

# EL DERECHO A SER OÍDO Y LA JUSTICIA DEL PROCESO\*

María José Añón

Catedrática de Filosofía del Derecho  
Universidad de Valencia

**Sumario:** 1. Proceso, procedimientos y garantías personales. 2. El valor intrínseco del procedimiento. 3. El valor instrumental del procedimiento. 4. El carácter complejo del proceso. 5. El mínimo común denominador: el derecho a ser oído. Nota bibliográfica.

## 1. PROCESO, PROCEDIMIENTOS Y GARANTÍAS PERSONALES

Es característico de los sistemas jurídicos que, cuando se habla de proceso el modelo paradigmático de decisión o de referencia, sea el de aplicación de normas jurídicas preexistentes, común a todas las modalidades de proceso judiciales, cuya principal finalidad es tratar una cuestión o proporcionar una respuesta a un caso, de acuerdo con parámetros jurídicos<sup>1</sup>. La fisonomía jurídica procedimental es, sin embargo, muy amplia y puede ser clasificada de acuerdo con distintos parámetros, como pueden ser la deliberación y aprobación por votación, el criterio de autoridad o el acuerdo entre las partes. A pesar de las evidentes diferencias entre ellos, pueden establecerse algunas ideas generales compartidas (Galligan 1996; 48-49): (i) una función normativa básica de los procedimientos es proveer los medios para la aplicación a casos concretos de valores y principios característicos de cada forma de proce-

so jurídico. (ii) El diseño del procedimiento responde a la articulación de instituciones, así como las previsiones necesarias para aplicar un amplio conjunto de normas relevantes en cada proceso. En esta arquitectura institucional, por otra parte, están imbricadas tanto cuestiones prácticas, de eficiencia y costes; cuanto cuestiones normativas, cuyos efectos, en términos de trasgresión de un principio o de determinados errores en el resultado, no constituyen sin más una marginalidad o un fallo externalizado, sino una auténtica violación de derechos fundamentales.

El proceso se desenvuelve en el marco de la jurisdicción a través de la articulación de garantías y derechos de dos órdenes: judiciales y personales. La jurisdicción entendida como función pública tiene por objeto resolver las controversias jurídicas que se plantean entre dos partes contrapuestas que deben someterse a conocimiento de un órgano del estado, que decide estas controversias de manera imparcial e imperativa. Las garantías judiciales, de un lado, son entendidas como conjunto de instru-

\* Este trabajo se ha efectuado en el marco del proyecto de investigación DER2009-10869 financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia español. A su vez, se enmarca en el proyecto Consolider-Ingenio 2010: El tiempo de los derechos (CSD2008-00007).

mentos constitucionales con objeto de lograr la imparcialidad y la independencia del juzgador. Por ejemplo: estabilidad, responsabilidad. Las garantías de las partes, de otro, corresponden a aquellas que poseen los justiciables cuando acuden a solicitar una prestación jurisdiccional. Forman, pues, una realidad unitaria y compleja: la acción procesal, la defensa y el debido proceso que se ha visto incorporada en términos de derechos fundamentales en muchas constituciones actuales.

El valor y la función de las garantías personales del proceso precisa adoptar un punto de vista amplio, un contexto teórico más extenso integrado por toda la tipología jurídico procedimental. En él, el proceso de participación política se erige como paradigma o modelo procedimental en virtud, tanto de su vinculación estricta a los fundamentos del modelo democrático, cuanto a través del paralelismo entre la disciplina del proceso y el régimen constitucional en el que se desenvuelve, esto es, entre la figura del proceso, como escribe Calamandrei (1960; 154 y ss) y la estructura de los principios constitucionales, entre sistema de juicio y sistema de gobierno, entre autoridad y libertad<sup>2</sup>. La coherencia entre los fundamentos del modelo democrático-constitucional, la teoría de la justicia y los principios del proceso se muestra aquí en toda su evidencia.

La legitimidad democrática está compuesta por algunos elementos centrales que descansan sobre un presupuesto normativo: la concepción de la persona como sujeto moral que supone, como describe con precisión Bayón (2004; 67) que “todas las personas están igualmente dotadas de la doble capacidad de articular concepciones acerca de qué constituye una vida buena y de desarrollar un sentido de la justicia: el igual aseguramiento para todos de la primera, la capacidad de concebir e intentar realizar planes de vida requiere no sólo el trazado de una serie de espacios de acción no interferida, sino también la provisión de cada uno de los bienes instrumentales que hagan posible y significativa la elección autónoma; la segunda, la igual capacidad de las personas de formar concepciones acerca de cómo han de resolverse

los conflictos intersubjetivos y, por tanto, de intervenir en la esfera pública no sólo como valedoras de sus intereses privados, sino también como defensoras de concepciones de lo justo, reclama una distribución del poder político que reconozca a todos los miembros de la comunidad, al menos, el derecho a participar como iguales en su configuración. Esa raíz común permite afirmar la “co-originalidad” de ambos ideales y considerarlas componentes de un liberalismo político consecuente”.

Una teoría de la justicia, por tanto, tiene que integrar adecuadamente los derechos, los criterios de justificación de la autoridad y un diseño institucional coherente con ambos ingredientes<sup>3</sup>. Hablamos, en este sentido, de “justicia procedimental”; pero se trata de un sintagma cargado de ambigüedad y que precisa atender tanto a las teorías de la justicia, concretamente aquellas que denominamos “procedimentales”, esto es, aquellas que relacionan, de distintas formas, las condiciones y características de los procesos de decisión con la corrección o la justicia de los resultados de los mismos; cuanto a las concepciones de los procedimientos que se desarrollan en los sistemas jurídicos, paradigmáticamente aquellos que son la realización de la función jurisdiccional que se desenvuelve a través de un “proceso justo o razonable” como forma de garantizar —con justicia— los derechos e intereses de las personas.

Es común apelar a esta idea en términos de “debido proceso”. Pero el sintagma está cargado de imprecisión, puesto que, a pesar de la profusión con la que se utiliza la expresión, hay que ser conscientes de que se trata de un concepto jurídico extraordinariamente rico e intrincado, originario del *Common Law*<sup>4</sup> y cuya formación ha sido también depositaria de los procesos de aplicación e interpretación de la *Constitución de 1978* y de la historia del derecho constitucional norteamericano<sup>5</sup>. Hoy puede considerarse, sin embargo, patrimonio de las sociedades y estados democráticos en términos de “proceso razonable” (Sainz de Robles 2003; 134) o proceso con todas las garantías, como fórmula que sintetiza e integra un

amplio conjunto de garantías institucionales y de las partes en el proceso. Expresión de un conjunto de principios de carácter “suprapositivo” y “supranacional”(Bacigalupo 2005; 464), integrado en el *background* del Estado de Derecho. Se trata, además, de una categoría a la que se han atribuido tanto propiedades descriptivas como normativas. Como concepto descriptivo, ha sido utilizado para explicar y organizar una gran variedad de procedimientos y reglas jurídicas existentes; y se ha acudido a él en su vertiente normativa para justificar la existencia de reglas y procedimientos; así como para generar nuevos derechos y nuevas normas (Damaska 2000; 159-169).

El debido proceso es para Scanlon 1977; 94-97, 124) una de las condiciones de legitimidad moral de las instituciones que confieren poderes. Con ello quiere poner el acento en dos perspectivas básicas: la institucionalización del poder y la posición de los derechos. Porque el “debido proceso” forma parte de una constelación de instituciones vinculadas a garantizar el ejercicio del poder de toma de decisiones y asegurar la no arbitrariedad del mismo; al atribuir poderes de decisión, control e intervención por parte de ciertos sujetos respecto a la vida de otros, sobre sus derechos, oportunidades y recursos. Esta atribución de poderes de “control” es una característica de todo sistema plausible de instituciones sociales; si bien, la distribución de tales derechos y poderes constituye una de las características institucionales que mayor justificación precisan. Justificaciones que, en muchos casos, no pasan de ser limitadas y condicionales. De ahí, el abanico de garantías que constituyen esta institución: quien ejerce la autoridad debe justificar sus acciones previstas en un procedimiento público aduciendo razones de una forma adecuada; lo que presupone, por supuesto, un conocimiento público y razonable de reglas específicas con respecto a las decisiones que han de ser justificadas; procedimiento público, una posibilidad de apelación a una autoridad independiente, que presupone por parte del juez un fuerte compromiso con un ideal de justicia procedimental.

Por otro lado, las bases morales del debido proceso permiten teorizarlo, desde el punto de vista de los sujetos, como una pretensión legítima de los ciudadanos frente a las instituciones que hacen de ellos sujetos de los poderes institucionales de otros. Esta pretensión en sentido general y abstracto se concreta a través de un abanico de garantías y controles sobre el ejercicio del poder a lo largo de todo el espectro de un sistema jurídico y especialmente en todos los niveles de decisión judicial. Desde esta perspectiva, el debido proceso o proceso garantizado por el derecho parece consistir en un derecho a un procedimiento (Resnick 1977; 208), un derecho a tener un tratamiento determinado de acuerdo con algunos parámetros previos. Su fundamento reside en la idea de que las personas tienen derecho a ser tratados justamente por el estado. Sin embargo, se trata de un derecho conceptual y normativamente impreciso. Cuando hablamos de derechos nos referimos a tener un título de acceso a un estado de cosas; en este caso, a un trato justo por parte del estado y al procedimiento a través del cual se alcanza dicha finalidad. Indudablemente, el valor de los procedimientos se forja en la estrecha relación entre legalidad y legitimidad del estado de derecho, mediada por la autonomía moral de las personas como sujetos de derechos. A pesar de la imprecisión que aqueja al concepto, las formas relevantes del mismo se caracterizan por la existencia de bases normativas para alcanzar unos resultados, tanto unas como otros pueden tener la más diversa morfología y contenido, pero cualquiera que sea debe ocupar un lugar central la participación de las partes implicadas o afectadas.

Por ello, es relevante el procedimiento en general y el proceso judicial, en particular, desde el punto de vista de las garantías personales o de las partes. En este sentido no cabe duda del papel básico que el proceso puede desempeñar en términos de reconocimiento de capacidad a quienes están afectados por una decisión o son parte de la misma vinculada a la protección de la autonomía (Allan 1998; 479 y ss). De acuerdo con este principio una persona debería ser capaz de defender y promo-

ver sus propios intereses en el ejercicio de su propia responsabilidad (Galligan 1996; 141). Capacidad para participar en el proceso de toma de decisión, para comprender el *iter* y las razones del tratamiento recibido, para asumir su aceptación o para impugnarlo críticamente si puede ser considerado irrazonable o injusto. Capacidad, en definitiva, para vincular o proyectar la posición de los sujetos sobre la legitimidad del resultado.

Desde el punto de vista de la legitimidad de un sistema jurídico y de la configuración del proceso razonable en él<sup>6</sup>, nos cuestionamos o planteamos la valoración de los elementos integrantes de un proceso razonable. Una de las características que genera perplejidad del concepto de *proceso razonable* es la imbricación que expresa entre procedimientos y resultados, puesto que provee criterios para valorar la justicia de un procedimiento que, de alguna manera, parece ser una cuestión de resultados. La duda que genera en Resnick (1977; 208) es doble, aunque estrechamente relacionada. Primero, cuál es la relación entre seguir un procedimiento predeterminado y la justicia de sus resultados. Segundo, el valor moral del procedimiento mismo. La cuestión es qué papel cumplen las garantías personales, o algunas de ellas, en relación con el valor del proceso. Es decir, si lo que hace que el proceso no pueda entenderse como un elemento meramente instrumental está vinculado con la importancia o el peso de las garantías personales.

Podemos hablar de tres grandes posiciones a propósito del acceso a la justicia y, en sentido más amplio de la justicia procesal. En primer lugar, la tesis que atribuye a los procedimientos un valor intrínseco; en segundo término, la tesis que atribuye valor al resultado, y finalmente la tesis que considera que la justicia procesal se sustancia en una conjugación de ambos criterios. La justicia procesal es un tópico estrechamente unido al sentido del Estado de Derecho y parece pertinente interrogarse dónde reside exactamente su especial importancia (Allan 1998; 497).

## 2. EL VALOR INTRÍNSECO DEL PROCEDIMIENTO

Esta posición atribuye al procedimiento un valor intrínseco, por lo tanto no instrumental, directamente vinculado a la dignidad de los ciudadanos. Autores como Michelman o Mashaw son claros exponentes de la misma entre los constitucionalistas norteamericanos, donde esta tesis ha tenido mayor predicamento. El procedimiento justo nace o surge del principio básico del respeto a las personas o su dignidad. Los procedimientos jurídicos sirven directamente a ciertos intereses básicos, tales como la dignidad o la autonomía. La tesis se sustancia, sintéticamente, en proporcionar a las personas derechos procesales constitutivos del principio de respeto, independientemente de la justicia del resultado de la toma de decisiones y, por tanto, los valores procesales detentan una importancia propia e independiente del resultado (Mashaw 158-160). Esta perspectiva se apoya sobre la relación conceptual entre justicia procesal y la idea de dignidad humana —*Dignitary Theory*, como la denomina el propio autor—, al identificar las exigencias de un tratamiento o trato justo con el derecho (moral) de todo agente moral a ser tratado con igual dignidad y respeto.

El objetivo del Mashaw es articular la idea de dignidad humana, desde un compromiso con la teoría liberal-democrática, a través de una serie de valores fundamentales constitutivos del proceso, con más exactitud, de todo tipo de procesos<sup>7</sup>. Una “visión doctrinal coherente del debido proceso”, ensamblada por medio de un lenguaje sobre la dignidad humana más simbólico que formal o “científico”, con dos importantes proyecciones. De un lado, superar la antinomia que tiene lugar, en ocasiones, entre el principio de las mayorías y el valor de la dignidad humana. De otro, evitar la judicialización de todo tipo de procesos, entre otras razones, porque la práctica de la adjudicación a través del debido proceso ha dado lugar a una jurisprudencia muy voluminosa, pero que adolece de dos defectos generales; ser,

a la vez, “sobre invasiva” e “infraprotectora” (Carter 1986; 143).

El punto de partida es un argumento meramente intuitivo que avanza hacia conclusiones epistemológicamente un poco más complejas. Intuitivamente asumimos, en términos generales, —afirma Mashaw (1985; 162)— que las cuestiones procesales son independientes de los resultados o tienen poco que ver con ellos. Algo importante debe de tener el procedimiento como tal que permite distinguir entre perder un caso y ser tratados injustamente. La configuración borrosa de las características del proceso contiene un sentido de injusticia, cuando puede hablarse en términos de falta de respeto a la persona o cuando se pueden alegar razones por las cuales las personas no son tomados en serio<sup>8</sup>. Coincidiendo con ello, Tyler (1988) incide en este punto al afirmar que las normas y las expectativas relativas a los resultados deberían distinguirse de aquellas que conciernen a los procedimientos. Las cuestiones procedimentales deberían ser calibradas por su propio valor e independientemente de sus efectos sobre los resultados, porque los procedimientos expresan valores que son irreductibles a otros. Tyler considera, ejemplificativamente, partiendo de un amplio análisis, que las personas valoran: la expectativa de encontrarse con un funcionario o una autoridad neutral e imparcial, que esté motivado por la justicia, que actúe de acuerdo con las normas, porque todo ello es expresión de los valores que regulan las relaciones entre sujetos y autoridades.

El diseño de este conjunto de valores procesales capaces de mantener una adecuada concepción de la dignidad humana se sitúa en un contexto teórico atravesado por varios hilos conductores. Primero, se mueve en el ámbito de concepciones postpositivistas. Segundo, plantea la proyección de los valores a todos los procedimientos administrativos. Mashaw califica así la teoría dominante sobre el *due process* de instrumental y positivista (1985; 165). La corrección de un procedimiento, afirmaría esta tesis, viene determinada por su capacidad para una exacta determinación de los hechos y una aplicación adecuada de las normas ju-

rídicas sustantivas a los hechos probados. Las demandas a través de procesos de protección se convierten en pretensiones mediatas o instrumentales para facilitar la garantía de derechos sustantivos. Frente a ello y con el fin de responder también a las pretensiones relacionadas con derechos sociales dirigidas a la administración propone situar la dimensión procesal del debido proceso en el marco de los valores constitucionales básicos y los derechos a ellos vinculados (básicamente privacidad o intimidad, libertad de expresión, libertad religiosa) con la finalidad de elevar a categoría de derecho la dimensión procesal del debido proceso común a todos los procesos: judicial, administrativo y de participación en la formación de derechos. Argumenta Mashaw que los valores seleccionados constituyen el núcleo de las concepciones tradicionales de la democracia liberal. Allan (1998; 497) comparte la tesis central de que la definición judicial de la dignidad constitucionalmente significativa es la función nuclear del debido proceso de adjudicación; sin embargo destaca con fundamento que tal afirmación no permite dejar a un lado, como ocurre con esta argumentación, la cuestión de delinear un rol judicial adecuado a la determinación de los valores sustantivos en el proceso.

Por otra parte, a la hora de precisar el concepto de dignidad y los valores que ésta incorpora, centro de gravedad de esta posición, se captan ciertas ambigüedades. De un lado, sostiene que no se trata tanto de buscar valores intrínsecos o inherentes en los propios procesos, sino que considera más razonable interpretar la tesis central de su posición en relación a aquellos valores que se pueden considerar inherentes o intrínsecos a “nuestra común humanidad” (Mashaw 1998; 162, 169) valores tales como autonomía, auto-respeto o igualdad. Valores herederos de la tradición del derecho natural, tal y como lo asume el autor. De otro y creo que con mayor peso, afirma que el concepto de dignidad no responde a un modelo normativo abstracto y genérico, sino consistente con los derechos necesarios para mantener una democracia política liberal determinada,

coherente con la tradición constitucional y el principio de no dominación propio de la democracia liberal, de donde la dignidad se configura sobre todo como una definición política de la ciudadanía. Esta tesis es considerada por sus autores como suficiente para una articulación jurídica adecuada del debido proceso. Suficiente porque provee tanto las bases teóricas e históricas sobre la articulación de los valores del debido proceso, cuanto una metodología de la adjudicación que puede dar cuenta de las cuestiones cruciales de la legitimidad en el estado administrativo. El propósito de todo ello es especificar qué procesos definen a las personas como “dignificadas” o como agentes políticos y morales que se auto-respetan. Dado que los argumentos son sobre valores e ideales que un sistema constitucional debería afirmar, la comprobación o prueba sólo puede venir, a juicio de este autor, de la adecuación a la propia tradición constitucional particular. Los límites que puede comportar un esquema constitucional concreto se unen, además, a los obstáculos que puede encontrar la propia teoría y que el autor no evade. Entre ellos, es posible que, en el caso de que puedan determinarse con precisión un conjunto de valores plausibles, no puedan justificarse adecuadamente. Es posible también que, aunque pudiera ofrecerse de ellos una justificación coherente, su aplicación se encontrara con importantes escollos. La propuesta podría ser excesiva, si una matriz de valores robusta exige de los poderes públicos más de lo que puede admitir un mundo de recursos escasos. Pero también podría no ir suficientemente lejos si el conjunto de valores, aunque consistente constitucionalmente, diera lugar a una justiciabilidad anémica respecto a las posibilidades que puede desplegar un debido proceso desarrollado (1998; 167).

Afirmar, en definitiva, que el contenido de la dignidad humana coincide con el modelo político constitucional de ciudadanía, tiene una relación recursiva con el argumento, puesto de relieve, que atribuye al procedimiento de participación política ser el modelo procedimental y ser el modelo de valor intrínseco de los mismos<sup>9</sup>. En el procedimiento de par-

ticipación, señalan, la legitimidad de los resultados se encuentra, en la mayor parte de los casos, inextricablemente unida al procedimiento —el diálogo— que precede a la toma de decisiones. Un resultado justo es, entonces, aquel que ha sido acordado, dentro de límites razonables, en el marco de una discusión plena y franca. Estas condiciones deben reflejar el ideal de trato justo constituido por valores constitucionales y valores morales compartidos por parte de la comunidad política (Allan 1998; 510). En estas circunstancias, el proceso judicial podría configurarse analógicamente al de participación de los ciudadanos en el proceso político.

Existe una relación de continuidad, para los autores que comparen esta aproximación, entre el gobierno democrático y el procedimiento justo en general. En tanto hay bases morales para aceptar normas adoptadas por la mayoría de los ciudadanos de acuerdo con su convicción (cualquiera que sean sus motivaciones) sobre las exigencias del bien común, si en todo tipo de procesos a la parte afectada se le ha proporcionado una oportunidad real de influir en la mayoría —o en los funcionarios— a través de una libre expresión de su opinión en un foro apropiado. En todo caso, la participación individual en la práctica no plantea diferencias con el resultado; pero no es irrelevante si sus argumentos y opiniones han recibido un trato y un respeto debido, entre otras razones, por la importancia que esto tiene en las obligaciones jurídicas de los ciudadanos.

Esta toma de posición (Mashaw 1985; Michelman 1997; 126 y ss) sostiene que la existencia de los procedimientos justos encuentra su fundamento o justificación de modo primario en la protección que dispensa a los ciudadanos frente a la afectación de sus derechos e intereses por parte de los poderes públicos; protección que habrá de sustanciarse en aquella interpretación de las normas jurídicas que mejor se adecue a los valores morales que subyacen a ellas y les dan su fuerza y su significado. Todo ello lleva a afirmar que el ideal de procedimiento justo permite o favorece el debate moral sobre las exigencias de justicia

y del bien común, que debería caracterizar la esfera política, y que esto es extensible a aquellos procedimientos en los que finalmente se determina el tratamiento adecuado de los individuos (Allan 1998; 515). El valor del procedimiento justo consiste, en definitiva, en la combinación de nuestros compromisos con la justicia sustantiva y nuestra incertidumbre sobre su significado en las circunstancias de un caso particular. Una cuestión sobre la que la persona o personas más directamente afectadas pueden a menudo proporcionar información.

Partiendo de los presupuestos anteriores, Mashaw se refiere a dos tipos de valores: un primer grupo de valores fundamentales vinculados al proceso, “que emergen como núcleo de una aproximación *dignitary*: igualdad, implementado por el principio mayoritario, racionalidad y privacidad. Un segundo grupo comprende valores de tipo prudencial. Veamos algunos aspectos relativos al primer grupo

(i) A pesar de las ambigüedades del concepto de igualdad sobre todo en sus implicaciones procesales, Mashaw (1985; 180 y ss) sostiene que la exigencia de igual respeto e igual voz se encuentra asociada fuertemente a la regla de la mayoría. Asume el teorema conforme al cual, si se permite a toda persona participar en todas las decisiones bajo condiciones que aseguren que ninguna identidad ni las preferencias tienen status especiales y cada persona cuenta con una posibilidad o un voto igual, solo la regla de la mayoría puede emerger como criterio de decisión. Toda decisión judicial que impone procedimientos contrarios a aquellos a los que se llegó en el proceso político mayoritario conlleva un estigma antiigualitario incluso si esta intervención tiene lugar en el marco de premisas o acuerdos igualitarios. El principio de igual respeto no puede llevar a configurar un debido proceso constitucional que suplante las decisiones legislativas.

Con todo, el proceso de decisión adversarial no consiste en ejercer el voto, sino que la igualdad y el derecho a tener voz en ambos tienen condiciones y obstáculos adicionales. Proteger la igualdad de forma prudencial puede resultar complicado, entre otras razones, porque igual-

dad formal y material en ocasiones colisionan en el proceso. Puesto que se trata de que dos partes cuenten con igual voz, esto suele comportar la transformación de la igualdad formal, por ejemplo a través de la inversión total o parcial de la carga de la prueba, o el peso de las presunciones, o el aumento de costes de litigación para ciertas partes. La propia dinámica del proceso puede proporcionar ventajas y desventajas a ciertos tipos de demandantes. Si tenemos en cuenta las posibilidades de dominación en todos los tipos de procesos —legislativo, adjudicación, administrativo, investigación— es posible que la igualdad cuente con protección débil y la protección que merece el auto-respeto individual derivada del principio de igualdad ante la ley puede ser, de hecho modesta, pero irrenunciable.

(ii) Previsibilidad, transparencia y racionalidad (Mashaw 1985; 175). Estos valores tienen un aire de familia característicos del proceso y pueden realizar una contribución valiosa a todo proceso donde los participantes tienen sentido de auto-respeto. La confusión de los participantes es un sello de marca de un proceso decisorio que puede ser descrito como kafkiano. El proceso define implícitamente a los participantes como objetos, sujetos a una manipulación infinita por parte del sistema. Para evitar contribuir a este sentido de alienación, terror y odio, un proceso de decisión debe dar a los participantes información adecuada sobre las cuestiones a tratar y sobre cómo discurre o se desenvuelve el proceso. Finalmente debe proporcionar los elementos o las bases para valorar las cuestiones, las pruebas y el proceso que son significativos para la obtención de resultados. Estas razones son necesarias, tanto para compensar las promesas previas de racionalidad, como para proveer una guía para los planes futuros de la persona. En este último aspecto, las razones dadas confirman a los participantes, incluso en el caso de desacuerdos sobre aspectos sustantivos, como comprometidos en un proceso continuo de acción racional y autoestima o auto respeto.

(iii) Respecto al valor intimidad (*privacy*), intuimos, afirma Mashaw (1985; 180) que es

mejor un proceso que protege la intimidad que el que no lo hace. Esta exigencia forma parte de dos ámbitos de protección constitucional. Por un lado, protecciones específicas como la no incriminación o la limitación de indagaciones irrazonables. Por otro lado, forma parte de un esquema coherente de derechos sustantivos. Desde el punto de vista de los derechos, significa esencialmente el derecho a ser dejado en paz (*to be let alone*), ser respetado como un ser autónomo con pretensiones legítimas de mantener la independencia. Si bien, seguramente el deber de proteger la *privacy* entrará en conflicto, en ocasiones con valores como participación, la racionalidad e incluso igualdad.

La crítica más incisiva que ha recibido la posición que examinamos hace frente al argumento de que la aplicación correcta del derecho es un valor prudencial o derivado, respecto a un núcleo de valor cuya fundamentación, por otra parte, no es muy precisa. La explicación de la corrección como un medio prudencial de protección de la privacidad, la igualdad y la previsibilidad olvida o deja a un lado la vinculación o conexión entre corrección y tratamiento justo. Tratar a una persona de acuerdo con normas jurídicas predeterminadas es, a juicio de Galligan (1996; 77), defender expectativas normativas legítimas y, por tanto, es en sí mismo un elemento del tratamiento justo; afirmar que los derechos de una persona y otras expectativas normativas creadas por el derecho deben ser respetadas forma parte del respeto al titular del derecho. Es cierto que no es el único elemento ni es absoluto, pero es un ingrediente que no debería colisionar con otros valores como la privacidad. Valores que, sin duda, juegan un papel fundamental en la formación de las normas jurídicas.

La aplicación correcta del derecho siempre debe ser interpretada dentro de un esquema normativo orientado a asegurar el respeto a los derechos. Obviar, sin embargo, este extremo es olvidar una dimensión central. Quizá el objetivo del ataque sobre la corrección por parte de Mashaw iba dirigido a Bentham, puesto que para éste la rectitud de las decisiones es el primer objetivo de todo procedimiento jurídico

(Bentham 1823; 11-12). Si Bentham es el objetivo, el ataque ha fallado, porque Bentham elogió la virtud de la rectitud desde el punto de vista de la utilidad general; es decir, tenía en cuenta el bien social general, no el tratamiento justo de una persona individual. Lo que sirve al bien común y cómo los individuos deben ser tratados son cuestiones que se plantean en diferentes ámbitos del discurso.

En el debate sobre el valor del proceso se enfrentan dos tesis: aquella que entiende que el proceso tiene valor inherente en términos de respeto a las personas y que tiene un valor secundario si la adhesión a los valores del proceso alcanza o no un resultado correcto. La segunda se refiere al proceso como cauce o valor instrumental respecto a los resultados que se deben alcanzar. Las dos tesis extremas se mueven en planos no estrictamente homogéneos en tanto que se plantean dudas sobre las variables implicadas en ellas. Dudas que no siempre son resueltas con idénticos argumentos y respuestas. Así, la primera debilidad es el alcance de los valores implicados, si se trata de valores procesales que forman parte del proceso o si se trata también de valores externos al proceso, sean estos jurídicos y/o ideológicos. La segunda debilidad residen en la denotación del concepto de resultado. Este puede ser entendido de diversas formas: un resultado puede ser dirimir controversias de forma pacífica, lograr un resultado correcto, alcanzar objetivos sociales, lograr un tratamiento justo, adoptar una decisión de acuerdo con normas jurídicas sustantivas. Las tesis de Mashaw permiten, a juicio de L. Carter (1986; 145), dar lugar a varias visiones igualmente coherentes y, por otra parte, es posible argumentar a favor de la consideración de ciertos valores o garantías procesales como elementos de valor intrínseco, sin necesidad de tener que suscribir todos sus presupuestos.

### 3. EL VALOR INSTRUMENTAL DEL PROCEDIMIENTO

El proceso puede ser entendido con carácter instrumental en varios sentidos: (i) El proceso

es un medio a través de cual los órganos del Estado con potestad jurisdiccional cumplen la función que les viene atribuida constitucionalmente. Por lo tanto no tiene una función propia. (ii) El proceso es el instrumento con que cuentan todos los titulares del derecho a la tutela judicial para dotarla de efectividad. (iii) El proceso tiene valor instrumental porque está integrado por normas procesales o formales. Este planteamiento parte de la distinción entre normas sustantivas o materiales y normas procesales o formales, de modo que las formales califican de instrumentales tanto porque sirven como medio para la observancia de las primeras como porque no atribuyen de modo directo derechos subjetivos y obligaciones, al limitarse a regular el medio por el que se obtiene del Estado-Juez el cumplimiento de esos derechos y obligaciones. Así, la sustancia de una decisión se refiere al resultado buscado, mientras los procedimientos son escalones o pasos que conducen al resultado. Bentham distinguía ya entre derecho sustantivo y derecho adjetivo o procesal. El derecho sustantivo define el resultado al que se debe llegar y el derecho procesal los medios para alcanzarlo. Pero esta distinción ha ido perdiendo rigidez y hoy se habla más bien de grados de valores sustantivos o valores relacionados con resultados y valores procedimentales

La tesis de que el procedimiento tiene valor instrumental está representada básicamente por la posición de Galligan (1996; 55) que reacciona frente a argumentos sustantivos. Este autor tiene un concepto amplio de procedimiento, aunque se centra sobre el proceso judicial. Sustenta la idea de que los procedimientos son instrumentales y contingentes y que pueden servir a diversos fines, propósitos, por tanto no son justos o injustos en sí mismos. El instrumentalismo estricto o genuino entiende que la justificación de un procedimiento depende de la mayor o menor probabilidad de que a través de él se adopten decisiones justas. Para comprender el alcance de su argumento central conviene partir de su idea de “justicia procesal” en términos de la forma en la en un proceso justo se trata a las personas. Concepto

que, por una parte, relaciona procedimientos, normas jurídicas y tratamiento justo y, por otra parte, es acreedor de concepciones distintas sobre la justicia procesal; es decir, sobre qué normas, qué tratamiento y qué procedimiento se considera más adecuado.

La justicia está vinculada —en esta posición (1996; 52-57)— a un principio general según el cual una persona es tratada justamente, si es tratada de la forma adecuada en función de la pretensión o demanda justificada que tiene. Es decir, la justicia consiste en dar a una persona lo que le es debido o aquello a lo que tiene derecho. Tratar a una persona injustamente es, en cierto modo, rebajarla, negarle algo a lo que tiene derecho o que le es debido. Justicia en sentido amplio, aplicado a las relaciones entre personas, se refiere a lo que es debido dentro de una relación. Por lo tanto, las relaciones entre individuo y comunidad deberían ser reformuladas. El supuesto implícito consistente en tratar a las personas de acuerdo con el derecho es parte de un compromiso más amplio de tratarlos justamente, o al menos evitar la injusticia. El Derecho expresa así un compromiso con una serie de principios en el marco de los cuales se generan las expectativas sobre cómo se debe tratar a las personas<sup>10</sup>. El soporte básico del compromiso de tratar a las personas de acuerdo con el derecho, descansa en el principio de que las personas deben ser tratadas con consideración y respeto, como agentes morales autónomos y responsables. Se trata de un principio abstracto y dinámico que adopta formas y contenidos diversos en marcos institucionales y sociales concretos.

Esta posición asume una vinculación “modesta” entre las exigencias de la justicia procesal y el principio de dignidad. Galligan (1996; 76) parte de la tesis de que existen en nuestras sociedades algunas precomprensiones básicas sobre las relaciones entre la comunidad y cada uno de sus miembros, sobre el comportamiento de cada uno con respecto a los demás y sobre el trato debido. Especialmente aquellas precomprensiones o ideas relacionadas con los procesos políticos y en particular sobre cómo se deben producir las leyes. La primera idea

asumida es que la sociedad debe estar gobernada democráticamente, respetar ciertos derechos fundamentales y ciertos principios de tratamiento justo. La segunda precomprensión es que una vez se han elaborado las normas jurídicas en sentido amplio, cada persona será tratada de acuerdo con ellas. La tercera asunción de la comunidad hacia cada ciudadano es que ciertos valores importantes serán respetados en los procesos jurídicos, valores distintos a los valores sustantivos, vinculados a los resultados o de primer nivel. En línea de principio, una sociedad que trata a sus miembros de acuerdo con estos tres conjuntos de asunciones —continúa Galligan— trata a cada uno con dignidad y respeto. La realidad muestra, posteriormente, las distorsiones respecto a los ideales en diversos grados; por ejemplo, el funcionamiento de la democracia, la aplicación de las normas puede generar disputas genuinas, etc. Una sociedad, afirma Allan (1998; 498), que intenta realizar normas razonables, que provee recursos, instituciones y leyes, que respeta los valores básicos, es una sociedad que trata a sus miembros con dignidad y respeto. El compromiso de respeto a sus miembros comporta implícitamente los procedimientos necesarios para llevar esto a cabo. De ahí que Allan califique esta aproximación como “práctica y poderosa”. Su poder reside en mostrar que toda situación puede ser analizada a través de la identificación de los términos de un tratamiento justo y, por tanto, las bases de respeto. Su naturaleza práctica consiste en reconocer que los procedimientos son mecanismos costosos y necesitados de estar incardinados en objetos y valores que pueden ser identificados y justificados. Todo ello lleva a Allan a recomendar una aproximación instrumental en sentido amplio y flexible como una toma de posición práctica, robusta y con sentido común.

La idea es que las expectativas de los ciudadanos sobre cómo deben ser tratados se inspiran en un compendio de criterios normativos y valorativos que pueden ir más allá de los principios jurídicos establecidos, cuyas relaciones son complejas, abiertas y fluidas. La perspectiva instrumental (Galligan 1996; 41,

74-75, 82) asume que hablar de procedimientos, justicia procesal y debido proceso, supone, en un sentido, referirse a los valores que justifican estos procesos más que a las normas jurídicas que directamente los regulan. Pues bien, la tesis central del valor instrumental de la justicia procedimental afirma que los procedimientos deben estar diseñados y orientados a asegurar resultados correctos o apropiados. Esta función de los procedimientos jurídicos se desenvuelve en un marco de criterios y normas de tratamiento justo que incluyen valores. El objetivo primario de un proceso jurídico es la realización de estos valores y normas de acuerdo con su lugar en el sistema jurídico. Valores que se encuentran ordenados de acuerdo con una prelación. Algunos de estos valores están directamente relacionados con el resultado y otros son independientes de él<sup>11</sup>. Esta distinción, a pesar de ser central en el análisis de la justicia procedimental, sin embargo no es nítida.

Galligan se refiere a los valores que justifican el proceso agrupándolos en tres categorías por orden de prioridad.

(i) El primer conjunto de criterios o principios derivan de una fundamentación normativa, origen de valores específicos de cada forma de proceso, en términos de estándares y objetivos básicos del proceso penal, civil, administrativo, etc. En terminología jurídico continental, se trataría del derecho material o sustantivo. El principal valor del proceso y de todos los procedimientos es el principio de trato a las personas de acuerdo con normas pre-determinadas<sup>12</sup>.

Es difícil —señala Galligan (1996; 34)— encontrar una expresión que capte con precisión la naturaleza de las normas que integran este grupo, pero quizá podemos referirnos a ellas un poco torpemente como principios de primer orden relacionados con o basados en resultados. Este es uno de los puntos de mayor debilidad de esta tesis dado que parece considerar que todos los derechos sustantivos tienen una relación directa con los resultados, pero esto no queda suficientemente justificado, porque, entre otras razones, como señala

Allars (1997), no explica qué es un derecho de primer orden y, por otra parte, también hay valores procesales relacionados con los resultados. Hemos de pensar, en este sentido, que los criterios de trato justo reconocen derechos de primer orden en cada área del proceso; mientras que los derechos procesales son derechos a los procedimientos necesarios para realizar los derechos de primer orden.

(ii) Los valores o principios de segundo orden también se encuentran relacionados con resultados. Estos principios cualifican, modifican o modulan el alcance de los valores de primer orden. Galligan (1996; 37) los sitúa en segundo nivel por cuanto que aunque están relacionados con los resultados, lo están de un modo menos directo que en el primer caso. Se trata de valores procesales.

Son ejemplos: el principio de no discriminación, el principio de consistencia de la decisión; la posición del juez como tercero entre las partes; el principio de contradicción; las normas que establecen los criterios de aceptación de pruebas; las garantías de participación de todos quienes tienen intereses legítimos. En este último caso, por ejemplo, es más valiosa, desde el punto de vista de la justicia y la legitimidad, la participación que el resultado concreto, de acuerdo con la noción de justicia procesal pura rawlsiana.

Algunas reglas procesales estarán vinculadas a valores intermedios, tales como serían la presunción de inocencia, el derecho a guardar silencio, a un tribunal justo y a la defensa. El Derecho está repleto de valores intermedios como estos que pueden ser vistos como autónomos y relevantes en sí mismos; esto puede ser así, pero si preguntamos por qué estos valores son importantes y tratamos de rescatar una justificación, normalmente será más claro que ocupen un lugar intermedio en la realización de otro conjunto de valores más básicos. Algunos valores intermedios, el derecho a no declarar, por ejemplo, pueden ser complejos, formando parte de su justificación como instrumentos para resultados correctos y parte de otros valores tales como *privacy*. Sin embargo, el punto de interés es que la noción de debido

proceso o *procedural fairness* en su segunda y más amplia aceptación se refiere a un grupo o racimo de estos valores primarios e intermedios. Ahora bien, la cuestión sobre el lugar en el que esté incluido cada uno es una cuestión móvil.

(iii) El tercer peldaño o escalón de valores estaría integrado por principios y valores que actúan de modo independiente. Pueden actuar en distintas direcciones e incluso entrar en conflicto (Galligan 1996; 35). En este caso, hay principios que pueden tener mayor peso que la obtención de un resultado. Por ejemplo, la protección frente al abuso o frente a la violación de derechos, puede tener mayor peso que los bienes sociales que se alcanzan como consecuencia de una declaración de culpabilidad de un sujeto.

Galligan explicita como ejemplo de valor independiente la exigencia de que toda persona sea escuchada antes de adoptar una decisión sobre ella; puesto que toda persona tiene derecho a ser oída con independencia de los efectos que su intervención pueda tener en el resultado. Se trata, sin embargo, de un principio que comparte propiedades tanto con los valores relacionados con resultados como con los valores independientes. Aunque sobre ello volveremos por la importancia de este derecho en el contexto del acceso a la justicia.

El primer valor, desde el punto de vista de la persona sujeta a la decisión, es que el caso sea tratado sobre la base de criterios o normas establecidas previamente. Este principio provee certeza y estabilidad, y capacita a las personas para planificar sus acciones de acuerdo con unos esquemas normativos. El principio de trato a las personas de acuerdo con sus expectativas normativas está fundamentado en el trato justo y en la justicia procesal. El principal valor está a su vez suplementado por un abanico de otros valores. El objeto del procedimiento dentro de esta forma de proceso es asegurar que las normas jurídicas se aplican adecuadamente, respetándose a su vez otros valores; algo que se puede asegurar a través de formas procesales.

Por lo tanto, una de las cuestiones básicas afecta al diseño adecuado de procedimientos para este modelo de toma de decisión, y la segunda cuestión básica se centra en los resultados, en alcanzar un resultado correcto. El diseño de los procedimientos está afectado, por su parte, por la falta de certeza sobre qué debemos considerar como resultado correcto. Cuanto más exactos sean los procedimientos, es posible que sea menor el margen de error. El tipo de decisión, los derechos e intereses implicados, las consecuencias de los errores son todos ellos relevantes para la cuestión de la justicia procesal (Allars 1997).

El razonamiento a través del que se desenvuelven los dos ingredientes básicos de esta tesis; es decir, el diseño —en sentido abstracto y general— procedimental y la corrección del resultado; viene a matizar la tesis instrumental expuesta, al menos, en dos sentidos. Por un lado porque vincula el valor del procedimiento tanto a los valores que justifican los procedimientos como al resultado<sup>13</sup>. Por otro lado, porque considera que los procedimientos son, en parte instrumentales al modelo de trato justo y, en parte, autónomos e incluso, en cierto modo, algunos son necesarios (Galligan 1996; 62-65). Aun cuando reconoce, tal como se ha señalado, que ningún procedimiento o conjunto de ellos son necesarios, dado que las finalidades de los procedimientos pueden realizarse a través de muchas formas distintas. Partiendo, por tanto, de que el valor de cada uno depende de su contribución a los estándares del tratamiento justo, en este sentido todo procedimiento es instrumental<sup>14</sup>. Fortalece esta tesis al afirmar que las normas procesales —sobre la prueba, sobre la legitimación, sobre la defensa jurídica, etc.— son normas fijadas por el legislador y los tribunales como medios para conseguir resultados correctos, mientras respetan valores procesales. Lo que ocurre es que una vez está establecida la justificación de las mismos tiende a olvidarse y tienden a ser vistas como algo con un sentido completo. Sin embargo, su valor es aportar certeza y estabilidad, y ser medios efectivos para aplicar o ra-

tificar los principios de un tratamiento justo relevante para el proceso.

La idea de instrumentalidad se ha propuesto desde exigencias provenientes de la premisa fáctica y de la premisa normativa. A estos efectos, Alexander aborda el problema de la naturaleza de los derechos procesales como componentes de los derechos sustantivos, sin un status independiente. Parte de la tesis de que los derechos procesales, como el derecho a un juicio justo, el derecho a ser oído, el derecho de prueba más allá de toda duda razonable y el derecho a la defensa son parte de los derechos sustantivos caracterizados por proteger frente al riesgo a través de la adjudicación (Alexander 1998; 19-22).

En todo orden jurídico existen derechos sustantivos, tanto frente a la lesión intencional de nuestros intereses, cuanto frente a las acciones que puedan poner en riesgo a aquellos intereses. Cuando hay derechos que protegen frente al daño, se puede afirmar que el sujeto tiene derecho a que no se pongan en riesgo sin justificación intereses o valores de cierta magnitud. Es decir, que otros tienen deberes de no poner en riesgo los derechos de los demás y que, si amenazan con hacerlo, se pueden interponer inmunidades por parte del Derecho. En el contexto de los derechos procesales, esta tesis tiene una virtualidad distinta respecto a la premisa fáctica y en relación con la premisa normativa. En la dimensión fáctica la respuesta a las preguntas procede “oficialmente” a través del sistema jurídico. Se trata de respuestas que al final son autoritativas o últimas a efectos jurídicos; de forma que las respuestas son correctas incluso en el caso de pruebas que no lo son. Los derechos procesales son, en un sentido, secundarios respecto a los derechos sustantivos, porque son derechos sobre la determinación oficial de los hechos que guían la aplicación de los derechos sustantivos. Estos derechos, por ejemplo las normas sobre la prueba, serían innecesarios si la determinación oficial de los hechos fuera realizada por un ser infalible. Pero lo cierto es que los derechos y las reglas que regulan la prueba plantean riesgos; de ahí el principio de la racionalidad que subyace a mu-

chos de ellos es que la condena de una persona inocente es una lesión tan grave de sus derechos que el riesgo de que esto pueda ocurrir debe ser minimizado al máximo. En síntesis: la tesis de L. Alexander (1998; 24) atribuye a los derechos procesales el carácter de derechos sustantivos que tienen en cuenta la imposición de riesgos a través de la adjudicación.

Desde el punto de vista de la premisa normativa, Alexander considera muy positivo comprender la relación entre los derechos procesales y los derechos sustantivos. En su opinión, este enfoque contribuye a aproximarse adecuadamente al derecho al debido proceso que ha planteado tantas dudas al Tribunal Supremo. El Tribunal ha interpretado el contenido de la cláusula del debido proceso en términos de que ningún sujeto puede ser privado de sus derechos sin acudir ante un tribunal. Los derechos inicialmente protegidos son la vida, la libertad y/o la propiedad. Las dudas suscitadas ante el Tribunal cuestionan qué ocurre cuando se trata de otros derechos, incluidos derechos sociales o beneficios bienestarristas. El Tribunal se ha batido con esta cuestión durante décadas discutiendo, de un lado, el carácter opcional de estos últimos derechos por parte del poder público y, de otro, si los derechos procesales debían exigirse durante la tramitación y obtención de la resolución y posteriormente vía adjudicación<sup>15</sup>. El resultado es que el reconocimiento de derechos al bienestar requeriría procedimientos de adjudicación sólo si y hasta el punto que aquellos procedimientos estuvieran predeterminados. Alexander considera que esto es correcto sólo hasta cierto punto: los procedimientos a través de los que se asume administrar un bien o un derecho son parte de la sustancia de la norma que regula el derecho o el bien. No tiene sentido pensar el derecho creado por la norma que garantiza el acceso o la garantía de un bien como algo distinto o separado del procedimiento establecido para determinar los hechos materiales o los criterios de adjudicación. La constitución no impone, efectivamente, cómo se deber proveer un beneficio pero pone límites a cómo tiene que hacerse; por ejemplo a través de la cláusula

de igual protección. Por otro lado, Alexander reconoce que los procedimientos pueden modificar la sustancia, convirtiéndola en inconstitucional, incluso en el área de los beneficios constitucionalmente opcionales; pero ello es así porque, asegura, los derechos procesales constitucionales son parte y derivados de los derechos sustantivos constitucionales.

Con todo, para explicar por qué el procedimiento es justo, resulta preciso, a juicio de Galligan, contar con dos elementos: algunos valores —entre los que puede encontrarse la pretensión de corrección— así como los resultados<sup>16</sup>. Un buen test para valorar el procedimiento es preguntarse a qué valores sirve, puesto que es su vinculación significativa con estos lo que da la clave del tratamiento justo. Este trasfondo valorativo enmarca la idea de que “lo debido”, los derechos o la legitimidad para demandar lo que corresponde, surgen en un contexto normativo que hace nacer expectativas, la primera de ellas que el sujeto va a ser tratado de acuerdo con estas normas. En este sentido, los procedimientos tienen una dimensión instrumental respecto a los principios de trato justo y una dimensión autónoma o con valor intrínseco; por ello son considerados necesarios en algún contexto de toma de decisiones<sup>17</sup> cuya vulneración tiene consecuencias relevantes en la validez del proceso. Por ello Allars (1997) estima que, aunque Galligan tiene razón al criticar —frente a la tesis que subestima el valor instrumental de los procedimientos—, la importancia de asegurar resultados adecuados, existen algunos valores y principios de la justicia procedimental que pueden cumplir una función independiente. Es más, puede afirmarse que el diseño total de un proceso puede muy bien reflejar valores no instrumentales o de no menor importancia que aquellos que subrayan nuestro objetivo de corrección y fiabilidad; refiriéndose a estos efectos, en la exigencia de motivación de las decisiones.

Entre los argumentos más destacados en la defensa de una posición instrumental como la representada por Galligan, haré referencia a los siguientes:

En primer término, la consideración de que los procedimientos son instrumentales y contingentes en relación al objetivo de que una persona sea tratada de acuerdo con normas predeterminadas es consistente con la afirmación de que en ocasiones son expresión de valores intrínsecos. Galligan (1996; 71) considera implícita en esta afirmación la idea de que los procedimientos no son buenos ni justos ni justificables en sí mismos.

Segundo, en el diseño práctico de los procedimientos, algunos factores juegan un papel que influye en el proceso y hace más complejo que lo que la naturaleza contingente del proceso sugiere. Las razones son en parte prácticas, en parte epistemológicas y en parte afectan a la autoridad y la legitimidad que nace de tener confianza en los procedimientos y en los resultados de los procesos jurídicos.

Tercero: mientras los fines pueden ser realizados por normas generales procesales, la mezcla precisa de normas generales por una parte y juicios particulares en contextos específicos, por otra, depende mucho de factores prácticos relevantes en cada contexto. Por todo ello es difícil sostener la pretensión de que ciertos procedimientos son siempre necesarios para proveer el resultado correcto; escuchar a las partes, por ejemplo, normalmente es un elemento esencial porque las partes tienen información que de lo contrario no será accesible y su versión de los acontecimientos es importante para formarse una idea correcta de la situación. Pero ello no puede ser la base para formular una pretensión fuerte en el sentido de que escuchar a las partes es algo necesario. Puede decirse que es racional y defendible adoptar ciertos procedimientos sobre la base de que normalmente contribuyen a un mejor resultado.

Ahora bien, la tesis instrumental examinada también ve el procedimiento de participación como modelo o paradigma procedimental, asignando al procedimiento valor instrumental y también le ocurre como a las teorías instrumentales. Como pone de relieve Bayón (2004; 124), es un rasgo presente en las tesis instrumentales que en último término incorporan criterios que relacionan los proce-

dimientos con los resultados, transformando así su tesis central y aminorando su carácter genuino. Bayón (2004; 124-126) se detiene en el modelo instrumental representado por Dworkin (2003, 205 y ss). De acuerdo con el cual son dos los modos de concebir el ideal democrático: uno se centra en los resultados, en la decisión y en la estructura institucional que garantice la forma y el contenido de las decisiones —tratar a las personas con igual consideración y respeto—; otro centrado sobre los rasgos del procedimiento mismo, un procedimiento que garantice la distribución del poder político de un modo igual —algo que Dworkin considera un ideal ambiguo— y no sobre los resultados que previsiblemente se producirán.

Un planteamiento instrumentalista se vincula a los resultados de un procedimiento exclusivamente en términos de las decisiones que se adoptan a través de él y, en consecuencia, la justificación de un procedimiento depende de la mayor o menor probabilidad de que a través de él se adopten decisiones justas. Por lo tanto, desde estos presupuestos el derecho de participación en la toma de decisiones públicas en condiciones de igualdad no será un derecho sustantivo, sino instrumental. Esto es, tendrá valor en tanto que esa forma de tomar las decisiones públicas es la que con mayor probabilidad protege o realiza los derechos sustantivos. Este planteamiento, por otra parte, no atribuye suficiente entidad a las condiciones institucionales, las consecuencias indeseadas y otros factores relevantes del propio procedimiento. Por ello, un instrumentalismo que relacione de forma no contingente en todos los casos procedimiento y resultados; en definitiva, que amplíe el concepto de resultados es, como lo califica Bayón (2004; 122 y 127), un “instrumentalismo ensanchado”, posición en la que habitualmente termina el instrumentalismo genuino.

Una posición como ésta se mueve entre dos ideas básicas (Galligan 1996; 155-6): de un lado considera que no se debe minusvalorar el papel instrumental de los procedimientos, dado que la aplicación correcta de estándares

es un aspecto importante de lo que significa tratar a todo sujeto con respeto. De otro lado, sustenta la tesis de que la conexión entre procedimientos y resultados “es poderosa y convincente”. La analogía amplia entre juicio justo, procedimientos administrativos y jurídicos y participación política, pone de relieve ambos extremos. Afirmando así que de la misma forma que la participación democrática no puede garantizar la aprobación de buenas leyes, el juicio justo no siempre puede asegurar la aplicación correcta de estándares jurídicos autoritativos. Precisamente, los interrogantes que pueden plantearse respecto a la legitimidad de las decisiones democráticas surgen y se resuelven apelando a una combinación adecuada de elementos sustantivos y procedimentales de la misma (Martí, 2008; 133-6). En cada caso, sin embargo, reflexiona Galligan, el proceso recurre a principios o razones básicas para aceptar el resultado, incluso cuando éste es injusto. No se trata únicamente de la imperfección inherente a los procedimientos o la imposibilidad de garantizar siempre un resultado correcto; sino que se trata de algo de mayor calado, como es que el resultado es en sí mismo habitualmente una cuestión controvertida. Pueden darse distintos puntos de vista razonables sobre la justicia de las normas jurídicas y lo adecuado de su aplicación a un caso particular. En este sentido, el procedimiento es valioso si como tal permite una participación genuina sobre las normas, en el sentido de que las cuestiones de justicia pueden ser planteadas y debatidas y toda norma está abierta al acuerdo y a su posible modificación; si esto es así, las personas son tratadas con el respeto que su dignidad merece.

Sin embargo, en este caso, la analogía entre procedimientos y participación presenta ciertas debilidades, más allá de señalar genéricamente el valor de los procedimientos en tanto que expresan el compromiso de la sociedad con el principio de igual consideración y respeto. Inicialmente coincidiría con las teorías de la democracia que inciden en que son los procedimientos de participación los que producen resultados correctos; bien porque son

componentes esenciales y no contingentes de los resultados; bien porque no existen criterios objetivos de determinación de un resultado correcto, aunque se puede hablar de resultados legítimos como consecuencia de concretos procedimientos. Allars (1997) sitúa la debilidad de la posición de Galligan en este punto porque no existe una base empírica que pruebe el vínculo o la relación entre participación y respeto por las personas; que queda patente en la falta de atención a la literatura sobre el proceso deliberativo del republicanismo cívico o del feminismo en el proceso de toma de decisiones democráticas. Evidentemente, Galligan se sitúa entre aquellos que afirman que el procedimiento y la fundamentación de las decisiones gira en torno a un conjunto de principios y valores públicos estructurados y no a la dimensión deliberativa del proceso. Scanlon (1997; 97), por su parte, apunta otra insuficiencia en esta analogía cuando explica que la idea de un derecho al debido proceso es mucho más amplia en su aplicación que aquella que se refiere al derecho de participación o de representación; implica el reconocimiento de aquellos sujetos cuya posición está legitimada para pedir justificación por las decisiones y para la protección frente a un uso injustificado, pero no necesariamente legitimada para compartir la toma de decisiones que les afecten.

El procedimentalismo del que habla Galligan (1996; 29) se desenvuelve principalmente en contextos complejos, grupos, intereses y organizaciones que deben reducir y simplificar sus necesidades y demandas a través de la coordinación entre ellos y alcanzar soluciones coherentes a los problemas. Para alcanzar estos fines, es necesario estructurar procedimientos cuidadosamente. El principio común que subyace a ello es que la participación capacita a las partes para llegar a la noción de bien común; una noción que responde a los intereses privados e individuales, pero que va más allá de ellos. La participación es entonces no un instrumento que lleva a unos resultados, sino más bien a través de la participación: los sujetos —las partes— son capaces de ver más allá de sus propios intereses en orden a alcanzar el

bien común. Sin embargo, y esta es la tesis de Galligan, con ciertos matices, el procedimiento a través de la participación, como elemento esencial, que no precisa normas predeterminadas, no es un procedimiento separado y distinto al resto de procedimientos. Todos forman parte o son formas de procesos jurídicos que alcanzan decisiones jurídicas de diversas formas.

La consideración del proceso en clave meramente instrumental, como una suerte de cauce inerte por el que discurre el derecho verdadero o propio, forma parte de una concepción tradicional del proceso. Andrés Ibáñez (1999; 47) señala, en este sentido, que la dimensión instrumental, la dimensión del proceso que sirve para llegar a la toma de decisiones en las que toman cuerpo los derechos sustantivos está estrechamente vinculada con el modo de operar jurisdiccional concreto. La calidad del trato que en él reciben las pretensiones y los derechos materiales objeto de debate es constitutiva del proceso. “La forma condiciona cuando no predetermina aspectos esenciales del fondo, sobre todo en ausencia de determinadas exigencias”. Especialmente en el proceso penal de inspiración inquisitiva, “el instrumento se carga de implicaciones materiales convirtiéndose él mismo en una contradictoria especie de medio-fin, que anticipa desde el inicio consecuencias penalizadoras de carácter irreversible”. La relación instrumental con respecto al derecho material ha sido subrayada tradicionalmente por modelos históricos proclamados neutrales, fríos y asépticos. Cuando *más ofensivo* es el proceso en la práctica, mayor ha sido el énfasis en la adjetividad de su carácter. Frente a ello, la asunción de la no indiferencia de los instrumentos procesales y la apuesta por su fuerte conexión a un sistema de principios jurídicamente articulado, es lo que ha abierto la puerta a la posibilidad de reducir la significación penalizadora de aquéllos. Esta valoración está relacionada con las garantías del proceso.

#### 4. EL CARÁCTER COMPLEJO DEL PROCESO

La tercera posibilidad afirma que la justificación de un diseño institucional reside en un balance entre su valor intrínseco y su valor instrumental, que depende o está relacionado con las circunstancias específicas de la comunidad política (Bayón 2004; 106). Esta perspectiva coincide sustancialmente con la tesis de Rawls; si bien, como se ha puesto de relieve en numerosas ocasiones, precisamos contar con un criterio independiente para resolver la ponderación y esta es una cuestión que creo debe encontrar una respuesta también en el ámbito de los resultados.

Para Rawls (1971; 85-87), como es sabido, todo diseño institucional es un esquema de justicia procesal imperfecta. En *A Theory of Justice* propone su conocida distinción de tipos de justicia procesal con el fin de evaluar las instituciones y superar las limitaciones de un concepto de justicia formal. Define tres tipos fundamentales de justicia procesal en términos de la forma en la que se emplea el criterio de un resultado justo: justicia procesal pura, perfecta e imperfecta (Rawls 1993; 72-3).

En el caso de la justicia procesal pura, se considera justo un resultado por haber seguido un determinado procedimiento y, en este caso, no disponemos de criterio alguno independiente para juzgar la justicia del resultado. El resultado de un juego de azar es justo si se han seguido las reglas que señalan el procedimiento del juego seguramente porque en este caso no necesitamos un criterio independiente porque las reglas son constitutivas. Únicamente contamos con las reglas procesales —afirma Moreso (2000a; 29-30)— para evaluar la justicia del resultado. Los principios de justicia elegidos en la posición original son asimismo un caso de justicia procesal pura; se trata de principios adecuados, porque son los que elegiríamos si siguiéramos las reglas que configuran la posición original conceptualmente unida a la autonomía racional de quienes participan en ella (Rawls 1993; 72). Cabe sin embargo plantear algunas dudas relativas a esta interpretación,

porque en el caso de la formación de los principios de justicia está fijado el procedimiento y está predeterminado un principio normativo: las personas se conciben como libres e iguales en virtud de dos facultades de la personalidad moral, la capacidad para una concepción del bien y la capacidad para un sentido de la justicia<sup>18</sup>.

En el supuesto de justicia procesal perfecta, en cambio, disponemos de un criterio previo e independiente de lo que es justo, y el procedimiento es diseñado para asegurar que el resultado satisface tal criterio. El ejemplo de Rawls es la división de una tarta, si aceptamos que el resultado justo es que cada uno tenga una porción igual. El procedimiento consiste en que alguien corta la tarta en partes iguales y se queda la última porción.

La justicia procesal imperfecta también dispone de un criterio independiente para evaluar la justicia del resultado; pero no es posible establecer un procedimiento que asegure el logro de resultados en todos los casos. Rawls (1971; 85) ilustra este supuesto a través del proceso penal. El resultado reside en que un sujeto sea declarado culpable si y sólo si efectivamente ha cometido el delito por el que se le juzga. Sin embargo no siempre es posible diseñar un procedimiento que garantice este resultado.

Ahora bien, es posible cuestionar si, tanto desde el punto de vista del procedimiento como participación, cuanto en relación al proceso judicial, realmente nos encontramos exactamente ante un caso de justicia procesal pura y de justicia procesal imperfecta.

Atendamos primero a los argumentos relativos al procedimiento de participación. De acuerdo con Rawls (1971; 221), la justicia de un diseño institucional tiene dos componentes: ser “un procedimiento justo que satisfaga las exigencias de igual libertad” y ser el procedimiento que haga más probable que se alcancen resultados justos. Considerando central el principio de la mayoría. Como señala Moreso (2000a; 31), entre las exigencias de igual libertad se encuentran también el aseguramiento de un *status* común de igual ciudadanía; es de-

cir, el principio de libertad política como igual participación. Lo importante a nuestros efectos, es que esta libertad no es sólo un medio, sino que es un componente moral de la vida cívica, puesto que supone la determinación de las condiciones sociales básicas. Es decir, como afirma Bayón (2004; 106), un procedimiento que respete el principio de igual participación es intrínsecamente valioso.

Rawls (2006, 414-15) sostiene que la puesta en práctica de principio de justicia requiere la adopción de una serie de puntos de partida definidos en la cuarta etapa o paso. Imagina una secuencia de cuatro etapas en el establecimiento de las cuestiones de justicia por parte de seres racionales (Moreso 2000a; 32-33). La primera etapa consiste en la posición original en la que se eligen los primeros principios de justicia. La segunda etapa estipula las normas constitucionales que aseguran el principio de igual libertad para todos. La tercera tiene como objetivo establecer las reglas legislativas de acuerdo con los principios de justicia, respetando los derechos establecidos en la segunda etapa y el principio de la diferencia. La cuarta etapa consiste en la aplicación de las reglas generales a los casos individuales por parte de los tribunales.

Desde el punto de vista del proceso judicial como supuesto de justicia procedimental imperfecta, es comprensible que el derecho individual a un proceso razonable pueda dar lugar a resultado injusto; puesto que no es una institución de justicia procesal perfecta. Nos encontramos con dos variables o incógnitas. De un lado la pretensión —afirma D. Resnick (1977; 210)— de que el criterio de un resultado correcto o justo es independiente de la aplicación del procedimiento mismo, lo que le permite distinguir radicalmente de la justicia procedimental pura. Damaska (2000; 258) apunta que allí donde existe un criterio sustantivo independiente acerca de lo que debe ser un resultado adecuado, algo característico del proceso en los modelos de estado social, no puede haber una “justicia procesal perfecta” rawlsiana que por definición se basa en procedimiento que lleva a un resultado anhelado.

De otro lado, el significado de la categoría “resultado”.

En el caso del procedimiento judicial Rawls habla de “*natural justice*” como guía o líneas maestras dirigidas a preservar la integridad del proceso. Esto significa que un proceso judicial pautado de acuerdo con los criterios de la “*natural justice*” tendría las virtudes de la imparcialidad y regularidad, adecuándose a los requisitos de la justicia formal. Pero los criterios de justicia formal no son los únicos que se aplican al proceso judicial. En la medida en que contemos con un criterio independiente del resultado, podemos explicar porqué un resultado que satisface todos los criterios de justicia formal no es necesariamente justo. Es perfectamente aceptable cuestionarse si los resultados particulares de un proceso judicial son justos; un resultado imparcial no es lo mismo que un resultado correcto. Por otra parte, contar con un criterio independiente para los resultados justos permite que un resultado justo pueda ser alcanzado por medio de un procedimiento que viole el debido proceso. También cabe la alternativa opuesta: considerar que el resultado es injusto porque no ha sido alcanzado por medio del debido proceso.

El debido proceso, afirma Resnick (1977; 210), es una condición necesaria pero no suficiente del tratamiento justo. La necesidad de justificación (en caso de limitación de los derechos, ésta ha de ser justificada) contribuye a explicar por qué el debido proceso requiere un procedimiento que combina aspectos tanto de justicia procedimental pura como justicia procedimental imperfecta: un procedimiento provee una justificación o una buena razón para valorar que un tratamiento particular es justo si y sólo si realmente se cumple de terminada manera. Podríamos decir que cualquier tratamiento que debería ser correcto de acuerdo con un criterio independiente de valoración del resultado, es de hecho injusto si se produce sin seguir un adecuado proceso judicial. Por lo tanto, tiene dos funciones o vectores, como institución o sistema de normas expresa principios de justicia formal en tanto que aplicación imparcial y regular de esas reglas.

Como vector justificativo, provee razones para considerar que las reglas han sido aplicadas correctamente.

De todo ello concluye Resnick (1977; 19) una justificación moral del proceso que involucra tanto el procedimiento como el resultado. Respecto a este último, la justificación moral se centra en su capacidad para minimizar el número de tratamientos injustos. Los ingredientes o exigencias derivadas del debido proceso del que es depositario el proceso judicial razonable satisface dos funciones moralmente valiosas: en términos de probabilidades subjetivas, maximiza los resultados correctos y minimiza los errores. Respecto al primero, se plantea la justicia del procedimiento en sí mismo considerado. El proceso exige el cumplimiento de los fines del sistema jurídico, las prácticas procesales propias del proceso judicial y además otros valores propios que previenen de las prácticas invasoras de los agentes del estado. Las prácticas procesales injustas son aquellas que tienen consecuencias moralmente indeseables; la justificación las excluye de todo procedimiento justo con independencia de sus efectos y resultados.

Para un planteamiento rawlsiano, por tanto, hay dos dimensiones relevantes para la evaluación de un procedimiento —la calidad de los resultados que es probable que produzca y la calidad del modo en que se decide— y estas dos dimensiones son irreductibles. Rawls sostiene, en consecuencia, que la justificación de un diseño institucional depende de un balance entre su valor intrínseco y su valor instrumental; sin embargo no proporciona un criterio para dirimir el balance, probablemente porque, como señala Bayón (2004; 109), debería incorporar un cuarto modelo o principio de justicia donde se encontrarían las exigencias o diseños institucionales, los criterios independientes del procedimiento para evaluar los resultados del procedimiento.

La cuestión es si es posible un esquema teórico de justicia procesal pura que no implique ninguna consideración valorativa independiente del procedimiento; es decir, los valores a perseguir o “cuál es la vida más preferible”. Como

advierde Hierro (2002; 32), las teorías procedimentales de la justicia son teorías incompletas en dos sentidos: primero porque exigen o implican tácitamente un fundamento valorativo externo a la propia teoría procedimental, normalmente el valor de la imparcialidad; es decir, que los principios de justicia derivan de un acuerdo razonable, limpio o imparcial. La imparcialidad, por otra parte, como afirma este autor, no es independiente de cualquier concepción del bien y por ello Rawls (1993; 15-19) mismo reconoce que las condiciones de la posición original representan la igualdad entre los seres humanos como personas morales. Segundo, porque sólo ofrecen una justificación de las condiciones básicas para tomar decisiones, pero dejan indeterminados cuales sean los criterios para evaluar moralmente tales decisiones; por tanto resulta indeterminado qué es un resultado correcto.

En el ámbito del procedimiento, hay que relacionar tres aspectos: uno procedimental y otro material y la relación de ambos con el resultado. Alexy (1993; 472) interpreta como insuficiente la reducción de este análisis a las dos respuestas dicotómicas. De acuerdo con la primera, la corrección del resultado depende exclusivamente del procedimiento y, en virtud de la segunda, existen pautas de corrección independientes del procedimiento. El procedimiento es un medio para lograr esta corrección en la mayor medida posible, como así también para llenar los campos de acción que dejan libres estas pautas. Sin embargo, el autor agrega otro elemento central para lo que denomina “teoría procedimental general”; esto es, la relación entre procedimientos jurídicos y derechos fundamentales (Alexy 1989; 178). Sólo la segunda respuesta hace justicia a la idea de los derechos fundamentales. En algunos aspectos decisivos, los derechos fundamentales son no-procedimentales. Esto muestra su relación con el procedimiento legislativo democrático. Los derechos fundamentales aseguran la participación directa e indirecta en el procedimiento democrático. En esta medida son procedimentales; pero, por otra, al imponer límites materiales a este procedi-

miento, son no-procedimentales. La idea de que las exigencias jurídicas fundamentales del procedimiento no pueden sustituir las exigencias jurídicas del resultado vale para todos los procedimientos jurídicos. Primero porque las reglas procedimentales no garantizan ningún consenso de todos los participantes; segundo, no asegura que las autoridades después de la realización del procedimiento adopten siempre el resultado correcto. Sin embargo, aunque el procedimiento no garantice la corrección de un resultado conforme al derecho fundamental, aumenta la probabilidad de un resultado conforme al derecho fundamental, aunque eso no supone renunciar al examen judicial de la conciliación material de los resultados con las normas fundamentales.

La tesis de Alexy (1993; 473-4) puede sintetizarse en la exigencia de un modelo dual que reúna la dimensión material y procedimental y garantice el primado del aspecto material. El hecho de que en el ámbito de los derechos fundamentales las normas procedimentales no puedan proporcionar todo no significa que deban ser subestimadas. Allí donde pueden aumentar la protección de derechos fundamentales constituyen una exigencia *prima facie* derivada de principios fundamentales, y en tanto no primen principios opuestos existe un derecho definitivo a su vigencia. No se puede perder de vista, desde esta perspectiva, que el proceso tiene dos vertientes, pues si de un lado es el cauce por medio del cual los órganos jurisdiccionales adoptan decisiones aplicando el derecho, de otro, es el cauce a través del cual las personas alcanzan la tutela, la protección judicial o la realización de sus derechos.

Tiene sentido, en consecuencia, plantear el valor del proceso a partir de tres elementos básicos: el procedimiento, el resultado y los criterios de valor que permiten calibrar el balance entre los dos primeros elementos. El proceso tiene una impronta instrumental intensa, no sólo relativa al resultado, sino instrumental en sentido institucional, tanto en el diseño del modelo de estado de Derecho y, en concreto, la función de la jurisdicción en él, puesto que es su instrumento central; sino también es el

medio más importante con que cuentan las personas para conseguir la protección de sus derechos y ser tratadas con justicia.

La justicia consiste en dar a una persona lo que le es debido o aquello a lo que tiene derecho. Como ha subrayado Galligan (1996; 52, 57), el supuesto implícito consistente en tratar a las personas de acuerdo con el derecho es parte de un compromiso más amplio de tratarlos justamente, o al menos evitar la injusticia. El Derecho expresa así un compromiso con una serie de principios en el marco de los cuales se generan las expectativas sobre cómo se debe tratar a las personas. El soporte básico del compromiso de tratar a las personas de acuerdo con el derecho, descansa en el principio de que las personas deben ser tratadas con consideración y respeto, como agentes morales autónomos y responsables. Se trata de un principio abstracto y dinámico que adopta formas y contenidos diversos en marcos institucionales y sociales concretos.

A la hora de configurar los procesos en concreto, en el marco de una cultura jurídica determinada, el legislador no es enteramente libre. El valor instrumental del proceso no es análogo a neutralidad valorativa. El proceso está integrado por normas que se orientan a la preservación de valores y principios de distinto orden, unos constitutivos o con valor intrínseco, cuya ausencia tiene efectos sobre la propia validez del proceso. Asimismo está vinculado a principios y valores que no forman parte del proceso, pero que le dan sentido y lo justifican en el contexto de los principios básicos de un sistema jurídico y en el marco de una concepción de la justicia. Existen así tres círculos concéntricos de principios (Galligan 1996; 284). El del centro, el más pequeño, integra aquellos principios sin los cuales el proceso no es tal, estando incluso por encima del legislador constituyente; el segundo círculo sería el de las garantías constitucionales: aquellas que se considera que deben tener un reconocimiento y protección de esta índole, por participar de los valores políticos de la sociedad; el círculo mayor sería la regulación concreta de los procesos a través de la ley ordinaria. Las normas

que regulan el proceso, especialmente las restrictivas o limitativas de diversos ámbitos del mismo, se orienten a la preservación de valores jurídicos que se consideran importantes. De esta vinculación, Gascón (2005; 75) extrae dos ideas básicas. De un lado, el tipo de relación que media entre los valores y las normas del proceso, por cuanto que garantizar dichos valores no es sólo el sentido de la norma, sino también su justificación. De otro lado, la aceptación generalizada de tales valores; pues aun cuando su regulación concreta esté ligada a un ordenamiento jurídico determinado, su nivel justificatorio, es decir, los valores a los que van dirigidas las normas son comunes a ordenamientos que se inspiran en una misma cultura jurídica.

El proceso tiene una finalidad práctica, esto es, se encamina a resolver un conflicto mediante la aplicación de normas jurídicas. Todo el proceso se desenvuelve en un marco institucional y está orientado a la realización de unos valores. Estos valores envuelven el razonamiento jurídico tanto respecto a la premisa normativa cuanto a la premisa fáctica. Así, la finalidad central del conocimiento y fijación judicial de los hechos, como advierte M Gascón (1999; 118-20), es la formulación de enunciados fácticos verdaderos, esto es averiguar la verdad. Este no es, sin embargo, el único valor que debe perseguirse, pues la averiguación de la verdad debe tener lugar a través del cumplimiento de otros valores. La determinación de los enunciados fácticos se desenvuelve a través de las “garantías epistemológicas” (2005; 75) o reglas orientadas a la averiguación de la verdad, y a través de otros valores que pueden limitar el conocimiento de la verdad; todo ello en un marco institucional que limita en diversos sentidos el conocimiento, por ejemplo las reglas de limitación temporal, cosa juzgada, las presunciones en general (Gascón 1999, cap 3). Valores que esta autora considera de dos tipos: un valor *práctico* y una serie de valores que en sentido amplio pueden denominarse *ideológicos*.

El valor práctico del proceso, continúa la autora, es indudable, puesto que la finalidad

primaria del mismo es la resolución de un conflicto a través de la aplicación de normas jurídicas preexistentes; para lo que debe tener un conocimiento cierto en un plazo razonable de tiempo. En segundo término, al hablar de valores *ideológicos*, se refiere a valores extraprocesales, pero que se considera que son importantes (el interés público, la privacidad de ciertas relaciones, la dignidad humana, los derechos fundamentales). La mayoría de ellos son limitaciones o prohibiciones relativas a las pruebas que limitan el uso de ciertas fuentes o excluyen otras. Por tanto, el sistema jurídico desarrolla una serie de normas dirigidas a proteger estos valores y con ello establece limitaciones a las exigencias procesales de averiguación de la verdad. Son normas de este tipo, por ejemplo, la prohibición de utilizar ciertos documentos calificados como secreto de estado, las que dispensan del deber de declarar por razones de parentesco, las que limitan la declaración para proteger las relaciones abogado-cliente o la prohibición de admitir y valorar la prueba ilícita.

El papel, valoración y densidad de las garantías procesales está estrechamente relacionado con la concepción instrumental o sustantiva del proceso. El carácter instrumental del mismo tradicionalmente ha sido calificado como meramente adjetivo respecto al derecho sustantivo. Por el contrario, la valoración de la integración o conexión entre el proceso y algunos principios jurídicos básicos se produce a través de las garantías del proceso. La concepción también tradicional de las garantías ha sido, como subraya Andrés Ibáñez (1999; 48), sumamente reductiva, básicamente interna y limitada al proceso mismo. Las garantías son entendidas como un dispositivo interno al proceso, un elemento subalterno. Es decir, las garantías formarían parte de la constelación adjetiva del proceso con una relación “externa y episódica con lo *sustantivo*”.

Las garantías salen, como advierte Andrés Ibáñez (1999; 51), de la situación de confinamiento en un segmento marginal y subsidiario de la aplicación del Derecho para situarse en un espacio central de éste. Sin duda la teoría

desarrollada en el marco del *due process* por parte del Tribunal Supremo norteamericano ha sido fundamental en este avance. Las garantías no son solo ni fundamentalmente epistemológicas, sino también conceptuales; su función central precisamente es constituirse en límites y fronteras conceptuales del proceso y de los derechos, dado que el fundamento del proceso en el marco del estado de derecho centralmente sustantivo y no tanto epistemológico (Vives 2007). La dogmática del proceso está constituida y preordenada a la realización y tutela de los derechos fundamentales y el Derecho en general y el proceso penal también debe ser así, obviamente; de ahí la importancia de reconocer que en éste, el derecho penal sustantivo, solo es en realidad una pequeña parte del proceso, mientras que el mayor espacio está ocupado por las garantías. Todas ellas vinculadas de una forma u otra al principio rector del proceso penal en el estado de derecho, la clave de bóveda del sistema de garantías penales que no es otro que el principio de presunción de inocencia (Vives 2007).

En el proceso, la cuestión de las garantías se manifiesta en diversos planos. Presupone un nivel de garantías de carácter orgánico que tienen carácter de precondition de las propiamente procesales. La naturaleza verdaderamente jurisdiccional del juez dependerá de que el mismo se produzca en el marco y en la rigurosa observancia de las segundas. Las garantías orgánicas se orientan a la institucionalización de un modelo de juez independiente e imparcial. Por su parte, entre las garantías procesales, destacan las que en conjunto forman parte de lo que se denomina “derecho de acceso a la jurisdicción o a la tutela judicial efectiva”. Derecho configurado como fundamental por derivación, en la medida en que representa una garantía *sine qua non* de los derechos fundamentales. La efectividad del derecho a la tutela judicial, que es la libertad cívica de dirigirse a la jurisdicción, requiere un *prius* material y lógico de su satisfacción, un hacer positivo del Estado mediante la predisposición y puesta en servicio de una organización judicial eficaz.

Por otro lado, las garantías deben operar tanto en la puesta en marcha del proceso como dentro de éste y están orientadas, en todo caso, a la protección de las personas y sus derechos fundamentales. Ferrajoli (1995; 34) sitúa a las garantías como esquema epistemológico orientado a garantizar el grado máximo de racionalidad y fiabilidad del proceso. Las garantías se distinguen entre las garantías primarias o epistemológicas que comprenden la formulación de la acusación, la carga de la prueba y el derecho de defensa. Y las garantías secundarias, entre las que se encuentran las siguientes: publicidad, oralidad (inmediación y concentración), legalidad del proceso (nulidad) y motivación. Las segundas son condición de posibilidad de las primeras (1995; 606).

Debo hacer una referencia, aun cuando sea somera, al resultado del proceso. Estipula Allan (1998; 514) que los derechos morales de una persona le atribuyen un título para ser tratada justamente, tanto en el contenido de las normas jurídicas sustantivas como procesales, en virtud de la importancia de asegurar una aplicación justa y correcta de normas y principios. Pero nadie puede tener un derecho a un procedimiento perfecto: no existe un derecho moral a una aplicación correcta de las normas jurídicas; sólo los procedimientos que reflejan adecuadamente el peso de la injusticia implican una decisión equivocada o incorrecta. En ocasiones, puede darse incluso un derecho frente a una aplicación correcta de los estándares jurídicos, allí donde las reglas son injustas u opresivas.

Los autores más cercanos a las tesis instrumentalistas, incluso a versiones extensas del instrumentalismo, se refieren a los resultados de un procedimiento en términos exclusivamente de las decisiones que se adoptan a través de él. En este contexto separan y distinguen entre valores sustantivos y procesales que el derecho reconoce y otros que, no formando parte del derecho válido, podrían ser aplicables al razonamiento jurídico en los casos discretivos a través no de criterios de validez sino de aplicabilidad. El desacuerdo sobre si estos valores deben aplicarse a los procesos jurídicos,

sobre cuáles exactamente son los criterios de tratamiento justo en un contexto dado, plantea problemas prácticos sobre el diseño de las instituciones jurídicas, pero no un desacuerdo teórico sobre el lugar de los valores procesales autónomos.

Una tesis instrumental afirmará que los procedimientos son medios para realizar ciertos resultados; este es su propósito y su racionalidad y la base sobre la que deben ser juzgados. En este sentido, se afirma que el objeto primario del proceso jurídico, cualquiera que sea la forma que tenga, es realizar o alcanzar la justicia entre partes (Thibaut y Walter 1975). Esta postura estima que la justicia entre partes es una cuestión de resultados sustantivos, mientras que los aspectos procesales de la justicia están relacionados con el grado en el que cada parte tiene capacidad de control del proceso de decisión. Ninguna parte puede controlar directamente o dictar el resultado, pues este está en manos del decisor. Sin embargo, el resultado vendrá determinado ampliamente por los procedimientos seguidos, especialmente los procedimientos que regulan el flujo de información hacia el juzgador. La idea que subyace es simple: las personas implicadas en un proceso jurídico quieren obtener ciertos resultados; su capacidad para ello depende del grado de control sobre los procedimientos; procedimientos que son juzgados como justos o injustos de acuerdo a como permiten a las partes ejercer este control.

Por su parte, la posición que asume que la justificación de un diseño institucional como es el proceso es el resultado de un balance entre su valor intrínseco y su valor instrumental, establece una relación compleja y recursiva entre el procedimiento, el resultado y los criterios de valoración. El resultado es en definitiva una aplicación correcta de estándares normativos de diverso orden. Es precisamente el criterio de adecuación a los estándares normativos de orden justificatorio lo que es relevante respecto a la naturaleza normativa del proceso (Tayler 1988). La justicia del procedimiento depende de criterios normativos a partir de los cuales juzgan un supuesto determinado. Compre-

der la justicia procesal supone adoptar un punto de vista interno normativo distanciado. Este punto de vista, sostiene Galligan no sólo afecta a quien participa en un proceso jurídico, tanto como funcionario cuanto como ciudadano, sino que será una autentica representación de lo que ocurre en la práctica. Este punto de vista puede mostrar que la justicia procesal puede ser analizada subrayando tanto el valor inherente de ciertos valores y normas procesales —por ejemplo: el derecho a ser oído o la prohibición de discriminación sobre audiencia o ser escuchado y ausencia de discriminación— cuanto la idea de que su papel instrumental de defensa o mantenimiento de expectativas normativas esté relacionado con los resultados. Esta perspectiva puede dar la clave de la exacta relación entre procedimientos y resultados. En este sentido, Galligan afirma que el significado primario de los valores procesales autónomos o no instrumentales es su vinculación directa con los resultados. Son valores y categorías que contribuyen a asegurarnos de que el decisor no se encuentra sin parámetro para llegar a un resultado correcto. Ignorar la relación con los resultados a favor de otras posibles justificaciones, escribe este autor, es como afirmar que lo más importante que podemos decir sobre Shakespeare es que nació en Stratford (Galligan, 1996; 91). El punto de vista normativo distanciado faculta para identificar dentro de un contexto dado los criterios de tratamiento justo sin insistir en una división estricta entre aquellos sustantivos y aquellos relacionados con el procedimiento.

## 5. EL MÍNIMO COMÚN DENOMINADOR: EL DERECHO A SER OÍDO

Del análisis realizado hasta aquí es posible concluir que el derecho de participación en la toma de decisiones públicas encuentra su correlato en el derecho a ser oído en los procesos y procedimientos en los que un sujeto está implicado. Ambos pueden ser conceptualizados como derechos sustantivos, de modo similar a

los derechos que protegen la autonomía. Su valor no deviene de ser un medio adecuado para la realización y protección de otros derechos, sino de ser un derecho cuyo significado implica sustancialmente el derecho a tener derechos y verlos respetados o protegidos, el derecho a la existencia de un diseño institucional preordenado a un grado significativo de garantía de los derechos fundamentales. En esta arquitectura institucional el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído y en general el principio de audiencia, tiene tal fuerza que el legislador no puede desconocerlo. Puede regular cómo se cumple, pero no ignorarlo. Forma parte de los principios considerados esenciales al proceso. Proceso que sólo puede darse cuando las partes se sitúan en una posición de dualidad, contradicción e igualdad.

El derecho a ser oído ha estado en el centro del debate de las tesis instrumentalistas y las tesis esencialistas. Creo, sin embargo, que no hay un desacuerdo básico sobre el derecho en cuestión, sino más bien un desacuerdo, tal como hemos visto, sobre la concepción del proceso. Mashaw parte, como analicé, del valor intrínseco de los valores que componen la idea de juicio justo, entre los que se encuentra este derecho. Esta teoría mantiene una tesis fuerte en virtud de la cual, cualquier papel que estos valores puedan tener como medios para una toma de decisiones correcta es incidental, porque su papel fundamental es expresar respeto por las personas de una manera directa y mediata. Pero sobre todo, para esta tesis es importante la idea de que los procedimientos jurídicos sirven como forum para explicitar los valores ligados a la idea de humanidad y para sustentar el sentido de los ciudadanos de su propio valor. De ahí, como afirma Michelman (1977; 204) “nosotros pensamos que las cuestiones relativas a los procedimientos jurídicos son independientes del resultado”.

Desde la perspectiva de las tesis más parcaamente instrumentales, Alexander considera que el derecho a ser oído, aun cuando pudiera interpretarse como un valor sustantivo con implicaciones fuertes procedimentales, no invalida su tesis general afirmativa de que

los derechos procesales son derechos derivados de los derechos sustantivos. Con todo, sugiere que se podría ser escéptico sobre el valor sustantivo de los derechos procesales; bien porque se considera que no existe un derecho original a ser oído cualesquiera que sean los intereses que se ponen en riesgo, o bien porque existen supuestos en los que la administración o las normas ponen en riesgo intereses sin que antes se haya oído a nadie sobre la determinación de los hechos; finalmente porque, si la “justicia lenta no es justicia”; si el retraso en la vindicación de un derecho significa que los derechos no son plenamente vindicados, entonces los derechos son denegados de una forma rutinaria e inevitable.

Quienes argumentan que el derecho a ser oído es un derecho procesal independiente, sostienen que el procedimiento debería ser juzgado en virtud de cómo sirve a los “valores procesales” entre los que están incluidos racionalidad procedimental, humanidad, dignidad y privacidad” (Summers 1974). La idea de que los procedimientos están orientados a minimizar los riesgos, no demuestra, sin embargo, la existencia de unos valores procesales independientes de unos valores sustantivos. Otros valores procesales tales como la imparcialidad e inteligibilidad, parecen estar vinculados sobre todo a la corrección en la determinación de los hechos. Otros valores como la participación o la igualdad son valores sustantivos que no limitan moralmente a los procedimientos, pero que son positivos o negativos como productos de ciertos procedimientos. Un ejemplo de este último es la participación. Deberíamos preferir el procedimiento que implica la participación de las partes y el derecho a ser oído sobre el procedimiento que excluye la participación.

Alexander (1998; 36) no niega que dos procedimientos que son igualmente correctos en la determinación de los hechos y que no violan los límites morales pueden diferir en la realización de otros valores. Y, si los procedimientos son no solo igualmente correctos, sino también igualmente intrusivos, por ejemplo en la privacidad, igualmente costosos en recursos, etc. Seguramente deberíamos elegir

el procedimiento que tiene más subproductos positivos y menos negativos. La cuestión importante es si tanto la corrección o precisión o los recursos sociales deberían ser sacrificados para realizar tales valores como la participación. Dada la ubicuidad de las ocasiones para la determinación de hechos a partir de los cuales volver sobre los derechos sustantivos y dado que solo una fracción minúscula de tales determinaciones sería “participación” y “el derecho a ser oído” factible, sería bueno ser cautos en inflar la importancia de estos valores.

En el contexto del derecho norteamericano procesal del debido proceso se ha argumentado a favor de un derecho constitucional independiente, se trata del derecho a ser oído como algo distinto de los derechos constitucionales sustantivos. Un argumento así fue una respuesta a la metáfora del Juez Rehnquist “amargo con el dulce”. Quienes se sitúan en esta posición sostienen 1. Que la constitución exige el debido proceso en relación con la vida, la libertad y la propiedad, pero esto se ha de interpretar en sentido amplio, incluyendo todos los intereses constitucionalmente significativos sean estos obligatorios u opcionales. 2. Los defensores de la teoría hablan de valores “*dignitary*” y asociativa para justificar que a nadie se le puede denegar un bien o un beneficio sin un derecho a ser oído.

Los autores que asumen un instrumentalismo amplio tienen otra concepción del proceso (Galligan 1996; 81) consideran que la tarea principal de un proceso es asegurar que las personas sean tratadas de acuerdo con estas normas. Puede que determinar las normas o los estándares sea una cuestión difícil, pero la idea es que dentro de todo contexto de decisión jurídica existe un núcleo de normas, tanto basadas en resultados como no basadas en resultados, y en ellas se basan los derechos y las expectativas normativas. El papel de los procedimientos es proteger estos derechos.

Estos autores reconocen que efectivamente existe una relación instrumental entre procedimientos y resultados; es indudable que también existen valores o principios que no están relacionados con los resultados, valores inde-

pendientes de la corrección o de la solidez de la decisión sustantiva o veredicto (Allan 1998; 498). Tribe discute sobre el valor intrínseco de los derechos integrados en la idea de juicio justo tal como los entiende Mashaw. De acuerdo con Tribe, tales derechos “expresan la idea elemental de que ser una *persona* y no una *cosa*, exige como mínimo ser *consultado* sobre lo que se hace con ella”. Dworkin (1986; 101-103), por su parte, critica las tesis esencialistas porque no explica bien por qué la ausencia de comparecencia, el incumplimiento del derecho a ser oído en un juicio implica una injusticia o un “daño moral” distinto, en algún sentido, del que supone una decisión sustantiva incorrecta. La aproximación de Mashaw es plausible, —escribe Allan (1998; 489)— para recordar que algunos valores que tienen peso en el proceso no están vinculados directamente con el resultado; sin embargo, no deberíamos aceptar al idea de que el valor de respeto a las personas genera directamente ciertas normas y procedimientos, sin referencia a los resultados. No hay nada nuevo en afirmar que los procesos jurídicos ocurren en contextos de valor sobre cómo deben ser tratadas las personas y que esos valores son tales por razones independientes del resultado.

El “derecho a ser oído” es, para un autor como Galligan (1996; 349-352), un buen ejemplo en la fijación de modelos paradigmáticos de solución de casos a través del proceso de generalización sobre los procedimientos. A través de este razonamiento, ciertos procedimientos son vistos como casos estándares de procedimiento justo, puesto que ha obtenido un reconocimiento como ingrediente necesario en distintos contextos. De ahí que se asuma su valor inherente y a dar por supuesta su justificación y su valor intrínseco. La tendencia es darles un soporte a través de su consolidación en un sistema jurídico incluso situándolos en la constitución; de modo que raramente consideramos su justificación más profunda. La regla *hearing* está bien asentada en muchas áreas del derecho y su ausencia supone la invalidez del proceso. Esto puede crear una paradoja porque, en un caso particular, el resultado

puede ser fable sin audiencia. Pero tenemos razones a favor de las normas generales y las doctrinas sobre el procedimiento para crear criterios procesales intermedios: la razón menor no es intentar juzgar qué procedimiento necesitan producir un resultado correcto en un caso particular será a menudo no concluyente. Además, las ventajas de contar con procedimientos establecidos es considerable, en razón de la certeza y predecibilidad que crean.

El principio de participación igual en el procedimiento democrático de toma de decisiones tiene, como vengo sosteniendo, su equivalente en el derecho a ser oído en condiciones de igualdad del procedimiento judicial y administrativo. De ahí la propuesta de Bayón (2004; 123) cuando afirma que hay razones para sostener que el derecho a un igual poder político, entendido en concreto como el derecho a la participación en pie de igualdad en la toma de decisiones públicas, es un corolario de la idea de que todos somos merecedores de igual consideración y respeto, no sólo como individuos, sino también como ciudadanos. El principio de autonomía personal tiene valor porque es el valor que sostiene la posibilidad de desarrollar una vida autónoma, aunque las decisiones que se adoptan no sean correctas o incluso puedan erosionar o anular esa misma autonomía. El procedimiento democrático, por su parte, tiene un valor instrumental y también tiene valor en sí mismo “por lo que representa para la calidad moral de la vida cívica, porque supone sentirse parte de una comunidad cuyos miembros organizan la esfera pública a partir de su reconocimiento recíproco como iguales”. Una valoración estrictamente instrumental de un procedimiento pone en duda la existencia del derecho a la participación en pie de igualdad en la toma de decisiones públicas como derecho independiente, como algo distinto o derivado de los derechos sustantivos.

El derecho a ser oído da sentido al principio de contradicción o audiencia como parte integrante de la propia noción de sujeto, de respeto y como expresión del principio de participación<sup>19</sup>. De ahí la importancia, entre otras cuestiones de la amplitud con que las

distintas legislaciones han venido abordando la cuestión de la legitimación procesal (Scheinin 2007; 142-6). En el marco de un modelo de estado de derecho, este principio tiene dos dimensiones centrales, de un lado un mandato dirigido al legislador para que regule todo tipo de proceso, partiendo de la base de que las partes han de disponer de facultades durante todo el *iter* hasta llegar a una resolución y, de otro lado, un derecho fundamental de las partes a la defensa en todo tipo de procesos y que consiste básicamente en que las partes sean oídas; esto es, que puedan alegar y demostrar sus pretensiones necesarias para conformar la decisión final, en conocer y rebatir todos los materiales relacionados con los hechos y con las normas que puedan influir en la resolución (Calamandrei 1960).

Las dos dimensiones del principio son centrales. La primera es una indicación al legislador ordinario del contenido esencial del derecho. La segunda atiende al derecho fundamental desde las posiciones normativas protegidas a sus sujetos titulares. Desde el punto de vista de la vinculación del legislador el contenido del derecho se proyecta básicamente en dos ámbitos. El derecho a ser oído se proyecta sobre la regulación de las formas de citación, comparecencia, efectos de la rebeldía, derecho a los recursos, principio de igualdad de armas,

etc. Por otra parte, el conocimiento de todos los materiales tanto sobre los hechos como sobre el derecho. En este último supuesto se aplica el principio *iura novit curia* de acuerdo con el cual las alegaciones jurídicas de las partes no vinculan al juez porque él conoce el derecho. Si el juez considera que no es aplicable lo alegado por ambas partes, formula su propia calificación jurídica de los hechos a través de lo que se denomina “tercera opinión”. La cuestión es cómo se hace valer esa opinión sin negar el principio de contradicción, especialmente en el proceso civil y administrativo (Bedaque 2010). Desde el punto de vista del derecho fundamental, hay autores que sostienen que se trata de un derecho de carácter autónomo que protege que las personas no sufran indefensión. No se trata de un derecho diluido junto a otras garantías procesales. No existe indefensión sin vulneración de normas procesales. De ahí la afirmación de Calamandrei de que la indefensión es un instrumento técnico muy eficaz. Es el dispositivo psicológico más apropiado para garantizar la aplicación exacta de la ley y la imparcialidad del juez, y ello no sólo para la mejor defensa de las partes, sino también para el interés público. Un derecho fundamental que sintetiza y protege el sustrato axiológico que da sentido al estado de derecho.

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

- ABRAMOVICH V. (2006) “El acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política” *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*, Buenos Aires, Biblos, pp. 59-82.
- ALEXANDER, L. (1998) “Are procedural rights derivative substantive rights?”, *Law and Philosophy*, 17, pp. 19-42.
- ALEXY, R. (1989) *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, traducción de M. Atienza e I. Espejo
- ALEXY, R. (1993) *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Fundamentales, traducción de E. Garzón Valdés y R. Zimmerling.
- ALLAN, T.R.S. (1998) “Procedural Fairness an the Duty of Respect”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 18, nº 3, pp. 497-515.
- ALLARS, M. (1997) “Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures”, *The Sydney Law Review*, nº 23
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (1999) “Garantismo y proceso penal”, *Revista Facultad de Derecho Universidad de Granada*, nº 2, pp. 47-61.
- BACIGALUPO, E. (2005) “La noción de un proceso penal con todas las garantías”, *Derechos procesales fundamentales*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, p. 464.

BAYÓN, J.C. (2004) “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, *Constitución y derechos fundamentales*, J. Betegón, F. Laporta, J.R. De Páramo y L. Prieto (coords), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

Abstract:

BEDAQUE, J.R. (2010) “Juez, justicia proceso”, *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, nº 8.

BENTHAM, J. (1823) *Tratado de las pruebas judiciales*, obra compilada por E. Dumot (1823), Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, traducción de M. Osorio, vol. II.

CALAMANDREI, P. (1960) *Proceso y democracia*, traducción de H. Fix Zamudio, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.

CAPPELLETTI, M. (1994), *Dimenssione sociale della giustizia*, Bologna, Il Mulino.

CARTER, L.H. (1986) “Jumping: Mashaw on Due Process in the Administrative State”, *American Bar Foundation Research Journal*.

DAMASKA, M.R. (2000) *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, traducción de A. Morales Vidal y P. Ruiz-Tagle.

DWORKIN, R. (2003) *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Baecelona, Paidós, traducción de F. Aguiar y M.J. Bertomeu.

FERRAJOLI, L. (1995) *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de: P. Andrés Ibáñez, A Ruiz Migual, J.C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantanero, Madrid, Trotta, 1ª ed.

FULLER, L.L. (1964) *The Morality of Law*, New Haven-London, Yale University Press.

GALLIGAN, D.J. (1996) *Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures*, Oxford, Carendon 1996.

GASCÓN, M. (1999) *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons.

GASCÓN, M. (2005) “¿Freedom of Proof? El cuestionable debilitamiento de la regla de exclusión de la prueba ilícita”, *Jueces para la democracia*, 2005, nº 52

GLOPPEN, S. (2006), “Courts and Social Transformation: An Analytical Framework”, *Courts and Social transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, R. Gargarella, P. Domingo y Th. Roux (eds), Hampshire-Burlington, Ashgate, pp. 35-59.

GOLDSCHMIDT, J. (1961) *Principios generales del proceso. Teoría general del proceso*, Ejea, Buenos Aires.

HIERRO L. (2002) “Por qué ser positivista”, *Doxa*. nº 25, pp. 5-92.

HIERRO, L. (2002) “El concepto de justicia y la teoría de los derechos”, *Estado, justicia, derechos*, E. Díaz y J.L. Colomer (eds), Madrid, Alianza

MARTÍ, J.L. (2008) “La democrazia deliberativa e i diritti a garanzia della procedura”, *Ragion Pratica*, nº 1, junio, pp. 131-150

MASHAW, J.L. (1985) *Due Process in the Administrative State*, New Have, Yale University Press,

MICHELMAN, F. I. (1977) “Formal and Assotiatinal Aimsin Procedural Due Process”, *Due Process, Nomos xviii*, J.R. Pennock y J.W Chapman (eds), New Cork, New Cork University Press, pp. 126-171.

MICHELMAN, F.I. “Formal and Assotiatinal Aimsin Procedural Due Process”.

MORESO J.J. (2000a), “Derechos y justicia procesal imperfecta”, *Revista Discusiones*, nº 1, pp. 15-52.

MORESO, J.J. (2000b) “Sobre el alcance del precompromiso”, *Revista Discusiones*, nº 1, pp. 95-107.

RAWLS, J. (1971) *A Theory Of Justice*, Harvard University Press. Edición Revisada en 1999 Oxford University Press. Traducción española de la 2ª edición revisada en Fondo de Cultura Económica, 2006.

RAWLS, J. (1993) *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press. Hay traducción española T. Doménech, Barcelona, Grijalbo-Crítica, 1996.

RESNICK, D. (1977) “Due process and procedural justice”, *Due Process, Nomos xviii*, J.R. Pennock y J.W Chapman (eds), New Cork, New Cork University Press. “Due process and procedural justice”, *Due Process, Nomos xviii*, J.R. Pennock y J.W Chapman (eds), New Cork, New Cork University Press.

SAINZ DE ROBLES, F. C. (2003) “El artículo 24 de la Constitución. Su poder transformador”, *Constitución y Poder Judicial*, Madrid, CGPJ.

SCANLON, TH. (1977) “Due Process”, *Due Process, Nomos xviii*, J.R. Pennock y J.W Chapman (eds), New Cork, New Cork University Press.

SCHEININ, M. (2007) “Access to Justice before International Human Rights Bodies: Reflectiones on the Practice of the UN Human Rights Committee abd teh Europeab Court if Human Rights”, *Acceso tu Justice as Human Right*, F. Francione (ed), Academy of European Law, European University Institute, Oxford University Press, pp. 135-153.

SUMMERS, R. (1774) “Evaluating and Improving Legal Process – A Plea for Process Values”, *Cornell Law Review*, 60/1.

TAYLER T.R. (1988) “What Is Procedural Justice”, *Law and Society Review*, 103

THIBAUT, J. Y WALTER, L. (1975) *Procedural Justice*, Erlbaum, New Jersey.

TRIBE, L. (1988) *American Constitucional Law*, New Cork, Mineola.

TYLER, T.R. (2005). *Readings in procedural justice*. Volume I. Procedural justice and the dynamics of authority. Burlington, VT: Ashgate.

VIVES, T. (2007) "Más allá de toda duda razonable" *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, nº 2.

## NOTAS

1. Cuando la doctrina procesal se ocupa de la naturaleza jurídica del proceso, se interroga por la categoría jurídica general o el género en el que encuadrarlo o del que sería una especie. Sólo si la conclusión es que se trata de una categoría autónoma y no derivada, se pregunta por su razón de ser.

2. J. Goldschmidt, *Principios generales del proceso*, 1961, se refiere por primera vez a la relación entre la dialéctica del proceso y la doctrina política del liberalismo, único terreno sobre el que el autor considera que puede tener un lugar un proceso con garantías. La dialéctica del proceso es la dialéctica de la democracia parlamentaria reflejada en la posición de las partes en el proceso civil, a través del principio dispositivo que se plasma en la iniciativa y la responsabilidad de las partes de ser artífices de su propia victoria; puede tener muchas similitudes con las dinámicas de los parlamentos democráticos. Lo mismo ocurre, a juicio de Calamandrei, con el principio del contradictorio y la oposición parlamentaria. Ambos están basados en algunas ideas elementales pero básicas, la presunción de que los seres humanos saben ser razonables, capaces de persuadir con buenas razones y dejarse convencer por las ajenas, que la verdad sólo puede conocerse en su integridad si se analiza en todas sus vertientes. La aproximación de los sistemas procesal y parlamentario, apoyan el primero en el contradictorio y el segundo en el contraste entre la mayoría y la oposición (p. 158) no tiene un significado meramente teórico o estético. Los intentos totalitarios del siglo XX por transformar el proceso civil lo fueron en la línea de alcanzar un proceso "sin partes", impulsado exclusivamente por la iniciativa del juez; del mismo modo que el nazismo había logrado liberar la vida política de los partidos. *Principios generales del proceso*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

3. No voy a profundizar en esta cuestión. Únicamente señalaré la tesis en virtud de la cual una teoría de la justicia basada en derechos es capaz de desarrollar un conjunto de criterios que responden tanto al contenido de lo que se debe mandar —los derechos— cuanto a los criterios de legitimidad de la autoridad. Posición defendida por E. Díaz y L. Hierro. Éste último se refiere a los derechos humanos como expresión del valor moral de la autonomía del individuo que ofrecen una respuesta completa a los tres grandes problemas de la teoría de la justicia: por qué es justo ordenar, quién está justificado para hacerlo y qué está justificado ordenar ("El concepto de justicia y la teoría de los derechos", *Estado, justicia, derechos*, E. Díaz y J.L. Colomer (eds), Madrid, Alianza, 2002, p. 40). De otro lado, la tesis de J. C. Bayón cuyo argumento sostiene que los derechos sin otras premisas adicionales o implícitas, únicamente puede dar respuesta a la primera de las dimensiones, pero no contiene los ingredientes necesarios para afrontar el problema de la autoridad. No comparto esta idea, pero sí la siguiente: "no se puede presuponer sin más que de una teoría de la justicia que establece derechos básicos deriva la exigencia de un modelo institucional concreto, por ejemplo, el estado constitucional". "Democracia y derechos: problemas de fundamentación ..." *cit.*, p. 94.

4. D.J. Galligan sostiene en este sentido que, aunque hoy el *due process* tiene connotaciones propias del derecho americano, originariamente era propio del *Common Law* originario. Es un concepto asociado a doctrinas sustantivas y procesales sobre la justicia procesal. Más tarde, para referirse a estas teorías, se acuñó la expresión *natural justice* y *procedural fairness*. En la actualidad, sobre todo en el ámbito del proceso penal y en las decisiones administrativas, se hace referencia a la idea de *due process*. *Due Process and Fair Procedure*, *cit.*, p. 73.

5. D. Resnick "Due process and procedural justice", *Due Process, Nomos xviii*, J.R. Pennock y J.W Chapman (eds), New Cork, New Cork University Press, 1977, p. 207. Resnick se hace eco de la forma de entender debido proceso por parte del Juez Frankfurter en el caso *Rochin v. California*: "El debido proceso, a diferencia de otros derechos, no es una concepción técnica con un contenido fijado sin vinculación con el tiempo, el lugar y las circunstancias. Expresa un análisis último de la aplicación por el derecho de lo que sentimos como tratamiento justo que ha sido desarrollado a través de la historia, la tradición y la civilización anglo-americana, no puede ser encerrado en los estrechos límites de una fórmula. Representa una profunda actitud de justicia entre seres humanos, y especialmente, entre los individuos y el estado, el debido proceso se compone de historia, razón, las decisiones previas, y una robusta confianza en la fuerza de la fe democrática" (Traducción propia).

6. J. Rawls "...el estado de derecho requiere algunas formas de debido proceso: que es un proceso razonable de averiguación de la verdad, de formas consistentes con los otros fines del sistema jurídico, si ha tenido lugar una violación y bajo qué circunstancias. Por ejemplo, los jueces deben ser independientes e imparciales y nadie puede ser juez y parte.

Los tribunales deben ser justos y abiertos, pero no perjudicados por el clamor público. Los preceptos de la justicia natural pretenden asegurar que el sistema jurídico se mantenga imparcial y regularmente”, *A Theory of Justice*, 1971, pp. 238-239.

7. Un argumento al que acuden muchos autores en este sentido es la similitud del proceso judicial con otros procedimientos jurídicos, especialmente el de participación política que en cierto modo se erige en paradigma. De éste se aprecia especialmente la idea de que participar en el proceso de toma de decisiones políticas, parece tener valor por sí mismo y no por los resultados que produce. J. L. Mashaw, *Due Process in the Administrative State*, New Haven, Yale University Press, 1985, p. 162. En el mismo sentido, respecto de otros procesos Summers “Evaluating and Improving Legal Processes: A Plea for Process Values”, *Cornell Law Review*, 60. 1. 1974, pp. 1-30.

8. J. L. Mashaw cita en este contexto una reflexión del Juez Brennan que se encuentra también en la sentencia de White y Marshall (*Paul v. Davis*). “I have always thought that one of this Court’s most important roles is to (Project) the legitimate expectation of every person to innate human dignity and sense of worth”. *Due Process in the Administrative State*, *op. cit.*, p. 163.

9. Entre los autores que debaten sobre el valor de los procedimientos, Allan (1998: 498) acude al paralelismo entre procedimientos procesales y procedimiento participativo. Este nexo de relación proporciona argumentos a Allan para defender la tesis del valor intrínseco de los procedimientos; especialmente los de participación, en tanto que garantía democrática de la oportunidad de todos de participar en el proceso político. Curiosamente, sin embargo Allan defiende la tesis del valor intrínseco del procedimiento de participación, para concluir, no obstante, que en el caso del procedimiento judicial es más plausible una tesis que combine el criterio instrumental e intrínseco. “Procedural Fairness an the Duty of Respect”, *art. cit.*, p. 509.

10. Los argumentos aquí esgrimidos pueden relacionarse con las posibilidades que ofrece el mecanismo del precompromiso, tal y como señala Moreso. Mecanismo que se puede articular como un instrumento capaz de alcanzar decisiones racionales tanto individuales como colectivas o para alcanzar resultados de acuerdo con los principios de justicia, en el caso de las decisiones colectivas. Su dimensión instrumental está orientada a asegurar decisiones valiosas, no por el medio a través del cual se deciden, sino por la calidad del contenido de lo decidido; es decir, de su coherencia con principios de justicia. J.J. Moreso “Sobre el alcance del precompromiso”, *Revista Discusiones*, nº 1, pp. 95-107. En el mismo número véase del mismo autor “Derechos y justicia procesal imperfecta”.

11. Galligan (1996: 50-51) evita hablar en términos de valores sustantivos y procesales y lo hace en términos de “valores relacionados con el resultado” (fundamentalmente sustantivos) y “valores independientes del resultado” (fundamentalmente procesales) porque considera que este esquema provee argumentos para entender que la clasificación rígida y excluyente introduce mayores dificultades en los resultados.

12. Otra posible fuente de valores es la idea de que la discreción debe estar estructurada a través de ideas guía. Galligan estima esta idea vinculada con el sentido más amplio de estado de derecho y la idea de que la autoridad jurídica debe ser ejercida de acuerdo con normas claras y generales, prospectivas, conocidas, estables, públicas, no contradictorias, coherentes institucionalmente y de posible cumplimiento de acuerdo con los principios propuestos por L.L. Fuller *La moralidad del Derecho*, México, Trillas, 1981. Ahora bien, tengamos en cuenta que aun cuando Fuller propone estas exigencias en términos de un código moral interno al Derecho, tales exigencias son compatibles con normas que pueden ser absolutamente injustas. Sobre esta reflexión véase L. Hierro “Por qué ser positivista”, *Doxa* nº 25, 2002.

13. Allan considera ampliamente justificada la insistencia en conservar un nexo de relación entre procedimientos y resultados; sin embargo, considera que la posición instrumental del procedimiento, en última instancia no lo es tanto puesto que su desarrollo argumental precisa contar con aspectos relacionados con la naturaleza de la autoridad jurídica y las relaciones entre la autoridad y los valores morales más profundos. “Procedural Fairness an the Duty of Respect”, *Oxford Journal of Legal Studies*, *art. cit.*, pp. 497-8

14. Por ejemplo, afirma Galligan, en este punto, consideremos la controversia sobre si la naturaleza del proceso adversarial es preferible al inquisitorial en el *common law* frente al modelo continental. Cada uno puede ser tan efectivo como el otro en relación con el tratamiento justo; esto es, en alcanzar un resultado correcto y en respetar otros valores; no hay pruebas, además que demuestren que uno es mejor que otro en relación con estos fines. El debate real al comparar las dos aproximaciones no es cuál produce mejores resultados, sino qué valores son relevantes: una tradición considera más importante una litigación contradictoria y la autonomía de las partes; para la otra el control centralizado y las po-

sibilidades de investigación irrestricta por parte del juez. Las razones de adoptar uno u otro suelen ser más culturales e históricas que el resultado de la deliberación cuidada (1996; 65).

15. El Juez Rehnquis, contrario al argumento que reconoce derechos procesales a los derechos sociales, afirma que quienes reciben un beneficio constitucionalmente opcional deberían “tomar lo amargo (el procedimiento) con lo dulce (el beneficio opcional)”. La relación entre derechos sustantivos y procesales está bien ilustrada en el caso *Waters v. Churchill*, cuya conclusión fue que el derecho sustantivo de un empleado público a la libertad de expresión implica el derecho a un procedimiento administrativo razonable de determinación de los hechos. L. Alexander, art. cit. p. 29-30.

16. M. Allars incide, en este punto, en la idea de que, a pesar de los argumentos de Galligan, no hay realmente una separación tajante entre la teoría más sustantiva y la teoría instrumental. La distinción entre un proceso valioso de una forma inherente en virtud de preservar el respeto a las personas como algo enteramente separado de los procedimientos que son sólo de valor instrumental en tanto que promueven principios y normas de tratamiento justo que preserva el respeto a las personas, no parece una aproximación muy sólida “Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures”, *art. cit.*

17. Cuatro factores son especialmente significativos: primero, el proceso mismo de aplicar las normas jurídicas; segundo, la necesidad de tener confianza en los procedimientos y en las instituciones; tercero, las ventajas de contar con procedimientos jurídicos establecidos y cuarto, cómo el principio de respeto por personas da un enfoque especial a los procesos jurídicos y administrativos. Galligan se centra en los procesos que implican la aplicación de estándares que suponen ejercicio de discreción (1996: 65).

18. Este principio viene formulado por Rawls en numerosos pasajes de su obra. Citamos aquí *El Liberalismo Político*, traducción de T. Doménech, Barcelona, Grijalbo-Crítica, 1996, p. 65.

19. El proceso jurisdiccional se caracteriza para M Cappelletti por su naturaleza participatoria, en el sentido de que se trata de un procedimientos típicamente iniciado por demanda de parte, que también determinan su contenido, la *res judicata*, lo que Carnelutti denomina “soberanía vinculada”, la decisión de los jueces, en otros términos, también tienen lugar *super partes*, pero en los límites y a partir del impulso de la demanda y de las excepciones y alegaciones de las partes. La formación judicial del derecho es por tanto esencialmente participatoria y ello comporta la intervención, en la evolución-creación judicial del derecho, de las partes y, por tanto, de los ciudadanos más directamente interesados. En ello puede verse el carácter potencialmente democrático de la creación del derecho operada por los jueces: mientras es obvia la necesidad de elección de un juez que sea accesible a las partes y sensible, responsable en sus instancias individual y social y que tiene como reverso el aumento exponencial de la responsabilidad de los jueces, tanto mayor cuando más amplia sea la discrecionalidad de sus decisiones. *Dimensione sociale della giustizia, op. cit.*, pp. 166, 177-178.