁶ En general puede verse GIULIANI, A., *Il concetto di prova (contributo alla logica giuridica)*, Milano, 1961, y *Prova in generale*, a) *filosofia del diritto*, en *Enciclopedia del Diritto*, XXXVII, Milano, 1988, pp. 519-579; WRÓBLEWSKY, J., *Sentido y hecho en el derecho y especialmente El problema de la así llamada verdad judicial*, San Sebastián, 1975; CHIARLONI, S., *Processo civile e verità*, en *Questione giustizia*, 1987, núm. 3; TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, existe traducción española de Ferrer Beltrán, *La prueba de los hechos*, Madrid, 2002; también del mismo *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1997, núm. 3, y ahora en “*Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*”, Bologna, 2002, pp. 305-328; GASCÓN ABELLÁN, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, 1999; FERRER BELTRÁN, J., *Prueba y verdad en el Derecho*, Madrid, 2002.

misma no siempre es compatible con los principios y reglas conformadoras del proceso civil.

No se trata tan solo, ni de algo tan elemental, como es el reconocimiento de las limitaciones con que se encuentra el hombre a la hora de alcanzar verdades que puedan calificarse de absolutas. Se trata más sencillamente de asumir que el proceso se configura conforme a toda una serie de principios que son tan importantes, al menos, como la búsqueda de la verdad a la hora de conformar los hechos que han de tomarse en consideración en la sentencia (por ejemplo, condición de tercero del juez, contradicción, derecho de defensa, igualdad de las partes).

Dicho lo anterior, debe afirmarse inmediatamente, para evitar equívocos, que en el proceso y en la prueba tiene necesariamente que existir un intento decidido de verificar, de la manera posible más próxima a la realidad, las afirmaciones de hecho que realizan las partes, pues la constatación de los límites en que opera el hombre y de los principios propios del proceso no puede llevar, sin más, a renunciar a que la sentencia se base en un relato de hechos probados que responda lo más ajustadamente posible a cómo sucedieron las cosas realmente.

La función de la prueba, el papel que ésta representa en el proceso, no puede por tanto suscitarse en el vacío de lo abstracto, sino que debe incardinarse en los ordenamientos jurídicos en concreto y ello supone que debe adecuarse a los principios y reglas que conforman el proceso y, más allá, a la función de la jurisdicción.

2. La función de la jurisdicción

Respecto de la función de la jurisdicción parece claro que hoy se mantienen sustancialmente dos posiciones:

1.^a) Hay quienes sostienen que la jurisdicción persigue la actuación del Derecho objetivo mediante la aplicación de la norma al caso concreto, de modo que al Estado le corresponde asegurar la actuación del Derecho objetivo en todos los supuestos en los que el mismo no sea voluntariamente observado¹⁷. La norma a aplicar es para la Administración pública la regla que debe ser seguida para que una cierta finalidad sea alcanzada, y la misma norma es para el órgano

¹⁷ Políticamente esta concepción respondió claramente a una idea autoritaria del Derecho, que veía en él la voluntad del Estado y en su observancia el respeto a la autoridad de ese Estado; en ella queda en la sombra el interés individual y la defensa del derecho subjetivo, y surge en primer plano el interés público en la observancia del derecho objetivo. Lo importante no es ya el interés de los particulares; lo importante es que se cumpla la previsión general de la ley en cuanto en ella se recoge el interés público. Por ello todas las manifestaciones de estas concepciones, en menor o mayor medida, tienen un sustrato autoritario, que no puede esconderse bajo referencias a lo “social”. En este sentido puede verse CALAMANDREI, *Istituzioni di Diritto processuale civile secondo il nuovo codice, Parte Prima*, Padova, 1941, p. 65.

En contra de lo que pudiera parecer estas concepciones no nacen pensando en el proceso penal, en el que pudiera estimarse en principio que tratándose de la aplicación de una rama del derecho público, como es el penal, podría prevalecer el interés general, sino que su origen se encuentra en la concepción autoritaria del proceso civil a que responden el socialismo (los códigos de la Unión Soviética) y el fascismo (el Código italiano de 1940), aunque acaba aplicándose al proceso penal, y en éste se trata entonces de hacer prevalecer la seguridad de la sociedad frente a la libertad del individuo.

jurisdiccional el objeto de su actividad institucional, en el sentido de que la actividad jurisdiccional se ejercita solo con el fin o, por lo menos, con el fin principal, de asegurar el respeto del Derecho objetivo. Desde esta perspectiva, que es, según algunos simplemente publicista y pero que otros calificamos de autoritaria, la verdad, por mucho que se admita que es relativa, se convierte en parte esencial de la función del juez, el cual en buena medida deja de ser un tercero entre las partes y además pone en cuestión su imparcialidad¹⁸.

2.ª) Otros sostenemos que la función de la jurisdicción debe centrarse en que el juez, siendo tercero e imparcial, es el último garante de los derechos que el Ordenamiento jurídico reconoce al individuo, y sea cual fuere la rama del mismo que se tome en consideración. Naturalmente los derechos que más importan son los fundamentales, pues son los que más trascendencia tienen, pero la garantía se refiere a todos los derechos. En la aplicación del derecho privado se tratará de que, por medio del proceso civil, el particular vea cómo sus derechos subjetivos (económicos o no), los que él afirma como propios, son examinados y decididos con todas las garantías propias del proceso.

De esta manera resulta que la tutela de los derechos de los particulares propia de la función jurisdiccional tiene que basarse, por un lado, en el imperio de la ley, pues no se trata de tutelar sino los derechos que se establecen en la ley (entendida ésta en el sentido de Derecho) y, por otro, en el instrumento que es el proceso. Desde esta posición, que es privatista y liberal, la verdad, siempre relativa, se convierte en medio para cumplir con la función de garantía.

2. Las pretendidas funciones del proceso

Últimamente se ha pretendido distinguir entre las que se consideran dos posiciones doctrinales sobre la función del proceso¹⁹:

1) Esa función -se dice- consiste sólo en resolver controversias poniendo fin a los conflictos entre particulares, bien entendido que las consecuencias de esta pretendida posición radican, entre otras, en que no importa el contenido de la sentencia, es decir, la calidad de la decisión no se toma en cuenta, pues se trata sólo de cómo se llega a la decisión (por medio de un proceso justo) pero no del contenido de ésta. En este contexto se dice que para esta posición no interesa la verdad y que por ello tampoco se admiten los poderes probatorios del juez.

¹⁸ Un ejemplo muy claro de esta concepción es la que puede verse en el juez federal brasileño CABRAL, Antonio do Passo, *Il principio del contraddittorio como diritto d'influenza e dovere di dibattito*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 2005, 2, p. 453. Según el Autor el derecho procesal (en general) ha abandonado hace mucho tiempo las esposas del individualismo consolidando la concepción publicista del proceso; siendo derecho público debe identificarse en el ejercicio de la actividad jurisdiccional el esfuerzo del Estado para realizar, por medio de la jurisdicción, algunos fines que le son propios y que preceden a los intereses de las partes: objetivos sociales y políticos, entre los que debe subrayarse el de asegurar la participación popular en el proceso; esto es, el proceso es un medio al servicio de determinados fines estatales y la función jurisdiccional es camino para alcanzar los fines políticos del Estado democrático. Claro que no se dice cuáles son esos fines, aunque pareciera que permite distinguir entre un Estado que sirve las personas y un Estado que se sirve de las personas.

¹⁹ Puede verse TARUFFO, M., *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, en *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2006, núm. 2, pp. 468 y ss.

2) Como contraria se presenta aquella otra posición conforme a la que lo que importa es la calidad de la decisión judicial, decisión que debe basarse en una aplicación correcta y racionalmente justificada del Derecho, y por ello se tratará de alcanzar la verdad de los hechos, al servicio de lo cual debe estar la atribución al juez de poderes probatorios.

La contraposición de estas dos pretendidas posiciones es una clara manipulación maniquea, dado que no existe nadie que llegue a sostener tan descarnadamente que el contenido de la sentencia sea, política y jurídicamente, indiferente. El verdadero debate se ha centrado, y así debe seguir haciéndose, en determinar cuál es la mejor manera de regular el proceso para que, por un lado, en el mismo las partes puedan alcanzar la tutela efectiva de sus derechos y, por otro, para que el juez pueda cumplir con su función de garante último de esos derechos, y en ese debate nada tienen que ver las posiciones ideológicas que de modo absurdo describe Taruffo.

Se permite además Taruffo hacer afirmaciones -aparte de carentes de demostración- radicalmente contrarias a los sistemas jurídicos occidentales; por ejemplo dice literalmente: “Es notorio y está históricamente confirmado que el modo menos eficiente para descubrir la verdad de los hechos en el proceso es el de confiarse exclusivamente en las iniciativas probatorias de las partes”; si esta rotunda afirmación fuera cierta sería obvio que todos los Ordenamientos jurídicos del mundo occidental deberían reformarse de raíz, especialmente en lo relativo al proceso penal, pues en éste deberían atribuirse completos, aunque no exclusivos, poderes probatorios al jurado y al magistrado que lo preside, o, en su caso, sólo al juez del juicio penal. El sistema occidental de justicia se ha basado, por el contrario, en algo elemental: “Las partes son los mejores jueces de su propia defensa”²⁰.

Por si faltara algo no deberían olvidarse algo elemental para quienes, después de intentar entender la doctrina procesal, esto es, la base teórica de la misma, nos hemos movido en la práctica, aprendido tanto de la primera como de la segunda. Prácticamente no puede admitirse la afirmación de Taruffo de que “en todos los procesos existe una parte al menos -aquella que sabe que actúa inicuaamente- que no tiene interés alguno en que se descubra la verdad”. Cuando se sostiene esta afirmación se está desconociendo la realidad misma de la vida judicial, en la que las partes, las dos, llegan al proceso normalmente (y dejando a un lado los casos patológicos) convencidas de la razón de su causa, por lo menos en parte. Sólo quien no tiene experiencia en la realidad procesal cotidiana, quien no ha hecho como profesional un juicio en su vida, puede hacer la afirmación anterior sobre la siempre sin razón de una de las partes²¹.

Únicamente desde una concepción política autoritaria, que se trasmite a la función de la jurisdicción y al cómo del instrumento que es el proceso, puede llegar a sostenerse que la función del abogado es algo

²⁰ CHIOVENDA, G., *Principios de derecho procesal civil*, II, Madrid, 1925, traducción de Casáis y Santaló, p. 183.

²¹ Afirmación que hace TARUFFO en *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, ya citado, y ahora en p. 477.

diferente a la defensa de los intereses de su cliente, y a una defensa en la que debe utilizar todos los medios que el ordenamiento jurídico pone a su disposición²². El absurdo, basado en una determinada y evidente concepción ideológica, llega hasta el extremo de pretender que el abogado debe actuar en contra de los intereses de su cliente y a favor del cumplimiento del Derecho objetivo, esto es, ser imparcial. Y para colmo luego se quiere que el juez no se mantenga en la neutralidad, esto es en la imparcialidad.

Y así se llegar al absurdo de ciertas construcciones en las que se pone el mundo al revés: abogado imparcial (veracidad, lealtad y buena fe colaboración con el juez) y juez parcial (pérdida de la neutralidad al servicio de la verdad material).

3. Los principios del proceso

Los principios y las reglas que conforman el proceso se consideran elementos que han de determinar la posibilidad de alcanzar en mayor o menor grado la verdad. Es evidente que:

1.º) Un proceso regido por los principios de oportunidad, dispositivo y de aportación de parte (un proceso regido por los viejos brocados *ne procedat iudex ex officio e iudex iudicare debet secundum allegata et probata partibus*) supone necesariamente que los hechos que importan en el proceso son los que afirman las partes -y ninguno otro más-, la prueba se refiere sólo a los hechos controvertidos y es simplemente verificadora, no actividad de investigación²³, los medios de prueba a practicar son los propuestos por las partes, esa práctica se hace conforme al principio de legalidad, en la verificación no todo vale, pues no pueden sacrificarse derechos que se consideran superiores a la misma verdad (por ejemplo, no puede servir como base de la sentencia un hecho verificado de modo que se ha vulnerado en ello un derecho fundamental; esto es, con base en

²² Por cierto que en esa misma página indicada en la nota anterior se descubre el fondo ideológico de TARUFFO cuando sigue diciendo, y como si ello fuera reproable: “los defensores no son científicos que persigan una búsqueda imparcial y desinteresada de la verdad, sino que tienen interés en resaltar la versión de los hechos que más conviene a su cliente y ello incluso antes que la verdad”. La sorpresa que se lleva aquí el lector es mayúscula, pues los abogados defensores, desde que la profesión existe, tienen como función exactamente defender los intereses de su cliente y para ello deben hacer resaltar la versión de los hechos que mejor se acomoda a esos intereses. El proceso civil en nuestra civilización se ha basado precisamente en que cada abogado defensor es alguien parcial, con una función clara de defensa de su cliente; para imparcial ya está el juez. ¿O es que el Taruffo pretende que los abogados también deberían ser imparciales?

Solo faltaría añadir que las partes y sus defensores tienen el deber de actuar conforme a los principios de buena fe y de veracidad, que el juez es el “amigo” y el colaborador de las partes en la búsqueda de la justicia, para que nos convenciéramos de la concepción totalitaria que está la base de afirmaciones como las aquí recogidas y hechas por Taruffo. Puede verse también MONTERO, J., *Ideología y proceso civil. Su reflejo en la “buena fe procesal”*, en el volumen colectivo *Ideología y proceso civil*, Valencia, 2ª edición, 2011

²³ En sentido estricto la investigación supone ir a la búsqueda o descubrimiento de unos hechos desconocidos y, evidentemente, éste no es el supuesto del proceso civil; en él las partes tienen la facultad exclusiva de realizar las afirmaciones de hechos y el juzgador se limita a verificar la exactitud de esas afirmaciones y, además, sólo en el caso de que hayan sido negadas o contradichas.

una prueba obtenida de modo ilícito²⁴.

Además un proceso que responde a principios como el de contradicción e igualdad de las partes y que se regula atendiendo a determinadas reglas que dan seguridad a esas propias partes, caso por ejemplo de una cierta preclusión, no puede luego negar unos y otras al servicio de una pretendida verdad que estaría por encima de las garantías propias del proceso.

No se trata ya solo de que la prueba se refiere a las afirmaciones de hechos que las partes han efectuado, sino también de que el proceso responde a unas reglas y principios que son de tanta importancia, al menos, como puede serlo el que elemento determinante de la justicia de la sentencia es que se parta de un conocimiento real de los hechos. En el proceso, en tanto que serie de ordenada de actos sujeta a unos principios, no puede desconocerse, por ejemplo, que las alegaciones de hechos de las partes tienen que hacerse en momentos determinados en esa serie de actos, de modo que, precluida la posibilidad de alegar, no cabe ya hacer otras afirmaciones de hechos, o que las pruebas se proponen también en momentos procesales determinados. La preclusión en supuestos como los dichos no pueden verse como obstáculos al “descubrimiento” de la verdad, sino como elementos determinantes de principios básicos, tanto como la contradicción o la igualdad de las partes, y estos principios son tan irrenunciables como la base fáctica desde la que decidir ese mismo proceso.

Todo esto indica, sin más, que la búsqueda de la verdad no puede ser la función última de la prueba civil, entre otras cosas porque realmente lo que persigue la jurisdicción en este proceso no es meramente declarar y además de modo absoluto la verdad de los hechos. La jurisdicción persigue la tutela de los derechos de las partes; la función de la jurisdicción por medio del proceso no consiste en declarar ciertos determinados hechos, sino la de tutelar derechos subjetivos, y ello debe hacerse conforme a una regulación del proceso en cuyo respeto está la propia esencia de la tutela.

2.ª) Un modo inquisitivo de aplicar el Derecho, esto es, determinado por los principios de necesidad, oficialidad y de aportación judicial, en el que los hechos pueden ser aportados por el juez, el cual los investiga. Suele decirse que este sistema está posiblemente más cerca de la verdad, si bien esa afirmación es tan discutible como la de que el Tribunal de la Inquisición fue el más adecuado

²⁴ Naturalmente con lo que decimos en el texto no guarda relación alguna la doctrina que distinguió entre clases de verdad con referencia a las clases de procesos. Se pasó a sostener que si en el proceso penal la función de la prueba debía seguir siendo la búsqueda de la verdad, que se calificó de material, en el proceso civil bastaba con una verdad que se llamó formal. Si el juzgador estaba jurídicamente limitado en la búsqueda de los hechos, el resultado de la actividad probatoria se admitió que no podía ser la “verdad verdadera”, sino simplemente una verdad jurídica, no basada en las leyes de la lógica sino fundada en las leyes jurídicas. La distinción anterior es absurda pero fue sostenida por la doctrina (especialmente la alemana, puede verse FURNO, C., *Teoría de la prueba legal*, Madrid, 1954, traduc. de González Collado, p. 22, nota 24) durante décadas y, sobre todo, permitió a los procesalistas penales diferenciar la prueba penal de la prueba civil. El mito de la verdad formal fue destruido por CARNELUTTI, simplemente evidenciando que la verdad no puede ser más que una, de modo que, o la verdad formal coincide con la verdad material, y no es más que verdad, o discrepa de ella, y no es sino una no verdad. CARNELUTTI, *La prueba civil*, 1.ª edición 1915, y 2.ª edición 1947, con un interesante apéndice de Giacomo P. Augenti; citamos ahora por *La prueba civil* (traducción de Alcalá-Zamora, sobre la edición italiana de 1947), 2.ª edición, Buenos Aires, 2000, p. 21, que recuerda que la expresión verdad formal se debe a Möser.

para lograr la verdad. Lo que sí es cierto es que ese “proceso” no es ya garantía de la tutela de los derechos subjetivos de las personas, pasando a ser medio para asegurar el cumplimiento del Derecho objetivo.

En este caso ese “proceso” inquisitivo se explica desde la persecución de un fin político (por ejemplo la construcción del socialismo) y de ahí que lo que importa en el mismo, no son los derechos de las partes, sino el cumplimiento de ese fin político. Naturalmente en esta manera de aplicar el Derecho objetivo no importan los principios ni las reglas conformadoras del proceso, y de ahí que el principio de contradicción no sea elemento determinante, aparte de que garantías fundamentales como la condición de tercero del juez y su imparcialidad desaparecen al carecer de sentido.

La contraposición de estos dos sistemas se ha pretendido presentar como opciones técnicas²⁵, pero se trata claramente de opciones políticas, como veremos seguidamente. Con todo, ahora lo que importa es destacar que siendo la verificación de los hechos elemento trascendental en el proceso, pues sólo desde esa verificación puede hacerse efectiva la tutela de los derechos subjetivos de las personas, a la misma se debe llegar. No de cualquier manera, sino con los condicionamientos propios, primero de la jurisdicción y después del proceso, y de ahí la noción de certeza²⁶.

II. LAS FUNCIONES COMPLEMENTARIAS DE LA PRUEBA

Relativizada la búsqueda de la verdad, la doctrina que considera que el proceso es garantía de la tutela de los derechos de las partes, no la autoritaria, se ha dividido en corrientes no muy bien perfiladas, en cuanto las diferencias entre unas y otras son de matiz, si bien cabe distinguir²⁷ entre:

1. Fijar hechos

Una cosa es la fijación de los hechos controvertidos u ordenación del uso de determinados procedimientos que sirven para establecer los hechos conforme a lo dispuesto en la ley. La ley regula una serie de mecanismos que el juzgador tiene que utilizar como sistemas únicos para llegar a la fijación de los hechos y esa fijación es la función de las normas probatorias. Se trata aquí de que, naturalmente, importa el resultado que se alcance con el proceso –el contenido de la sentencia–, pero también el cómo se llega a ese resultado; y si importante es lo

²⁵ Así COMOGLIO, *Le prove civili*, 2.ª edición, Torino, 2004, pp. 17 y ss. En contra MONTELEONE, G., *Manuale di Diritto processuale civile*, I, 4.ª edición, Padova, 2007, pp. 267-272, para el que la inquisición judicial, sin dar garantía alguna de resultados más rápidos y mejores, es la expresión de un poder público autoritario en detrimento de las partes.²

²⁶ A lo que decimos en el texto deberían añadirse otros elementos que conforman la manera de regular el proceso. Si en esa regulación se impone a las partes y a sus abogados los deberes de decir verdad y de colaborar con el juez en la búsqueda de la verdad, y además al juez se le dota de poderes de coerción, es obvio que se están disponiendo por el legislador medios que favorecen la verdad, pero también lo es que ello se hace a costa de las garantías procesales de las partes en el proceso; puede verse MONTERO, J., *Ideología y proceso civil. Su reflejo en la “buena fe procesal”*, en el ya citado volumen colectivo *Ideología y proceso civil*, con la bibliografía sobre la buena fe.

²⁷ Esta distinción efectuada ya en MONTERO, J., *La prueba en el proceso civil*, 1.ª edición, Madrid, 1996, pp. 27-29, y reiterada en ediciones y en obras posteriores (hasta 2012, la 7ª), es manejada luego críticamente por FERRER BELTRÁN, *Prueba y verdad en el Derecho*, cit., p. 73-77.

primero, no menos es lo segundo. En otras palabras podría decirse que el fin -el contenido de la sentencia- no justifica los medios -el cómo se llega a la misma-.

No se está haciendo exclusivamente referencia entre esas reglas a las legales de valoración de la prueba, ni a las que determinan cuándo un hecho es controvertido. Incluso la prueba de los hechos controvertidos cuando se trata de la valoración libre debe practicarse conforme al sistema de la ley, y en ese sistema no es lo único determinante el descubrimiento de la verdad, sino que se trata de dejar establecidos formalmente los hechos de los que debe partirse en la sentencia.

Esas reglas son el resultado de pretender lograr la seguridad en la determinación de los hechos (utilizando las experiencias acumuladas para evitar errores) y hacerlo con economía en el esfuerzo (evitando la realización de actos superfluos)²⁸. Naturalmente nada impide que con los medios jurídicos de fijación de los hechos se llegue realmente a descubrir la verdad, lo que por otra parte debe ser lo normal²⁹; lo que se dice en esta concepción es que la actividad probatoria se conforma con fijar los hechos necesariamente cumpliendo unas reglas jurídicas.

Los sistemas de fijación de los hechos no pueden calificarse de formalismo, por lo menos si se quiere distinguir entre la forma como garantía y el formalismo como degeneración de la forma hasta el extremo de convertirse en obstáculo a la garantía³⁰.

2. Convencer al juez

Y otra cosa distinta es la convicción psicológica del juzgador, con lo que prueba es el conjunto de operaciones por medio de las que se trata de obtener el convencimiento del juez respecto a unos datos procesales determinados. Relativizada la pretensión de obtener la verdad, es decir, la realidad objetiva de los hechos, aparece la función de lograr otra realidad, si bien subjetiva, la convicción del juez. En este sentido decía Chiovenda que la función de probar se resuelve en “crear el convencimiento del juez sobre la existencia o la no existencia de hechos de importancia en el proceso”³¹.

Naturalmente esta concepción se ve obligada a negar o a quitar valor a elementos que vienen impuestos por la ley. Dada la existencia en todos los ordenamientos jurídico-procesales de medios de prueba con valor legal (siempre los documentos públicos y a veces los privados), afirmar que la función de la prueba es lograr

²⁸ Otra vez CARNELUTTI, *La prueba civil*, cit., p. 19.

²⁹ DÖHRING, E., *La investigación del estado de los hechos en el proceso. La prueba. Su práctica y apreciación*, Buenos Aires, 1972 (traduc. de Banzhaf), p. 6.

³⁰ Ya decía MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, VI, 2, y XXIX, 1, que la forma es el precio de la seguridad, y después CHIOVENDA, G., *Las formas en la defensa judicial del derecho*, en “Ensayos de Derecho Procesal Civil”, II, Buenos Aires, 1949 (traducción de Sentís), p. 123 y ss.

³¹ CHIOVENDA, G., *Principios de derecho procesal civil*, II, cit., p. 281. En el mismo sentido MANDRIOLI, C., *Diritto processuale civile*, II, 15.ª edición, Torino, 2003, p. 170, si bien deja aclarado que esta definición se mantiene porque es la que se presta a críticas menores desde el lado de la relatividad de la verdad conseguible en el proceso. Por ello partiendo de esa relatividad, alude a la función demostrativa de la prueba en contra de la función persuasiva, lo que se pone en relación con la motivación de las decisiones judiciales.

la convicción del juez supone desconocer esas reglas legales, y para ello se dice que las mismas son “un residuo histórico de viejas concepciones en trance de continua superación”³².

Por otra parte la convicción acaba por referirse a la probabilidad. La certeza se produce cuando la inteligencia manifiesta la realidad de una afirmación, pero la certeza absoluta sólo puede producirse en el campo de la física o de la matemática, no en el del proceso, en el que sólo cabe una certeza moral, que se resuelve en la convicción, en cuanto medida psicológica de la certeza³³.

3. La certeza

Hoy no puede mantenerse una noción unilateral de la concepción de la prueba procesal por cuanto no cabe determinarla de modo absoluto, es decir, sin referencia a un determinado derecho positivo. Es cierto que en los últimos años se ha tratado imponer el criterio de que prueba equivale a convicción judicial e incluso a libre convencimiento³⁴, pero parece claro que tal intento de imposición es inadmisibile. Se tratará, pues, de matizar como decimos a continuación.

Consciente el legislador de las dificultades en obtener la verdad metafísica y la física y de que el proceso no puede dejar de estar sujeto a principios y reglas conformadoras, algunos de las cuales responden a garantías procesales esenciales, reconduce la prueba a la certeza o, si prefiere a la existencia de elementos suficientes en las actuaciones para tener por probadas las afirmaciones de hechos de las partes, si bien asume que esa certeza puede lograrse de varios modos:

1.º) Excluye de la prueba las afirmaciones de hecho de las partes sobre las que existe conformidad entre ellas, lo que se hace atendiendo a la naturaleza dispositiva del derecho material a aplicar. Los hechos sobre los que partes están concordes existen para el juez y quedan excluidos de la prueba; y ello hasta el extremo de que si no existen hechos controvertidos ni si quiera se practica medio alguno de prueba.

³² GUASP, J., *La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales*, primero en Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 1945 y ahora en *Estudios Jurídicos*, Madrid, 1996, pág. 393. Para él “el fenómeno de la prueba tasada es un monstruo jurídico que debe estudiarse no en la fisiología sino en la teratología del derecho”, en pág. 428. En *Derecho procesal civil*, I, 3.ª edición, 2.ª reimpresión, Madrid, 1977, p. 321, que es su última obra general, define la prueba como “el acto o serie de actos procesales por los que se trate (sic) de convencer al Juez de la existencia o inexistencia de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo”. Debe tenerse en cuenta que Guasp sólo puede entenderse si se advierte que antes había escrito un libro contra el derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso, titulado *Juez y hechos en el proceso civil (Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso)*, Barcelona, 1943, en el que en el fondo se trata de desconocer el principio dispositivo; en ese libro puede leerse que el principio dispositivo es “rutina mental” y se alaban las reformas de Alemania e Italia de los años propios del nazismo y del fascismo (pp. 2 y 3)

³³ FURNO, *Teoría de la prueba legal*, cit., p. 26

³⁴ La situación ha llegado hasta tal extremo que CAVALLONE, B., *Forme del procedimento e funzione della prova (Ottant'anni dopo Chiovenda)*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 2006, núm. 2, p. 425, puede decir que en la actualidad el principio del libre convencimiento del juez se pretende imponer como algo “sagrado” y que ponerlo en discusión en nombre de la legalidad de la prueba sería como volver a caer en la “barbarie medieval”

2.º) Atribuye consecuencias determinantes a los principios y a las reglas conformadoras del proceso, de modo que establece como valores irrenunciables algunos principios como el de legalidad. De este modo importa, sí, el resultado de la actividad probatoria, pero no importa menos el respeto a esos principios en la misma actividad.

3.º) Establece algunas veces en la ley y de modo reglado el valor que el juzgador debe conceder a un determinado medio de prueba, en el sentido de que configura la certeza independientemente del criterio subjetivo del propio juez, y ello hasta el extremo de que cabría referirse a una “certeza objetiva”. Cuando la ley establece una norma de valoración lo que está diciendo es que, por ejemplo, la afirmación de hecho realizada por una parte que se ha verificado por un documento público ha de ser tenida como cierta por el juez; esto es, que de las actuaciones se desprende la necesidad de dar como probada una afirmación de hecho realizada por una parte y ello sin referencia a la convicción psicológica del juez.

4.º) Otras veces dispone en la ley que el juzgador debe conceder a un medio de prueba el valor que estime oportuno, si bien siempre motivadamente, conforme a las reglas de la sana crítica (desde luego no discrecionalmente), con lo que la certeza se pone en relación con el convencimiento psicológico del mismo juez, pero en tanto pueda concluir que en las actuaciones existen suficientes elementos para que un hecho pueda darse como probado. En este caso cabría hablar de “certeza subjetiva”, siempre que no se olvidara que no se trata de que el juez pueda decidir “en conciencia”, pues la necesidad de motivar la sentencia ha de llevarle a exponer de modo razonado cómo ha llegado a formarse su convicción, partiendo en todo caso de los medios de prueba practicados.

De esta manera no se trata de volver, por un camino diferente, a la distinción entre verdad material y verdad formal, sino de considerar que sólo puede tenerse la certeza cuando desde las actuaciones, en las que se han respetado el principio de legalidad, pueda cualquier persona razonable concluir que se dieron elementos suficientes para, por lo menos, poder decir que una afirmación de hecho puede ser tenida como probada; en sentido contrario, podría igualmente concluirse que una afirmación de hecho no debe tenerse por probada, independientemente de su correspondencia con la realidad, si en las actuaciones no existen los elementos que permiten llegar a la razonable conclusión de que esa afirmación está probada.

III. LAS CONCEPCIONES POLÍTICAS TOTALITARIAS Y LA PERSECUCIÓN OBSESIVA DE LA LLAMADA VERDAD OBJETIVA O MATERIAL

Si con lo anterior hemos expuesto una síntesis de la que hemos llamado función de la prueba en su aspecto jurídico, no podemos olvidar que a lo largo del siglo XX se ha producido en el proceso civil una persecución de la que se ha llamado verdad objetiva o material, y persecución que llegó a convertirse en una obsesión ideológica. Los textos legislativos son en tal sentido muy expresivos, pero más que ellos lo importante es la base ideológica que los sustenta.

1. En el derecho socialista

El punto de partida teórico de esta concepción se encuentra a finales del siglo XIX y en Viena y se personifica en Antón Menger, profesor de derecho procesal civil y fundador del llamado “socialismo jurídico”. Menger aspiraba a que, transformados los derechos civiles privados en derechos administrativos, desapareciera la barrera más importante que separa hoy -decía- los procesos civil, penal y administrativo. Se trataba de que “las tres formas de procedimiento se fundirán en una sola, consistente esencialmente en una instrucción de oficio”³⁵.

Poco después se estaría ya ante la imposición práctica. Cuando Lenin decía que “no reconocemos nada privado; para nosotros todo el campo de la economía reviste carácter de derecho público y no de privado”³⁶, estaba poniendo las bases políticas para la desaparición de los derechos subjetivos privados, de todos, pero especialmente de los económicos, y con ellos del proceso civil tal y como se había entendido hasta entonces. Naturalmente por ese camino la consideración fundamental acabó siendo la de que el proceso civil es un “fenómeno social de masas”³⁷. Está claro que lo importante en esta concepción no es la tutela de los derechos de una persona concreta; lo importante es convertir al proceso en un medio al servicio de determinados fines estatales, fines políticos que cumple la función jurisdiccional.

Con ánimo de resumir los principios de ese proceso llamado socialista se

³⁵ Sobre Menger puede verse la biografía de J. L. MONEREO PÉREZ en *Juristas universales*. 3. *Juristas del siglo XIX*, Madrid, 2004, pp. 487-494; recordemos que fue el ordinario de procesal civil en Viena cuando Klein hacía sus reformas orgánicas y procesales. Las citas del texto provienen de MENDER, A., *Neue Staatslehre*, Jena, 1903, pero citamos por la traducción al francés de Milhaud, *L'Etat socialista*, Paris, 1904, p. 220; existe traducción española *El Estado socialista*, Barcelona, 1908. Debe verse PORCAR, V., *Il giudice come amministratore: Antón Menger*, en “L'Educazione Giuridica. VI-Modelli storici della procedura continentale” (direc. de Giuliani y Picardi), tomo I, Perugia, 1994, pp. 225 y ss.

³⁶ La cita proviene de GURVICH, M., A., *Derecho procesal civil soviético*, México, 1971 (traducción de Lubán y revisión de H. Cuadra), p. 44.

³⁷ Por ejemplo STALEV, *El Procedimiento Civil en los estados socialistas*, cit., p. 171. La misma concepción ideológica se encuentra, por raro que pueda parecer en estos tiempos, en un juez federal brasileño, CABRAL, Antonio do Passo, *Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 2005, 2, p. 453, ya citado. Según el Autor el derecho procesal (en general) ha abandonado hace mucho tiempo las esposas del individualismo consolidando la concepción publicista del proceso; siendo derecho público debe identificarse en el ejercicio de la actividad jurisdiccional el esfuerzo del Estado para realizar, por medio de la jurisdicción, algunos fines que le son propios y que preceden a los intereses de las partes: objetivos sociales y políticos, entre los que debe subrayarse el de asegurar la participación popular en el proceso; esto es, el proceso es un medio al servicio de determinados fines estatales y la función jurisdiccional es camino para alcanzar los fines políticos del Estado democrático (si cambiamos democrático por soviético, el discurso es exactamente el mismo). Por ello no puede extrañarse que el paso siguiente radique en sostener que el principio de contradicción debe entenderse también como un deber, lo que lleva a concluir que la participación colaboradora en las decisiones estatales que supone el principio justifica la represión de los comportamientos de mala fe o de los actos que ofendan a la dignidad de la justicia; “si participar está garantizado, la conducta debe ser ética, en consonancia con los objetivos estatales de la jurisdicción” (p. 460).

Nunca está de más recordar con MONTELEONE, G., *Manuale di Diritto processuale civile*, 4.^a edición, I, Padova, 2007, p. 21, que instrumentalizar el proceso para cualquier fin significa adular profundamente la esencia de la función y conduce a la supresión del contradictorio y a la sujeción del juez, que cesa de ser un sujeto parcial e independiente para asumir el papel de marioneta cuyos hilos son manejados por otros sujetos.

identificaban con dos notas:

A) La verdad objetiva

La obtención de la verdad objetiva fue un principio esencial del derecho socialista, principio que respondía nada menos que a un postulado marxista-leninista³⁸, aparte de que venía impuesto por su concepción de la función del juez y de su cumplimiento por medio del proceso³⁹.

El derecho socialista, por medio del principio de la verdad objetiva o material, imponía a los tribunales el deber de adoptar todas las medidas necesarias para esclarecer del modo más completo posible las circunstancias reales del asunto, las relaciones jurídicas entre las partes, sus derechos y obligaciones. El principio respondía claramente al interés del Estado en la realización del derecho objetivo y, desde luego, no atendía a la tutela de los derechos subjetivos de las personas. Lo importante era hacer efectivo el derecho tal y como había sido definido por el Estado, siendo todo lo demás accesorio⁴⁰.

Desde este principio de la búsqueda de la verdad material u objetiva se comprenden las facultades del juez, primero, respecto de la aportación de hechos y, luego, en materia probatoria. Si el Estado, y en este caso el juez como órgano o representante del Estado, tenía que conocer la verdad “verdadera” existente en las relaciones jurídicas entre los particulares, pues por medio del proceso no se trataba tanto de tutelar esos intereses particulares cuanto de hacer efectivo el derecho objetivo proclamado en la ley, las consecuencias tenían que ser: 1) el tribunal en su decisión no estaba limitado a los hechos alegados por las partes, de modo que en el logro del conocimiento de los hechos estaba interesado tanto el tribunal como la procuraduría y las varias organizaciones estatales y de representación de la sociedad soviética, todos los cuales podía y debían aportar hechos, y 2) el tribunal no debía conformarse con los medios de prueba propuestos por las partes siendo su deber acordar todas las pruebas de oficio que estimara oportunas y útiles para lograr el conocimiento de la llamada verdad

³⁸ GURVICH, M. A., *Derecho procesal civil soviético*, México, 1971 (trad. de Lubán y revisión de H. Cuadra), p. 43, postulado que suele denominar de la cognoscibilidad, en el sentido de que todo hombre tiene la capacidad de reflejar en su conciencia los fenómenos del mundo objetivo; el hombre es capaz de conocer el mundo y la verdad. Más directamente debería verse LENIN, *Materialismo y empiriocritismo: Notas críticas sobre una filosofía reaccionaria*, Barcelona, 1975.

³⁹ Deben verse TROUSSOV, A., *Introduction à la théorie de la preuve judiciaire*, Moscú, s.d, pero 1965, traduc. de Piatigorski; GWIAZDOMORSKI y CIESLAK, *La preuve judiciaire dans les pays socialistes à l'époque contemporaine*, en el volumen *La preuve*, Bruxelles, 1963, en «Recueils de la Société Jean Bodin, XIX», pp. 69 y ss.; CERRONI, U., *El pensamiento jurídico soviético*, Madrid, 1977, traduc. de Zapatero y De la Rocha, pp. 243 y ss. También sería útil VISHINSKI, A., *La teoría de la prueba en el derecho soviético*, Buenos Aires, 1951, pp. 178 y ss.

⁴⁰ Por ello no puede extrañarse de que en algunos países socialistas el principio de la verdad objetiva en el proceso llegara a aparecer en la Constitución, por ejemplo en la Constitución Checoslovaca de 1960 se decía en el artículo 107: “Los tribunales realizarán en proceso de modo tal que se conozca el estado real de las cosas sobre las cuales deliberan

objetiva⁴¹.

El principio de la verdad objetiva debía llevar a la consecuencia de que el juez podía o, mejor, debía, adoptar todas las medidas tendentes al esclarecimiento total de las circunstancias del asunto, incluido naturalmente acordar medios de prueba de oficio. No se trataba de una facultad, se trataba de un deber, y la finalidad no era propiamente la tutela de los derechos del particular (los cuales en esta concepción tenían importancia secundaria, si es que puede decirse que existían), sino la defensa del derecho objetivo, el cual debía aplicarse siempre que se estuviera ante un supuesto de hecho de los previstos en general en la norma⁴².

Naturalmente en este contexto el juez no es un tercero entre las partes y tampoco puede considerarse imparcial, por lo que a la postre no ejerce propiamente jurisdicción, por lo menos tal y como la entendemos en el mundo occidental. El juez es un funcionario del Estado al que se confía una especie de actos de jurisdicción voluntaria, actos por medio de los que aplicará el derecho objetivo, sin importar ni lo que las partes aleguen, ni los intereses que quieran defender.

B) La colaboración del juez y las partes

Una de las constantes en la doctrina comunista sobre el proceso civil es la idea relativa a que ese proceso no se presenta como una suerte de contienda entre partes, no es ya una lucha entre ellas, sino que la búsqueda de la verdad material se resuelve en un principio que puede denominarse de colaboración entre todos los que intervienen en el proceso, y así se habla de una “confiada colaboración entre el juez y las partes”⁴³. De este modo se destacan:

41 KELLNER, H., *Introduzione a la Ordinanza della procedura civile della Repubblica Democratica Tedesca*, 1975, Milano, 2004, en el volumen X de “Testi e documenti per la Storia del Processo”, dirigidos por Picardi y Giuliani (el trabajo de Kellner se escribió en los años ochenta del siglo XX). También puede tener interés CAPPELLETTI, M., *El proceso civil en el derecho comparado*, Buenos Aires, 1973 (traducción de Sentís).

42 En este sentido por ejemplo se puede leer en los *Principios (o Bases) fundamentales del procedimiento civil de la URSS y de las Repúblicas Federadas*, de 1961:

1) Principio 16.º: Declaración de los hechos de la causa, de los derechos y de las obligaciones de las partes: el juez, sin limitación alguna e independientemente del material llevado al proceso y de las declaraciones prestadas por las partes, adopta todas las medidas previstas por la ley a fin de alcanzar un completo, minucioso y objetivo conocimiento de los hechos de la causa, además de los derechos y obligaciones de las partes. El juez debe instruir a las personas que intervienen en el proceso de sus derechos y obligaciones.

2) Principio 18.º: Carga de la prueba y obligación de practicar los medios de prueba: después de decir que los medios de prueba deben ser propuestos por las partes “y las demás personas que intervienen en el proceso”, añade: “Si las pruebas propuestas resultan insuficientes, el juez ordena a las partes y a las otras personas que intervienen en el proceso proporcionar otros medios de prueba o los acuerda de oficio”.

Después debe estarse al *Código de procedimiento civil de República Socialista Federal Soviética de Rusia*, de 1964, en el que los principios anteriores se transcriben literalmente. Estos dos cuerpos legales pueden verse en *Codice di procedura civile della Repubblica Socialista Federativa Sovietica di Russia*, Milano, 2004, en el volumen IX de “Testi e documenti per la Storia del Processo”, dirigidos por Picardi y Giuliani, y ya antes citado.

43 Por ejemplo KELLNER, *Introduzione*, cit., p. XLIX.

1.º) El deber del juez de asesorar a las partes sobre los derechos y obligaciones que les corresponden, lo que supone también la necesidad de estimular la actividad procesal de las partes y realmente de todos los demás que intervienen en el proceso, llegándose a hablar de una suerte de funciones asistenciales encomendadas al juez que deben operar incluso cuando las partes comparecen asistidas por abogado⁴⁴.

2.º) Correlativamente el deber de las partes, no ya de aportar los hechos al proceso informando al juez, sino de hacerlo sin esconder hecho alguno y haciéndolo siempre de manera veraz, de modo que han de llevar al proceso todo aquello de lo que tienen conocimiento. Se trata un deber de veracidad e integridad, de más alcance que el deber de lealtad y probidad⁴⁵.

Ha sostenido Taruffo que esta concepción debe referirse a un contexto ideológico y filosófico absolutamente peculiar, aunque determinó la ortodoxia de la cultura procesalista de los países socialistas, si bien no merece hoy más que una mención, que se justifica sólo por exigencias de plenitud historiográfica⁴⁶. Ahora bien, no debería olvidarse que algunos de sus aspectos (por ejemplo el de la prueba de oficio o los deberes de buena fe y de veracidad) se siguen sosteniendo en construcciones teóricas y se pide su inclusión en códigos concretos, sin que se aclaren cuáles son las bases ideológicas de unas y de otros.

Nos parece muy razonable exigir, por lo menos, que se pongan de manifiesto cuáles son las bases ideológicas de quienes sostienen aquellas construcciones y de quienes insisten en la inclusión en los códigos. No cabe seguir sosteniendo que se trata de meras cuestiones técnicas.

2. En las concepciones fascistas

También en Viena, y también a finales del siglo XIX, encontramos a Franz Klein que es nombrado en 1891 jefe de sección del Ministerio de Justicia y que pone en marcha las “leyes de la justicia”⁴⁷. Entre las varias leyes que impulsó, después ya como ministro, la que nos importa es la Ordenanza Procesal

⁴⁴ Puede verse por ejemplo STALEV, *El proceso civil en los Estados socialistas*, cit., p. 195. Según el artículo 2 (2) del que se llamaba Código de Procedimiento Civil de la República Democrática Alemana, de 1975: “Los tribunales tienen el deber de aclarar, declarar en forma veraz y decidir, según las normas de derecho, en un proceso concentrado y rápido, los hechos relevantes para el juicio”. Y artículo 2 (3) : “Los tribunales deben indicar a los que participan en el proceso sus respectivos derechos y obligaciones, para la efectividad de los mismos”. Este cuerpo legal puede verse en *Ordinanza della procedura civile della Repubblica Democratica Tedesca*, 1975, Milano, 2004, en el volumen X de “Testi e documenti per la Storia del Processo”, dirigidos por Picardi y Giuliani, ya antes citado.

⁴⁵ Según el artículo 3 (“Derechos y obligaciones de las partes”) (1) del Código de Procedimiento Civil de la República Democrática Alemana, de 1975: “... Las partes tienen el derecho y el deber de participar en el proceso y, especialmente, de colaborar para la declaración de la situación de hecho. Sus respectivas declaraciones y deposiciones deben ser competas y veraces”

⁴⁶ TARUFFO, *La prueba de los hechos*, cit., pp. 58-59.

⁴⁷ Sobre Klein puede verse la biografía de W. BRAUNEDER en *Juristas universales. 3. Juristas del siglo XIX*, Madrid, 2004, pp. 647-650.

Civil, que será aprobada en 1895⁴⁸ y entrará en vigor el 1 de enero 1898⁴⁹. En la década final del siglo XIX gobernaba el imperio austro húngaro Francisco José I de Habsburgo (como Emperador de Austria y Rey de Hungría). No hay parecido alguno entre ese sistema político y la democracia liberal.

Curiosamente también para Klein el proceso se ha convertido en un fenómeno social de masas o en una de las instituciones sociales del Estado⁵⁰; el proceso es un mal social y, por tanto, el interés del Estado es terminarlo cuando antes y al menor coste posible⁵¹. Éstas son las bases ideológicas de Klein, para el que el proceso debía entenderse como una especie de procedimiento administrativo en el que se tutelan, desde luego los intereses individuales, pero también y especialmente los sociales⁵². En este contexto uno de los elementos definidores de ese proceso es el refuerzo de los poderes del juez, el cual no puede seguir siendo un mero contemplador de la contienda, puesto que debe proteger no sólo al individuo, sino también al Ordenamiento jurídico al servicio de la comunidad⁵³, lo que incluye el acordar pruebas de oficio⁵⁴.

El juez no se limita a juzgar, es el gestor (administrador) del proceso, dotado de grandes poderes discrecionales, que han de estar al servicio de

⁴⁸ En estos años Antón Menger era el ordinario de procesal civil en Viena y justo en el año 1895 se le elevó a la dignidad académica más elevada; MONEREO, Antón Menger, cit., pp. 488, sin olvidar que, a pesar de lo que dice el biógrafo, la posición de Menger no es, desde luego, ni liberal ni democrática.

⁴⁹ Puede verse ahora *Ordinanza della procedura civile di Francesco Giuseppe. 1895*, que es el núm. VIII de la colección Testi e documenti per la storia del processo, dirigida por Picardi y Giuliani, Milano, 2004, con la Introducción de W. H. Rechberger y G. E. Kodek (pp. IX-XXXV) y la de C. Consolo, esta titulada *Il duplice volto della "buona" giustizia civile tardo-asburgica e del suo rigeneratore* (pp. XXXVII-LXV).

⁵⁰ La obra de referencia de esta concepción es la de KLEIN, F., *Materialen zu den neuen österreichischen Civilprozessgesetzen*, Viena, 1897. Sobre ella puede verse FAIRÉN, V., El proyecto de Ordenanza Procesal Civil austriaca visto por Franz Klein, en "Estudios de Derecho Procesal", Madrid, 1955, págs. 301 y ss. Klein llegaba a hablar de proceso civil como una "institución de beneficencia" o de un instituto dirigido a promover el bienestar colectivo, y de ahí consiguientemente de la función asistencial del juez. Es evidente aquí la influencia de Menger; éste consideraba que el juez no debía ser un tercero imparcial, pues debía asegurar la asistencia y la instrucción de la parte más débil, y en la misma línea Klein habla del proceso como medio para la educación y el bienestar social (así PORCAR, *Il giudice come amministratore: Antón Menger*, en "L'Educazione Giuridica. VI", tomo I, cit., p. 231).

⁵¹ Así SPRUNG, R., *Le basi del diritto processuale civile austriaco*, en Rivista di Diritto Processuale, 1979, p. 38. También CIPRIANI, F., *Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)*, en Rivista di Diritto Processuale, 1995, después publicado en *Idologie e modelli del processo civile*. Saggi, Napoli, 1997 y, por fin, en *Batallas por la justicia civil*, Lima, 2003 (traducción de Ariano); cito por esta última publicación, y en ella p. 65. También puede verse PARRA QUIJANO, J., *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*, Bogotá, 2004, pp. 39 y ss.

⁵² Otra vez SPRUNG, *Le basi del diritto*, cit., p. 36.

⁵³ En este sentido FASCHING, ponencia nacional austriaca citada por FAIRÉN, *Los procesos europeos desde Finlandia hasta Grecia (1990-1975)*, en "LXXI años de evolución jurídica en el mundo", México, 1978, p. 28. Después en Introducción de W. H. RECHBERGER y G. E. KODEK (p. XXVII) a la *Ordinanza della procedura civile di Francesco Giuseppe. 1895*, antes citada puede leerse que la Ordenanza está sujeta a un "principio inquisitivo atenuado" y que el proceso civil austriaco se caracteriza "principalmente por la llamada iniciativa oficial del juez".

⁵⁴ Para GOLDSCHMIDT, J., *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1936 (trad. de Prieto Castro y notas de Alcalá-Zamora), p. 40, en la ZPO austriaca "la reunión de los elementos de juicio se obtiene por la colaboración del juez con las partes, gracias a una feliz fusión del principio dispositivo y el oficial o intuitivo", aparte de la posibilidad de acordar pruebas de oficio y de las imposición de deberes u obligaciones (no queda claro) a las partes.

garantizar, no sólo los derechos de las partes, sino principalmente los valores e intereses de la sociedad⁵⁵.

A) Alemania y el nazismo

La Ordenanza Procesal Civil de 1877 puede considerarse liberal⁵⁶ y llegada la época del nazismo, aunque no se realizó una nueva Ordenanza, sí se ha sostenido⁵⁷ que el común denominador de todas sus elaboraciones del régimen político fue la tiránica acentuación del criterio colectivista de la ‘comunidad de pueblo’⁵⁸, que llevaba a pretender, entre otras cosas la exaltación de la figura del juez, el cual, por otro lado, se convirtió en dependiente del poder nazi; como decía el ministro de Justicia, Hans Frank, el juez debe ser siempre consciente de que “en razón de su posición predominante en la aplicación del derecho, no puede jamás ir contra los principios del programa político nacionalsocialista y de su ideología”⁵⁹.

La concepción del proceso civil, no la extrema que quiso convertirlo en mera jurisdicción voluntaria⁶⁰, sino la menos radical de Hans Otto de Boor,⁶¹ sostuvo: “Que a nosotros, en el Tercer Reich, no nos sirve para nada un proceso de inspiración y características liberales es cosa totalmente evidente,

⁵⁵ FAIRÉN, *El proyecto de Ordenanza Procesal Civil...*, cit., pp. 315-6: “Es lamentable, decía Klein, que en determinado porcentaje las sentencias, contrastadas con la realidad de los hechos, vengan a resultar injustas o defectuosas”; ello ocurre en muchos casos por falta de diligencia; en otros por haberse visto obligado el juez diligente a fallar, a pesar suyo, sobre la base de hechos injustos, inciertos, dudosos. Por esto Klein aumenta los poderes del juez, el cual puede completar el proceso en lo que haga falta, es decir, puede acordar cuantos medios de prueba estime oportunos.

⁵⁵ Para LEIBLE, S., *Proceso civil alemán*, Medellín, 1999, pp. 64-65, la ZPO de 1877, influenciada por la codificación napoleónica, estaba “acuñada totalmente por una concepción liberal del Estado”, de modo que la ley era el reglamento de la lucha entre las partes, en la que éstas asumían su responsabilidad siendo el juez un tercero neutral. Ya GOLDSCHMIDT, James, *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1936 (trad. de Prieto-Castro y notas de Alcalá-Zamora), p. X, había dicho que el proceso alemán era un “vestido liberal del siglo XIX al que se han cosido muchos remiendos redivivos de los tiempos pasados”.

⁵⁶ BÖHM, P., *Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista*, en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2004, núm. 2, pp. 623 y ss. (el trabajo es de 1990, y apareció publicado en el volumen colectivo *Nationalsozialismus und Recht*, Viena, 1990).

⁵⁸ En materia penal esa “comunidad del pueblo” dio lugar a la legislación sobre los “extraños a la comunidad”, y un ejemplo puede verse en MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. Estudio sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo*, 4.ª edición, Valencia, 2003.

⁵⁹ Citado por BÖHM, *Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista*, cit., pp. 629-630.

⁶⁰ BAUMBACH, A., *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit* (Proceso civil y jurisdicción voluntaria), en Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht, 1938, pp. 583 y ss; luego en 941, pp. 31 y 49, y en 1942, p. 49. Para su exposición y crítica en Italia CALAMANDREI, P., *Abolizione del processo civile?*, en Rivista di Diritto Processuale Civile, 1938, I, pp. 336-340, y luego en *Opere giuridiche*, I, Napoli, pp. 387-390; y en España PRIETO CASTRO, L., *Revisión de los conceptos básicos de derecho procesal*, en *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, II, Madrid, 1950, pp. 665-669. Últimamente ha sido recordada por CAPONI, R., *I poteri probatorie delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001*, en “Prove nel processo civile”, Atti del XXV Convegno Nazionale, en Quaderni dell’Associazione fra gli Studiosi del Processo Civile (Cagliari, 7-8 ottobre-2005), Milano, 2007.

⁶¹ La síntesis de DE BOOR puede verse en BÖHM, *Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista*, cit., pp. 631-633; se trata del artículo de aquél publicado también en la Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht, 1938, pp. 834 y ss. y titulado *Die Funktion des Zivilprozesses* (La función del proceso civil).

sobre la que no debe darse ni siquiera una explicación”. Se negaba, pues, la concepción del juez como sujeto neutral que asiste a la lucha entre dos personas; era necesario un juez que “tutele los intereses de la comunidad del pueblo de modo extremadamente activo”. Ese juez tampoco tutelaba los derechos subjetivos de los ciudadanos, pues su función consistía en llevar a debido efecto en la práctica el Derecho objetivo, el cual era expresión de la ideología nazi.

En la Exposición de Motivos de la Ley de 1933, de modificación del procedimiento civil, se decía: “Las partes y sus representantes deben ser conocedores de que la jurisdicción no las sirve sólo a ellas, sino que, sirve antes y principalmente, a la actuación de la paz jurídica de toda la comunidad”. Más aún, se trataba, como dice Böhm, de que las disposiciones programáticas de la Ley de 1933 imponían al juez una ‘rigurosa dirección del proceso’, ‘el efectivo descubrimiento de la verdad’ y una disciplina del procedimiento ‘dinámica’, ‘comprensible’ y ‘auténticamente popular’⁶².

Mayor incidencia tuvo todavía la Ley de 15 de julio de 1941, sobre la participación el Ministerio Público en las controversias civiles. Con ella el Fiscal asumía en todos los procesos civiles, más o menos como el Fiscal soviético, la posición de pretendida parte imparcial, con poder para alegar hechos y para proponer pruebas; de esta manera el principio de aportación venía completamente alterado, siendo un primer paso en el camino de la imposición del principio inquisitivo en el proceso civil. Se trataba de sacrificar la estructura bilateral de este proceso y por eso la Ley fue calificada de “giro crucial” o de “vuelta de tuerca” en la evolución del derecho.

B) Italia y el fascismo

La concepción del proceso civil del fascismo italiano es la que se expresa en la Relazione (Exposición de Motivos) del Código procesal civil de 1940, obra de Calamandrei que firma Dino Grandi, el ministro de Justicia⁶³. Sin grandes profundidades en esa Exposición se encuentra:

a) El nuevo Código se basaba en un condicionamiento político; si el Código anterior, el de 1865, era expresión de los intereses individuales que estaban en la base del Estado liberal, el Código de 1940 quería ser expresión del Estado fascista. Para éste el proceso civil no es sólo la lucha entre intereses privados, es también instrumento para asegurar que las normas dictadas por ese

⁶² BÖHM, *Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista*, cit., p. 639.

⁶³ Estamos haciendo referencia a la Relazione o Exposición de Motivos que precede al Código, que fue redactada por Calamandrei y firmada por el ministro Dino Grandi. La *Relazione al Re* había sido olvidada, después de no haber sido publicada desde 1943, y así CIPRIANI, D’ELIA e IMPAGNATIELLO, *Codice di procedura civile con la Relazione al Re*, cit., pero es evidente que expresa políticamente lo que el Código desarrolla en sus artículos. Últimamente parte de la doctrina italiana está llegando al extremo de imputar a quien cita esta Relazione una especie de mala fe argumentativa a la hora de atender a la ideología propia del Codice, de manera que pareciera como si pretendiera negar la existencia de la misma (sólo por ejemplo CHIARLONI, S., *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna, 2007, p. 154). La situación ha llegado hasta el extremo de pudiera ser este el momento de empezar a creer en los milagros; o por lo menos de creer en que la Italia fascista de 1940 se produjo uno: el Codice de 1940 a pesar de todo es liberal y democrático. ¡Milagro! Falta por saber a quién debemos achacarlo para instar el inicio de su proceso de beatificación.

Estado son cumplidas (“2.- Los factores históricos de la reforma”).

b) Uno de los puntos fundamentales del Código de 1940 fue el aumento de los poderes del juez (“8.- El juez y la ley”), que se calificó de “directiva fundamental de la reforma”, pero ello debe entenderse dentro del “renovado concepto de la dignidad y de la autoridad del Estado fascista y de sus órganos”⁶⁴ (“12.- Refuerzo de los poderes del juez para la dirección del proceso”)⁶⁵.

Desde esas consideraciones luego el Código dedicó un Título (el V del Libro I) a “De los poderes del juez” y, sobre todo en materia de prueba se le atribuyeron poderes de oficio: 1) Acordar en cualquier momento del proceso el interrogatorio de las partes (art. 117), 2) Acordar el reconocimiento de personas (partes y terceros) y de cosas (art. 118), 3) Diferir el juramento supletorio (arts. 240 y 241 CPC y 2736 CC), 4) Formular al testigo todas las preguntas que estime útiles para esclarecer los hechos (art. 353), 5) Decretar careos (art. 254), 6) Llamar como testigos a personas cuyo nombre se ha conocido por la declaración de otro testigo (art. 257), etc., y sin olvidar que en el proceso de trabajo el artículo 421 permite al juez acordar cualquier medio de prueba y en cualquier momento⁶⁶.

C) España y los hechos en el proceso de Guasp

En este epígrafe podríamos hacer mención también de Portugal y de su Código de Processo Civil de 1939, junto con la obra de José Alberto dos Reis⁶⁷, pero no es del caso ahora ir examinando códigos de otros países más o menos de la misma época, esto es, de antes de la II tGuerra ⁶⁴ No debería ser necesario tener que recordar que el propio CALAMANDREI, en la *Avvertenza* a la primera edición de las *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Parte prima, Padova, 1941, p. X dijo: “Una de la mayores virtudes del nuevo Código, quizá su más apreciable novedad, es su adecuación histórica: la consciencia que el legislador ha tenido de la posición que la justicia ocupa en el Estado y de la necesidad de considerar también las instituciones judiciales como expresión de un cierto clima histórico, no ajenas a la realidad social, sino teniendo sus raíces bien hundidas en el terreno político de su propio tiempo” (en la segunda edición de 1943, aunque su *Avvertenza* se fecha en diciembre de 1942, se reitera en p. XI). Resulta de esta manera algo aparentemente extraño pero que, bien pensadas las cosas, no lo es; algunos primero niegan sin más que el Código sea fascista para poder, luego, defender lo mismo que ha sostenido el Código, y al final resulta que los que vemos (sin ser ni negros ni palafreneros) que el Rey va desnudo (JUAN MANUEL, *Conde Lucanor*, 1335, Cuento XXII, Lo que sucedió a un rey con los burladores que hicieron el paño), esto es, que el Código solo puede ser fascista y que lo es podemos acabar siendo acusados de “revisionistas”.

⁶⁵ Este conjunto de caracteres que determinan lo que es un Código fascista tiene una explicación doctrinal de altura en el Capítulo Tercero de las *Istituzioni* de CALAMANDREI, P., *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Parte prima, Padova, 1941, pp. 233 y ss. En ese Capítulo es necesario leer los parágrafos 57, sobre el principio de autoridad en el proceso, 59, sobre el principio dispositivo, pero especialmente en la parte atinente a la iniciativa probatoria del juez, y el 61, sobre el reforzamiento del deber cívico de colaboración con la justicia. Las diferencias son muy apreciables en la comparación con la obra de CARNELUTTI, F., *Instituciones del Nuevo proceso civil italiano*, Barcelona, 1942 (traducción de Guasp).

⁶⁶ Una síntesis puede verse hoy, por ejemplo, en CONTE, M., *Le prove nel processo civile*, Milano, 2002, pp. 31-32.

⁶⁷ MENDONÇA, L. C. de, *Direito processual civil. As origens em José Alberto dos Reis*, Lisboa, 2002, y *80 anos de autoritarismo: uma leitura politica do processo civil português*, en el volumen “Proceso civil e ideología” (coord. Montero), Valencia, 2006, pp. 381 y ss, *O pensamento de Franco Cipriani sobre a justiça civil*, en Revista do Centro de Estudos Judiciários, 2005, núm. 2, pp. 65-125.

Mundial⁶⁸.

Algún día habrá que comparar la ideología procesal franquista (si es que la tuvo) con la nazi, la fascista y el salazarismo portugués para advertir similitudes y diferencias, pero de momento baste dar cuenta de que en la España franquista no hubo alteraciones de trascendencia en el proceso civil.

A pesar de lo anterior, no me resisto a recordar el pensamiento de Jaime Guasp⁶⁹, que se expresa en su libro *Juez y hechos en el proceso civil*, de 1943, pensamiento que debe entenderse inmerso en la concepción fascista del proceso⁷⁰. No se trata ahora de pretender rehacer todo ese pensamiento, sino simplemente de recordar que para Guasp la tendencia a aumentar los poderes del juez, tal y como se estaba registrando en Alemania y en Italia (que calificaba de “modernas corrientes”) formaba parte de la reforma radical que precisaba la justicia civil, reforma del principio dispositivo al que se oponía la “rutina mental”, llegando a sostener que el aforismo *secundum allegata et probata partium*, *iudex iudicare debet*, que en España se había convertido en un dogma jurídico, se explicaba por el entronque de nuestro sistema con las prácticas medievales⁷¹; naturalmente, el paso siguiente es la pretensión de que un futuro código tenía que superar esa vieja concepción.

En síntesis, parece evidente que las concepciones fascistas parten ideológicamente de algún matiz de diferencia con la concepción socialista, pero en los dos casos se trata de la búsqueda de la verdad llamada material, no para la tutela de los derechos de los ciudadanos, es decir, del interés individual, sino para llevar a debido efecto lo que el Estado ha decidido que es el interés general

⁶⁸ No es fácil resistirse a dejar constancia de lo dispuesto en el artículo 481 del Código portugués de 1939, en el que se asume la reforma introducida por el Decreto Ley de 22 de septiembre de 1926: El juez debe rechazar la demanda: “d) Cuando la injusticia de la pretensión del actor es tan evidente que resulte inútil cualquier instrucción de la causa”. Esta innovación fue calificada de “auténtica revolución” por su ideólogo, J. A. DOS REIS, *O novo Código de Processo Civil Português*, en Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, suplemento VI, 1945, p. 343, citado por MENDONÇA, *Direito processual civil*, cit., p. 156; pero también debería verse DOS REIS, *La reforma del processo civile portoghese*, en Rivista di Diritto Processuale, 1930, I. Por cierto que esta “revolución” salazarista ha sido asumida en el artículo 427 del Código Procesal Civil de Perú de 1993 y es necesario ver la sostiene MONROY GÁLVEZ, J., *Introducción al proceso civil*, tomo I, Bogotá, 1996; la cita obligada aquí es la de ARIANO DEHO, E., *¿Diez años de eugenesia procesal? Los artículos 426 y 427 del Código Procesal Civil*, en “Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional”, Lima, Universidad de Lima, 2003, pp. 119-135.

⁶⁹ Por el contrario sí me resisto a citar en el texto a M. FENECH y su *La posición del Juez en el Nuevo Estado*, Madrid, 1941, por mucho que el prólogo de ese libro sea de Guasp.

⁷⁰ GUASP, J., *Juez y hechos en el proceso civil (Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso)*, Barcelona, 1943, publicado ahora también en *Estudios jurídicos*, cit., pp. 279-390.

⁷¹ Lo que en el libro *Juez y hechos en el proceso civil* eran “prácticas medievales”, luego en el manual *Derecho procesal civil*, cito la 3.ª edición, 2.ª reimpresión, Madrid, 1977, pp. 316-317, eran “ordenamientos primitivos de la institución procesal”; es decir, para Guasp, no ya en la obra de 1940 sino hasta el final de su vida, “la exclusividad legal de la actividad de alegación a cargo de las partes, según la cual, a tenor del viejo aforismo: *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*, no es sino una arcaica reminiscencia de ordenamientos primitivos de la institución procesal. La finalidad característica del proceso no quedaría desnaturalizada aunque se atribuyera al juez la posibilidad de aportar datos al proceso, siempre que se mantuviera en vigor y radicalmente escindida la distinción entre la pretensión procesal, con sus elementos, y las meras alegaciones, o instrumentos que garantizan la exactitud lógica del fallo”.

al plasmarlo en el derecho objetivo; éste debe imponerse siempre y por ello en los dos casos el juez no es ni tercero ni imparcial entre dos partes parciales.

IV. LA ASUNCIÓN DE UNA U OTRA CONCEPCIÓN

En la segunda mitad del siglo XX se han producido dos fenómenos concurrentes. Por un lado hemos visto la relativización de la verdad a la hora de fijar la función del proceso civil, pero por otro la verdad objetiva se ha convertido políticamente en el fin del proceso civil y, por lo mismo, en la función esencial de la prueba. Se trata obviamente de algo que puede parecer pero que no es contradictorio, si bien tiene que llevarnos a cuestionar qué está detrás de códigos aparentemente poco politizados⁷².

Por ejemplo, en el Código Procesal Civil, Modelo para Iberoamérica, se dispone entre las facultades del tribunal, la de “ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes” (art. 33, 4º) y luego, entre sus deberes, se refiere a “emplear las facultades y poderes que le concede el Código para la dirección del proceso y la averiguación de la verdad de los hechos alegados por las partes” (art. 34.2), bien entendido que el incumplimiento de estos deberes le hará incurrir en responsabilidad.

La persecución de la pretendida verdad es mucho más grave de lo que pudiera parecer. Una cosa es partir del presupuesto de que, aun con las limitaciones antes dichas, lo normal es que en los procesos civiles se logre “la verdad” de cómo sucedieron los hechos, puesto que las limitaciones operarán de modo no general, sino en procesos concretos, y otra muy diferente que se entienda que la “justicia” del caso concreto sólo se logra si se alcanza la “verdad objetiva”, pues entonces la tentación lleva a desconocer principios esenciales en el proceso civil, como los principios dispositivo y de contradicción.

Hoy es difícil que alguien sostenga de modo abierto el principio de la verdad objetiva, por lo menos en su derivación de la doctrina marxista-leninista de que el hombre es capaz de conocer el mundo y la verdad, por lo que no pueden ponerse barreras al conocimiento, ni es imaginable que se siga sosteniendo que la verdad supone coordinación entre las declaraciones y la realidad objetiva, bien entendido que esa verdad no se identifica con la verdad absoluta, y aquí con cita de Engels; tampoco se atrevería nadie a sostener que el logro de esa verdad objetiva está por encima de los principios dispositivo (manifestación de

⁷² Decía DENTI, V., *La evolución del derecho de las pruebas en los procesos civiles contemporáneos, en Estudios de derecho probatorio* (traducción de Sentís y Banzhaf), Buenos Aires, 1974, p. 152, que la concepción del proceso como *adversary system* respondía a una concepción liberal y democrática (en el sentido occidental) de la sociedad civil, pero que la caída de esos valores, bien como fin en sí mismos (caso de los regímenes dictatoriales fascistas), bien por valores de justicia (caso de los regímenes socialistas), lleva inevitablemente a la atenuación de la iniciativa de las partes y a la afirmación de los poderes del juez. Si dejamos a un lado las expresiones claramente sectarias de Denti (como decir que la caída de la libertad y de la democracia en los países socialistas responde a una idea superior de justicia), es evidente que para el antiguo profesor de Pavía la atenuación de la iniciativa de las partes y el aumento de los poderes del juez responde a bases sin duda políticas y precisamente de contenidos muy determinados. Por eso causa extrañeza que su sucesor en la cátedra llegue a negar conexión alguna entre el aumento de los poderes probatorios del juez y los regímenes políticos autoritarios y antidemocráticos (así TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, cit., pp. 468 y ss).

los inexistentes derechos privados de naturaleza económica) y de contradicción (calificado de expresión hipócrita del interés de la clase dominante). De la misma manera no será fácil encontrar quien defienda que la verdad material, con el aumento de los poderes que implica, se justifica con referencia al “renovado concepto de la dignidad y de la autoridad del Estado fascista y de sus órganos”.

Nadie se suma hoy a estas dos bases ideológicas de modo claro, pero el caso es que siguen registrándose manifestaciones doctrinales y prácticas en las que se defiende que la prueba debe perseguir la verdad objetiva o material y de que con ese fin el juez debe poder acordar pruebas de oficio, y sería conveniente que se explicara públicamente cuáles son sus bases ideológicas de partida.⁷³

⁷³ No se ponen de manifiesto las bases ideológicas sino que, antes al contrario, se esconden, cuando (así TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, cit., pp. 476-477), partiendo de decir que se opta por un sistema en el que importa la calidad de la decisión que cierra el proceso, la cual debe basarse en una declaración verdadera de los hechos de la causa, que es algo que cualquier persona está dispuesta a afirmar y a hacer suyo por ser algo evidente (siempre que se matice recordando que existen límites constitucionales y legales en la verificación de los hechos), se pasa a sostener que para conseguir esa finalidad se necesita que el juez “pueda integrar las iniciativas probatorias de las partes cuando estas aparezcan insuficientes o inadecuadas para permitir la aportación de todos las pruebas que sean necesarias para dictar una decisión que declare la verdad de los hechos”. Las bases ideológicas si aparecen, aunque sea veladamente, cuando se sostiene seguidamente por Taruffo que: 1) En todos los procesos hay siempre una parte que no tiene interés en que se descubra la verdad, y 2) En todos los procesos los abogados no persiguen una búsqueda imparcial y desinteresada de la verdad, sino que tienen interés en resaltar la versión de los hechos que más conviene a su cliente. Aquí ya es manifiesto que se está partiendo de una manera claramente ideológica de negar dos elementos esenciales en las bases de la civilización occidental, pues lo que se está diciendo es que: 1) Los ciudadanos no pueden tener en todo caso el derecho de defender en juicio lo que estiman que es su derecho, y 2) Los abogados, que se consideran elementos perturbadores de la “justicia”, no deberían actuar como defensores de esos derechos. Quienes parten de sostener estas dos consideraciones no necesita decir más para evidenciar cuáles son sus bases ideológicas. Otra cosa es que algunos autores, que son más filósofos que procesalistas y que nunca han visto un proceso, ni civil ni penal, expresen ideas políticas carentes de acomodación a la realidad. Es el caso de Taruffo, por ejemplo, pero no es el único. Desde bases ideológicas claramente totalitarias se explica la animadversión al abogado que defiende a su cliente con todas las armas legales.

EL PROCESO PENAL Y EL LLAMADO SISTEMA ACUSATORIO

Sección Primera

La aplicación del Derecho penal

I. LOS MONOPOLIOS EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL

Existen demasiadas ocasiones en la vida política y, en la parte de la misma que es la jurídica, en que es imprescindible volver una y otra vez sobre conceptos elementales, que deberían ser sobradamente conocidos. Esos conceptos es natural que por algunos se desconozcan, caso de los que no son especialistas en Derecho, pero no lo es que una y otra vez se “olviden” por los que deberían conocerlos. Esos conceptos son como los cimientos del edificio; no se ven pero son determinantes de todo lo que sí se ve. Sin los cimientos adecuados el edificio entero no podrá mantenerse; sin el conocimiento de los conceptos elementales lo que se diga, lo que se escriba y, sobre todo, lo que se legisle es palabra vana. Y siempre se pagan las consecuencias de la vacuidad en las ideas; en este caso el precio a pagar son jirones de libertad de todos.

Como en tantos otros aspectos de la vida, en la actualidad y en lo que suele llamarse Derecho, estamos asistiendo a un fenómeno muy difícil de explicar; todos hablan de todo y al final nadie sabe de qué se está hablando. Hay una confusión total en los conceptos, y en las palabras por medio de las que aquellos se quieren expresar, tanta que muchas veces no sabemos qué se nos quiere decir cuando se nos habla, por ejemplo, de principio dispositivo o de imparcialidad judicial. La vaciedad conceptual lleva a que todo sea lo mismo o, por lo menos, a que lo parezca.

Hay que recordar, por tanto, algo sobradamente conocido teóricamente: No es lo mismo la aplicación del Derecho penal que la aplicación del Derecho privado. Si cuando se trata de aplicar el Derecho privado los tribunales no tienen monopolio alguno en su aplicación, cuando se trata de aplicar el Derecho penal debe decirse de modo inmediato que el mismo sólo se aplica por los órganos jurisdiccionales. Esta es una diferencia esencial.

El Derecho privado, esto es, la parte del Ordenamiento jurídico que regula las relaciones de los individuos entre sí, atendiendo de modo principal, pero no exclusivo, a las relaciones económicas, se aplica normalmente por los particulares en su vida diaria cuando compran, alquilan, realizan cualquier contrato, cuando constituyen una familia, cuando hacen testamento, etc. Los órganos jurisdiccionales también aplican ese Derecho, y cuando lo hacen utilizan el medio que es el proceso, pero, desde luego, no lo hacen en régimen de exclusividad, y ni siquiera puede decirse que estadísticamente sean sus aplicadores más importantes. Todas las

personas, cuando se relacionan jurídicamente unas con otras, están actuando ese Derecho⁷⁴. Más aún, índice de la normalidad de la vida jurídica de un país es que ese Derecho se aplique por los individuos sin necesidad de tener que acudir a los órganos del Estado; cuanto más se acuda al Estado -en cualquiera de sus órganos- para que intervenga en las relaciones entre los individuos, más se está denotando que algo anómalo sucede entre los individuos y en la sociedad.

El Derecho penal, por el contrario, esto es, la parte del Ordenamiento jurídico que determina qué conductas son delito y cuál es la pena que corresponde a cada una de ellas, se aplica única y exclusivamente por el Estado y, ya dentro de los órganos del mismo, por los tribunales, los cuales lo aplican sólo y precisamente por medio del proceso. De este modo resulta que estamos ante una situación muy diferente de la aplicación de las otras ramas del Ordenamiento jurídico. El Derecho penal no se aplica por los particulares, ni por la Administración y ni siquiera por el Ministerio fiscal; los jueces son sus exclusivos aplicadores. Únicamente los jueces determinan con consecuencias jurídicas si una conducta concreta es delito y sólo ellos imponen las penas.

Esta situación sólo puede explicarse si se constata que la sociedad, cualquier sociedad que hoy quiera calificarse de civilizada, ha tomado a lo largo de su historia tres decisiones políticas de gran trascendencia que han supuesto grandes avances civilizadores y que hoy consisten en la existencia de tres monopolios consagrados en las constituciones. No pretendemos ahora precisar ni cómo ni cuándo tomó la sociedad esas decisiones, pero sí hay que asumir que las decisiones fueron, sin duda, tomadas, y que se han resuelto en los tres monopolios siguientes.

1. Exclusividad estatal

El primero de los monopolios atiende a que el Estado ha asumido en exclusiva la determinación del Derecho penal en general y su aplicación en el caso concreto, de modo que no existe delito fuera de lo que el Estado configura como tal, ni imposición de penas por los particulares, con lo que queda excluida cualquier pretendida justicia penal privada. Sin ánimo de convertirnos en historiadores, es evidente que la sociedad, en un momento que no es del caso precisar ahora cronológicamente, tomó una gran decisión civilizadora, conforme a la cual:

1.º) Quedó prohibida la autotutela o, en otras palabras, dejó de consentirse que los ciudadanos se tomaran la justicia por su propia mano. No ya el Estado de Derecho, sino la misma sociedad civilizada, puede existir sólo en tanto que en la misma se parta de la prohibición de la autotutela y, consiguientemente, de la tipificación como delito del ejercicio de las propias razones.

2.º) Sólo el Estado puede determinar, primero, qué conductas se tipifican como delito, siendo éstas las únicas que dan lugar a responsabilidad

⁷⁴ Y lo mismo sucede con otras ramas jurídicas, aunque no puedan calificarse de Derecho privado en sentido estricto, como ocurre con los derechos laboral, administrativo o fiscal, que también son aplicados tanto por los particulares (en cuanto trabajadores o empresarios, por un lado, o como administrados, por otro) cuanto por las Administraciones públicas, y ello hasta el extremo de que unos y otras son sus normales aplicadores.

penal⁷⁵ y, después, qué pena se aplica a esas conductas⁷⁶. Se trata de decisiones políticas que se adaptan a los tiempos cambiantes, de modo que una misma conducta puede ser delito en un momento y puede dejar de serlo después en el tiempo, y para la misma puede disponerse una pena u otra, en clase y en duración o cantidad. Nadie puede dentro del Estado asumir competencias que nieguen este monopolio.

3.º) Únicamente el Estado puede declarar que una conducta concreta se entiende incluida en una norma penal y sólo el Estado puede imponer penas en concreto. Es decir, no se trata ya únicamente de quién puede dictar normas de naturaleza penal, sino que también se incluye la aplicación de esas normas. El monopolio comprende, pues, la determinación en el caso concreto de lo que es delito y de cuál es su pena.

4.º) La aplicación del Derecho penal en el caso concreto queda fuera de la disposición por los particulares, de modo que ni los delincuentes ni los ofendidos o perjudicados por las conductas tipificadas como delito pueden disponer de la consecuencia jurídico penal, esto es, de la pena, lo que supone que: 1) No puede acordarse de modo privado la imposición de penas, ni aun con la aceptación del sujeto pasivo (disposición positiva; el digamos delincuente no puede entrar en la cárcel voluntariamente tras llegar a un acuerdo con el ofendido por su delito), y 2) Tampoco es posible que decidan su no imposición (disposición negativa; el ofendido por el delito no puede digamos “perdonar” al delincuente el delito y hacer como si no hubiera pasado nada)⁷⁷.

Lo que se está diciendo es que el Estado, en la aplicación del Derecho penal ya existente, porque él lo ha promulgado, asume seguidamente la titularidad exclusiva de lo que suele llamarse *ius puniendi* (derecho de castigar, en traducción literal), pero bien entendido que éste no es un verdadero derecho subjetivo atribuido al Estado, sino una potestad y un deber; aquélla consiste en la determinación

⁷⁵ Cabe que existan algunas manifestaciones específicas de autotutela, y el supuesto más destacado es el de la legítima defensa, pero incluso estas manifestaciones tienen que ser controladas por el Estado, y luego veremos que jurisdiccionalmente, para determinar si se han ejercitado dentro de los límites que justifican su propio ejercicio. En el desarrollo de la vida en sociedad de los hombres, ésta fue una de las primeras conquistas y todavía hoy sigue, y debe seguir siendo, irrenunciable

⁷⁶ Con estos monopolios estamos haciendo referencia a la aplicación del Derecho penal en el caso concreto, pero existe lógicamente algo previo que aquí no es objeto de consideración. El primer paso en la civilización, en lo que nos importa ahora, se tomó por la sociedad cuando se decidió separar la responsabilidad penal de la civil y cuando se declaró que los supuestos en que surgía la primera sólo podían ser decididos por la sociedad misma. Nos estamos refiriendo a que lo primero de todo tuvo que consistir en que el Estado decidió que sólo podían ser constitutivas de delito aquellas conductas que él decidía que lo eran, por cuanto las mismas atentaban, además de contra una persona determinada, contra el interés general de la sociedad. Este primer paso no consistió exactamente en la garantía criminal, sino en algo que es incluso anterior a ella y su antecedente lógico, y que consistió en asumir en exclusiva la función tipificadora de los delitos.

⁷⁷ Existen, sí, algunos supuestos excepcionales en los que cabe referirse a una disposición negativa, bien porque el inicio de la persecución penal se deja depender de la voluntad del ofendido por el delito (como ocurre en los llamados “delitos privados”, y aun en los “semiprivados”), bien porque algunas veces quepa el perdón del ofendido (como suele ocurrir en los delitos de calumnia e injuria), pero la regla general es que la voluntad del particular no puede ser determinante a la hora de la aplicación del Derecho penal y, por tanto, la persecución de los “delitos públicos” no dependerá de la voluntad del ofendido o perjudicado por los mismos, ni su perdón extinguirá la responsabilidad penal.

de cuándo una conducta concreta se entiende incluida en una norma penal y cuál es la pena a imponer; éste radica en que el ejercicio de esa potestad no es discrecional. De una y de otro su único titular es el Estado.

2. Exclusividad por los tribunales

El segundo monopolio se refiere a que el Derecho penal no puede aplicarse, dentro ya del Estado, por órganos del mismo distintos de los tribunales -de los que más genéricamente suelen llamarse órganos jurisdiccionales-, los cuales son sus únicos aplicadores. Consecuencia obvia de ello es que los órganos legislativos y los órganos administrativos (incluidos los que más propiamente cabe llamar ejecutivos) no pueden en el caso concreto ni declarar la existencia de un delito (que una conducta está incluida en una norma penal), ni imponer penas. Estamos ante otra opción de civilización que es también irrenunciable.

No es necesario advertir que no siempre ha sido así históricamente, pues el titular del poder político ha impuesto tradicionalmente penas sin proceso⁷⁸, y no debe olvidarse que en algunos países -no en España- el poder legislativo sigue asumiendo en unos pocos casos la imposición de penas, como cuando juzga a altos cargos del Poder Ejecutivo.

En cualquier caso conviene insistir en que hoy se está, de alguna manera, soslayando esta opción civilizadora, cuando se admite en las constituciones, mediante la distinción entre pena y sanción administrativa, el reconocimiento de la potestad sancionadora de la Administración. Es necesario en la actualidad evidenciar que el plasmar en las constituciones que la Administración no puede enjuiciar conductas constitutivas de delito ni imponer penas es manifiestamente insuficiente, y lo es porque puede irse constatando día a día como las leyes van permitiendo a los órganos administrativos imponer sanciones pecuniarias de tal magnitud, muchas veces, que ni siquiera pueden ser impuestas por los tribunales como penas.

Siempre amparándose en la tutela de los intereses generales, el ámbito en el que va moviéndose la potestad sancionadora de la Administración es tal que en muchas ocasiones las diferencias entre pena y sanción administrativa son puramente

⁷⁸ Bastará rememorar, por ejemplo, que el titular de la justicia ha sido durante siglos el Rey, el cual era, no ya el primer juez del reino, sino la justicia misma. En este sentido puede leerse la invocación a la justicia real hecha por Doña Jimena ante Fernando I (1029-1065) contra el futuro Cid Campeador por la muerte de su padre:

Facedme, buen rey justicia,
no me la querais negar,
Rey que non face justicia,
Non debiera de reinar,
Ni cabalgar a caballo
Ni con la reina folgar
Ni comer pan a manteles,
Ni menos armas tomar.

Lo que se está pidiendo aquí por Doña Jimena no es un juicio contra el Cid, sino que el Rey le imponga una pena directamente.

semánticas⁷⁹. Si a ello se une un movimiento doctrinal, hecho suyo inmediatamente por los titulares del poder político, tendente a la descriminalización de conductas hasta ahora delictivas, para convertirlas en ilícitos administrativos, el resultado puede ser muy preocupante para la distinción entre ilícitos (penal y administrativo) y sanciones y para las garantías del ciudadano ante el poder político.

Con todo, y a nivel de principios, que es en el que ahora nos movemos, está claro que garantía esencial del Estado de Derecho, tal y como se concibe éste jurídica y políticamente, es que el Derecho penal y, por tanto, su consecuencia, la pena, sólo puede ser aplicado por los tribunales. La actuación del Derecho penal es monopolio del Estado y, dentro de éste, es monopolio de los órganos jurisdiccionales. Y no es casualidad que así sea, pues se trata de que la aplicación del Derecho penal la hacen únicamente unos órganos sujetos a unos principios (unidad, exclusividad, predeterminación) que están integrados por unas personas con un estatuto jurídico diferente y propio (tercero, independiente, imparcial y responsable).

3. Exclusividad procesal

El tercer monopolio se centra en que el Derecho penal se aplica por los tribunales, pero que éstos han de utilizar necesariamente el medio que es el proceso, no pudiendo imponer penas de cualquier otra forma. Estamos aquí, otra vez, ante una opción de civilización, que ha llevado a prohibir aplicaciones del Derecho penal que no se realicen precisamente con las garantías del proceso.

Cuando se habla de proceso se está haciendo mención de un fenómeno con características en parte comunes y en parte exclusivas. Es común a todos los procedimientos (por ejemplo al procedimiento administrativo) que se trata de una serie de actos que persiguen una finalidad y que se suceden en el tiempo, que esa serie de actos está regulada por el Derecho y que avanza también en el tiempo. De este modo existe procedimiento en todas las actividades jurídicas, pero el mismo hace referencia a la forma, a la apariencia exterior. Procedimiento, pues, alude a forma, a sucesión de actos, y por ello hay también un procedimiento judicial.

Pero cuando se habla de proceso se está dando un paso más y hay que atender a lo exclusivo del mismo, para lo cual es conveniente distinguir dos etapas.

a) La primera de ellas se puede entender consolidada cuando se reconoce que el proceso lo utilizan sólo los tribunales, de modo que éstos por su medio cumplan con la función de aplicar el Derecho penal, y si no podían hacerlo

⁷⁹ No podemos entrar en los criterios que se vienen utilizando para distinguir el delito del ilícito administrativo y, consiguientemente, la pena de la sanción administrativa, pero si se acabara sosteniendo que la diferencia es cuantitativa, esto es que se trata de la gravedad, la consecuencia inmediata debería consistir en que la Administración no podría imponer sanciones pecuniarias superiores a la penas pecuniarias. El que en el artículo 25.3 de la Constitución española se diga que la Administración no puede imponer sanciones que impliquen privación de libertad es manifiestamente insuficiente mientras pueda imponer sanciones pecuniarias de gran magnitud.

de manera instantánea necesitaban, primero de un estímulo ajeno (la acción) y, después de una actividad realizada tanto por un juez como por las partes, por medio de la que se tendía a la aplicación del Derecho objetivo, de modo que al conjunto de la misma llamamos proceso. En éste entran en juego nexos específicos entre los actos, los sujetos tienen que ser necesariamente un juez imparcial y dos partes parciales, la finalidad a la que se tendía era, como hemos repetido, la aplicación del Derecho penal y el efecto era nada menos que la cosa juzgada, lo que suponía la imposibilidad de que se vuelva a suscitar la misma cuestión.

Puede no ser preciso recordar que no ha sido siempre así históricamente. Durante siglos se ha asistido a la aplicación del Derecho penal por unos órganos que podían ser considerados tribunales pero que no actuaban por medio del proceso, como se evidencia simplemente recordando que no toda la actividad que podía realizar un tribunal era siempre procesal. En las monarquías absolutas no existía una clara distinción entre las funciones administrativas y las funciones jurisdiccionales y, por lo mismo, era común atribuir a los corregidores o a las Audiencias o al Consejo de Castilla funciones de muy distintas naturalezas; en este sentido la confusión llegó al extremo de que pudo atribuirse a los tribunales la aplicación del Derecho penal, pero no por medio del proceso.

b) La etapa actual presupone la anterior y, sin renunciar a sus conquistas, da un paso más para entender que la función que cumplen los tribunales por medio del proceso no es la mera aplicación del Derecho penal en el caso concreto sino la tutela de los derechos de los individuos, aunque ello se tenga que hacer por medio de la aplicación del Derecho objetivo. De este modo la finalidad a la que se tiende con el proceso penal, el objetivo último es esa tutela de derechos y más específicamente del derecho a la libertad.

Esta noción se tiene que completar en la actualidad con dos afirmaciones complementarias: 1) El proceso es ya el único instrumento para la función propia de los tribunales, de modo que la serie de actos que lo integran persigue un único fin: que los tribunales tutelen los derechos de las personas, y 2) El proceso es también el único instrumento puesto a disposición de los individuos para instar de los tribunales la tutela de sus derechos e intereses legítimos. La serie de actos persiguen el mismo fin, pero ahora visto desde otro punto de vista: que los individuos puedan instar la tutela de los derechos y, en el caso del proceso penal, la tutela del derecho a la libertad.

Sí conviene resaltar que, decidido políticamente en la fase primera que el proceso era el mejor instrumento para garantizar la legalidad del resultado final, y en la fase segunda que es el único instrumento para garantizar los derechos de los individuos, de todos pero principalmente del acusado, ese proceso ha de conformarse según los principios esenciales del mismo, aquellos que hacen que una actividad sea proceso y no otra cosa, y a los que nos referiremos después, pero adelantando ya que esto no puede significar que el proceso penal tenga que ser igual que el proceso civil.

II. LA GARANTÍA JURISDICCIONAL

El resultado de estos tres monopolios es la llamada garantía jurisdiccional, que forma parte del principio de legalidad en materia penal. Este principio, se ha articulado tradicionalmente en cuatro garantías:

1) Criminal (*nullum crimen sine legge*), conforme al cual sólo puede hablarse de delito cuando una norma anterior al hecho así lo ha dispuesto expresamente.

2) Penal (*nulla poena sine legge*), las únicas penas que pueden imponerse son las previstas por la ley y en el caso concreto sólo puede imponerse la pena que la ley dispone para cada delito concreto.

3) Jurisdiccional (*nemo damnetur sine legale iudicium*), la declaración de que una conducta es delito y la pena a imponer por el mismo sólo puede hacerse en virtud de un juicio (=proceso) realizado conforme a lo que debe entenderse por tal en atención a las garantías constitucionales.

4) De ejecución o las penas se ejecutan sólo por los tribunales y en el modo previsto en la ley.

Pues bien, lo que estamos diciendo es que la vieja garantía jurisdiccional tiene en realidad un triple componente, pues, por un lado, atiende a que la pena se impone sólo por los tribunales, por otro, a que la pena se impone por esos tribunales, pero no de cualquier manera sino exclusivamente por medio del proceso y, por fin, que el proceso sirve como el instrumento que debe garantizar la tutela de los derechos de los individuos por los tribunales.

La garantía jurisdiccional penal nos tiene que servir en la actualidad para: 1) Determinar que el Derecho penal lo aplican sólo los tribunales, 2) Que lo hacen por medio del proceso y 3) Que la función que los tribunales cumplen por medio del proceso es la tutela de los derechos de los individuos. Esa garantía no nos dice nada más y, especialmente, no nos resuelve cómo ha de conformarse ese proceso, salvo que ha de tratarse de una actividad que pueda calificarse realmente de proceso, en los términos antes dichos.

III. INEXISTENCIA DE DERECHOS SUBJETIVOS PENALES

La constatación de la existencia de los monopolios nos lleva a una conclusión inicial que tiene gran trascendencia, en cuanto que condiciona todo lo que hemos de decir a continuación. Esa conclusión puede enunciarse así:

1.º) No existe relación jurídica material penal entre los que han intervenido en la comisión del delito, bien como autor, bien como víctima, y por lo mismo no puede hablarse en sentido estricto de que entre ellos surja un conflicto que debe

decidirse por los órganos jurisdiccionales y por medio del proceso⁸⁰.

2.º) El ofendido, y menos el perjudicado, por el delito no son titulares de un derecho subjetivo a que al autor del mismo se le imponga una pena. La aplicación del Derecho penal ha sido asumida en exclusiva por el Estado, de modo que los particulares no tienen derechos subjetivos de contenido penal.

Con el ruego de ser entendido, puede decirse que el Estado produjo una suerte de “expropiación” de los posibles derechos subjetivos penales, de modo que éstos no existen en manos de los individuos víctimas del delito. El único que tiene derecho a imponer penas es el Estado, y para él no se trata de un verdadero derecho, sino de una potestad y un deber que han de cumplirse conforme al principio de legalidad y sin intervención de discrecionalidad alguna.

El segundo monopolio de los indicados añade a todo lo anterior la aparición de una alternativa, y hay que decidirse políticamente por una de sus dos opciones. Se trata de que la legislación puede o no reconocer al ofendido y/o al perjudicado por el delito el derecho subjetivo procesal a promover la actuación del Derecho penal en el caso concreto. Adviértase que no se trata de reconocer al particular ofendido y/o perjudicado por el delito un derecho subjetivo material penal, sino un derecho o facultad procesal para, primero, pedir a un tribunal que inicie la averiguación del delito y la persecución de su autor y, después y en su caso, para convertirse en parte acusadora.

Por último, el tercer monopolio significó primero que el Derecho penal debía aplicarse por medio del proceso, y con ello se trataba de que el instrumento

80 En el campo de Derecho privado las personas entablan entre ellas relaciones jurídicas, las que quieren y con el contenido que ellas deciden, y se habla entonces de la existencia de una relación jurídica material, por ejemplo, de préstamo entre dos personas; si luego el que ha recibido el préstamo estima que no debe pagar (por la razones que fueren; por ejemplo porque el préstamo fue usurario) y en cobrar insiste el prestamista, cabe hablar de la existencia de un conflicto, que puede acabar siendo resuelto por un juez. Ante el mismo acudirá una de las partes (normalmente el prestamista) pidiendo la tutela de su derecho; y la otra parte (correlativamente el prestatario) pedirá que se desestime la petición del demandante porque el derecho alegado no existe. En cualquier caso se trata de decidir si existe un derecho subjetivo o no y el contenido del mismo.

La idea de conflicto (en tanto que “problema, cuestión, materia de discusión”) entre el ofensor y la víctima es ajena a la aplicación del Derecho penal en el caso concreto. Cuando una persona ha sido asaltada en la calle por unos atracadores, que le han causado unas lesiones, aparte de robarle lo que llevaba de valor, no puede decirse que haya nacido un conflicto entre los atracadores y su víctima, conflicto que debe componer o resolver un juez por medio del proceso. Piénsese lo que supone hablar de conflicto entre el violador y la violada y se comprenderá mejor lo que decimos. El conflicto entre dos personas, en su sentido propio, es decir, en tanto que contienda o debate entre dos personas, colocadas en contradicción y en pie de igualdad, conflicto que debe resolverse por un juez y mediante la aplicación de una norma jurídica, es algo ajeno al Derecho penal. El ofensor no tiene un conflicto con el ofendido.

Cosa muy diferente, y sin relación con la anterior, es que el proceso penal tiene que servir también para la tutela de los derechos de la víctima, de todos los derechos, lo que debe empezar por reconocerle legitimación para actuar como parte en el proceso penal (acusación particular), con los derechos y las facultades propios de esa condición y de ese proceso. Y aparte queda todo lo relativo a la responsabilidad civil, en la que la víctima (ofendido y/o perjudicado) sí es titular de derechos subjetivos en sentido estricto.

por medio del que los tribunales u órganos jurisdiccionales aplicarán el Derecho penal tenía que estar constituido de forma que respondiera a los que son principios esenciales del proceso, pero no podía suponer que ese proceso tuviera que ser exactamente igual al proceso en el que se actúa el Derecho privado. El paso siguiente ha consistido en advertir que el proceso penal no es simplemente el instrumento de aplicación del Derecho penal, sino que debe ser considerado como el instrumento de las garantías de los individuos en esa aplicación.

De este modo tanto la naturaleza del Derecho material a aplicar, como la naturaleza de las garantías en la aplicación de ese Derecho condicionan la manera de configurar el proceso. Esto es, todo proceso, se aplique por su medio el Derecho objetivo material que fuere, ha de responder a unos principios esenciales que hacen que “algo” sea proceso y no otra cosa, pero eso no puede suponer que todos los procesos hayan de ser iguales también en los principios que podemos considerar condicionados por el tipo de Derecho objetivo material que han de aplicar y los garantías que deben observarse.

Muy en síntesis se trata de que el medio o instrumento necesario y único de aplicación del Derecho penal y del respeto a la garantía de la libertad de los individuos debe ser en todo caso concebido como un *actus trium personarum*, en el que necesariamente han de concurrir un tercero imparcial y dos partes parciales. En el tercero ha de concurrir toda una serie de requisitos para que pueda calificarse de tal, principalmente independencia, imparcialidad y responsabilidad. Con relación a las partes sólo cabe hablar de proceso cuando las mismas están en situación de dualidad, contradicción e igualdad. Para que pueda hablarse de proceso se necesita la concurrencia de dos partes, y por ello por esencia parciales, ante un tercero necesariamente imparcial. Cuando se habla de “parte imparcial” se incurre en un error grosero y cuando se pretende que el juzgador asuma funciones ajenas a su condición de tercero o se comporte de modo parcial se está destruyendo la base misma de lo que es proceso.

IV. LAS CONCEPCIONES SOBRE EL PROCESO PENAL

Hemos ido viendo como el proceso penal se ha ido concibiendo como instrumento para la aplicación del Derecho penal y como se dio un gran paso civilizador cuando se decidió que las penas se imponían sólo por medio del proceso. Durante mucho tiempo se ha podido entender que el proceso penal es simplemente el instrumento para la aplicación del Derecho penal. Es posible que éste sea el momento adecuado para dar un paso más.

1. La concepción clásica: aplicación del Derecho penal

El gran paso civilizador supuso, por tanto, entender, primero, que el proceso debía ser el único instrumento para la aplicación del Derecho penal y, después, que si el delito supone algo distinto del conflicto civil el proceso penal no podía estar regido por los mismos principios que informan el proceso civil. El elemento clave consistió en percatarse de que la actuación del Derecho penal tenía que estar determinada por el que podemos llamar principio de necesidad, que se presenta como par alternativo del principio de oportunidad. La necesidad

se ha entendido tradicionalmente configurada por las siguientes reglas bases de actuación:

a) No existe ni una relación jurídica material penal, ni un derecho subjetivo a la imposición de una pena por quienes ejercitan la acción penal, pues la aplicación del Derecho penal pertenece exclusivamente a los tribunales, no estando atribuido a las partes, ni siquiera al Ministerio Público. Éste, como las otras partes, pide la aplicación del Derecho penal, pero él no lo aplica. Nadie puede afirmar que tiene un derecho subjetivo a que a otra persona se le imponga una pena.

b) No existe aplicación del Derecho penal ni por órganos distintos de los órganos jurisdiccionales (los juzgados y tribunales)⁸¹, ni fuera del proceso, de modo que los términos delito, proceso y pena son correlativos y no existe uno sin los otros.

c) La existencia de un hecho aparentemente delictivo tiene que suponer, en principio, la puesta en marcha de la actividad jurisdiccional, pues es la legalidad la que debe determinar cuándo ha de iniciarse el proceso penal, el cual no puede depender de criterios de oportunidad.

El proceso penal no puede dejarse en su inicio a la decisión discrecional de nadie, sino que la parte pública (es decir, el fiscal) a la que se atribuya por la ley la competencia para pedir la incoación del proceso ha de quedar sujeto a la legalidad estricta, y ello sustancialmente porque la aplicación del Derecho penal en el caso concreto no puede depender de que alguien estime como lo más oportuno para la mejor defensa de su derecho subjetivo el acudir o no al proceso. Si no existe relación material penal y si no hay propiamente derechos subjetivos materiales, nadie puede tener atribuido el poder decidir si un delito se persigue o no, por lo menos a riesgo de que sea desvirtuada la conquista de la civilización consistente en que el Derecho penal lo aplican sólo los tribunales.

d) Una vez iniciado el proceso penal, éste ha de tender a llegar a su fin normal en la sentencia, no pudiendo terminar por actos discrecionales de nadie. El proceso penal no puede ser revocado, suspendido, modificado o suprimido sino en los casos en que así lo permita una expresa disposición de la ley, sin que

⁸¹ Esta puede parecer una afirmación demasiado general si bien debe entenderse teniendo en cuenta lo que es aplicación de una norma. El Ministerio fiscal cuando realiza la acusación necesariamente tiene que calificar jurídicamente los hechos, pero eso no es propiamente aplicar la norma, por lo menos si entendemos que aplicación existe cuando se hace efectiva la consecuencia prevista en la misma. El único que puede decir, con los efectos propios de la ejecutabilidad y de la cosa juzgada, que una conducta es delito por corresponderse con un tipo penal es un órgano jurisdiccional; el único que, partiendo de lo anterior, puede condenar a la consecuencia que es la pena es un órgano jurisdiccional. Por ello habrá de tenerse en cuenta, en lo que diremos después (Sección cuarta, III, 2, A), que la última palabra en la calificación jurídico-penal de una conducta no puede ser la del Ministerio fiscal, debiendo ser un juez; el archivo de una denuncia (o, mejor, de una querella) por el Fiscal no puede impedir que el denunciante (o, mejor, el querellante) acuda a un juez. El Fiscal no debe tener nunca la última palabra, y no debe tenerla porque no es aplicador del Derecho penal; es sólo quien, junto a otros, puede pedir esa aplicación.

ello pueda dejarse a la decisión discrecional de persona alguna⁸².

Consecuencia de la necesidad del proceso es también, por ejemplo, que las admisiones de hechos realizadas por las partes no pueden servir para determinar la existencia de los hechos mismos, de modo que quede vinculado el juzgador a tenerlos por existentes, pues con ello se estaría realmente disponiendo de la pena; así mismo tampoco deben ser admisibles las reglas legales de valoración de la prueba, en cuanto podrían ser utilizadas por las partes para conformar la sentencia a través del medio de dejar preconstituidas fuentes de prueba.

Este principio de necesidad ha sido considerado también una conquista de la civilización y con él se ha pretendido evitar dos riesgos importantes en la aplicación del Derecho penal:

1.º) Se impide que alguien pueda disponer de la aplicación de las penas, pues esa disposición implicaría que perdería su razón de ser todo el sistema penal del Estado. Si alguien tuviera esa facultad de disposición tendría en realidad el poder de que el Derecho penal se aplicara o no, pues ese Derecho sólo se actuaría si ese alguien lo decidía y cuando lo decidiera.

2.º) Se pretende impedir que los delitos queden impunes. Si el Estado por medio de la ley considera que un acto debe ser considerado delito, no puede luego consentir que dejen de perseguirse actos concretos que queden subsumidos en la tipificación penal, por cuanto ello, además, implicaría una gravísima desigualdad entre los ciudadanos.

Hasta aquí la que podemos llamar concepción clásica del proceso penal, la que lo ha entendido como instrumento, incluso único, para la aplicación del Derecho penal. A partir de aquí debemos examinar si esa concepción, que ha tenido grandes méritos, debe empezar a ser superada.

2. La concepción actual: garantía del derecho de libertad

El principio de necesidad, y sus consecuencias, hasta hace poco eran considerados como conquistas de civilización, pero es el caso que en los últimos tiempos casi todas sus consecuencias se han puesto en cuestión. Se ha sometido a discusión casi todo, desde que la existencia de un hecho aparentemente constitutivo de delito tenga que suponer el inicio de la actividad jurisdiccional, hasta que el proceso tenga que terminar por sentencia; desde que nadie tiene la disposición de las penas hasta que las penas pueden ser acordadas entre los titulares de la acción y el imputado-acusado, del que ni siquiera se sabe, con la

⁸² Se podría decir gráficamente que el proceso penal tiene que iniciarse cuando aparece un hecho aparentemente constitutivo de delito y que ese proceso no puede terminar por acto de disposición de las partes, porque nadie puede disponer de lo que no tiene, de lo que no es suyo. Incluso en el caso del Ministerio Público debe tenerse en cuenta que éste, cuando se le atribuye el ejercicio de la acción penal, no queda revestido de derecho alguno, sino que simplemente se le atribuye una facultad con la que puede cumplir su función, bien entendido que ésta no es un derecho sino un deber. Las competencias que se otorgan por la ley al Ministerio Público no se refieren a un ámbito de actuación discrecional, sino al ejercicio de una función pública, que debe entenderse como un deber a cumplir y siempre con sujeción al principio de legalidad.

certeza que da el proceso, si es el autor del delito.

Todo se ha debatido y todo debe debatirse, pero sería conveniente que en ese debate se empezara a cuestionar algo de más calado, como es si el proceso penal debe seguir siendo concebido como un mero instrumento para la aplicación del Derecho penal o si debería empezar a concebirse como garantía contra la represión que es connatural con el Derecho penal. No se trataría ya simplemente de que el Derecho penal sólo se aplicara por medio del proceso -lo que debería seguir siendo elemento esencial-, sino que se trataría de que el proceso penal debería ser instrumento de garantía del derecho a la libertad. Ese proceso no debería entenderse incluido como un elemento más en la política represora del Estado, sino que debería ser entendido como un medio de garantía de los ciudadanos contra o, por lo menos, frente al Estado represor.

El paso inicial ya está dado, y se ha empezado a andar cuando se ha entendido que el imputado-acusado sí es titular de derechos subjetivos materiales penales, en los que el obligado es el Estado cuando actúa en el ámbito de lo penal. Ahora bien, lo determinante en el nuevo camino es entender que para el individuo al que se convierte en parte pasiva en el proceso penal el proceso penal es la garantía de sus derechos, algunos materiales y otros procesales, pero especialmente de su derecho a la libertad.

En las últimas décadas ha sido común entender que la función de la jurisdicción se resolvía en la actuación del Derecho objetivo mediante la aplicación de la norma en el caso concreto, lo que se hacía por medio del proceso. En esta concepción lo importante no era la tutela de los derechos de los ciudadanos, sino el cumplimiento de las normas. No se trataba de garantizar los derechos de los individuos, sino de que se cumpliera la previsión general de la ley, en cuanto en ella se recogía lo que el Estado entendía como interés público. Lo público debía primar sobre lo individual y por ello hemos dicho que con el principio de necesidad se trataba de impedir que alguien pudiera disponer de la aplicación de las penas e impedir que los delitos quedasen impunes. Ahora hay que dar un paso más. No se trata de negar lo anterior y de privatizar el proceso penal. Se trata de, asentado lo anterior, avanzar en el camino de la civilización, entendiendo que el verdadero progreso lo es sólo si da pasos en el camino de la libertad.

En las páginas que siguen deberá afrontarse qué es lo que está pasando en la actualidad, si estamos en el camino de lo que entendemos por progreso o si se está propiciando por algunos sectores de la sociedad retrocesos en esa libertad, aunque se disfracen con vestidura de seda.

Sección Segunda

La inutilidad del llamado principio acusatorio para la conformación del proceso penal

V. LA INEXISTENCIA DE DOS TIPOS DE PROCESO PENAL

A la hora de precisar conceptos, y de hacerlo con referencia a cómo debe ser el proceso penal, tiene hoy especial importancia preguntarnos si ese proceso debe regularse de conformidad con el llamado principio acusatorio. La pregunta, formulada así de sopetón, puede parecer ociosa, pero es el caso que en la actualidad la doctrina europea e iberoamericana habla y habla, escribe y escribe de ese pretendido principio y parece inevitable entrar en su significado.

La respuesta afirmativa a la pregunta se ha dado con reiteración en las doctrinas, que han creído ver en ese principio una especie de remedio de todos los males, un bálsamo de Fierabrás, no para curar de todas las heridas que se reciben en la batalla, sino para poner fin a todas las cuitas de la justicia penal. Con “lo acusatorio”, utilizado no sé muy bien si como mejunje o pócima, todos los males, los reales y los imaginarios, los pasados y los futuros, del proceso penal pareciera que han de tener remedio⁸³.

Ahora bien, ese “principio acusatorio”, que estaba siendo todo en las primeras referencias que se hicieron al mismo, puede decirse que en la actualidad es ya casi nada, pues se trata de una noción inútil, por lo menos en el sentido en que se está usando en las últimas décadas en las doctrinas europea e iberoamericana. Al querer ser todo se ha convertido en nada; o, peor, nadie está seguro de lo que realmente significa.

1. Los llamados sistemas inquisitivo y acusatorio

Después de tanto tiempo perdido en disquisiciones carentes de base conceptual y de utilidad práctica sigue siendo un lugar común, por lo menos en buena parte de la doctrina procesal penal, sostener que teóricamente existen dos sistemas conforme a los cuales puede configurarse el proceso penal: Uno

⁸³ A este bálsamo de Fierabrás se refiere Cervantes en el Capítulo Décimo de *El Quijote*, pero su antigüedad literaria se remonta, por lo menos, a finales del siglo XII, tratándose de un cantar de gesta francés. Balán, un rey moro, y su hijo Fierabrás (un gigante de fieros o feroces brazos) entraron a saco en Roma y se llevaron los dos barriles que quedaban del bálsamo con que fue embalsamado el cuerpo de Cristo, líquido que tenía la propiedad de curar todas las heridas. Decía Don Quijote a Sancho: “Es un bálsamo de quien tengo la receta en la memoria, con el cual no hay que tener temor a la muerte, ni hay pensar morir de ferida alguna. Y así, cuando yo le haga y te le dé, no tienes más que hacer sino que, cuando vieres que en alguna batalla me han partido por medio del cuerpo (como muchas veces suele acontecer), bonitamente la parte del cuerpo que hubiere caído en el suelo, y con mucha sotileza, antes que la sangre se yele, la pondrás sobre la otra mitad que quedare en la silla, advirtiéndole de encajallo igualmente y al justo. Luego me darás a beber solos dos tragos del bálsamo que he dicho, y verásme quedar más sano que una manzana”.

acusatorio (el sumum de todas las bondades) y otro inquisitivo (al que se imputan todos los males). Esta distinción se basa en un error evidente, pero es el caso que sigue siendo necesario reafirmar una y otra vez, y sin desfallecer ante la ignorancia, que ello es radicalmente falso, pues no existen dos sistemas por los que pueda configurarse el proceso, uno inquisitivo y otro acusatorio.

Los caracteres de esos pretendidos sistemas procesales, según una doctrina que los repite sin el menor sentido crítico⁸⁴, son los siguientes:

1.º) En el sistema acusatorio la jurisdicción se ejerce por tribunales populares, mientras que en el inquisitivo se trata de jueces profesionales y permanentes.

2.º) Mientras que en el acusatorio la acción penal es popular y su existencia es indispensable para la realización del proceso, en el inquisitivo no existe libertad de acusación, sino que el juez se convierte al mismo tiempo en acusador, asumiendo los dos papeles.

3.º) Las partes en el sistema acusatorio, siendo necesariamente dos, actúan en contradicción e igualdad, mientras que en el inquisitivo, por un lado, puede no haber parte acusadora distinta del juez y, por otro, el acusado no es un verdadero sujeto del proceso, sino el objeto del mismo.

4.º) Si en el acusatorio el juez tiene restringidas las facultades de dirección procesal de la contienda, en el inquisitivo los poderes del juez son muy amplios.

5.º) En el sistema acusatorio la regla es la libertad del imputado en tanto dura el proceso, mientras que en el inquisitivo impera la prisión provisional o preventiva.

6.º) Con relación a las pruebas, éstas, en el sistema acusatorio deben ser introducidas por las partes, no por el juez, que carece de poderes autónomos para investigar los hechos, si bien en la valoración de esas pruebas rige el criterio de la libre apreciación por el juez; en el sistema inquisitivo se dan los caracteres contrarios, es decir, el juez investiga de oficio los hechos, aunque luego viene limitado por el criterio de valoración legal o tasada de la prueba.

7.º) El procedimiento del proceso acusatorio es oral, concentrado y

⁸⁴ Realmente cuando se trata de establecer los caracteres de uno y otro pretendido sistema procesal no siempre coinciden las versiones de los autores, existiendo entre ellas diferencias a veces importantes. En lo que sigue nos referiremos a los caracteres de estos pretendidos sistemas que podemos considerar razonables, se entiende dentro del absurdo de la pretendida existencia de los dos sistemas procesales. No aludimos, naturalmente, a aquellas características que pudieran referirse a la Inquisición, como es el tormento. No debería confundirse en la actualidad la referencia a un sistema procesal inquisitivo (que para los norteamericanos son todos los actuales, menos el suyo) y los caracteres propios de los tribunales de las varias inquisiciones en la Europa medieval. Esta confusión es fruto del desconocimiento de la historia.

público, mientras que el procedimiento del inquisitivo es escrito, disperso y secreto.

8.º) Por último, en el acusatorio existe una sola instancia, de modo que la sentencia es inimpugnable, mientras que en el inquisitivo se admite recurso contra la sentencia y se dice que consta de dos instancias.

Si se examinan con detalle algunas de estas características creemos que aparecerá evidente que responden a varios principios o reglas autónomas determinantes de aspectos parciales del proceso y del procedimiento que, por sí solos esos aspectos, no dicen nada respecto de uno u otro pretendido sistema, en cuanto los mismos no son esenciales.

Existen teóricamente, sí, dos sistemas de actuación del Derecho penal por los tribunales, de los cuales uno es no procesal, es decir, en el que no se utiliza el medio que es el proceso, y otro sí es procesal, esto es, en el que el único medio para aplicar ese Derecho es el proceso. Además de teóricamente esos dos sistemas se han dado en la realidad histórica, en la que hasta bien entrado el siglo XIX se aplicaba el Derecho penal de modo no procesal, aunque sus aplicadores se llamaran tribunal y en la puerta de los edificios donde radicaban se colocara el rótulo de “Palacio de Justicia”.

El denominado “proceso inquisitivo” nunca fue y, obviamente, no podría ser hoy, un verdadero proceso. Si éste se identifica de modo esencial con que ante un tercero, independiente e imparcial, comparecen dos partes (y, por lo mismo, parciales) situadas en pie de igualdad y con plena contradicción, para que aquél tutele un derecho y para que lo haga actuando el Derecho objetivo, algunos de los caracteres que suelen indicarse como propios del sistema inquisitivo llevan ineludiblemente a la conclusión de que ese sistema no puede permitir la existencia de un verdadero proceso. Evidentemente no hay proceso si el acusador es al mismo tiempo el juez⁸⁵, pero tampoco hay realmente proceso si el juez asume todos los poderes materiales en la dirección de la actividad pudiendo, por ejemplo, no ya alegar hechos, sino incluso acordar prueba de oficio, independientemente de a quién acabe beneficiando ésta.

El llamado “proceso acusatorio” sí es un verdadero proceso, por cuanto en él existen realmente un juez tercero, independiente e imparcial y dos partes enfrentadas entre sí en pie de igualdad y con plena contradicción. Adviértase, sin embargo, que no todos los caracteres que suelen incluirse como propios de ese pretendido proceso acusatorio son necesarios para que exista un verdadero proceso, pues algunos de estos caracteres podrían modificarse, sin que ello impidiera la subsistencia del proceso. Por ejemplo, nada dice respecto de la esencia del

⁸⁵ No ha faltado ocasión en que se ha cometido algún, digamos benévolamente, exceso a la hora de unificar en una persona los papeles del proceso. En el sistema inquisitivo el juez asumía los papeles de tal y de acusador, pero desde luego no era también, y al mismo tiempo, el reo, a pesar de lo sostenido por algún autor español para el que “en el proceso penal de tipo inquisitivo, en el que los tres sujetos del proceso (acusador, juez y reo) se reúnen en una misma persona”.

TTproceso el que el juez sea profesional o popular o que el procedimiento sea oral o escrito⁸⁶, pero sí afecta a esa esencia el que el juez sea efectivamente tercero, independiente e imparcial o el que el acusado disponga de todos los derechos propios de la contradicción y que las partes estén en igualdad de condiciones.

Así las cosas, creemos que se puede afirmar que los llamados sistemas procesales penales son conceptos carentes de todo rigor técnico procesal, por lo que es necesario dejar muy claro que en determinadas épocas históricas el Derecho penal no lo aplicaban en exclusiva los tribunales y que en otras épocas lo aplicaron los tribunales, sí, pero no por medio del proceso, y hay que proclamar como conquista irrenunciable de la civilización la garantía jurisdiccional, entendida en su sentido originario, esto es, asunción del monopolio del *ius puniendi* (derecho de castigar) por los tribunales y exclusividad procesal de su ejercicio. Toda la confusión entre “proceso inquisitivo” y “proceso acusatorio” nace de la falta de precisión conceptual en torno a lo que es proceso, pues sólo desde esa imprecisión ha podido concluirse que un sistema de aplicación del Derecho penal tal y como se describe en las reglas básicas del inquisitivo pueda ser calificado de procesal. “Proceso inquisitivo” es una *contradictio in terminis*, mientras que “proceso acusatorio” es un pleonismo, esto es, una redundancia viciosa de palabras; el calificativo acusatorio no añade nada a la palabra proceso, por lo menos si ésta se entiende correctamente.

Una de las garantías constitucionales que ofrece el sistema jurídico de los países en los que puede hablarse de sociedad libre es la de que la pena sólo se aplica por los tribunales y precisamente por medio de un verdadero proceso y esta garantía se alcanzó en los países europeos en el siglo XIX y desde entonces se ha mantenido sustancialmente, sin perjuicio de que en algunos países y momentos concretos se ha puesto en riesgo más o menos acentuado. Debe afirmarse así que en Europa, y especialmente en España, tenemos un sistema procesal de imposición de las penas; éstas se aplican sólo por los tribunales y sólo por medio del proceso⁸⁷. Durante más de un siglo hemos asumido la garantía jurisdiccional en la aplicación del Derecho penal. Y ello sin perjuicio de que el camino del futuro deba suponer algo más, algo tan importante como hacer realidad que en el

⁸⁶ Desde un punto de vista teórico que parta de la claridad conceptual es evidente que no afecta a la naturaleza procesal de un sistema el que exista o no jurado o el que el procedimiento sea o no oral. Es cierto que para la doctrina de los Estados Unidos sólo cabe hablar de sistema “adversarial” o de “proceso acusatorio” si el proceso acaba haciéndose ante un jurado y de modo oral, pero debe insistirse que si sólo hubiera “proceso acusatorio” cuando existe jurado, la mayor parte de los sistemas del mundo no serían procesales. De la misma manera, puede existir perfectamente un proceso con todas las garantías que sea escrito, como demuestra la historia. Una cosa es afirmar la preferencia por la oralidad y otra negar a la escritura el pan y la sal. Peor todavía es creer (como acto de fe y sin conocimiento de lo que sucede en otros países y sistemas jurídicos) que lo propio es, no sólo lo mejor, sino lo único que responde a una sociedad libre, como han venido repitiendo los autores de Norteamérica, los cuales en su gran mayoría no conocían ni conocen, no ya la doctrina, sino la práctica de otros países y ahora especialmente de los europeos.

⁸⁷ Esa garantía, obviamente, no puede significar que el proceso penal se iguale con el civil, pues siendo los dos proceso como categoría jurídica en sentido estricto, es decir, cumpliendo los dos el requisito básico de enfrentamiento de dos partes parciales en régimen de contradicción e igualdad ante un juez tercero, independiente e imparcial, han de existir algunas diferencias en algunos de los principios conformadores, como iremos viendo en páginas siguientes.

proceso de lo que se trata de tutelar los derechos de los individuos.

2. El absurdo intento de monopolizar la idea de proceso acusatorio

Por si faltara algo las cosas se complican más, si cabe, cuando se advierte que la confusión conceptual viene propiciada por el hecho de que desde el sistema procesal penal de los Estados Unidos o, mejor, desde la doctrina de ese país, se pretende monopolizar la idea de “proceso acusatorio” o, si se prefiere, del sistema que se llama “adversarial”⁸⁸. Y lo más preocupante es que la doctrina europea, salvo contadas excepciones, ve ese sistema desde la fascinación o desde el papanatismo (que no es más que la actitud que consiste en admirar algo o a alguien de manera excesiva, simple y poco crítica) y está dispuesta a asumir algo que, sin embargo, o no ha acabado de entender o, si lo ha entendido, no tiene inconveniente en admitir, a pesar de que en ese sistema se advierten hoy profundas raíces y actitudes inquisitivas.

Es obvio que un sistema como el norteamericano es muy difícil de entender en su totalidad para quien está “pensando” desde el sistema continental europeo, pero parece evidente que es necesario distinguir entre lo que se cree que se es y lo que realmente se es.

A) La ilusión de la teoría

Teóricamente, si he entendido bien a los que se han ocupado de estudiar y explicárnoslo (caso de Juan Luis Gómez Colomer), el sistema se caracteriza por:

a) Institucionalmente se exige una distinción neta entre los papeles atribuidos a los intérpretes del drama que es el proceso, de modo que:

1) El jurado es realmente la piedra base de todo el sistema y, aunque no se reconoce paladinamente, lo que los juristas norteamericanos están diciendo en el fondo es que no hay proceso penal si no se realiza ante el jurado, es decir, ante un número más o menos grande personas no juristas que deciden sobre la culpabilidad o inocencia del acusado (lo que antes hemos llamado tribunal popular frente a tribunal profesional).

2) El juez profesional, aparte de que no instruye, adopta una actitud neutral (=tercero e imparcial) en el debate que realizan las partes ante el jurado, limitándose a dirigir formalmente ese debate, pero sin adoptar decisión alguna que comporte la utilización de facultades de dirección material del proceso.

3) El fiscal, por un lado, asume la investigación de los hechos (convirtiéndose en director de la policía) y, por otro, tiene el monopolio de la ⁸⁸ Adelantemos que en los Estados Unidos la expresión principio acusatorio no se usa, por lo que en Europa y en Iberoamérica no debería decirse que se asume el sentido que el principio acusatorio tiene en los Estados Unidos. Allí es habitual hablar de sistema “adversarial”, como opuesto a sistema inquisitivo, y también de sistema acusatorio, bien entendido que “adversarial” y acusatorio no son términos sinónimos sino complementarios, pues “adversarial” supone que son las partes las que investigan los hechos y las que los aportan al proceso y acusatorio hace referencia al método del juicio oral, en el que son las partes las que deben convencer al tribunal de las afirmaciones que han efectuado.

acción penal, por lo que en la fase del juicio oral es el acusador único, lo que implica además una amplia disposición (discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal) de la existencia del delito y de la consecuencia del mismo, la pena.

4) El abogado defensor asume la dirección de la defensa del acusado y lo hace de modo muy activo desde que la investigación se dirige contra una persona determinada. Naturalmente hay diferencias muy importantes según ese abogado sea designado y pagado por el imputado o el mismo sea un defensor público pagado con cargo a algunas de las entidades públicas (Estado o Federación), a pesar de que esas diferencias prácticas no siempre se reconocen por la doctrina norteamericana.

b) Procesalmente se alude a toda una serie de principios que, desde nuestra concepción, conforman, primero, el proceso en sentido estricto, y luego el proceso sometido a los principios de oralidad y publicidad. El llamado “proceso debido”, la igualdad de las partes, el derecho de defensa o la presunción de inocencia no son, desde luego, ni conceptos ni garantías ajenos a nuestra europea concepción, pero se presentan por la doctrina norteamericana como algo propio de “su” proceso, como si en todos los demás países, es decir, en los nuestros, no hubiera realmente un “proceso debido” o un “proceso justo”. Peor es aparentemente el caso de regla “fairness” (¿la equidad?), aunque luego se descubra que se refiere al juego limpio, a la igualdad de las partes, a la imparcialidad del juzgador, por ejemplo o a principios tan viejos en Europa que tienen nombres propios.

Lo preocupante de todo esto es que desde esa doctrina norteamericana acaba entendiéndose que el suyo es el único modelo, no ya acusatorio, sino el único admisible desde un régimen de libertad. Y por ello concluye descalificando, por ejemplo, a los sistemas procesales penales en los que existe un juez de instrucción que realiza la investigación, aunque ese juez no actúe jurisdiccionalmente y sea distinto del juez que luego presidirá el juicio oral⁸⁹. Naturalmente cuando el tribunal no es un jurado se concluye que el sistema de cualquier país, sin más distinciones, es inquisitivo e inadmisibile desde las bases constitucionales de su sistema.

B) La decepción práctica

Desde lo anterior ya se puede concluir que, como en otros tantos aspectos, la doctrina jurídica de los Estados Unidos carece de precisión conceptual, pues lo que acaba afirmando es que con las expresiones relativas a sistema “adversarial” o acusatorio se está denominando a su propio sistema, el cual es el único admisible, siendo todos los demás calificados de inquisitivos y por ello de inadmisibles. En esa imprecisión está siendo seguida por parte de la doctrina europea, la cual está asumiendo palabras o expresiones típicamente norteamericanas (caso de “proceso debido”, de “proceso justo” o “limpio”) y a veces llevándolas incluso a

⁸⁹ En este sentido el papantismo ha alcanzado hasta las bases mismas de la legislación alemana. En la Ley de 9 de diciembre de 1974, la que revolucionó el sistema procesal alemán, conocida comúnmente como la “Gran Reforma del Proceso Penal”, se llega a decir en el artículo 1, núm. 60: “Se suprime la instrucción judicial, porque tiene su origen en el proceso inquisitivo caracterizado por un poderío procesal ilimitado del juez”.

las constituciones, con los riesgos que implica el uso de palabras o expresiones carentes de un verdadero sentido técnico jurídico, pues han nacido en un sistema “practicón”, alejado del contenido conceptual científico.

Pero lo cierto, después de todo, es que este pretendido sistema “adversarial” no se corresponde con la realidad de la aplicación del Derecho penal en los Estados Unidos. En este país no puede dejarse de distinguir entre lo que se dice en el plano teórico y lo que sucede en la realidad. Mi primera aproximación a ésta se produjo cuando, hace ya unos años, en 1988, leí la novela *La hoguera de las vanidades* de Tom Wolfe y descubrí que la capacidad de los tribunales norteamericanos para juzgar causas es muy limitada relativamente, de modo que:

1) En los Estados Unidos sólo entre el 5 y el 10 por 100 de los delitos acaban siendo juzgados en un juicio oral y público ante un jurado y dictándose seguidamente sentencia por el juez profesional, el cual debe partir del veredicto pronunciado por el jurado.

Resulta así que más del 90 por 100 de los delitos se decide no jurisdiccionalmente, es decir, no después de un verdadero proceso, sino después de una investigación realizada por la policía, con la dirección más o menos efectiva del fiscal, y de un “trato” entre el fiscal y el abogado defensor, abogado que normalmente es un defensor público. Es decir, el tan cacareado “sistema adversarial”, modelo del que se aclaman todas las virtudes, se aplica en la práctica sólo de modo excepcional.

2) En este mismo país el trabajo fundamental del juez profesional no es realizar juicios orales y públicos, sino evitarlos.

El pretendidamente tercero, neutral, imparcial y carente de facultades inquisitivas, ese juez “no contaminado”, dedica su esfuerzo, no a presidir juicios orales ante el jurado, juicios hechos con toda la publicidad posible, sino que su trabajo básico, al que se dedica mayor tiempo y denodados esfuerzos, consiste en evitar esos juicios. Se llega así al extremo de entender que el mejor juez (por lo menos burocráticamente hablando) es el que logra “sacudirse de encima” el mayor número de causas, siempre más del 90 por 100. Al servicio de esta finalidad economicista está, no ya permitir que el acusado se confiese autor de un delito menor del imputado por el fiscal a cambio de que libere al tribunal de juzgarle, sino presionar al acusado para que acepte el pacto que se le ofrece por el fiscal.

De este modo el pretendido juez neutral acaba siendo un juez “coaccionador” del acusado con el fin de quitarse de encima el mayor trabajo judicial posible.

Al principio pensé que, después de todo, la obra de Wolfe era una novela y que de la misma podría pensarse que deformaba la realidad para acomodarla a lo perseguido por el autor, pero la experiencia posterior me ha demostrado que Wolfe se había limitado a describir críticamente la realidad, pues efectivamente

en los Estados Unidos el sistema de aplicación del Derecho penal en el 90 por 100 de los casos no es jurisdiccional ni procesal, es decir, las penas no se imponen por el juez ni medio de un verdadero proceso⁹⁰. De esto resalta que:

1) El jurado interviene en un número muy reducido de causas y no es efectivamente la base del sistema de actuación del Derecho penal. Del número total de personas que están cumpliendo una pena en los Estados Unidos sólo unas pocas –menos del 10 por 100- han sido condenadas después de un juicio oral y público ante un jurado

2) El papel del juez en el sistema judicial no consiste principalmente en presidir juicios orales y públicos, para garantizar que se respetan los derechos y garantías procesales de las personas imputadas, sino que su función principal es evitar que se hagan juicios con todas las garantías, de modo que es mejor juez el que menos juicios hace. El juez preside únicamente los juicios orales que, a pesar de todos sus esfuerzos, no ha podido impedir.

3) El fiscal realiza, desde luego, la investigación de los hechos, siendo el director de la policía, pero su actuación va encaminada a que el abogado del acusado asuma un “trato” que haga innecesario al juicio oral, y al servicio de ello está dispuesto a “rebajar” la pena de modo muy importante, tanto que al acusado vea el juicio oral como un mal para él, como un riesgo que es mejor no asumir, como una amenaza.

4) El abogado defensor, por fin, que en la mayor parte de los casos es un defensor público, pagado por fondos públicos, actúa integrado en el aparato burocrático estatal dirigido a impedir la realización del juicio oral y cumple la función de “convencer” al acusado de que la “oferta” del fiscal le es muy conveniente.

Todo en el sistema, incluidos el juez, el fiscal y el defensor, parten (“presumen”) de que ese acusado es culpable.

En este drama, en el que cada uno de los actores asume un papel, que no es propiamente el papel que les asigna la ley, carece de sentido toda referencia a principios, garantías o reglas procesales, como oralidad y publicidad, como “proceso debido”, igualdad de armas, presunción de inocencia. La machacona alusión de la doctrina a “proceso debido” o a “proceso justo”, o a la regla “fairness” como determinantes del sistema de justicia penal de los Estados Unidos sólo puede entenderse desde la negación de la realidad.

Con esto puede ya concluirse que todo lo que los juristas norteamericanos dicen de su sistema, y repiten las doctrinas europea e iberoamericana, es mera retórica, y entendida ésta, no como el arte de bien decir, sino en el sentido despectivo de la palabra que lo hace equivaler a sofisma, y entendiendo por

⁹⁰ Más gráficamente aún, si cabe, se ha llegado a decir respecto de San Antonio, Texas: “Podía haber sesiones permanentes de veinticuatro horas de juicios en los siete juzgados penales, y con eso no bastaba para despachar la décima parte de las causas pendientes. Las declaraciones de culpabilidad alimentaban las fauces de la máquina de los juzgados criminales, que en una mañana podía despacharse a diez acusados; pero no se podía forzar declaraciones de culpabilidad sin la constante amenaza de un juicio”.

esta el argumento con el que se quiere defender lo que se sabe que es falso. Ese sistema conduce de hecho a una aplicación plenamente inquisitiva de las penas, dado que éstas se imponen exclusivamente: 1) Con la investigación del fiscal, que dispone de los medios materiales y personales del Estado, 2) Con la aquiescencia del abogado del acusado, pagado con fondos públicos, y, por fin, 3) Se acaba contando con el beneplácito lleno de satisfacción del juez. De este modo el sistema “recompensa” (también puede decirse que “compra”) al acusado por la no realización de un juicio oral y público, es decir, por la renuncia a su derecho a “un día ante el tribunal”, derecho fundamental en todo sistema jurídico propio de un país libre y el precio es una “rebaja” importante de la pena.

Por todo ello el sistema se convierte en inquisitivo, pues el Derecho penal no se aplica ni por los tribunales, ni por medio del proceso; y desde luego el mismo no es un sistema en el que se prime la tutela de los derechos del individuo; lo que importa es el trabajo en cadena, la producción a bajo coste.

VI. LA CONFORMACIÓN DEL JUEZ Y EL LLAMADO PRINCIPIO ACUSATORIO

Después de lo anterior si volvemos a Europa y a Iberoamérica nos encontramos con una de las cosas más sorprendentes que imaginarse pueda. Bajo el manto amparador del, desconocido en los Estados Unidos pero por acá casi sacralizado, “principio acusatorio” pueden cubrirse todas las garantías del sistema procesal de aplicación del Derecho penal. En las doctrinas de los dos continentes y en sus jurisprudencias a la hora de precisar el significado del llamado principio acusatorio, lo que debería suponer individualización respecto de los demás principios propios del proceso penal, sólo hay imprecisión. Como en tantas otras cosas, cuando se pretende que un principio lo cubra todo, la consecuencia es que realmente acaba por no cubrir nada.

El paso del tiempo en las últimas décadas ha ido haciendo que la imprecisión conceptual no solo no disminuya sino que aumente, de modo que cuando se oye o se lee sobre el “principio acusatorio” se acaba por advertir que no se está ya ante una cuestión terminológica, sino ante la imprecisión conceptual de quien está hablando o escribiendo, por lo que el oyente o el lector acaba por no saber cuál es el mensaje que se le quiere transmitir. La imprecisión abarca todos los ámbitos, pero es especialmente preocupante en la jurisprudencia.

a) Como ejemplo de imprecisión, y para no salir de España, pueden citarse muchas resoluciones, pero mi preferida ha venido siendo la STC 53/1987, de 7 de mayo, conforme a la cual: “El principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de ‘contestación’ o rechazo de la acusación. Provoca en el proceso penal la contradicción, o sea, el enfrentamiento dialéctico de las partes y hace posible el conocer los argumentos de la otra parte, el manifestar ante el juez los propios, el indicar los elementos fácticos y jurídicos que constituyen su base, el ejercitar una actividad plena en el proceso”.

Desde entonces el cúmulo de disparates se ha mantenido e incluso puede

decirse que ha ido escalando mayores cotas. Hoy pueden citarse muchas otras resoluciones y más recientes. Por ejemplo se dice en la STS de 23 de enero de 2006, reafirmando lo dicho en la anterior STS de 24 de mayo de 2004: “los derechos a la tutela judicial sin indefensión, a ser informado de la acusación y a un proceso con todas las garantías que reconoce el art. 24 CE conducen a señalar que este precepto consagra el principio acusatorio en todos los procesos penales, de tal manera que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, lo que obliga al Tribunal a pronunciarse sobre los términos del debate tal y como hayan sido formulados por la acusación y la defensa”⁹¹.

Insisto en algo que dije hace tiempo, vistas las sentencias de los españoles tribunales Supremo y Constitucional: “En estas pocas líneas acabamos por no saber qué es un proceso, qué es un principio, cuándo un principio es procesal, qué significa lo acusatorio, en qué se diferencia del principio de contradicción y cómo se relacionan los principios con los derechos fundamentales”.

b) Y si se acude a la doctrina la situación no mejora, pues cuando se leen las “cosas” que se escriben sobre dicho calificado de principio se acaba también por no saber de qué se está hablando. Sólo unos ejemplos. Pueden verse sesudas comunicaciones a congresos en las que se sostiene que el principio acusatorio exige que: 1) El imputado sea debidamente informado de la acusación, 2) Que entre el hecho objeto de la acusación y el que sirve de soporte a la condena penal haya homogeneidad, y 3) Que no se varíe la calificación jurídico-penal, salvo que se produzca a favor del acusado. Y junto a ellas pontificantes ponencias en las que se asegura que el principio acusatorio supone: 1) La acusación debe ejercitarla un órgano distinto al juez, 2) El proceso se divide en dos fases –investigación y decisión– y quien interviene en la primera⁹² no puede participar en la segunda, y 3) Vinculación del tribunal a los hechos y a las pretensiones de las partes. Pero hay mucho más, tenemos incluso libros en cuyo título aparece lo de “principio acusatorio” y en uno de ellos se dice que los elementos esenciales, no del

⁹¹ No me resisto a citar alguna otra como la STC 174/2003, de 29 de septiembre: “La Constitución no menciona por su propio nombre el principio acusatorio, lo que no ha sido óbice para que este Tribunal haya reconocido como protegidos en el art. 24 de la Constitución ciertos derechos fundamentales que indican los elementos estructurales de este principio nuclear (sic). Así este Tribunal ha proclamado que el sistema acusatorio guarda una estrecha relación con el derecho de defensa y la proscripción de indefensión (entre los pronunciamientos más recientes, STC 75/2003, de 23 de abril, FJ 5; 20/2003, de 10 de febrero, FJ 3; y STC 33/2003, de 13 de febrero, FJ 2), con el derecho a la tutela judicial efectiva, habida cuenta del deber de congruencia o correlación entre la acusación y el fallo (entre otras, STC 75/2003, de 23 de abril, FJ 5 y STC 33/2003, de 13 de febrero, FJ 3), así como con la garantía de imparcialidad de los Jueces o Tribunales (STC 33/2003, de 13 de febrero, FJ 2), garantía que ha conducido en nuestro ordenamiento procesal penal a la separación de las funciones de instrucción y enjuiciamiento (STC 145/1988, de 12 de abril), de una parte, y a la distribución de las funciones de acusación y enjuiciamiento, de otra, de modo que sean distintos los órganos o sujetos que desempeñen en el marco del proceso penal las funciones de acusar y de juzgar, evitando así que el juzgador asuma también la posición de parte, (es decir, una posición parcial)”.

⁹² Según parece todos los que intervienen en la primera fase no deben intervenir en la segunda, con lo que se comprende no solo al juez, sino también al fiscal (y a los acusadores) e incluso al imputado. De este modo para el ponente el juicio oral debería incoarse contra persona distintas de aquella que ha actuado como imputado en el procedimiento preliminar. Puede ser errónea pero, admitámoslo, es una idea... ¿original?

principio, sino del sistema acusatorio son la neutralidad del juez, la investigación a cargo del fiscal y la aportación de parte⁹³.

Todo este desbarajuste lleva al escepticismo, al temor a utilizar palabras de las que no se está seguro de su significado, pues al querer abarcarlo todo puede acabar por no tener un significado propio. Con todo pareciera como si en la actualidad se fuera abriendo paso la idea de que ese pretendido principio debe atender a la conformación del juez en el proceso, y en este sentido se sostiene que el principio supone: 1) Separación de funciones entre juez instructor y juez decisor, 2) Distinción entre juzgador y parte, es decir, no hay juicio oral sin acusación. Pero a todo esto se suelen unir otras características como: 3) Correlación entre acusación y sentencia, y 4) Prohibición de la *reformatio in peius* (de la reforma en peor que es algo propio de los recursos).

Ahora bien, una vez pudiera entenderse que el llamado principio acusatorio acaba referido a la conformación del juez, deberíamos recordar que los principios básicos de la conformación del juez en el proceso penal, en cualquier sistema en que se trate realmente de la aplicación de las penas por medio del proceso, no pueden ser distintos (por lo menos en lo que es común a todos los procesos) de esos mismos principios referidos al proceso civil. Entre los diversos procesos no pueden darse diferencias en esos principios, pues los mismos se refieren nada menos que a garantías esenciales de los ciudadanos ante el Poder Judicial. Por ello la unidad jurisdiccional, la exclusividad, el juez legal o predeterminado, que son los principios políticos de la jurisdicción, y los principios de imparcialidad, independencia, inamovilidad y responsabilidad, que son los determinantes del estatuto personal de los jueces, se aplican a todos los jueces y no pueden guardar relación con clases o tipos de procesos. Los principios de la jurisdicción y los propios del juez son anteriores a la misma referencia a la noción de proceso; desde ellos no cabe admitir diferencias atendiendo a procesos concretos.

Por poner un ejemplo. Los principios del juez ordinario y del juez predeterminado por la ley, tanto en lo relativo a la conformación de los órganos a los que se dota de potestad jurisdiccional, como respecto de su consideración de derechos fundamentales de las personas, no pueden referirse a la actuación de un específico derecho material en el caso concreto, aunque sea cierto que cuando ese Derecho es el penal, los principios adquieren una relevancia especial dados los intereses que entran en juego, si bien lo mismo pueden vulnerarse esos derechos en un proceso penal que en otro civil.

En los últimos tiempos hemos asistido, respecto del proceso penal, a

⁹³ En la doctrina italiana se ha sostenido que el proceso acusatorio se caracteriza por la separación entre el órgano que acusa y el que hace el juicio (sobre todo a los fines de garantizar la neutralidad y la llamada condición de tercero del juez), por la paridad de las posiciones jurídicas entre acusación y defensa, porque son las partes las únicas que proponen medios de prueba, con exclusión del juez, porque al juez se le prohíbe toda iniciativa acusatoria (ne procedat iudex ex officio, es decir, el juez no puede proceder de oficio), etc. Y en la mejor doctrina española se ha sostenido que el principio acusatorio significa sustancialmente que los tribunales carecen de facultades de actuación de oficio, porque éstas serían en puridad incompatibles con la igualdad de los litigantes. A veces se ha reconocido en Italia que cuando se trata de determinar concretamente cómo debe ser actuado “se descubre que no todos entienden lo mismo cuando se habla de sistema acusatorio”.

movimientos manifiestamente contradictorios, consecuencias de la incertidumbre conceptual en torno al modelo a seguir para regular ese proceso. De esos movimientos pueden destacarse dos:

1) Por un lado, e inicialmente, la mayor parte de los principios y reglas conformadoras del tribunal y del proceso penal pretendieron centrarse en el llamado principio acusatorio, habiendo adquirido éste tal fuerza expansiva que, a la postre, acabó por carecer de verdadero contenido específico, y así al querer significarlo todo ha acabado por no tener un significado preciso.

2) Después, y por otro lado, el fracaso de la anterior imprecisión, ha llevado a querer referir el principio exclusivamente a la conformación del tribunal y de este modo se ha referido a garantías procesales que a veces no guardaban relación alguna con aquella conformación, pues partían de otra manifiesta imprecisión en torno al significado de las garantías propias de la conformación del tribunal.

Finalmente y después de tanto tiempo perdido, de todos estos despropósitos, de falta de claridad conceptual, pareciera como si, al menos en España, el llamado principio se hubiera acabado por querer referirlo a la imparcialidad judicial, si bien también aquí no se ha precisado lo que es propio de esa imparcialidad y lo que afecta a la incompatibilidad de funciones en el proceso.

a) Por todo ello creo que lo procedente hubiera sido advertir algo tan elemental y propio de la noción de proceso como que éste sólo puede existir si el juez no asume funciones propias de las partes acusadoras (ni de la defensa, obviamente), pues esa asunción es contraria, no ya a la imparcialidad, como se asegura, sino a la propia esencia de lo que es el proceso. Si el juez es al mismo tiempo el acusador o el defensor (o las tres cosas) no existe proceso. No inútilmente se decía ya por autores del proceso común, bien que *judicium accipitur actus ad minus trium personarum: actoris intendentis, rei intentionem evitandis, iudicis in medio cognoscentis* (Búlgaro⁹⁴), bien que *sicut in causa civili, exiguntur tres personae scilicet actoris et rei et iudicis, ita criminalibus tres exiguntur scilicet accusantis, accusati et iudicis* (Bernardo Dorna⁹⁵). Desde muy antiguo, pues, se ha entendido que el proceso es un drama que tiene necesariamente tres personajes, los cuales deben asumir su propio papel y limitarse al mismo, sin pretender hacer

⁹⁴ Un jurista nacido antes de 1100 en Bolonia y discípulo de Irnerio, el primer glosador. Aparte de otras obras fue autor de un *Tractatus de iudiciis* que es uno de los primeros libros de Derecho procesal. Cuenta una tradición muy antigua que cuando Irnerio, el primer glosador, estaba muriendo, se reunieron a su lado sus cuatro discípulos y le pidieron que indicara cuál de ellos debía quedar al frente de la escuela. Dijo entonces Irnerio:

*Bulgarus os aureum, Martinus copia legum
Mens legum est Ugo, Jacobus id quod ego.*

De este modo fue nombrado sucesor Jacobus, el que era igual que el Maestro, pero luego alcanzaron mayor prestigio Búlgaro, el de la boca (o, mejor, pico) de oro, y Martino (también Martín Gosia), el de la riqueza de leyes

⁹⁵ Dorna nació en la Provenza francesa y vivió en la primera mitad del siglo XIII; enseñó en Bolonia. Su única obra *Summa de libellis et conceptione libellorum et sententiarum*, escrita sobre 1215 es una explicación sumaria de las acciones, tanto que fue criticado por superficial, aunque posiblemente la crítica se debiera a que era más prácticón que teórico.

también el papel de los otros.

De modo especial se trata de que si el juez puede de oficio llegar a suplir la actividad de cualquiera de las otras partes, incluida la defensa del acusado, como pretendía Benedikt Carpzov⁹⁶ ya en el siglo XVII, también se está desconociendo lo que es el proceso.

b) Dando un paso más debe tenerse en cuenta, también, que la manera de conformar el proceso exige imponer una rigurosa incompatibilidad entre algunas funciones, de modo que un único juez y dentro de un proceso no puede asumir funciones incompatibles entre sí. En estas páginas deberá seguidamente explicarse en sentido de esas dos reglas básicas, pero ya no como algo propio del pretendido principio acusatorio, sino con referencia a los principios de conformación del órgano judicial.

VII. LO “ACUSATORIO” COMO MERO ESLOGAN POLÍTICO

A lo largo del siglo XIX en los sistemas jurídicos de la Europa continental se desarrolló una larga evolución que fue adelantando en el camino para lograr que el Derecho penal se aplicara sólo por los tribunales y exclusivamente por medio del proceso, desterrando cualesquiera otras maneras de imponer las penas. En esa evolución ha habido, ya en el siglo XX, altibajos, pero el caso ha sido que en los países de la Europa continental y de Iberoamérica se ha acabado por admitir de modo indudable, y así se ha plasmado en las constituciones de la segunda mitad del Siglo que una de las conquistas esenciales de nuestra civilización radica en que el Derecho penal -aparte de que lo apliquen únicamente los tribunales- se hace efectivo sólo por medio del proceso, pues es en el proceso donde las personas encuentran el respeto a las garantías que prometen esas mismas constituciones.

El caso ha sido, con todo, que por razones que están aún por explicar, en esos países europeos continentales e iberoamericanos o, mejor, por parte de la doctrina procesal penal de los mismos, se ha sentido una fascinación por el sistema judicial penal norteamericano que ha alcanzado cotas rayanas en el ridículo, pues ese sistema, a pesar de lo que han pretendido explicarnos, tiene manifestaciones prácticas inquisitivas que no pueden ser admitidas en un Estado de Derecho que se base en la libertad. En los Estados Unidos una cosa es lo que se predica y otra muy diferente lo que se practica.

Por ese camino de la fascinación ilógica se están utilizando en Europa y en Iberoamérica determinadas expresiones como “banderas de enganche” o como “esloganes fuerza” para, en el fondo, querer decir que la idea-garantía de que el Derecho penal se aplique sólo por medio del proceso debe convertirse en realidad. Se ha hablado y se sigue hablando del “debido proceso”, del “proceso justo”, de “proceso acusatorio” e incluso de “sistema acusatorio”, expresiones todas ellas que si se entienden como políticas pueden admitirse, pero que carecen

⁹⁶ Carpzov (1595-1666) nació en Alemania y fue un penalista y un juez que ha pasado a la historia como perseguidor de brujas, tanto que le ha imputado la condena a muerte de sobre 20.000 mujeres, aunque últimamente pareciera que se están revisando estos hechos. Sí es cierto que defendió la pena de muerte, y no solo para delitos de sangre, y la tortura; y también que procesalmente fue de los jueces que perseguían de oficio la condena del acusado en aras de la justicia material.

de verdadero contenido técnico jurídico, pues en el fondo todas ellas se refieren a algo muy simple: El Derecho penal debe aplicarse por medio de un verdadero proceso o, si se prefiere y para decirlo más sencillamente: El Derecho penal se aplica sólo por medio del proceso.

Cuando en las constituciones más recientes se recogen ahora garantías procesales que se identifican con la expresión derecho al “debido proceso”, pareciera indicarse que existen dos procesos uno “debido” y otro “indebido”, siendo todos ellos procesos, si bien el derecho de las personas se refiere a la modalidad que se califica de “debido”. De la misma manera decir que se tiene derecho al “justo proceso” supone sostener que hay dos clases de procesos, uno “justo” y otro “injusto”. Y por este camino se habla también de “proceso acusatorio” como si existiera otro “proceso” que, no siendo acusatorio, debe ser inquisitivo. Al final de todo se habla de “principio acusatorio”, pero si se examinan detenidamente los textos doctrinales y jurisprudenciales en que se utiliza la expresión, como hemos ido adelantando, no se acaba de saber qué es lo que se está queriendo decir por el autor o por la resolución judicial cuando utiliza la expresión “principio acusatorio”.

Todas estas expresiones pueden tener sentido político pero parece claro que no tienen un contenido jurídico bien determinado. Si partimos de la idea-fuerza de que una de las conquistas más importantes de la humanidad en el camino de la civilización ha consistido en que las penas sólo se pueden imponer por el Estado, dentro de éste necesariamente por los tribunales y éstos sólo por medio del proceso, deberemos llegar a concluir que lo que importan son cuatro cosas:

1.^a) Determinar cuándo puede hablarse realmente de la existencia de un tribunal en el sentido verdadero de la expresión, para concluir que los requisitos básicos están en las exigencias de tercero, de independencia y de imparcialidad, a los que pueden y deben añadirse otras garantías, las cuales sirven ya para dar efectividad a los requisitos anteriores (caso, por ejemplo, de la predeterminación por la ley o de la responsabilidad).

2.^a) Precisar que sólo cabe hablar de verdadero proceso cuando ante ese tribunal comparecen dos partes, por lo mismo parciales, las cuales han de estar en situación de enfrentadas entre sí, disponiendo de la plenitud del derecho de defensa y estando en pie de igualdad.

3.^a) Luego habrá que ir precisando los principios que conforman lo que es el proceso (que suelen ser garantías procesales constitucionalizadas) y aún las reglas relativas a la forma de los actos procesales o también principios del procedimiento.

4.^a) Y, por fin, deberá concluirse con que todo lo anterior tiene como finalidad que el tribunal, por medio del proceso, sea efectivamente el garante último de los derechos de las personas y, más en concreto que, por medio del proceso penal, el derecho fundamental a tutelar es el derecho a la libertad.

En este contexto “lo acusatorio”, con todas las expresiones en las que aparece la palabra “acusatorio”, caso de “sistema acusatorio” o de “proceso acusatorio”, debe perder cualquier contenido técnico-jurídico, pues realmente no lo tiene después de tantos años de usar y de abusar de la palabra. Por el contrario sí pudiera ser útil atribuir a la palabra un contenido político, con toda la vaguedad propia de los eslóganes de esta naturaleza, que deben ser utilizados en los textos políticos pero no en las sentencias ni en los trabajos científicos. Si todos llegáramos a estar de acuerdo en que “lo acusatorio” expresa sólo un eslogan político, no existiría por mi parte renuencia a utilizar esa palabra.

El Derecho Procesal en la Encrucijada de los Siglos XX Y XXI
Tres ensayos: Uno general y dos especiales,
Se terminó de imprimir en la ciudad de Lima, en julio de 2016,
Por Cespedesgraf S.A.C.
Dirección: Av. Argentina 975, Cercado de Lima, Lima.
Telf.: 424 0691 / RPM: #999 887 583 / #999 887 923