

teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

REVISTA SEMESTRAL. JUNIO 7/2010

CONSEJO EDITORIAL*:

Tomás S. Vives Antón

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia (Director)

Ángel M. López y López

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

María José Añón Roig

Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia (Coordinadora)

COMITÉ CIENTÍFICO*:

Gregorio Peces-Barba Martínez

Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid

Francisco Muñoz Conde

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Tomás Sala Franco

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia

Luis López Guerra

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid

Luciano Parejo Alfonso

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

Javier de Lucas Martín

Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia

Víctor Moreno Catena

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid

María Rosario Valpuesta Fernández

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Emilio Beltrán Sánchez

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad CEU San Pablo de Madrid

Marta Lorente Sariñena

Catedrática de Historia del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid

* Por orden de edad

Asistente a la dirección: Víctor Merino Sancho

PVP número suelto: 55 euros (IVA incluido)

PVP suscripción anual (2 números): 99 euros (IVA incluido)

Redacción, Administración y Suscripción

Artes Gráficas, 14, 46010 Valencia Tel.: (+34) 963610048 Fax: (+34) 963694151

E-mail: teoria@tirant.es. Sitio web: www.tirant.com/teoriayderecho

Correspondencia

C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

Edita

Tirant lo Blanch

C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

© Tirant lo Blanch

Telfs.: 96/361 00 48 - 50

Fax: 96/369 41 51

Mail: tlb@tirant.com

<http://www.tirant.com>

ISSN: 1888-3443

Depósito legal: V - 2840 - 2007

Diseño y maquetación: PMc Media

Imprime: Guada Impresores, S.L.

SUMARIO

DEBATE

Los poderes del juez civil

Presentación: Un debate repetido pero siempre vigente.....	7
<i>Juan Montero Aroca</i>	
Síntesis de las concepciones históricas del proceso civil.....	15
<i>Juan Montero Aroca</i>	
El papel y los poderes del juez en el proceso civil	37
<i>Andrés de la Oliva Santos</i>	
Jurisdicción, proceso, juez en el sistema de las libertades civiles	67
<i>Girolamo Monteleone</i>	
Juez, proceso y justicia.....	77
<i>José Roberto Dos Santos Bedaque</i>	
Poderes del juez y derechos de las partes en el proceso civil: las enseñanzas de Calamandrei y las reformas procesales en Europa	107
<i>Nicolò Trocker</i>	

ESTUDIOS

Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Sometimiento a la ley, independencia e imparcialidad en el marco del constitucionalismo	135
<i>Ma del Carmen Barranco Avilés</i>	
La geometría variable del Derecho de Sociedades.....	181
<i>Luis Fernández de la Gándara</i>	
El principio de la buena fe y su relación con la información territorial.....	183
<i>Antonio Jiménez Clar</i>	
Inteligencia Artificial y Derecho: a vuelapluma.....	203
<i>Pompeu Casanovas</i>	

TEMAS DE HOY

La regulación de los contenidos audiovisuales: presente y futuro	227
<i>Beatriz Belando Garín y Gonzalo Montiel Roig</i>	
La mediación y los conflictos de familia a la luz de la Ley Andaluza de Mediación Familiar	243
<i>Carmen Sánchez Hernández</i>	

VARIA

Discurso sobre las penas contrahido á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma	281
<i>Manuel de Lardizábal y Uribe</i>	
Crítica bibliográfica: Luis Greco <i>Legendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion</i>	289
<i>Jacobo López Barja de Quiroga</i>	
Normas de la revista	299

DEBATE

Los poderes del juez civil

Presentación: Un debate repetido pero siempre vigente

Juan Montero Aroca

Síntesis de las concepciones históricas del proceso civil

Juan Montero Aroca

El papel y los poderes del juez en el proceso civil

Andrés de la Oliva Santos

Jurisdicción, proceso, juez en el sistema de las libertades civiles

Girolamo Monteleone

Juez, proceso y justicia

José Roberto dos Santos Bedaque

Poderes del juez y derechos de las partes en el proceso civil: las enseñanzas de Calamandrei y las reformas procesales en Europa

Nicolò Trocker

PRESENTACIÓN: UN DEBATE REPETIDO PERO SIEMPRE VIGENTE

Juan Montero Aroca

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

1. HECHOS

El 20 de octubre de 2000, y en San José de Costa Rica, pronuncié la conferencia de clausura de las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal sobre la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, los poderes del juez y la oralidad, y en ella intenté ofrecer un esbozo de la concepción política de lo que, naturalmente en mi opinión, debe ser el proceso civil. A continuación, tomando como base el texto anterior y desarrollándolo, publiqué un pequeño libro (*Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Los poderes del juez y la oralidad, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001), con el que quise poner de manifiesto, primero, cuáles eran las bases ideológicas de la Ley española y, luego, cuál era mi pensamiento sobre las ideologías que habían ido conformando las regulaciones del proceso civil en el siglo XX.

Ese libro fue traducido al italiano y publicado en Italia, con el sello de Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002, y con el título *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*, y precedido de una *prefazione* redactada por el prof. Franco Cipriani. El libro se presentó en el curso de un Seminario Internacional celebrado en Roma, los días 16 a 18 de mayo de 2002, y en el Palazzo Santacroce.

En la presentación de la traducción del libro estaba presente, e incluso presidió el acto, el prof. Giovanni Verde, en aquel momento todavía Vicepresidente del Consiglio Superiore della Magistratura. Pasaron sólo unos pocos meses y el mismo publicó un artículo titulado “Le ideologie del processo in un recente saggio” (en *Rivista di Diritto Processuale*, 2002, 3, pp. 676-687) de comentario de mi libro y de la *prefazione* de Cipriani.

La publicación del artículo de Verde puso en marcha una polémica que ha tenido repercusiones en varios países. De entrada la polémica se desarrolla en Italia, pero luego se amplía a España y a varios países iberoamericanos. Con los materiales primeros, la mayor parte ajenos pero alguno más propio, publicamos en enero 2006 (Tirant lo Blanch) el libro colectivo *Proceso civil e ideología*. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Desde esa publicación se han sucedido los acontecimientos.

Por un lado se han hecho, hasta ahora, dos ediciones más del libro. Una en Chile y otra en Perú y, por otro, se han sucedido varias jornadas. El libro colectivo inicial lo presentamos en la que hemos llamado *Primera Jornada Internacional sobre “Proceso Civil y Garantía”* celebrada el 27 de enero de 2006 en Valencia. De

aquella reunión informal salió algo importante: La Moción de Valencia.

Un año y medio después de aquella Primera Jornada, los días 8 y 9 de junio de 2007, se celebraron en Bari (Italia) las *II Giornate internazionali di Diritto Processuale Civile*, organizadas por la Facultad de Derecho de Bari y por la Libera Università Mediterranea Jean Monnet. Los trabajos se recopilaron en el libro titulado *Stato di diritto e garanzie processuali* que es el cuaderno 2 de la revista *Il giusto processo civile* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, 325 páginas). Puede verse también una reseña en *Il Giusto Processo Civile*, 2007/3, pp. 597-598.

Los organizadores del X Congreso Nacional (argentino) de Derecho Procesal Garantista, a celebrar en la ciudad de Azul (provincia del Buenos Aires, República Argentina) los días 12 al 14 de noviembre de 2008, tuvieron la gentileza de acoger la Tercera Jornada Internacional sobre “Proceso Civil y Garantía”. En ella aprobamos la Declaración de Azul sobre El proceso civil en los países iberoamericanos.

Pero además la polémica ha seguido con publicaciones muy variadas. Y es bueno que así sea, por lo menos siempre que se respeten algunas reglas elementales, no ya de mera cortesía, sino de aquellas que atienden a lo que es propio de un “torneo entre caballeros”. Lo lamentable es que no sea siempre así, aunque después de todo cada uno es hijo de sus obras.

2. CONCEPCIONES ESENCIALES

El debate, a pesar de lo que alguno pudiera estimar, no debe referirse a aspectos concretos, como es el de los poderes del juez, por importante que sea éste, sino que debe atender a algo mucho más general y complejo, como es la función de la jurisdicción en el proceso civil y al papel del juez en la misma.

A) EN GENERAL: ¿QUIÉN SIRVE A QUIEN?

Creemos que sobre la función de la jurisdicción existen hoy dos posiciones sustancialmente diversas. Una de estas posiciones pudiera parecer a algunos que es cosa del pasado, hoy carente de adecuación a la realidad, pero eso es algo que, pudiendo corresponderse con nuestro actual entorno más inmediato, no puede excluirse que siguen existiendo defensores.

a) Hay quienes sostienen, en efecto, que la jurisdicción persigue la actuación del derecho objetivo mediante la aplicación de la norma al caso concreto, de modo que al Estado le corresponde asegurar la actuación del derecho objetivo en los casos en que el mismo no sea voluntariamente observado.

Políticamente esta concepción respondió claramente a una idea autoritaria del Derecho, que veía en él la voluntad del Estado y, en su observancia, el respeto a la autoridad; en ella queda en la sombra el interés individual y la defensa del derecho subjetivo, y surge en primer plano el interés público en la observancia del derecho objetivo. Lo importante no es ya el interés de los particulares; lo importante es que se cumpla la previsión general de la ley en cuanto en ella se recoge el interés público. Por ello todas las manifestaciones de estas concepciones, en menor o mayor medida, tienen un sustrato autoritario, que no puede esconderse bajo referencias a lo “social” (en este sentido puede verse Calamandrei, *Istituzioni di Diritto processuale civile secondo el nuovo Codice*, I, Padova, 1941, p. 71).

La norma a aplicar es para la Administración pública la regla que debe ser seguida para que una cierta finalidad, naturalmente política, sea alcanzada, y la misma norma es para el órgano jurisdiccional el objeto de su actividad institucional, en el sentido de que la actividad jurisdiccional se ejercita al sólo fin de asegurar el respeto del Derecho objetivo. Desde esta perspectiva el descubrimiento de la verdad de los hechos, por mucho que se admita que es relativa, se convierte en parte esencial de la función del juez, el cual en buena medida deja de

ser un tercero entre las partes y además pone en cuestión su imparcialidad.

Por si alguien estima que esto es algo que ya no sostiene nadie bastará con que les recuerde algún ejemplo muy claro de defensa de esta concepción y muy reciente. Puede verse así el artículo del brasileño Antonio do Passo Cabral (“Il principio del contraddittorio como diritto d’influenza e dovere di dibattito”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 2005, 2, p. 453) en el que sostiene que el derecho procesal (en general) ha abandonado hace mucho tiempo las esposas del individualismo consolidando la concepción publicista del proceso; siendo derecho público, debe identificarse en el ejercicio de la actividad jurisdiccional el esfuerzo del Estado para realizar, por medio de la jurisdicción, algunos fines que le son propios y que preceden a los intereses de las partes: objetivos sociales y políticos, entre los que debe subrayarse el de asegurar la participación popular en el proceso; esto es, el proceso es un medio al servicio de determinados fines estatales y la función jurisdiccional es camino para alcanzar los fines políticos del Estado democrático.

b) Otros sostenemos que la función de la jurisdicción debe centrarse en que el juez, siendo tercero e imparcial, sea con efectividad el último garante de los derechos que el Ordenamiento jurídico reconoce al individuo, y sea cual fuere la rama del mismo que se tome en consideración. Naturalmente los derechos que más importan son los fundamentales, pues son los que más trascendencia tienen, pero la garantía se refiere a todos los derechos.

En la aplicación del derecho privado se tratará de que, por medio del proceso civil, el particular vea cómo sus derechos subjetivos (económicos o no), los que él afirma como propios, sean examinados y decididos con todas las garantías propias del proceso. De esta manera resulta que la tutela de los derechos de los particulares propia de la función jurisdiccional tiene que basarse, por un lado, en el imperio de la ley, pues no se trata de tutelar sino los derechos que se establecen en la ley (entendida ésta en el sentido de Derecho) y, por otro, en el instrumento que es el proceso.

Desde esta posición, la verdad de los hechos, siempre relativa, se convierte en medio para cumplir con la función de garantía.

El contraste entre estas dos posiciones se presenta de modo muy claro cuando el mismo se suscita, como hace Juan Monroy (en *Introducción al proceso civil*, I, Bogotá, 1996, pp. 70-71) desde esta pregunta: ¿Quién sirve a quién? Se ha sostenido que en el sistema que se llama “privatístico” el Estado está al servicio de los particulares, mientras que en el que se califica de “publicístico” las partes al iniciar un proceso “brindan al Estado la oportunidad de reafirmar la eficacia del derecho objetivo para lograr la paz social en justicia”, es decir, los individuos están para servir al Estado. Monroy añade que el “esquema privatístico es signo de obsolescencia grave o aguda”, es decir, quienes sostenemos que el Estado se justifica en tanto que asegura la libertad de los individuos hemos quedado “anticuados, inadecuado a las circunstancias actuales”.

Como puede comprobarse el planteamiento de la que sea la función de la jurisdicción afecta a la esencia misma de la idea de Estado, a las relaciones entre Individuo y Estado y a la función de éste. Si se admitiera que la concepción de que los particulares están al servicio del Estado está hoy muerta y enterrada, el punto de partida del debate del papel del juez en el proceso civil perdería buena parte de su radicalización política. Si todos admitiéramos que el Estado justifica su misma existencia en ser el garante de la libertad de las personas, de modo que primero están las personas y luego el Estado o, de otra manera, que el Estado sirve al Individuo el planteamiento sería ya diferente.

Si creyéramos, como nos dice Taruffo (“Per la chiarezza di idee su alcuni aspectti del processo civile”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2009, núm. 2 p. 724), que el derecho procesal “socialista” debería ser visto, primero simplemente como un fenómeno históricamente interesante y, después como un fenómeno que hace ya tiempo que ha agotado su impulso propulsivo, los términos del debate tendrían que abrirse a nuevos aspectos. Naturalmente otros totalitarismos son más aún, si

cabe, cosas del pasado, de los que no vale la pena ni hacer mención.

B) EN ESPECIAL: EL FALSEAMIENTO DEL DEBATE

Antes de seguir, hay que despejar una pretendida distinción que no pasa de ser una manera maniquea de suscitar la cuestión esencial de la función de la jurisdicción en el proceso civil. Se ha pretendido distinguir (Taruffo, “Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2006, núm. 2, pp. 468 y ss.), y no en los últimos años ni mucho menos, entre dos posiciones doctrinales sobre la función del proceso, aunque realmente lo cuestionado ha sido la función de la jurisdicción:

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

b) Como contraria se presenta aquella otra posición conforme a la que lo que importa es la calidad de la decisión judicial, decisión que debe basarse en una aplicación correcta y racionalmente justificada del Derecho, y por ello se tratará de alcanzar la verdad de los hechos, al servicio de lo cual debe estar la atribución al juez de poderes probatorios. Realmente en esta posición no se habla de la tutela de los derechos de las personas, sino de la actuación del Derecho, en singular y con mayúscula, es decir, del objetivo; no de la tutela de los derechos, en plural y con minúscula, es decir, de los subjetivos. Pero entendamos que la posición se incardina en un contexto de libertades y democrático.

La contraposición de estas dos pretendidas posiciones es —insisto— una clara manipulación maniquea, dado que no existe nadie, por lo menos dentro de nuestro ámbito cultural, que llegue a sostener tan descarnadamente que el contenido de la sentencia sea, política y jurídicamente, indiferente. Nadie ha sostenido que en el proceso civil no importe la efectiva tutela de los derechos de las personas y que todo quede en un juego formal de respeto a determinadas reglas procesales. Una cosa es que se entienda que sin respeto a determinadas reglas esenciales es imposible hablar de tutela de los derechos de las personas, de modo que es requisito *sine qua non* el respeto a esas reglas esenciales, y otra muy diferente que todo se quede en el respeto formal a esas reglas.

El verdadero debate se ha centrado, y así deber seguir haciéndose, en determinar cuál es la mejor manera de regular el proceso para que, por un lado, en el mismo las partes puedan alcanzar la tutela efectiva de sus derechos y, por otro, para que el juez pueda cumplir con su función de garante último de esos derechos, y en ese debate nada tienen que ver las posiciones ideológicas que describe Taruffo¹.

3. TÉRMINOS DE UN FUTURO DEBATE

Una vez admitido lo anterior, deberemos partir de que quedan excluidas del debate las concepciones totalitarias, las cuales debemos considerar cosas sepultadas en los archivos de la historia, carentes hoy de virtualidad. Las opiniones que siguen asumiendo la supremacía del Estado sobre el Individuo, las que defienden que la garantía de los derechos, de todos los derechos y en primera línea de los fundamentales, no es el fin del Estado, los que consiguientemente creen que con el proceso civil se persigue, no la tutela de los derechos de las personas, sino el llevar a la práctica el Derecho objetivo del Estado para hacer efectiva la finalidad política de las normas que éste dicta, todas estas opiniones quedan fuera del debate.

No se toman en cuenta. Son historia y ya no afectan a la polémica que ahora importa.

Por no perderse en el vacío de la pura abstracción: con relación a los poderes del juez en el proceso civil, el debate debe centrarse en cuál es la mejor manera de organizar el proceso para que en el mismo se tutelen con la mayor efectividad posible los derechos subjetivos de las personas. Como dice Ricci, el debate debe realizarse dentro de premisas liberal-democráticas, de manera que el tema de fondo radicará en cuál debe ser la disciplina de la prueba en un sistema liberal-democrático moderno².

A) LA LIMITACIÓN IDEOLÓGICA DE LA POLÉMICA

La polémica, por tanto, tiene que entablar-se sobre la función de la jurisdicción y el papel del juez en el proceso civil, bien entendido que se trata del ámbito limitado de los países occidentales con sistema de libertad propio de un país democrático. Los términos de la polémica deberían delimitarse de dos maneras:

1.^a) No se trataría de atender, por lo menos inicialmente, a extremos concretos, caso de los poderes del juez en la prueba o de la buena fe de las partes, sino de centrarse en las cuestiones esenciales, es decir, la función de la jurisdicción y el papel del juez en el proceso civil. Este es el verdadero debate de fondo, y las cuestiones concretas son meras consecuencias.

2.^a) No se trataría de seguir haciendo imputaciones de ideologías políticas, sino, como dice Ricci, el debate debería realizarse dentro de premisas liberal-democráticas, y ello supone tener por abandonadas las bases de los totalitarismos a que hemos hecho antes referencia y atender a los países occidentales con sistemas políticos basados en la libertad.

Hay que decir, inmediatamente, que con ese ámbito reducido tampoco se estaría ya ante un debate meramente técnico, pero sí que entonces muchos de los argumentos utilizados hasta ahora quedarían sin sentido. Ahora debería, aclararse otros extremos, empezando por quién queda fuera del debate, en tanto que

no sostiene una concepción que pueda basarse tanto en la libertad como en la democracia.

En la expresión liberal-democrático entran dos componentes. Democrático se refiere al método para alcanzar el poder y luego para ejercerlo, método que se basa en las elecciones periódicas, de modo que el sistema previsto en la constitución debe garantizar la libertad en la expresión de la voluntad de todas las personas para elegir a los gobernantes y para conformar las normas jurídicas. Pero liberal es una palabra más compleja; en el sentido que yo la entiendo, liberal supone, muy en síntesis: 1) Individuo, el centro de toda construcción política es la persona, todas y cada una de ellas, entendida como singularidad irrepetible (de aquí se derivan los derechos fundamentales, los valores superiores del ordenamiento), 2) Libertad individual, nada debe impedir que cada persona organice su vida según sus propias decisiones (seguridad, propiedad privada, no coacciones en educación, en religión, en todo lo que un individuo puede hacer por sí), 3) Imperio de la ley y, con ella, igualdad: todas las personas son iguales ante la ley (limitación del poder, tolerancia, justicia independiente y jueces imparciales) y 4) Organización social, que está al servicio del individuo y no al revés, si bien el individuo tiene que respetar esa organización, dentro de la que caben todos los modos de estar, todos menos aquel que pretende destruir la libertad que es la base de esa organización.

B) EL DEBATE EN EL ÁMBITO LIBERAL-DEMOCRÁTICO

Delimitados los parámetros en los que debe debatirse sobre la función de la jurisdicción en el ámbito civil de la misma, deben dejarse aclarados algunos extremos antes de seguir.

1.^o) No puede ponerse en duda que uno de los elementos imprescindibles a la hora de hacer efectiva la función jurisdiccional por medio del proceso es que en el mismo se logre un conocimiento lo más completo posible de los hechos sobre los que ha de dictarse la decisión judicial. Partiendo de algo obvio, como son las limitaciones propias de los hombres en

lo que se refiere a la que pudiera entenderse como conocimiento de la verdad, el ejercicio de la jurisdicción en el proceso supone realizar los esfuerzos pertinentes para llegar a conocer cómo ocurrieron los hechos. Evidentemente no se trata ahora de la obsesión por una “verdad material” (o verdad verdadera) frente a una calificada de “verdad formal” (o verdad falsa), sino de algo más simple: la tutela efectiva de los derechos subjetivos de las personas presupone conocer los hechos que conforman esos derechos.

2.º) En un proceso sujeto en su regulación al principio de contradicción, lo normal es que por iniciativa de las partes, con sus alegaciones y medios de prueba, se llegue a un conocimiento razonable de cómo sucedieron los hechos. La experiencia judicial enseña que, salvados los casos patológicos, el enfrentamiento dialéctico de las partes es medio más adecuado teóricamente para llegar al conocimiento de los hechos y prácticamente así sucede. Cualquiera que tenga experiencia forense sabe que la regulación de la prueba en los códigos responde a una experiencia milenaria en el mejor método para conocer la realidad de los hechos y que esa experiencia sigue teniendo aplicación en la realidad actual.

3.º) Tiene también interés destacar que en la regulación del proceso civil en los tiempos modernos se ha partido tradicionalmente de que las partes tienen derechos procesales y cargas de esta naturaleza, pero no realmente deberes ni tampoco obligaciones. La regulación del proceso no precisa ni del deber ni de la obligación a cargo de las partes. Por el contrario, en juez no tiene derechos en el proceso, tiene solo deberes; más aún, cuando se dice en una norma que el juez tiene una facultad, lo que la ley está realmente diciendo es que el juez, atendiendo a las circunstancias, debe utilizarla, es decir, se le impone un deber; no hay discrecionalidad en el ejercicio por el juez de sus facultades, hay cumplimiento de deberes.

4.º) Por último, en lo que ahora importa, se debe partir del presupuesto de la adecuación de la verificación de los hechos a los principios

y reglas que conforman la configuración de los sujetos del proceso y del proceso mismo. Referirse a la averiguación de la verdad en el proceso en abstracto carece de sentido, pues debe estarse a lo concreto de las regulaciones propias de los sistemas jurisdiccionales y procesales.

En este sentido la polémica debe centrarse en lo que debe entenderse por juez que sea efectivamente tercero e imparcial —aspectos diferentes pero complementarios—, aparte de independiente, debe comprender lo que supone el principio de contradicción, como regla básica para regular desde ella el proceso —cualquier proceso— y, por fin, debe incluir la efectividad del derecho de defensa y la igualdad de las partes en el proceso. Hay aspectos de los que no suele hacerse mención y que son determinantes del ámbito en el que se debate, por ejemplo, si partimos de un sistema procesal en el que la intervención de abogado es necesaria no puede dejar de tenerse en cuenta que éste asume la defensa de los intereses de su cliente y de que lo hace con plenitud de conocimiento de lo que es mejor para su defendido.

El debate no puede seguir tomando en consideración concepciones ideológicas que, por lo menos formalmente, nadie asegura mantener.

+ + + +

Cuando se me sugirió la oportunidad de publicar en *Teoría & Derecho* algunas contribuciones al debate acepté encantado y asumí las reglas de la Revista. De entrada busqué las colaboraciones necesarias que, en general, no me fueron denegadas, si bien en algunas ocasiones se hizo verdad el viejo refrán español de que una cosa es predicar y otra dar trigo. Ello me ha obligado a buscar contribuciones no específicas y entonces mi gratitud es mayor si cabe. Respecto de la forma algunos han cumplido con la indicación de que se trataba de un ensayo (y por ello sin notas) y otros no hemos cumplido (con notas).

En todo caso el lector juzgará.

NOTAS

1. Se permite además Taruffo hacer afirmaciones, aparte de carentes de demostración, radicalmente contrarias a los sistemas jurídicos occidentales; por ejemplo: “Es notorio y está históricamente confirmado que el modo menos eficiente para descubrir la verdad de los hechos en el proceso es el de confiarse exclusivamente en las iniciativas probatorias de las partes”; si esta afirmación fuera cierta es obvio que todos los Ordenamientos jurídicos del mundo occidental deberían reformarse de raíz, especialmente en lo relativo al proceso penal, pues en éste deberían atribuirse completos, aunque no exclusivos, poderes probatorios al jurado y al magistrado que lo preside, o, en su caso, sólo al juez del juicio penal. El sistema occidental de justicia se ha basado, por el contrario, en algo elemental: “Las partes son los mejores jueces de su propia defensa”, como decía CHIOVENDA, G., *Principios de derecho procesal civil*, II, Madrid, 1925, traduc. de Casáis y Santaló, p. 183.

2. Dice E. F. RICCI en la recensión a una obra de Taruffo, en *Rivista di Diritto Processuale*, 2009, 6, p. 1683, que las posiciones de Taruffo no deben considerarse propias de ideologías políticas de tipo totalitario, sino que el debate debe realizarse dentro de premisas liberal-democráticas, de manera que el tema de fondo radicaré en cuál debe ser la disciplina de la prueba en un sistema liberal-democrático moderno. Naturalmente debe expresarse la conformidad con la idea base de Ricci. El debate debe atender a un sistema liberal-democrático, si bien la palabra moderno sólo significa actual. Cuando se emplea la palabra moderno hay veces que pareciera que por moderno quiere afirmarse que algo es mejor, en contraposición a algo que es peor; y no debe ser así. Moderno es simplemente actual, sin referencia a su bondad. Lo moderno es lo de hoy, y no siempre lo de hoy es lo mejor.

RESUMEN

El presente trabajo hace un repaso de la incidencia en la concepción liberal del proceso, surgida en el siglo XIX, de las concepciones históricas publicistas que constituyeron el proceso civil comunista y el fascista, pero con la finalidad de conocer algo más que la historia.

Resulta, de esta manera, que uno de los elementos esenciales para determinar la ideología base de un código procesal civil, como es el de las facultades del juez y de las partes, se quiere acabar convirtiendo en algo pretendidamente técnico, algo sujeto a la oportunidad del legislador. Bien entendido, que la cuestión no es simplemente si se aumentan o no los poderes del juez, pues lo verdaderamente importante es qué función ejerce el juez por medio del proceso civil. Por ello cuando se recuerda que en el último tercio del siglo XX se han aumentado los poderes del juez en códigos de países cuyo régimen político claramente no es autoritario, se está falseando el debate. Es perfectamente posible que, sin atender a una ideología autoritaria, se debata en torno a la manera de regular un código los poderes del juez, pero ello no supone que en otras ocasiones el aumento de los poderes judiciales sea expresión de algo más profundo y referido a la función judicial.

Si sorprendente es el intento de convertir en técnico lo que es político, lo que más llama la atención es que cuando se pretende volver a llamar a las cosas por su nombre, es decir, cuando se recuerda que lo relativo a los poderes del juez y a la prueba de oficio se basa en general en la concepción ideológica de las relaciones entre el Estado y el individuo, se impute a quien ello sostiene que está politizando la cuestión.

PALABRAS CLAVE

PROCESO CIVIL E IDEOLOGÍA, PODERES DEL JUEZ, PRINCIPIOS DEL PROCESO, PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD, PRINCIPIO DISPOSITIVO, PRINCIPIO DE APORTACIÓN DE PARTE, IMPULSO PROCESAL, FACULTADES DE LAS PARTES

ABSTRACT

This paper provides an overview of the impact on the liberal conception of procedure, which emerged in the nineteenth century, of publicist historical conceptions that constituted the communist and fascist civil procedures, with the aim of learning more about history.

It transpires that one of the essential elements in determining the ideological basis of a code of civil procedure, such as that concerning the powers of the judge and parties, ends up becoming something supposedly technical, something subject to the opportunity of the legislature. The issue, of course, is not simply whether or not the powers of the judge are increased. What really matters is what role the judge exercises through civil procedure. So, the debate is distorted when it is remembered that in the last third of the twentieth century judges' powers have increased in the codes of countries where the political regime is clearly not authoritarian. It is entirely possible, without heeding an authoritarian ideology, to debate the regulation of a code regarding judges' powers - though this does not mean that at other times the increase in judiciary powers is necessarily an expression of something deeper referring to the judicial function.

If the attempt to make technical what is political is surprising, what is most striking is that when one tries to call a spade a spade - i.e. when one draws attention to the fact that regarding judges' powers, and the evidence he/she calls for, matters are generally based on the ideological conception of relations between the state and the individual - the one charged is the one who is said to be politicizing the issue.

KEY WORDS

IDEOLOGY AND CIVIL PROCEDURE, JUDGE'S POWERS, PRINCIPLES OF PROCEDURE, OPPORTUNITY PRINCIPLE, DISPOSITIVE PRINCIPLE, PRINCIPLE OF PRODUCTION OF EVIDENCE BY PARTIES, THE BURDEN TO ADVANCE LEGAL PROCEEDINGS, FACULTIES OF THE PARTIES

SÍNTESIS DE LAS CONCEPCIONES HISTÓRICAS DEL PROCESO CIVIL

Juan Montero Aroca

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

Sumario: 1. Los principios del proceso civil en el siglo XIX. A) Sobre el objeto del proceso: Oportunidad y dispositivo. B) Sobre el proceso mismo: Aportación e impulso. 2. La asunción de la dirección formal del proceso por el juez ya en el siglo XX. 3. El proceso civil comunista (La negación de los derechos subjetivos privados). A) La función del juez y su cumplimiento por medio de proceso. B) Los principios de ese proceso: a) La verdad objetiva; b) La colaboración del juez y las partes. 4. El proceso fascista (El juez y la dignidad del Estado). A) Alemania y el nazismo. B) Italia y el fascismo. C) Portugal, España y otros países. 5. Algo más que historia.

1. LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO CIVIL EN EL SIGLO XIX

La concepción liberal propia del siglo XIX se basaba en que, suprimida la posibilidad de tomarse la justicia por propia mano y por la fuerza, la tutela judicial debía concebirse como la manera pacífica de resolver controversias por un tercero, que además debía ser imparcial, en primer lugar, y, después, que esa función debía realizarse por un medio (=proceso) en el que debía quedar asegurada la aplicación del principio de contradicción y el respeto al derecho de defensa. Se trataba, en conjunto, de garantizar la plenitud de los derechos subjetivos de los ciudadanos y no, desde luego, la mera observancia del Derecho objetivo, esto es, la salvaguarda del interés público¹; la jurisdicción y el medio del proceso estaban al servicio de los derechos de los ciudadanos². Esta idea básica está en el fondo de las grandes obras jurídico-procesales del siglo XIX y de los inicios del si-

glo XX, y ello de manera tan clara que no es preciso hacer citas de autores concretos³.

Desde esta manera de entender el proceso, se llegaba también a la conclusión de que las partes debían disponer de todas las posibilidades de defensa, lo que se entendió que debía llevar a un procedimiento escrito (aunque en lo que sigue no nos ocuparemos de los principios del procedimiento).

Además, partiendo de que la función de la jurisdicción era la tutela de los derechos de los ciudadanos, que se confiaba a un juez que debía ser tercero, imparcial (en la terminología de la época, neutral) e independiente,⁴ el paso siguiente consistía en afirmar la naturaleza privada y, por tanto, disponible de esos derechos, los cuales eran en sentido estricto derechos subjetivos privados, y una y otra premisa llevaban a la consecuencia de que las partes tenían que ser las “dueñas del proceso” y en un doble sentido.

A) SOBRE EL OBJETO DEL PROCESO: OPORTUNIDAD Y DISPOSITIVO

La concepción liberal de la sociedad en general y de la economía en particular, suponía que el proceso civil se asentaba en el que llamo principio de oportunidad⁵, por cuanto que lo determinante de la iniciación del proceso era la voluntad del ciudadano, el cual decidía, atendiendo a razones de oportunidad, acudir o no al proceso para impetrar la tutela por el Estado (juez) de su derecho subjetivo. No se hablaba en este aspecto de reparto de facultades entre el juez y las partes, pues éstas tenían todas las facultades careciendo el juez de ellas; estamos ante el brocardo *ne procedat iudex ex officio*, con referencia al inicio del proceso. Si el pretender la tutela judicial de un derecho era un modo de ejercitar ese derecho, ese ejercicio sólo podía corresponder al titular del mismo⁶.

Desde aquí se llegaba a la consecuencia del principio dispositivo en su sentido estricto. Esto es, además y desde luego de que únicamente las partes podían iniciar el proceso, el principio significaba que: 1) Sólo el actor podía determinar el objeto del mismo, es decir, sólo él determinaba el ámbito de su pretensión, y con referencia tanto a lo que pedía como a la causa de pedir, y 2) Sólo el demandado podía ampliar el objeto del debate, es decir, a él incumbía de modo exclusivo el ámbito de la resistencia, en atención a las causas de oposición a la pretensión. El juez no podía influir en la determinación del ámbito de la pretensión ni en el de la resistencia⁷.

Consecuencia también de la oportunidad era también la exhaustividad y la congruencia de la sentencia, esto es, la imposición al juez de la necesidad de pronunciarse sobre todo lo pedido y lo debatido, pero únicamente sobre ello, y de pronunciarse sólo sobre lo pedido y lo debatido, de modo que no cabía ni una falta de pronunciamiento, ni un exceso en el mismo. Se está aquí ante otro brocardo: *ne eat iudex ultra petita partium*.

Se trataba, por tanto, de que sólo las partes podían determinar el objeto del proceso y el objeto del debate. De uno y otro quedaba ex-

cluido totalmente el juez; éste no solo no tenía facultad alguna en estos extremos, sino que ni siquiera se contemplaba la posibilidad de que algo semejante pudiera llegar a existir.

B) SOBRE EL PROCESO MISMO: APORTACIÓN E IMPULSO

El ser las partes las dueñas del proceso no se refería sólo a lo debatido en él, pues comprendía también al proceso mismo:

a) La concepción liberal del proceso llevaba a excluir al juez de las facultades materiales en el desarrollo de ese proceso. Se trataba de algo matizadamente diferente de lo anterior, pues aquí se atendía a las facultades cuyo ejercicio podía llegar a determinar el contenido de la sentencia y de las que debía quedar excluido el juez; éste era el sentido del brocardo que fue formándose de modo escalonado⁸ hasta llegar a decir *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partibus*⁹. La finalidad perseguida era conseguir un juez tercero e imparcial como garantía para las partes de que se iba a realizar un verdadero proceso; esto es, un sistema de solución de las controversias basado en la existencia de dos partes parciales y de un tercero imparcial. Ésta era la consideración que llevaba a que el juez quedara apartado de todo aquello que podía llegar a tener alguna influencia en el contenido de la sentencia, de modo que:

1.º) El juez no podía aportar hechos al proceso (*Iudex debet iudicare secundum allegata, non secundum conscientiam*). No se trataba ya de determinar el objeto del proceso (actor) o el objeto del debate (actor y demandado), sino que tampoco podía el juez realizar aportaciones de hechos, de cualquier clase que fueran, incluidos: 1) Aquellos que, si no sirven para identificar el objeto del proceso distinguiéndolo de los demás posibles, sí sirven para que puedan llegar a determinar el contenido de la sentencia; se trata de la distinción entre hechos identificadores del proceso y otros hechos, los más importantes de los cuales son los constitutivos¹⁰, pero también los impeditivos y los extintivos, y 2) Aquellos otros que pueden calificarse de secundarios o accesorios y que, si

no son el supuesto fáctico de la norma cuya aplicación se pide, sí pueden servir como elemento para determinar la convicción judicial.

2.º) El juez no podía practicar pruebas a iniciativa propia (*Iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*)¹¹, y con ello lo que se quería seguir diciendo era que el juez no podía juzgar con los hechos conocidos por él de modo privado, sino conforme a los hechos alegados y, además, probados en el juicio, y también ahora quedaba claro que los hechos a tener en cuenta sólo podían ser los alegados por las partes y evidentemente los hechos probados por las partes.

De este modo el brocardo acabó referido a los hechos y a las pruebas *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partibus*¹². Se estimaba evidente que si el juez hubiese podido introducir hechos y acordar de oficio la práctica de medios de prueba se hubiere convertido en el auxiliar de una de las partes, la favorecida por ese medio; se trataba, más que de no incurrir en parcialidad, en no asumir un papel que correspondía a las partes, esto es, de no ser juez y parte al mismo tiempo.

b) Una vez iniciado el proceso, determinado su objeto por las partes y aclarado que son éstas las únicas que aportan los hechos y tienen la iniciativa probatoria, la desconfianza de la concepción liberal en el Estado y en la actuación de sus órganos, incluidos los jurisdiccionales, determinaba cómo se realizaba ese proceso, quién lo dirigía¹³. Esa desconfianza llevaba, aquí sí, a un reparto de las facultades entre el juez y las partes en el proceso civil, pero reparto en el que se privilegiaba a las partes sobre el juez, hasta el extremo de que éste no era quien podía poner de manifiesto la falta de algún presupuesto procesal (salvo su propia competencia objetiva y funcional), siendo necesaria la oposición de la correspondiente excepción por el demandado, ni quien podía hacer avanzar de oficio el procedimiento por sus fases, siendo también necesaria la petición concreta de una de las partes. Se trataba de que:

1.º) El juez no tenía, en general, control de oficio de los presupuestos procesales. El prin-

cipio general era el de que nada debe hacerse de oficio en los negocios civiles, sino que debe dejarse todo al interés de la parte y a su excitación, lo que supuso que no había verdaderos presupuestos procesales (salvo la competencia no territorial), siendo todos impedimentos¹⁴.

2.º) El impulso procesal se confió a las partes. El proceso tenía que avanzar a instancia de parte, pues éstas debían solicitar al juez que declarase terminada una fase procesal y abriese la siguiente¹⁵. De este modo todos los plazos quedaban a la discrecionalidad de las partes, pues no se entendía precluido un trámite mientras una parte no lo pidiera al juez expresamente.

A pesar de que estas facultades no pueden llegar a determinar el contenido de la sentencia, sino que por su medio únicamente cabía determinar si podía llegar a dictarse sentencia sobre el fondo del asunto (control de los presupuestos procesales) y cómo se llegaba a poner el proceso en situación de dictar la sentencia (impulso procesal), para la concepción liberal la titularidad de verdaderos derechos subjetivos privados, es decir, la existencia de un amplio ámbito de autonomía de voluntad en las relaciones jurídicas materiales de derecho privado, extendía su virtualidad hasta comprender la titularidad de verdaderos derechos subjetivos procesales, consistentes, no ya en poder acudir al proceso, esto es, a pedir la tutela de aquellos derechos materiales, sino en poder determinar la manera de hacer ese proceso. Cuando se decía que las partes eran las “dueñas del proceso” se estaba diciendo algo que debía entenderse de modo prácticamente literal.

2. LA ASUNCIÓN DE LA DIRECCIÓN FORMAL DEL PROCESO POR EL JUEZ YA EN EL SIGLO XX

Si el juez civil del siglo XIX se vio privado de facultades de todo tipo, pues eran las partes las dueñas del proceso, en el siglo XX las cosas iban a cambiar. El cambio se hizo dentro de la

concepción liberal de la función jurisdiccional y del proceso civil y se trató, simplemente, de atribuir al juez facultades de naturaleza procesal, pero no material.

La negación al juez de algunas facultades necesarias para asumir su función, que era algo típico del liberalismo, de la misma manera como se negaba al Estado en general cualquier injerencia en la vida social que llegará más allá de la seguridad ciudadana, no pudo obviamente mantenerse en el siglo XX. Esta negación al juez de verdadera autoridad para ejercer su función, no se solucionaba con la llamada *publicización* del proceso, de la misma manera como ni el autoritarismo ni el totalitarismo solucionan problema alguno de la sociedad, sino que, antes al contrario, los aumentan. Se trató simplemente de concederle al juez la dirección formal del proceso y la posibilidad de adoptar medidas coercitivas con el fin de que se cumplieran sus decisiones.

No puede dejar de reconocerse algo tan elemental como es que si en el proceso civil se debate de derechos subjetivos de titularidad privada y se aplican normas de derecho material plenamente dispositivas (con escasas excepciones), las normas reguladoras del proceso civil son de derecho público y, por tanto, ello tiene que repercutir de algún modo en que las partes dejen de ser plenamente las “dueñas del proceso”. En este sentido en el siglo XX se ha puesto fin a algunas exageraciones, como eran las referidas a los presupuestos procesales y al impulso de parte, y se ha dado paso a una concepción de liberalismo entendido como libertad y garantía.

En la actualidad se ha atribuido al juez la dirección formal del proceso. El juez se ha convertido en todos los ordenamientos procesales civiles de nuestro entorno cultural en quien dirige el proceso, aclarando que esa dirección se refiere a las que antes hemos llamado facultades procesales, bien en lo atinente al control de la falta de los presupuestos de los que depende, no la existencia del proceso, pero sí la validez del mismo, bien en lo que atiende a hacerlo avanzar de una fase a otra en la dirección que conduce a la sentencia. En este sentido, no

es que no haya oposición, es que se compare plenamente que el juez controle los presupuestos procesales, siempre con audiencia de las partes, en cuanto de la concurrencia de los mismos depende la validez del proceso; de la misma manera se comparte que al tribunal se le atribuya el impulso procesal, entendido éste como posibilidad de que, una vez iniciado el proceso por el actor, el procedimiento, como cauce formal de la serie de actos, se desarrolle por los pasos previstos en la norma; más aun, nos parece evidente que nada puede oponerse a que sea también el juez, siempre con las partes, el que controle la realización de los actos conforme al principio de legalidad.

Lo anterior no significa que el juez “gestione” el proceso, por lo menos si la palabra gestionar (o *gestire*) se entiende como sinónima de administrar una empresa, una iniciativa o una actividad influyendo de modo determinante en su desarrollo. Se trata sólo de ejercer unas facultades de dirección formal, sin que el ejercicio de esas facultades pueda llegar a influir en el que puede ser el resultado del proceso.

En la misma línea deben entenderse las facultades judiciales que pueden llamarse coercitivas, esto es, aquellas que permiten al juez llevar a efecto las decisiones que adopta, bien a lo largo del proceso de declaración, bien en la ejecución de la sentencia. El ejemplo más claro, sin duda, es el del reconocimiento a los ciudadanos del derecho a que las sentencias se cumplan en sus propios términos, derecho integrado en el más amplio a la tutela judicial efectiva, y, correlativamente, de la necesidad de dotar al tribunal de los poderes necesarios para que el derecho subjetivo de la parte no se quede en una declaración retórica más. Esto tiene especiales manifestaciones cuando se trata de condenas a hacer, a no hacer o dar cosas distintas del dinero¹⁶.

Por lo demás en el siglo XX la concepción liberal del proceso civil siguió sosteniendo que el sistema procesal civil encuentra su apoyo ideológico en una concepción de la sociedad basada en la libertad de los ciudadanos y en la que el Estado existe en tanto que medio para asegurar esa libertad, y se manifiesta, princi-

palmente en el aspecto económico, en la distinción entre intereses públicos e intereses privados.

En el proceso civil el interés que la parte solicita que sea protegido o tutelado por el órgano jurisdiccional es privado, siendo preponderante en él la autonomía de la voluntad. El titular de ese interés es el individuo, no la sociedad y, por tanto, se trata de un derecho o interés disponible. La distinción entre derecho público y derecho privado es fundamental y también que el proceso civil se convierte en el instrumento destinado a que los órganos jurisdiccionales garanticen la satisfacción de intereses privados. Desde aquí tiene que mantenerse la completa vigencia del principio de oportunidad y aquellos otros que son su consecuencia: los principios dispositivo y de aportación de parte.

Hasta aquí la que podemos llamar concepción liberal del proceso en sentido estricto. Sobre esta concepción van a incidir dos maneras muy diferentes de entender lo que es el proceso civil. La manifestación primera es la que se califica de concepción publicista, con dos especies las dos totalitarias, como veremos seguidamente; la alternativa es la concepción que podemos llamar garantista.

3. EL PROCESO CIVIL COMUNISTA (LA NEGACIÓN DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS PRIVADOS)

En la Viena de finales del siglo XIX deben destacarse dos figuras que han tenido gran trascendencia en todo el desarrollo del proceso civil en el siglo XX. Se trata, por un lado, de Antón Menger, profesor de procedimiento civil y llamado el fundador del “socialismo jurídico” y, por otro, de Franz Klein, el político que conformó la Ordenanza Procesal Civil de Austria de 1895.

La base de la construcción teórica de Menger radicaba en su aspiración a que, transfor-

mos los derechos civiles privados en derechos administrativos, desapareciera la barrera más importante que separa hoy —decía— los procesos civil, penal y administrativo. Se trataba de que “las tres formas de procedimiento se fundirán en una sola, consistente esencialmente en una instrucción de oficio”¹⁷. Como puede verse, se trataba, en el fondo, de la supresión de la idea de proceso, siendo sustituido por algo similar a la jurisdicción voluntaria.

Si la anterior era una aspiración principalmente teórica, poco después se estaría ya ante una imposición práctica; cuando Lenin decía que “no reconocemos nada privado; para nosotros todo el campo de la economía reviste carácter de derecho público y no de privado”¹⁸, estaba poniendo las bases políticas para la desaparición de los derechos subjetivos privados, de todos, pero especialmente de los económicos, y con ellos del proceso civil tal y como se había entendido hasta entonces.

A) LA FUNCIÓN DEL JUEZ Y SU CUMPLIMIENTO POR MEDIO DE PROCESO

En la doctrina comunista ha sido un lugar común partir de que la división entre derecho privado y derecho público, que era algo propio de los estados capitalistas, se basaba en la propiedad privada y más allá en la existencia de intereses individuales tutelados por el Derecho. Ahora bien, unificado todo el derecho en lo público, y habida cuenta del nexo profundo que existe entre el derecho sustantivo y la forma procesal de su realización, no existía ya razón de ser de un proceso civil distinto de los otros procesos¹⁹. Naturalmente por ese camino la consideración fundamental acabó siendo la de que el proceso civil no era ya expresión de un conflicto entre particulares, sino que se había convertido en un “fenómeno social de masas”²⁰.

Si se leen los *Principios fundamentales del procedimiento civil de la URSS y de las Repúblicas Federadas* de 1961, se advertirá que la función del juez, a llevar a efecto por medio del proceso, no es la tutela de los derechos e

intereses de los ciudadanos, sino la tutela del interés general, interés que es el definido como tal en las leyes. Dice así el principio 2.º. “*Finalidad del proceso civil. Finalidad del proceso civil soviético es el justo conocimiento y decisión de las causas civiles, pero ello con el fin de garantizar la defensa de la estructura social y estatal de la URSS, del sistema socialista de la economía y de la propiedad socialista*”. Se trata, por tanto, que el juez no es el garante de unos inexistentes derechos subjetivos de los ciudadanos; el juez es el garante del exacto cumplimiento de la legalidad socialista y el proceso es el medio utilizado para ello. Esta es la idea fundamental y desde ella se examina el proceso.

Desde esa concepción en la regulación del proceso civil, que sus propugnadores han llamado socialista²¹, carecen de sentido el principio dispositivo y todas sus consecuencias. Se niega la aplicación de los brocardos *ne procedat iudex ex officio*, con referencia al inicio del proceso, y *ne eat iudex ultra petita partium*, sobre el contenido de la sentencia. Pero más allá se trataba, en realidad, de negar la existencia de derechos subjetivos realmente privados y, consiguientemente, de negar la disposición de esos inexistentes derechos. Naturalmente la negación de los principios de oportunidad y dispositivo no se produjo siempre de modo evidente, pues era común en la doctrina comunista aludir a la “dispositividad” o principio dispositivo, en el sentido de que las partes iniciaban el proceso y determinaban su objeto; incluso se llegó en alguna ocasión a advertir que la interpretación que hacían algunos “soviétólogos” del papel del juez comunista era exagerado²², pero no puede negarse que el principio dispositivo quedaba negado desde el momento en que la parte no era la única en poder iniciar el proceso, dado que podían hacerlo partes públicas²³, ni podía ponerle fin cuando lo estimara oportuno²⁴.

De esta manera bastará recordar, para no extenderse demasiado, como Cappelletti exponía el contenido del principio dispositivo en los procesos civiles del entonces mundo occidental, tanto del *civil law* como del *common law*, y había de llegar a la consecuencia de que

los mismos eran algo ajeno al proceso civil que él llamaba socialista²⁵.

B) LOS PRINCIPIOS DE ESE PROCESO

Lo anterior es lo más importante, pero no es lo único. A partir de un proceso civil en el que las partes no eran dueñas del objeto del proceso, el desarrollo posterior llevó también a negar las otras características del proceso liberal relativas al proceso mismo y de esta manera se convirtieron en principios del proceso civil socialista:

a) La verdad objetiva

La obtención de la verdad objetiva se convierte en un principio que no responde simplemente a una idea científica, ni de técnica procesal, sino que constituye parte esencial del derecho socialista puesto que responde a un postulado marxista-leninista, aparte de que viene impuesto por la función del juez y su cumplimiento por medio del proceso.

Kellner, que fue catedrático de derecho procesal civil en la Universidad Von Humboldt de Berlín, ponía en relación el principio de contradicción y la verdad que llamaba formal. La contradicción, en el sentido que la definía Rosenberg de que “*sólo las partes introducen en el proceso los elementos de la contienda, deciden sobre la necesidad de la tutela y le dan impulso, mientras que el juez no tiene las facultades de tener en cuenta circunstancias de hecho no alegadas por las partes, ni, normalmente, de acordar pruebas de oficio*”, conducía a la verdad meramente formal. El fin del proceso burgués no era lograr la verdad objetiva, descubriendo las relaciones verdaderas entre las partes, sino que se conformaba con el contenido del proceso tal y como las partes lo habían delimitado. El proceso burgués no perseguía la verdad objetiva.

En sentido contrario, el derecho socialista, por medio del principio de la verdad objetiva o material, impone a los tribunales el deber de adoptar todas las medidas previstas por la ley para esclarecer del modo más completo las

circunstancias reales del asunto, las relaciones jurídicas entre las partes, sus derechos y obligaciones; el principio responde así al interés del Estado en la realización del derecho objetivo²⁶.

Pero hay que dar un paso más, pues la llamada verdad material u objetiva no se quedaba en lo que hemos dicho. Como ha recordado Monteleone²⁷, cuando en el socialismo se hablaba de esa verdad se hacía referencia a una entidad conceptual abstracta inherente a la idea marxista-leninista de la llamada *praxis*. Es decir, esa verdad objetiva o material no es aquello que realmente ha sucedido como hecho en la realidad, sino todo aquello que es coherente con la *praxis* social determinada *a priori* y, por tanto, todo lo que permite a la ideología política imponerse en los hechos; no se trataba de la verdad que pudiéramos considerar subjetiva, pues ésta es siempre algo dudoso, sino de la verdad objetiva, de la verdad política.

Con la posibilidad de acordar prueba de oficio, que es algo consustancial, con la verdad, no se trataba tanto, aunque también, de llegar al conocimiento real de los hechos para que la sentencia se ajustara a los mismos, siempre teniendo en cuenta que con ese conocimiento de la realidad de los hechos no se aspiraba a la tutela de unos inexistentes derechos subjetivos privados, sino a la salvaguarda del interés público plasmado en la recta aplicación del Derecho objetivo. Se trataba realmente de que el conocimiento sobre los hechos lo iba a determinar su correspondencia con la *praxis* en sentido marxista-leninista, no el dato meramente subjetivo de su conocimiento. Lo que importaba era lo objetivo, la verdad política, es decir, lo que se correspondía con la ideología, no lo subjetivo, que por esencia es algo siempre dudoso.

b) La colaboración del juez y las partes

Una de las constantes en la doctrina comunista sobre el proceso civil es la idea relativa a que ese proceso no se presenta como una suerte de contienda entre partes; no es ya una lucha

entre ellas, sino que la búsqueda de la verdad material se resuelve en un principio que puede denominarse de colaboración entre todos los que intervienen en el proceso, y así se habla de una “*confiada colaboración entre el juez y las partes*”²⁸. De este modo se destacan:

1.º) El deber del juez de asesorar a las partes sobre los derechos y obligaciones que les corresponden, lo que supone también la necesidad de estimular la actividad procesal de las partes y realmente de todos los demás que intervienen en el proceso, llegándose a hablar de una suerte de funciones asistenciales encomendadas al juez que deben operar incluso cuando las partes comparecen asistidas por abogado²⁹. Es decir, el juez se convierte en parcial.

2.º) Correlativamente, el deber de las partes, no ya de aportar los hechos al proceso informando al juez, sino de hacerlo sin esconder hecho alguno y haciéndolo siempre de manera veraz, de modo que han de llevar al proceso todo aquello de lo que tienen conocimiento. Se trata de un deber de veracidad e integridad, de más alcance que el deber de lealtad y probidad³⁰. De esta manera las partes deben ser imparciales y especialmente los abogados pasan a ser los mejores colaboradores del juez para la búsqueda de lo que es verdad.

Por este camino la conclusión que más resalta es la de que el juez debe ser parcial y las partes y sus abogados, imparciales, y ya veremos después cómo a la misma conclusión se llegaría en otros países, y no precisamente comunistas, en atención a lo que se llamaría concepción *publicística* del proceso civil.

4. EL PROCESO FASCISTA (EL JUEZ Y LA DIGNIDAD DEL ESTADO)

Volvemos a Viena y a finales del siglo XIX, ahora para encontrarnos con Franz Klein que es nombrado en 1891 jefe de sección del Ministerio de Justicia y que pone en marcha las “leyes de la justicia”³¹. Entre las varias leyes que impulsó, después ya como ministro; la que nos

importa es la Ordenanza Procesal Civil, que será aprobada en 1895³² y entrará en vigor el 1 de enero 1898³³. Esta Ordenanza se ha sostenido que supuso una ruptura brusca con respecto a los modelos procesales del siglo XIX, añadiéndose que “*se ubica como modelo de una legislación procesal moderna*”³⁴.

Curiosamente también para Klein el proceso se ha convertido en un fenómeno social de masas o en una de las instituciones sociales del Estado³⁵; el proceso es un mal social y, por tanto, el interés del Estado es terminarlo cuando antes y al menor coste posible³⁶. Éstas son las bases ideológicas de Klein, para el que el proceso debía entenderse como una especie de procedimiento administrativo en el que se tutelan, desde luego los intereses individuales, pero también y especialmente los sociales³⁷. En este contexto uno de los elementos definidores de ese proceso es el refuerzo de los poderes del juez, el cual no puede seguir siendo un mero contemplador de la contienda, puesto que debe proteger no sólo al individuo, sino también al Ordenamiento jurídico al servicio de la comunidad³⁸, lo que incluye el acordar pruebas de oficio³⁹.

El juez no se limita a juzgar; es el gestor (administrador) del proceso, dotado de grandes poderes discrecionales, que han de estar al servicio de garantizar, no sólo los derechos de las partes, sino principalmente los valores e intereses de la sociedad⁴⁰. Cuando se habla de que el juez de Klein tenía la función de hacer justicia entre las partes⁴¹, debe recordarse inmediatamente que esa justicia no consistía en la tutela de los derechos de los ciudadanos (que no existían en aquella Austria y menos en Hungría, pues eran súbditos) sino en la realización del Derecho objetivo en el caso concreto.

A) ALEMANIA Y EL NAZISMO

La Ordenanza Procesal Civil de 1877 puede considerarse sustancialmente liberal⁴² y, llegada la época del nazismo, aunque no se realizó una nueva Ordenanza, sí se ha sostenido⁴³ que el común denominador de todas sus elaboraciones del régimen político fue la

tiránica acentuación del criterio colectivista de la ‘comunidad de pueblo’⁴⁴, que llevaba a pretender, entre otras cosas la exaltación de la figura del juez; el cual, por otro lado, se convirtió en dependiente del poder nazi; como decía el ministro de Justicia, Hans Frank, el juez debe ser siempre consciente de que “*en razón de su posición predominante en la aplicación del derecho, no puede jamás ir contra los principios del programa político nacionalsocialista y de su ideología*”⁴⁵.

La concepción del proceso civil, no la extrema que quiso convertirlo en mera jurisdicción voluntaria⁴⁶, sino la menos radical de Hans Otto de Boor⁴⁷, sostuvo: “*Que a nosotros, en el Tercer Reich, no nos sirve para nada un proceso de inspiración y características liberales es cosa totalmente evidente, sobre la que no debe darse ni siquiera una explicación*”. Se negaba, pues, la concepción del juez como sujeto neutral que asiste a la lucha entre dos personas; era necesario un juez que “*tutele los intereses de la comunidad del pueblo de modo extremadamente activo*”. Ese juez tampoco tutelaba los derechos subjetivos de los ciudadanos, pues su función consistía en llevar a cabo el derecho objetivo, el cual era expresión de la ideología nazi.

En la Exposición de Motivos de la Ley de 1933, de modificación del procedimiento civil, se decía: “*Las partes y sus representantes deben ser conocedores de que la jurisdicción no las sirve sólo a ellas, sino que, sirve antes y principalmente, a la actuación de la paz jurídica de toda la comunidad*”. Más aún, se trataba, como dice Böhm⁴⁸, de que las disposiciones programáticas de la Ley de 1933 imponían al juez una ‘rigurosa dirección del proceso’, ‘el efectivo descubrimiento de la verdad’ y una disciplina del procedimiento ‘dinámica’, ‘comprensible’ y ‘auténticamente popular’⁴⁹.

Cabe así sostener que el nazismo intentó, aunque por razones de tiempo no llegó a hacerlo efectivo, *administrativizar* el proceso, es decir, hacer predominar el interés del Estado frente a los intereses de las partes, los cuales sólo serían tutelados en tanto que subordinados a lo colectivo. Naturalmente el interés colectivo era el que determinaba el *Führer*, en

tanto que el mismo expresaba la voluntad del pueblo alemán⁵⁰.

B) ITALIA Y EL FASCISMO

Fue en Italia donde se difundió de modo más general la expresión “concepción publicista del proceso civil”, aunque es difícil determinar su momento exacto y su autor primero⁵¹. No imputando autoría sí puede decirse que Pietro de Francisci, ministro de Justicia de Mussolini desde 1932 hasta 1935, en el discurso al Senado el 5 de enero de 1934 dijo que el nuevo Código se inspirará “*en la concepción publicista de la función jurisdiccional y en la idea de que la actividad procesal no debe ser un libre juego del egoísmo de los litigantes, sino cooperación de todos los sujetos a la afirmación y actuación del derecho objetivo*”⁵². Después vendrá el proyecto Solmi, calificado de “policíaco”⁵³ y, por fin, el actual Código de 1940. Pues bien, la concepción del proceso civil del fascismo italiano es la que se expresa en la *Relazione* (Exposición de Motivos) de este Código procesal civil de 1940, obra de Calamandrei que firma Dino Grandi, el ministro de Justicia⁵⁴. Sin grandes profundidades en esa Exposición se encuentra:

a) El nuevo Código se basaba en un condicionamiento político; si el Código anterior, el de 1865, era expresión de los intereses individuales que estaban en la base del Estado liberal, el Código de 1940 quería ser expresión del Estado fascista. Para éste el proceso civil no es sólo la lucha entre intereses privados, es también instrumento para asegurar que las normas dictadas por ese Estado son cumplidas (“2.- Los factores históricos de la reforma”).

b) Uno de los puntos fundamentales del Código de 1940 fue el aumento de los poderes del juez (“8.- El juez y la ley”), que se calificó de “directiva fundamental de la reforma”, pero ello debe entenderse dentro del “renovado concepto de la dignidad y de la autoridad del Estado fascista y de sus órganos” (“12.- Refuerzo de los poderes del juez para la dirección del proceso”)⁵⁵. Desde esas consideraciones, luego el Código dedicó un Título (el V del Li-

bro I) a “De los poderes del juez” y, sobre todo en materia de prueba se le atribuyeron grandes poderes (=deberes) de oficio⁵⁶.

c) Más revelador si cabe es aun el papel que se reserva al abogado en el proceso civil. Calamandrei ya había dicho reiteradamente⁵⁷ que, gracias a la concepción publicista del proceso, se había elevado y ennoblecido, pasando a un ejercicio privado de funciones públicas, pues su papel debía ser “facilitar el trabajo del juez en el interés del Estado”.

Llama por ello muy poderosamente la atención que, por un lado, se diga que a partir de la mitad de los años veinte influyen en el ordenamiento italiano las concepciones autoritarias sobre la justicia civil y que, luego se afirme que la codificación procesal no refleja una ideología fascista (que se asegura que no existía) sino el “estado del arte” al que había llegado la elaboración doctrinal hacia finales de los años treinta⁵⁸. Y todo ello se está diciendo al servicio de una idea imposible: El *Codice* de 1940 *no puede* ser fascista y *no puede* serlo porque *no interesa* que lo sea.

C) PORTUGAL, ESPAÑA Y OTROS PAÍSES

En este epígrafe podríamos hacer mención también de Portugal y de su *Código de Proceso Civil* de 1939, junto con la obra de José Alberto dos Reis⁵⁹, pero no es del caso ahora ir examinando códigos de otros países más o menos de la misma época; esto es, de antes de la II Guerra Mundial⁶⁰. Menos todavía cabe ir haciendo cita de códigos procesales civiles posteriores como el Código brasileño de 1972 o el Código peruano de 1992-1993, que son claras manifestaciones de autoritarismo procesal⁶¹.

Algún día habrá que comparar la ideología procesal franquista (si es que la tuvo) con la nazi, la fascista y el salazarismo portugués para advertir similitudes y diferencias, pero de momento baste dar cuenta de que en la España franquista no hubo alteraciones de trascendencia en el proceso civil⁶².

A pesar de lo anterior, no me resisto a recordar el pensamiento de Jaime Guasp⁶³, que

se expresa en su libro *Juez y hechos en el proceso civil*; pensamiento que debe entenderse inmerso en la concepción fascista del proceso⁶⁴. No se trata ahora de pretender rehacer todo ese pensamiento, sino simplemente de recordar que para Guasp la tendencia a aumentar los poderes del juez, tal y como se estaba registrando en Alemania y en Italia (que calificaba de “modernas corrientes”) formaba parte de la reforma radical que precisaba la justicia civil, reforma del principio dispositivo al que se oponía la “rutina mental”, llegando a sostener que el aforismo *secundum allegata et probata partium, iudex iudicare debet*, que en España se había convertido en un dogma jurídico, se explicaba por el entronque de nuestro sistema con las prácticas medievales⁶⁵; naturalmente, el paso siguiente es la pretensión de que un futuro código tenía que superar esa vieja concepción.

5. ALGO MÁS QUE HISTORIA

Hasta aquí hemos hecho un resumen histórico. Hemos querido explicar cuáles han sido las concepciones que se han sostenido sobre lo que debe ser el proceso civil y lo hemos hecho convencidos de la utilidad de conocer un poco la historia.

A estas alturas de los tiempos es evidente que nadie se ubica ideológicamente dentro de alguna de las concepciones totalitarias y ni siquiera asume que se le impute una concepción simplemente autoritaria del proceso civil. Es muy curioso advertir cómo se sostienen posiciones que se autocalifican de publicistas, pero se repudia cualquier atisbo de autoritarismo. Más de un procesalista no tiene inconveniente en ser calificado de publicista, pero se siente insultado si se le incluye entre aquellos que defienden concepciones autoritarias para el proceso civil. Al final se nos quiere medio convencer que se trata de un juego de palabras.

En el inicio de la llamada concepción publicista del proceso civil no se dudaba de su base política. Bastará poner algunos ejemplos.

Calamandrei en una de sus publicaciones primeras⁶⁶ sostuvo que existían dos concepciones sobre el proceso civil, una privatista y otra publicista, siendo él partidario de la segunda. Conforme a ésta, el juez era el portador del interés del Estado en tanto que se trataba de aplicar la norma de derecho objetivo, de modo que las partes en el proceso simplemente daban ocasión a esa aplicación por el juez. Más aun, el juez debe disponer de todos los poderes necesarios, incluida la posibilidad de acordar prueba de oficio, para poder cumplir su verdadera función: la declaración de la verdad material⁶⁷. Correlativamente, el abogado no se limita a defender los intereses de su cliente, sino que debe ser “el mejor colaborador del juez para lograr la verdad jurídica”⁶⁸. Lo defendido por Calamandrei en este trabajo no es diferente de lo que defenderá luego en la *Relazione* de 1940.

Decía Denti⁶⁹ que la concepción del proceso como *adversary system* respondía a una concepción liberal y democrática (en el sentido occidental) de la sociedad civil, pero que la caída de esos valores, bien como fin en sí mismos (caso de los regímenes dictatoriales fascistas), bien por valores de justicia (caso de los regímenes socialistas), lleva inevitablemente a la atenuación de la iniciativa de las partes y a la afirmación de los poderes del juez.

Si dejamos a un lado las expresiones claramente sectarias de Denti (como decir que la caída de la libertad y de la democracia en los países socialistas responde a una idea superior de justicia), es evidente que para el antiguo profesor de Pavía la atenuación de la iniciativa de las partes y el aumento de los poderes del juez responde a bases sin duda políticas y precisamente de contenidos muy determinados⁷⁰.

En España, Guasp sostenía que los principios dispositivo y de aportación de parte reflejan una tendencia individualista de innegable ascendencia liberal y desde ahí concluía que los mismos respondían a la “rutina mental”, esperando que las “modernas corrientes” (lo que estaba sucediendo en Alemania y en Italia) llegaran a tener influencia entre nosotros⁷¹.

La labor posterior de pretender convertir lo político en técnico⁷² no se ha hecho con referencia a la función de la jurisdicción en el proceso civil, sino que se ha querido limitar el ámbito de lo debatido. En esa labor el paso fundamental ha consistido en distinguir dentro de las proposiciones del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partibus* entendiendo que la primera, referida a la alegación de hechos por las partes, tiene como fundamento la disponibilidad de la tutela judicial por éstas, mientras que la segunda proposición, la atinente a que se debe juzgar según las pruebas propuestas por las partes, no puede tener el mismo fundamento, siendo simplemente un medio técnico con el que el juez desarrolla su actividad de decisión.

Es evidente que Dino Grandi⁷³ y Calamandrei, partiendo de una concepción autoritaria de la función de la jurisdicción en el proceso civil, no tuvieron duda en considerar como “factor político” el reforzamiento de la autoridad del juez, y en este sentido son muy claras las palabras de la *Relazione* que se repiten y se refuerzan en el Manual⁷⁴, pero inmediatamente después Calamandrei negaba su propia base de partida cuando, refiriéndose a la atenuación del principio dispositivo en el *Codice*, pretendió que el atribuir al juez poderes de iniciativa probatoria para declarar la verdad dentro del ámbito de las peticiones de las partes era “una necesidad de orden técnico” que no tenía nada que ver con el respeto a la voluntad de las partes⁷⁵.

Abierto ese camino, Carnacini sostuvo luego la necesidad de distinguir entre lo que se refiere al monopolio de las partes sobre el objeto del proceso, que afecta a la disposición de su interés, y lo atinente a la determinación de los materiales de hecho y de los medios para probarlo, entendiéndose que este segundo aspecto

afecta únicamente a la conformación del instrumento que la ley predispone para la tutela jurisdiccional⁷⁶. Por fin Cappelletti, desde lo anterior, pasó a subdistinguir entre la introducción del material de hecho y la introducción de los medios para probarlo, afirmando también el carácter técnico de la iniciativa probatoria del juez⁷⁷.

Resulta de esta manera que uno de los elementos esenciales para determinar la ideología base de un código procesal civil, como es el de las facultades del juez y de las partes, se quiere acabar convirtiendo en algo pretendidamente técnico, algo sujeto a la oportunidad del legislador. Y conste que la cuestión no es simplemente si se aumentan o no los poderes del juez, pues lo verdaderamente relevante es qué función ejerce el juez por medio del proceso civil. Por ello cuando se recuerda que en el último tercio del siglo XX se han aumentado los poderes del juez en códigos de países cuyo régimen político claramente no es —se dice— autoritario, se está falseando el debate. Es perfectamente posible que, sin atender a una ideología autoritaria, se debata en torno a la manera de regular un código los poderes del juez, pero ello no supone que en otras ocasiones el aumento de los poderes judiciales sea expresión de algo más profundo y referido a la función judicial.

Si sorprendente es el intento de convertir en técnico lo que es político, lo que más llama la atención es que cuando se pretende volver a llamar a las cosas por su nombre, es decir, cuando se recuerda que lo relativo a los poderes del juez y a la prueba de oficio se basa en general en la concepción ideológica de las relaciones entre el Estado y el Individuo, se impute a quien ello sostiene que está politizando la cuestión⁷⁸.

NOTAS

1. Como ponía de manifiesto nada menos que CALAMANDREI, P., *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice, Parte prima*, Padova, 1941, p. 71, “la concepción que ve en la jurisdicción principalmente la defensa de los derechos subjetivos, parte de las premisas propias del Estado liberal, para el cual la función del derecho mira, en primer término, al mantenimiento del orden entre los coasociados y a la conciliación de los contrapuestos intereses individuales, y la justicia aparece así como servicio público puesto a disposición de los mismos. Viceversa, cuando se parte de la concepción autoritaria, que ve en el derecho, ante todo, la voluntad del Estado, y en la observancia del derecho

el respeto a la autoridad, resulta que también en la definición de la finalidad de la jurisdicción queda en la sombra el interés individual en la defensa del derecho subjetivo, y surge en primer plano el interés público en la observancia del derecho objetivo". Y añade seguidamente: "no es necesario explicar porqué, hoy, esta segunda concepción de la jurisdicción civil se presenta como correspondiendo históricamente mejor con el derecho positivo vigente" (la cursiva es del Autor y la expresión "concepción autoritaria" también y el "hoy" era la Italia de 1941). Estamos citando el Manual de Calamandrei, no la Relazione al Re escrita por él.

2. Naturalmente las situaciones históricas nunca se presentan de modo unilateral y sin fisuras; para las de la codificación en el siglo XIX y sobre todo del Code de procédure civile francés de 1806, puede verse CHIZZINI, A., Un "codice di regole" per un processo liberale?, en *Il giusto processo civile*, 3/2006, pp. 23 y ss. También MONTELEONE, G., *Introduzione al Codice di procedura civile del Regno d'Italia*. 1865, Milano, 2004.

3. Por si hiciera falta, puede verse simplemente TARUFFO, M., *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, 1980, pp. 113 y ss., donde resume la opinión de G. Pisanelli. Además puede verse la Relazione ministeriale al CPC italiano de 1865 (ahora en Codice di procedura civile del Regno d'Italia, en "Testi e documenti per la storia del processo", XIII, Milano, 2004, al cuidado de Picardi y Giuliani).

4. Cuando se habla de los principios del proceso generalmente se centran estos en la intervención de las partes en el proceso, y por eso se atiende al principio de contradicción y al principio de igualdad de las partes. Por el contrario, en la concepción liberal propia del siglo XIX se partía de que existen principios que no pueden dejar de ser del proceso, en tanto que los mismos determinan que el proceso sea lo que es y cuya negación hace que ya no se esté ante un proceso; estos principios se refieren al otro "sujeto" que interviene en el proceso, el juez. Los principios que hace que "algo" sea proceso no eran (y no son) algo atinente de modo exclusivo a la intervención de las partes.

5. Por ejemplo MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, I. Parte general, 18.ª edición (con Gómez Colomer, Montón y Barona), Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 344 y ss.

6. Desde esta concepción la mera posibilidad de que el juez fuera quien iniciara el proceso imponía entender que lo iniciado dejaba de ser proceso. La existencia de un juez tercero e imparcial, en tanto que principio que afecta a la existencia del proceso, impedía (e impide) necesariamente que el juez sea quien lo inicie. Lo que un juez puede iniciar ya no sería proceso; sería otra cosa. Y ello ocurriría en todas las pretendidas clases de procesos, incluido el proceso penal. Desde la actualidad y para explicarlo mejor cabría preguntarse: ¿qué podría decirse de un proceso penal en sentido estricto, es decir, del juicio oral (no la instrucción), que fuese incoado de oficio, sin que existiera un acusador? Y la respuesta debería ser que lo incoado por el juez no sería un verdadero proceso.

7. Puede verse MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, 5.ª edición, Madrid, 2007, Capítulo Uno, epígrafe I, 2, sobre el objeto del proceso (que determina sólo el actor en la demanda) y el objeto del debate (que puede ampliar o no el demandado al contestar a la demanda).

8. En general puede verse PICÓ I JUNOY, J., *El juez y la prueba: estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*, Barcelona, 2007, aunque no puede compartirse su tesis general.

9. Tradicionalmente el llamado principio de aportación de parte se concretó en el brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, que si no es romano sí es al menos de la época de los glosadores. El brocardo se encuentra, aunque no exactamente en su formulación actual, en los Brocarda de AZÓN, ahora en la edición de Mario Viora del *Corpus Glossatorum Juris Civilis*, IV, 3, folio 63 vuelto, Torino, 1967. Deben hacerse tres advertencias: 1) Azón era un glosador de entre los siglos XII y XIII cuya Summa Codicis, de principios del siglo XIII representó un punto de inflexión en el estudio del Derecho romano (recuérdese: Chi non ha Azzo, non vada a Pallazzo), 2) Su parte en la obra Brocardica no está bien determinada, pero en la obra se trata de ofrecer diversos conceptos que se presentan como contrapuestos, y 3) Por ello en la que es aparentemente su parte en los Brocarda, la contraposición se hace entre dos brocardos que se presentan como alternativos: Por un lado: iudex debet ex conscientia iudicare, y por otro: iudex debet iudicare secundum allegata; como puede verse la contraposición se hace entre lo que el juez puede conocer particularmente y lo que las partes han alegado, y la conclusión es que el juez debe dictar sentencia sobre lo alegado, y debe entenderse necesariamente por las partes, a riesgo de subvertir las bases mismas del proceso común. Lo alegado sólo podía ser por las partes, pues no puede ni imaginarse que en aquel momento histórico alguien sostuviera que el juez podía alegar hechos. De la misma manera debe entenderse el sentido de ACCURSIO, un discípulo del anterior ya propiamente del siglo XIII, que en su Glossa, llamada Magna o Accursiana, recientemente en la edición de Mario Viora del Corpus Glossatorum

Juris Civiles y aquí VIII, Torino, 1970, cuando en el folio 9 vuelto, opone también que el juez juzgue según conciencia o según lo alegado por las partes. Hasta aquí no ha entrado en juego la prueba.

El paso siguiente puede entenderse que lo da DURANDO, un jurista ahora ya de la segunda mitad del siglo XIII, que en su *Speculum Iuris*, es decir, ya con las adiciones de Juan de Andrés y de Baldo de Ubaldis, edición de Venecia de 1578, y en ella en el folio 9 vuelto, se sigue contraponiendo la conciencia a lo alegado, pero ahora se añade y a lo probado. Se trata de seguir contraponiendo la conciencia del juez a lo alegado y a lo probado, y quienes pueden alegar y probar son sólo las partes, pues es inadmisibles que se admita la alegación por el juez. El desarrollo posterior del brocardo hasta finales del siglo XIX debe entenderse dentro de este contexto de contraponer a la conciencia del juez (que se concreta en lo por el conocido privadamente) lo alegado y probado (y en los dos casos necesariamente por las partes, puesto que de la misma manera como no podría admitirse que se estuviera a lo alegado por el juez, tampoco cabría admitir que se estuviera a lo probado por el mismo).

10. Puede verse MONTERO, J., *Derecho Jurisdiccional. II. Proceso civil*, 17.ª edición (con Gómez Colomer, Montón y Barona), Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 122-124.

11. Aparte de lo dicho en nota 9 hay que insistir en que se trata siempre de que el juez no podía juzgar simplemente según su conciencia (*iudex debet iudicare secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*). Insistimos: En uno (alegación) y otro caso (prueba) se trataba de excluir lo que el juez pudiera haber conocido fuera del proceso. Puede verse SALVIOLI, G., *Storia della procedura civile e criminale*, dentro de la *Storia del Diritto Italiano* (dirigida por Del Giudice), vol. III, parte segunda, Milano, 1927, pp. 408 y ss., donde se ve muy claramente que la alternativa se presentaba entre el convencimiento del juez como persona particular y el resultado de las pruebas propuestas por las partes.

12. A finales del siglo XIX en el brocardo se incluyó la referencia expresa a las partes y de este modo se acabó con una elipsis que ya no era conveniente. Se dice ahora *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*, y se dice de modo completamente correcto.

En el viejo brocardo no se utilizaba expresamente la palabra “partes” (*partium*) por un claro fenómeno de elipsis, al tratarse de una palabra innecesaria, siendo indiscutible que la alegación de los hechos la podían hacer sólo las partes y que tampoco se discutía que la prueba de los hechos correspondía a las partes. Si se dijera ahora que el brocardo no incluía la prueba de los hechos por las partes se tendría que sostener también que el brocardo tampoco incluía la alegación de los hechos por las partes. Cuando después, ya en el final del siglo XIX, se incluyó la palabra *partium* no se estaba alterando el contenido del brocardo, puesto que: 1) Ya no hacía falta aludir a la exclusión de la conciencia del juez, por tratarse de algo completamente superado, y 2) Se estimó conveniente terminar con la elipsis e incluir la palabra partes. No puede admitirse que WACH (en Alemania a finales del XIX; en Conferencias sobre la Ordenanza procesal civil alemana, Buenos Aires, 1958, p. 72; se trata de la traducción hecha por E. Krotoschin de una obra publicada por Wach en Bonn y en 1879) o que CHIOVENDA (en Italia a principios del XX; en *Identificazione delle azioni. Sulla regola “ne est iudex ultra petita partium”*, trabajo publicado inicialmente en La Legge, 1903, pp. 2419 y ss., después en “*Nuovi Saggi di Diritto Processuale Civile*”, Napoli, 1912 y por fin en “*Saggi di Diritto Processuale Civile (1900-1930)*”, Roma 1930, y aquí pp. 157 y ss. y en concreto p. 160; ahora puede verse más fácilmente en la edición de Proto Pisani, CHIOVENDA, *Saggi di Diritto Processuale Civile* (1894-1937), vol. I, Milano, 1993, siempre p. 160.) no supieran lo que estaban haciendo cuando concretaron el brocardo en *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*. No cabe imputar ante todo a Wach y también a Chiovenda nada menos que haber desvirtuado un brocardo que afecta a la esencia misma del proceso civil.

13. MANRESA, J. M., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada*, I, 1.ª edición, Madrid, 1881, p. 10, decía que la mejor ley de procedimientos es la que deja menos campo al arbitrio judicial.

14. Para la distinción entre presupuestos e impedimentos procesales, ROSENBERG, L., *Tratado de derecho procesal civil, II*, Buenos Aires, 1955 (trad. de Romera Vera), pp. 44 y ss. 1) Presupuestos: Son aquellos que un Ordenamiento jurídico permite que sean controlados de oficio por los órganos jurisdiccionales, y 2) Impedimentos: Los que han de ser alegados por alguna de las partes (lógicamente por el demandado) para que puedan ser tenidos en cuenta por el juez.

15. En la vieja terminología española se hablaba de “acusar una rebeldía”, y por eso el artículo 32 de la LEC de 1855 decía: “Transcurridos que sean los términos improrrogables, y acusada una rebeldía, se declarará, sin más sustanciación, perdido el derecho que hubiere dejado de usar la parte a quien haya sido acusada”. Acusar una rebeldía no era, como es evidente, declarar en rebeldía al demandado, sino simplemente poner de manifiesto que había concluido el plazo, pidiendo, bien el demandante, bien el demandado, al Juzgado que se pasara al trámite siguiente.

16. De la misma manera, y simplemente a modo de ejemplo, la ampliación de las posibilidades prácticas del proceso cautelar pasando del aseguramiento de la ejecución a las medidas anticipatorias, no guarda relación alguna con la llama-

da “publicización” del proceso civil, pues no se trata más que de la acomodación del proceso a nuevas necesidades; en un proceso civil cuyo objeto eran pretensiones atinentes a bienes inmuebles no eran normalmente necesarias medidas cautelares, y éstas sí lo son en los procesos actuales atinentes a pretensiones dinerarias. Y ello aparte de que la necesidad de las medidas cautelares se acrecienta conforme los procesos de declaración y de ejecución duran más tiempo, de modo que el proceso cautelar se hace más necesario conforme fracasan los otros procesos.

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

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

19. Pueden verse GURVICH, *Derecho procesal civil soviético*, cit., en el Capítulo I (“Objeto y sistema de la ciencia del Derecho Procesal Civil Soviético”) y en el II (“Principios de Derecho Procesal Civil Soviético”), y también Profili generali del processo civile sovietico, en Codice di procedura civile della Repubblica Socialista Federativa Sovietica di Russia, Milano, 2004, en volumen IX de “Testi e documenti per la Storia del Processo”, dirigidos por Picardi y Giuliani (el trabajo de Gurvich se escribió en los años setenta del siglo XX); STALEV, Z., El Procedimiento Civil en los estados socialistas miembros del C.A.M.E. Antecedentes, creación, desarrollo, tendencias fundamentales y soluciones: 1900-1975, en “LXXI años de evolución jurídica en el mundo”, México, 1978, pp. 176-216; KELLNER, H., Introduzione a la Ordinanza della procedura civile della Repubblica Democratica Tedesca, 1975, Milano, 2004, en el volumen X de “Testi e documenti per la Storia del Processo”, dirigidos por Picardi y Giuliani (el trabajo de Kellner se escribió en los años ochenta del siglo XX). También puede tener interés CAPPELLETTI, M., *El proceso civil en el derecho comparado*, Buenos Aires, 1973 (trad. de Sentís).

20. Por ejemplo STALEV, *El Procedimiento Civil en los estados socialistas*, cit., p. 171. La misma concepción ideológica se encuentra, por raro que pueda parecer en estos tiempos, en un juez federal brasileño, CABRAL, Antonio do Passo, El principio del contraddittorio como diritto d'influenza e dovere di dibattito, en *Rivista di Diritto Processuale*, 2005, 2, p. 453. Según el Autor el derecho procesal (en general) ha abandonado hace mucho tiempo las esposas del individualismo consolidando la concepción publicista del proceso; siendo derecho público debe identificarse en el ejercicio de la actividad jurisdiccional el esfuerzo del Estado para realizar, por medio de la jurisdicción, algunos fines que le son propios y que preceden a los intereses de las partes: objetivos sociales y políticos, entre los que debe subrayarse el de asegurar la participación popular en el proceso; esto es, el proceso es un medio al servicio de determinados fines estatales y la función jurisdiccional es camino para alcanzar los fines políticos del Estado democrático (si cambiamos democrático por soviético, el discurso es exactamente el mismo). Por ello no puede extrañarse que el paso siguiente radique en sostener que el principio de contradicción debe entenderse también como un deber, lo que lleva a concluir que la participación colaboradora en las decisiones estatales que supone el principio justifica la represión de los comportamientos de mala fe o de los actos que ofendan a la dignidad de la justicia; “si participar está garantizado, la conducta debe ser ética, en consonancia con los objetivos estatales de la jurisdicción” (p. 460). Nunca está de más recordar con MONTELEONE, G., *Diritto processuale civile*, 4.ª edición, Padova, 2007, p. 21, que instrumentalizar el proceso para cualquier fin significa adular profundamente la esencia de la función y conduce a la supresión del contradictorio y a la sujeción del juez, que cesa de ser un sujeto parcial e independiente para asumir el papel de marioneta cuyos hilos son manejados por otros sujetos.

21. Últimamente la terminología ha empezado a cambiar. Ahora se habla de: “derecho procesal civil socialista (di stampo sovietico)”, con lo que dicho está que hay varios derechos procesales civiles socialistas entre los cuales tenemos que distinguir (así TARUFFO, M., Per la chiarezza di idee su alcuni aspectti del processo civile, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2009, núm. 2 p. 723). Además (en la siguiente página 724) Taruffo añade que lo que se ha hundido es “el comunismo di stampo sovietico” y ha desaparecido, además de Europa, de Rusia y de China, con lo que debemos deducir que no se han hundido todos los comunismos y que resta alguno que está todavía vivo. Además están las corrientes de los socialismos jurídicos alemán e italiano y la necesidad de distinguir entre comunismo y socialismo. En resumen, Taruffo, que en más de una ocasión al hacer una síntesis de la evolución de la justicia civil en los siglos XIX y XX se “olvida de aludir a la “justicia socialista” (por ejemplo La justicia civil, en “Páginas sobre justicia civil”, Madrid, 2009, traduc. de Aramburo Calle), lo que viene ahora a decir es que: 1) No todos los comunismos son iguales, y de ellos se ha hundido sólo el soviético; y 2) Una cosa es el comunismo y otra el socialismo, que deben tener bases ideológicas diferentes. Pero añade que el derecho procesal “socialista” debería ser visto como un fenómeno históricamente intere-

sante, pero que hace ya tiempo que ha agotado su impulso propulsivo (si es que alguna vez lo ha tenido realmente), con lo que pone en duda, no la existencia, pero sí la influencia y empuje de ese derecho procesal "socialista". A estas horas resulta que para Taruffo el derecho procesal socialista, que a veces eludió mencionar como algo carente de interés, en otras nunca tuvo impulso expansivo, nunca fue tomado en serio, nunca pretendió imponerse. El profesor de Pavia sigue creyendo que los hechos son lo que él quisiera que fueran y luego que puede dar a las palabras el sentido que estime oportuno, de modo que la realidad cuando existió queda sujeta al sentido que él quiera dar a las palabras.

22. Para GURVICH, *Profili generali*, cit., p. LIII, nota 10, la explicación que hacía un "ilustre jurista italiano de vanguardia", CAPPELLETTI (en *Principi fondamentali e tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*, de 1968, que se corresponde con la obra antes citada de El proceso civil en el derecho comparado, en la traducción de Sentís, Buenos Aires, 1973) incurría en exageraciones sobre el papel del juez soviético en detrimento de las partes; se estimaba exagerada la afirmación de que los actos realizados por las partes en el proceso sólo se consideran legítimos en tanto en cuanto esos actos se correspondan con los fines de los funcionarios de las organizaciones socialistas que intervienen en el proceso para tutelar los intereses de esas organizaciones. Con todo, en la misma nota se pone de manifiesto una sutileza típica del pseudo jurista comunista: la actividad del juez en defensa de la legalidad es una asistencia prestada a las partes con el fin de tutelar sus intereses personales, es una garantía de la plenitud de esos intereses, y no una limitación de los mismos.

23. La conversión en Derecho público de toda la economía lleva a lo que en algunas ocasiones se ha llamado penalización del proceso civil, de lo que fue clara manifestación el papel preponderante del Ministerio Fiscal en el proceso civil. El mismo Lenin seguía diciendo que no debemos "desperdiciar la mínima posibilidad de ampliar la intervención del Estado en las 'relaciones civiles'" (la cita también en GURVICH, *Derecho procesal civil soviético*, cit., pp. 110-111). De esta manera el equivalente del Fiscal asumió plena competencia para controlar la aplicación de la ley en el proceso civil. En el Principio 14 se lee: "El Ministerio Fiscal (o Procurador del Estado) debe, en cualquier momento del proceso, adoptar las medidas previstas por la ley con el fin de impedir cualquier violación del derecho, sea cual fuere su autor", y luego el Principio 29 permitía convertirlo en parte en todos los procesos civiles, atribuyéndole incluso legitimación activa con el fin de tutelar los intereses del Estado y de la sociedad, aparte de los derechos y de los intereses legítimos de los ciudadanos.

24. Por si faltara algo debe recordarse que conforme al principio 45.º de los Principios fundamentales del procedimiento civil de la URSS y de las Repúblicas Federadas, de 1961: "Al conocer de la causa en segunda instancia, "el juez de la casación" controla, tomando como base los actos del proceso y el ulterior material aportado por las partes y por los otros participantes en el juicio, la legalidad y el fundamento jurídico de la decisión dictada por el juez de primera instancia, tanto respecto de la parte de la misma que ha sido impugnada, como de la parte que no ha formado objeto de la impugnación, incluso con relación a las personas que no han recurrido. El "juez de la casación" no está vinculado por los motivos propuestos en el recurso y debe proceder a reexaminar controversia en su conjunto".

25. Puede verse CAPPELLETTI, El proceso civil en el derecho comparado, cit., pp. 10 y ss. Tampoco está de más recordar que Cappelletti llegó a mostrarse favorable a la supresión del "principio della domanda", es decir del principio dispositivo, y así puede verse Ideologie nel diritto processuale, en *"Processo e ideologie"*, Bologna, 1969, p. 18, sin perjuicio de que después pasó a sostener posturas más atenuadas, como recuerda CAVALLONE, B., "Crisi delle Maximen" e disciplina dell'istruzione probatoria, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1976, pp. 692-693.

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

27. MONTELEONE, G., Intorno al concetto di verità "materiale" o "oggettiva" nel processo civile, en *Rivista di Diritto Processuale*, 2009, núm. 1, p. 4, con cita de KELLNER. En respuesta TARUFFO, Per la chiarezza di idee su alcuni aspetti del processo civile, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2009, 2, pp. 723-730, antes ya citado, y la réplica de MONTELEONE, Le idee confuse del prof. Taruffo, en la misma revista 2009, 4, pp. 1139-1141.

28. Por ejemplo KELLNER, Introduzione, cit., p. XLIX.

29. Puede verse por ejemplo STALEV, *El proceso civil en los Estados socialistas*, cit., p. 195. Según el artículo 2 (2) del que se llamaba Código de Procedimiento Civil de la República Democrática Alemana, de 1975: "Los tribunales tienen el deber de aclarar, declarar en forma veraz y decidir, según las normas de derecho, en un proceso concentrado y rápido, los hechos relevantes para el juicio". Y artículo 2 (3): "Los tribunales deben indicar a los que participan en el proceso sus respectivos derechos y obligaciones, para la efectividad de los mismos". Este cuerpo legal puede verse en Ordenanza della

procedura civile della Repubblica Democratica Tedesca, 1975, Milano, 2004, en el volumen X de “Testi e documenti per la Storia del Processo”, dirigidos por Picardi y Giuliani, ya antes citado.

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

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

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

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

34. Por ejemplo TARUFFO, M., La justicia civil, en “Páginas sobre justicia civil” cit., p. 157.

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

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

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

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

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

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

41. Como dice, por ejemplo, TARUFFO, M., La justicia civil, en “Páginas sobre justicia civil”, cit., p. 157.

42. Para LEIBLE, S., *Proceso civil alemán*, Medellín, 1999, pp. 64-65, la ZPO de 1877, influenciada por la codificación napoleónica, estaba “acuñada totalmente por una concepción liberal del Estado”, de modo que la ley era el reglamento de la lucha entre las partes, en la que éstas asumían su responsabilidad siendo el juez un tercero neutral. Ya GOLDSCHMIDT, James, *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1936 (trad. de Prieto-Castro y notas de Alcalá-Zamora), p. X, había dicho que el proceso alemán era un “vestido liberal del siglo XIX al que se han cosido muchos remiendos redivivos de los tiempos pasados”.
43. BÖHM, P., *Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2004, núm. 2, pp. 623 y ss. (el trabajo es de 1990, y apareció publicado en el volumen colectivo *Nationalsozialismus und Recht*, Viena, 1990).
44. En materia penal esa “comunidad del pueblo” dio lugar a la legislación sobre los “extraños a la comunidad”, y un ejemplo puede verse en MUÑOZ CONDE, F., Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. *Estudio sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo*, 4.ª edición, Valencia, 2003.
45. Citado por BÖHM, *Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista*, cit., pp. 629-630.
46. BAUMBACH, A., “Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit” (Proceso civil y jurisdicción voluntaria), en *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, 1938, pp. 583 y ss; luego en 941, pp. 31 y 49, y en 1942, p. 49. Para su exposición y crítica en Italia CALAMANDREI, P., *Abolizione del processo civile?*, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1938, I, pp. 336-340, y luego en *Opere giuridiche*, I, Napoli, pp. 387-390; y en España PRIETO CASTRO, L., *Revisión de los conceptos básicos de derecho procesal*, en *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, II, Madrid, 1950, pp. 665-669. Últimamente ha sido recordada por CAPONI, R., *I poteri probatorie delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001*, en “*Prove nel processo civile*”, *Atti del XXV Convegno Nazionale*, en *Quaderni dell’Associazione fra gli Studiosi del Processo Civile* (Cagliari, 7-8 ottobre-2005), Milano, 2007.
47. La síntesis de DE BOOR puede verse en BÖHM, *Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista*, cit., pp. 631-633; se trata del artículo de aquél publicado también en la *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, 1938, pp. 834 y ss. y titulado *Die Funktion des Zivilprozesses* (La función del proceso civil).
48. BÖHM, *Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista*, cit., p. 639.
49. Mayor incidencia tuvo todavía la Ley de 15 de julio de 1941, sobre la participación el Ministerio Público en las controversias civiles. Con ella el Fiscal asumía en todos los procesos civiles, más o menos como el Fiscal soviético, la posición de pretendida parte imparcial, con poder para alegar hechos y para proponer pruebas; de esta manera el principio de aportación venía completamente alterado, siendo un primer paso en el camino de la imposición del principio inquisitivo en el proceso civil. Se trataba de sacrificar la estructura bilateral de este proceso y por eso la Ley fue calificada de “giro crucial” o de “vuelta de tuerca” en la evolución del derecho.
50. Así por ejemplo TARUFFO, *La justicia civil*, en “*Páginas sobre justicia civil*”, cit., p. 161.
51. Pero puede verse CALAMANDREI, P., “*L’Avvocatura e la riforma del processo civile*”, en “*Studi sul processo civile*”, I, Padova, 1930, pp. 296 y ss. recordando que el trabajo es la proluosione del A. en la Universidad de Siena cuando se convirtió en ordinario, es decir, el 16 de enero de 1920. Se habló ya entonces de las llamadas concepciones privatistas y publicistas del proceso civil y Calamandrei se declaraba partidario de la segunda.
52. Citado por CRIPIANI, F., *Piero Calamandrei e la procedura civile*, 2.ª edición, Napoli, 2009, p. 96.
53. Así lo calificaron Andrioli y Micheli según CRIPIANI, F., *Piero Calamandrei e la procedura civile*, 2.ª edición, Napoli, 2009, p. 96.
54. Últimamente parte de la doctrina italiana está llegando al extremo de imputar a quien cita esta Relazione una especie de mala fe argumentativa a la hora de atender a la ideología propia del Codice, de manera que pareciera como si pretendiera negar la existencia de la misma; sólo por ejemplo CHIARLONI, S., *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna, 2007, p. 154. La Relazione existió y en ella Calamandrei expuso las bases ideológicas del Codice, y fue tanto así que la pretensión de negar la realidad no altera ésta. También se sostiene ahora que Calamandrei en la Relazione se limitó a incluir los “estereotipos del régimen” dado que debía ser firmada por Grandi (y así, por ejemplo, TARUFFO, *Per la chiarezza di idee*, cit., p. 725, citando a (“un historiador serio y documentado— y no movido por prejuicios ideo-

lógicos—) Giulio CIANFEROTTI. Naturalmente se olvidan quienes así opinan de las páginas finales de Calamandrei en su Manual que se citan seguidamente.

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

56. 1) De este modo: Acordar en cualquier momento del proceso el interrogatorio de las partes (art. 117), 2) Acordar el reconocimiento de personas (partes y terceros) y de cosas (art. 118), 3) Diferir el juramento supletorio (arts. 240 y 241 CPC y 2736 CC), 4) Formular al testigo todas las preguntas que estime útiles para esclarecer los hechos (art. 353), 5) Decretar careos (art. 254), 6) Llamar como testigos a personas cuyo nombre se ha conocido por la declaración de otro testigo (art. 257), etc., y sin olvidar que en el proceso de trabajo el artículo 421 permite al juez acordar cualquier medio de prueba y en cualquier momento.

El revisor último del Código y autor de la Relazione, CALAMANDREI (*Istituzioni*, I, cit., p. 233) dijo después en su manual: se está ante un “postulado de orden político cuando la relación entre el juez y las partes se considera como la proyección en el ámbito del proceso de la concepción más general en la que inspira en el Estado las relaciones entre el ciudadano y la autoridad; es natural que a cada variación del equilibrio político entre autoridad y libertad corresponda en el microcosmos del proceso una análoga variación del punto de encuentro entre los poderes del juez y los de las partes; allí donde prevalece el autoritarismo en el ordenamiento general del Estado, se habla de buen grado del principio de autoridad también en el proceso civil”.

57. Por ejemplo CALAMANDREI, *L'Avvocatura e la riforma del processo civile*, en “Studi”, I, cit., p. 317; también en Troppi avvocati!, Firenze, 1921, p. 9, 13 y 30.

58. Como sostiene TARUFFO, La justicia civil, en “Páginas sobre justicia civil”, cit., pp. 160 y 162.

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

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

61. Del Código peruano es ya urgente saber lo que corresponde al texto promulgado en la época no dictatorial de Fujimori, el 5 de abril de 1992, obra de la Comisión, y lo que es propio de la reforma operada ya en la época dictatorial, en 10 de diciembre de 1992, y que es obra de Juan Monroy (no de la Comisión que ya no se reunía). Si esta duda se aclara por quienes pueden hacerlo, empezando por el propio Monroy, no estaríamos dándole vuelta a imputaciones de autoría. Hace un tiempo me limité a decir (en el Prólogo a Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 27) que sería conveniente saber la autoría del Decreto Ley 25940, de 10 de diciembre de 1992, añadiendo que no faltaban sospechas muy fundadas, por lo menos al no haberse rechazado la autoría; ahora estoy afirmando que la Comisión de notables no se reunió después de abril de 1992, y lo afirmó con conocimiento de causa, por la manifestación pública de uno de los miembros de la misma, y a pesar de lo que dice MONROY en el estudio preliminar, titulado La reforma del proceso civil peruano —Quince años después—, al Código procesal civil, Lima, 2009, p. 62, en donde sostiene que la Comisión Revisora se reinstaló y trabajó hasta fines de 1992. Esto no se corresponde con la verdad.

62. Posiblemente la más importante fue la creación de un nuevo juicio ordinario, el llamado juicio de cognición en la Ley de 1944 y en el Decreto de 21 de noviembre de 1952, juicio en el que se aumentaron los poderes del juez civil pero sólo respecto de las facultades procesales (control de oficio de presupuestos procesales), no de las materiales; PRIETO-CASTRO, L., Problemas del juicio de pequeña cuantía, en “Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil”, II, Madrid, 1950, y ARAGONESES, P., Técnica procesal (proceso de cognición y juicio verbal), Madrid, 1955.

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

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

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

66. CALAMANDREI, L'Avvocatura e la riforma del processo civile, en “Studi sul processo civile”, I, Padova, 1930, pp. 296-350; si bien el trabajo es de 1920, pues se trata de la Prolusione en la Universidad de Siena el 16 de enero de 1920.

67. CALAMANDREI, Op. cit., pp. 299, 311 y ss.

68. CALAMANDREI, Op. cit., p. 317.

69. DENTI, V., La evolución del derecho de las pruebas en los procesos civiles contemporáneos, en Estudios de derecho probatorio (traducción de Sentís y Banzhaf), Buenos Aires, 1974, p. 152,

70. Por eso causa extrañeza que su sucesor en la cátedra llegue a negar conexión alguna entre el aumento de los poderes probatorios del juez y los regímenes políticos autoritarios y antidemocráticos; así TARUFFO, Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa, en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2006, núm. 2, pp. 468 y ss)

71. GUASP, Juez y hechos en el proceso civil, en “Estudios Jurídicos, cit., pp. 280 y 281.

72. Algunas son desconcertantes. Por ejemplo el caso de CHIARLONI, S. (en Le recenti riforme del processo civile, I, (Zanichelli, Bologna, 2007, p. 154), para el que ahora resulta “que la polémica científica descienda a los niveles más bajos de la polémica política es cosa que me disgusta”; claro que esto lo dice ahora quien hace más de treinta años publicó un librito titulado Introduzione allo studio del Diritto processuale civile (Giappichelli, Torino, 1975), en el que se pretendía hacer una síntesis del proceso civil desde la perspectiva marxista. Quien entonces hizo política totalitaria ahora no quiere saber ya nada de aquello y muestra su desasosiego cuando otros hacemos política de libertad. Nada raro... siempre estamos en lo mismo.

73. Dino Grandi (Mordano, 1895; Bolonia, 1988), licenciado en Derecho, fue uno de los grandes del fascismo italiano, fue ministro de Asuntos Exteriores (1929-1932), embajador en Londres (1932-1939) y luego ministro de Justicia (y al mismo tiempo presidente de la Cámara de los Fascios y las Corporaciones) (1939-1943). Ya en julio de 1943 fue quien provocó la caída de Mussolini.

74. CALAMANDREI, P., Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice, Parte prima, cit., pp. 7-8 y 233 y ss. en las que el principio de autoridad en el proceso, con el reforzamiento de los poderes del juez, se presenta claramente como exigencia de orden político.

75. CALAMANDREI, P., Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice, Parte prima, cit., pp. 240-244.

76. CARNACINI, T., Tutela giurisdizionale e tecnica del processo, en “Studi in onore di Redenti”, II, Milano, 1951, pp. 725 y ss.; existe traducción en lengua española de Romo en Revista de la Facultad de Derecho de México, 1953, núm. 12. Antes, ya en 1941, Volontà finale e tecnica della parte nel proceso civile, Bologna, 1941.

77. CAPPELLETTI, M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, pp. 305 y ss.; también Iniciativas probatorias del juez y bases prejurídicas de la estructura del proceso, publicado inicialmente como Iniziative probatorie del giudice e basi pregiuridiche della struttura del processo, en Revista di Diritto Processuale, 1967, pp. 407-428, pero que cito por “La oralidad y las pruebas en el proceso civil”, trad. de Sentís Melendo, Buenos Aires, 1972, pp. 111-135. Todas estas citas podrían aumentar y cabría recordar aquí por ejemplo un manual de tanta calidad científica como el MANDRIOLI, C., *Diritto processuale civile*, I, 15.ª edición, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 106 y 107; otro excelente manual italiano, el PROTO PISANI, A., *Lezioni di diritto processuale civile*, 3.ª edición, Napoli, Jovene, 1999, pp. 437-438, se refiere a tres principios (de la disponibilidad por las partes de las pruebas, inquisitivo y de los poderes del juez de instrucción de oficio), de manera que excluye el segundo por ser contrario al principio de la imparcialidad del juez, mientras que los otros dos lo reduce a principios de mera técnica procesal siendo el legislador libre para elegir entre uno u otro sobre bases contingentes de oportunidad. Por ello en el capítulo quinto se estudian los principios fundamentales del proceso, entre los que se encuentra el principio de la disponibilidad de las pruebas que debe buscarse en el capítulo quinto, el de la prueba. La sistemática se repite en CAPONI y PROTO PISANI, *Lineamenti di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 2001, con los capítulos III y V.

78. En este sentido PICÓ I JUNOY, J., El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia. Un debate mal planteado, en “Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional”, Lima, Universidad de Lima, 2003, pp. 55-66, y aquí p. 65; publicado seguidamente en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 2004, núm. 4 p. 255, la revista del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; por fin en MONTERO (coordinador) *Proceso civil e ideología*. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, 438 páginas (con Alvarado, Ariano, Barbosa, Cipriani, Díez-Picazo, Domínguez, Mendonça, Monteleone, Picó y Verde); se ha publicado una edición en Chile titulada *Proceso civil e ideología*. Un prefacio, una sentencia, dos cartas, quince ensayos y moción de Valencia, Editorial Metropolitana, Santiago, 2008, XIII y 451 páginas, con una presentación de Dr. Diego Palomo Vélez; y también hay otra edición en Perú titulada *Proceso civil e ideología*. Un prefacio, una sentencia, dos cartas, quince ensayos. Moción de Valencia y Declaración de Azul, editorial San Marcos, Lima, 2009, 463 páginas, con presentación de Dr. Guido Aguila Grados.

Fecha de recepción: 1 de marzo de 2010

Fecha de aceptación: 29 de marzo de 2010

RESUMEN

En el presente trabajo se parte de la distinción entre principios “necesarios” o “jurídico-naturales” y los “técnico-jurídicos”, incardinándose entre estos los determinantes de la posición y del papel del tribunal y de las partes. Tras la necesaria iniciación del proceso por quien requiere una tutela jurisdiccional, los roles de las partes y del juez pueden fijarse de diferente manera, sin afectar al poder de disposición de los sujetos jurídicos. Las posibles opciones no obedecen *necesariamente* a postulados políticos o ideológicos, lo que no significa que no pueda haber o no haya habido disposiciones legales de inspiración ideológica.

El papel del juez, en relación con el de las partes, depende de muchos factores, entre los que se encuentra la cuestión de si una sociedad acostumbra a recurrir a los abogados sólo para muy pocos asuntos o es habitual que intervengan en la mayoría de ellos. A esos factores han de añadirse otros complementarios, como el hecho de que las naciones no son iguales en cultura judicial, o la mayor o menor utilidad social, en cada país, del arbitraje y de los mecanismos alternativos al proceso judicial para cuestiones litigiosas menores. Por lo tanto, la solución que se adopte está sometida a unas coordenadas de espacio y tiempo determinadas.

Lo que una sincera búsqueda de la verdad exige en todo proceso y, más en concreto, en los procesos civiles, es un método serio para que el juez esté en condiciones de juzgar sobre los hechos relevantes, en orden a dictar sentencia. Y por “método serio” se debe entender un conjunto de reglas que racionalmente permitan considerar ciertos, a efectos procesales, los hechos relevantes del caso. En los procesos civiles, salvo los supuestos en que esté implicado un interés general o público, lo prudente y razonable es que sean las partes las protagonistas del esfuerzo de alegar y probar, puesto que son sus bienes jurídicos los que están en *tela de juicio* y resulta utópico y poco prudente gravar a los tribunales de justicia con una carga superior a la de dirigir bien el proceso y dictar una sentencia motivada y justa.

PALABRAS CLAVE

PROCESO CIVIL, PODERES DEL JUEZ, PRINCIPIOS DEL PROCESO, PRINCIPIO DE OFICIALIDAD, PRINCIPIO DISPOSITIVO, PRINCIPIO DE APORTACIÓN DE PARTE, PODER Y RESPONSABILIDAD, VERDAD Y PROCESO CIVIL

ABSTRACT

In this work we start with the distinction between “necessary” or “natural-legal” principles and “technical-legal” principles, incorporating between these the determinants of the position and role of the court and of the parties. After the necessary initiation of the procedure by the party requiring judicial protection, the roles of the parties and the judge may be set in different ways, without affecting the legal subjects’ power of disposition. Possible options do not *necessarily* follow political or ideological assumptions, which does not mean you cannot have, or there have not been, ideologically inspired legal provisions.

The role of the judge, in conjunction with that of the parties, depends on many factors, among which is the question of whether a society is accustomed to resorting to lawyers for only very few issues or whether they are, on the contrary, normally involved in most cases. To these must be added other complementary factors, such as the fact that nations are not all equal in legal culture, or the greater or lesser social value, in different countries, given to arbitration and to alternatives to judicial procedure for less contentious issues. Therefore, the solution adopted is subject to time and place.

What a sincere search for truth demands in all procedures, and particularly in civil proceedings, is a serious method by which the judge is able to judge the relevant facts, so as to pass sentence. And by “serious approach” we mean a set of rules that rationally allow the relevant facts of the case to be considered true or not in terms of the proceedings. In civil proceedings, except in cases involving any general or public interest, it is prudent and reasonable that the parties play the leading role in the effort to plead and prove, given that it is their legal assets that are in *question*, and it is unrealistic and unwise to burden the courts with a greater responsibility than that of directing the process well and making a reasoned and fair decision.

KEY WORDS

CIVIL PROCEDURE, POWERS OF JUDGE, PRINCIPLES OF PROCEDURE, PRINCIPLE OF OFFICIALITY, DISPOSITIVE PRINCIPLE, PRINCIPLE OF PRODUCTION OF EVIDENCE BY PARTIES, POWER AND RESPONSABILITY, TRUTH AND CIVIL PROCEDURE

EL PAPEL Y LOS PODERES DEL JUEZ EN EL PROCESO CIVIL

Andrés de la Oliva Santos

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Complutense. Madrid

Sumario: 1. Consideración preliminar. 2. El papel del juez en el proceso civil y los principios del proceso. 3. Principio de oficialidad (y de “investigación de oficio”) y principio dispositivo (y de “aportación de parte”): A) Principio de oficialidad (y “principio de investigación de oficio”); B) Principio dispositivo (y “principio de aportación de parte”). 4. Opciones abiertas para diseñar el papel y los poderes del juez civil: la relatividad de la ideología. 5. La función primordial de la prudencia para abordar y resolver la cuestión del papel y los poderes del juez civil: A) Factores que han de ponderarse prudencialmente; B) Los jueces: cantidad, calidad y mentalidad; C) Los abogados: su influencia y papel histórico en los procesos civiles; D) El papel de la prudencia. 6. Dos convicciones fundamentales de mi posición: la relación entre poder y responsabilidad y la cuestión de la verdad en el proceso civil: A) Poderes y responsabilidad; B) La cuestión de la verdad en el proceso civil. 7. Defensa razonada del modelo procesal de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil española: mi postura sobre el papel del juez civil y sus poderes en una determinada sociedad: A) Exposición general; B) A modo de “test”: una norma de la LEC española que aumenta el protagonismo del juez.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Únicamente una sólida amistad con el Prof. MONTERO AROCA y la amable perentoriedad de su requerimiento motivaron que aceptara hace meses escribir sobre el tema del título cuando están a punto de cumplirse cuarenta años desde mi primera publicación sobre asuntos procesales y son innumerables las ocasiones en que me he ocupado —aunque no monográficamente— de lo que, a mi entender, le corresponde al juez en el proceso civil.

Pertenece este papel al género del ensayo. Y el ensayo, como se atribuye a ORTEGA Y GASSET, es “la ciencia sin la prueba explícita”. Del ensayo se han emitido, con sarcasmo, juicios peyorativos e incluso ácidos¹. Pero ORTEGA no lo definía con los términos transcritos

para descalificarlo sino, muy al contrario, por considerarlo legítimo y para que esa legitimidad quedara establecida. Pues bien: aplicado el criterio orteguiano a un trabajo sobre asunto jurídico, significa, entre otras cosas, que la extensión puede y suele ser moderada, que el autor está liberado de sujeciones formales, que es de esperar, mucho más que la exposición sistemática completa, la reflexión personal y que lo escrito se impregna de una especial intensidad retórica o persuasiva.

Esto último conviene mucho a la finalidad polémica con que se me piden estas páginas. Otra cosa, como se verá, es que lo que diga a partir de ahora responda a las expectativas de quienes esperen o incluso deseen encontrarse, en este número de *Teoría & Derecho*, trabajos que expongan y defiendan posiciones diametralmente opuestas, con una oposición

ideológico-política. En verdad, aquí me opondré a diferentes entendimientos de lo que al Juez le corresponde en el proceso civil, pero sobre todo, me opondré —me opongo ya— a los dogmatismos sobre el “rol” del juez y, por supuesto, a la pretensión de imponer universalmente unas concepciones dogmáticas. Así, pues, me parece que el ingrediente picante de la polémica dependerá, más que de lo que yo diga, de lo que otros afirmen. Pero es probable que, por la inteligencia y prudencia de los demás polemistas, el resultado sean muchas más convergencias de las esperadas y de las habituales hace años. Me parece probable y deseable que así sea.

2. EL PAPEL DEL JUEZ EN EL PROCESO CIVIL Y LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO

Por la intensidad y la duración de la polémica sobre el papel del juez, cabría pensar que están en juego “cuestiones de principios”, es decir, grandes valores humanos con dimensiones de justicia y orden o, lo que es igual, grandes valores jurídicos (lo que, en España, desde la Constitución de 1978, se designa con la expresión “valores superiores” del ordenamiento jurídico). Veamos, pues, ante todo, algunas ideas sobre los principios del proceso.

Como ya he escrito en otros lugares, considero principios del proceso o *principios procesales* las ideas y reglas que constituyen puntos de partida para la construcción de los instrumentos esenciales de la función jurisdiccional, en el muy preciso sentido de poseer una virtualidad originaria (de ahí que el término “principio” resulte apropiado), determinando que los procesos sean sustancialmente como son. No merecen, por tanto, el nombre de principios del proceso cualesquiera criterios inspiradores de la respuesta a las muy diversas cuestiones que se suscitan a la hora de establecer ciertas series o sucesiones de actos o su forma externa, sino sólo las ideas-fuerza o criterios determinantes de las principales opciones configuradoras de la sustancia interna de los procesos.

Desde varios puntos de vista, es erróneo y perturbador denominar “principios” a todos los criterios generales en virtud de los cuales se opta por regular de un modo o de otro el proceso o ciertos aspectos o actuaciones de éste. Para la mayoría de esos criterios resulta preferible utilizar los conceptos y términos de “reglas” o “máximas”. Como he repetido en muchas ocasiones, *cuando todo son principios, nada es principio*. Y lo mismo sucede —y con paciencia lo repito una y otra vez— cuando a cualquier posibilidad de actuación humana se le denomina “derecho”: *cuando todo son “derechos”, nada es derecho*. Semejante *amplitud conceptual* no conduce a nada positivo².

Pero mi preocupación por los conceptos de “principio” y de “derecho” (subjeto) no es sólo un cierto celo por la precisión o exactitud, de modo que los términos y conceptos se ajusten máximamente a la realidad, también a la legal. El deseo de que perduren y se aprovechen las conquistas de la ciencia y de la técnica —incluidas, por tanto, la ciencia y la técnica jurídicas—, sin retornar a nociones vulgares después de muchos razonables y prolongados esfuerzos de precisión, obedece, sobre todo, al deseo de no provocar equiparaciones que degradan los genuinos principios y los auténticos derechos. Principio es lo que constituye un origen y lo que determina las características esenciales de lo originado. Si denominamos “principio” a todo criterio general, se pondrán a la par lo principal y lo accesorio. Y no parece razonable, por ejemplo, equiparar el principio de audiencia o el de igualdad con el denominado “principio” de *economía procesal*.

Los genuinos principios del proceso (como los relativos a otras realidades) presentan, en sentido etimológico, un carácter radical (del latín *radix-icis*: raíz) por su relación íntima con dos necesidades primarias. En primer lugar, la de superar *de verdad* una situación de autotutela o “justicia privada”, para lo que ha de darse satisfacción a unos pocos criterios que concretan aspiraciones de justicia universalmente sentidas. En segundo lugar, la de ajustar máximamente el instrumento procesal a la finalidad de tutelar *eficazmente* los muy diversos tipos de

derechos subjetivos y las distintas parcelas del Derecho objetivo.

En virtud de la primera necesidad, el proceso se ha de configurar de modo que siempre sean efectivos unos determinados postulados elementales de justicia: éstos son los principios procesales que hemos llamado *necesarios* o, siguiendo a mi maestro, CARRERAS LLANSANA, “jurídico-naturales”. A causa de la segunda necesidad, en cambio, los procesos se construyen conforme a criterios *contingentes*: los que se consideran más adecuados según la diversa realidad jurídica de la que han de ser instrumentales. Se trata, por tanto, de principios procesales que no configuran siempre toda clase de procesos, sino que inspiran, unos, ciertas construcciones procesales, y otros, otras. Son los que algunos hemos dado en llamar “principios jurídico-técnicos”.

En cuanto al primer tipo de principios procesales, los necesarios o “jurídico-naturales”, he venido reduciéndolos a dos: el principio de *audiencia* (muy resumidamente: *nemo debetur inaudito damari; audiatur et altera pars*) y el principio de *igualdad de las partes*³. Los principios de esta clase, insoslayables en todos los procesos (con aparentes excepciones), no son los que más directa y decisivamente influyen en el papel del juez en el proceso civil. Lo que al juez corresponde, o no, se relaciona estrechamente con el entendimiento de los principios denominados “jurídico-técnicos”, que, a mi parecer, pueden reducirse a dos: “principio dispositivo” y, en contraposición, el “principio de oficialidad”.

Tan corto número de genuinos principios procesales, cuya denominación, aunque no enteramente original, sí puede suscitar alguna extrañeza, es debido, ante todo, a una opción expositiva o didáctica, que se sustenta en la argumentación que enseguida se ofrecerá, exenta de pretensiones excluyentes de otros puntos de vista. También podrá advertirse, espero, que no hay una base ideológica concreta en mi modo de ver y exponer algunas claves del proceso civil. Pero, además, reservar el concepto de principios del proceso para unos pocos criterios, responde a una distinción, tempranamente

aprendida de mi ya mencionado maestro, CARRERAS LLANSANA, entre *principios* y *formas* del proceso, distinción en virtud de la cual una serie de importantes y muy visibles rasgos del proceso dependerían, no tanto de criterios con virtualidad originaria y determinante de las principales características esenciales del proceso, como son los *principios*, sino de la opción por modelos de configuración externa del proceso, que serían las *formas*: históricamente, la *inquisitiva* o la *contradictoria*⁴.

Son, empero, genuinos principios procesales, “técnico-jurídicos”, las ideas o criterios determinantes de la posición y del papel del tribunal y de las partes —con sus correspondientes funciones, facultades, derechos, deberes y cargas—, así como de las bases estructurales y de desarrollo y desenlace de los procesos. Son principios de ese tipo los que inspiran la capacidad de decisión y de influencia del órgano jurisdiccional y de las partes en el nacimiento del proceso, en su objeto, en su desenvolvimiento y en su terminación.

3. PRINCIPIO DE OFICIALIDAD (Y DE “INVESTIGACIÓN DE OFICIO”) Y PRINCIPIO DISPOSITIVO (Y “DE APORTACIÓN DE PARTE”)

Soslayaré intencionadamente, por imposible y poco relevante, todo intento de exponer, incluso en resumen, las innumerables discrepancias que entre los autores existen, desde el nacimiento del llamado “Derecho Procesal moderno”, en torno a las denominaciones más apropiadas de los principios jurídico-técnicos que configuran los procesos. Pero conviene un breve recordatorio de conceptos conocidos que, por otra parte, será útil para que el lector pueda entender cabalmente posición sobre nuestro asunto aquí defendida. Comenzaremos por el principio de oficialidad, siguiendo un orden inverso al más frecuente.

A) PRINCIPIO DE OFICIALIDAD (Y “PRINCIPIO DE INVESTIGACIÓN DE OFICIO”)

Entiendo por principio de oficialidad el criterio, derivado del intenso interés público predominante en ciertas materias, en virtud del cual la Justicia se debe ocupar de los asuntos en que esté presente aquel interés, de modo que el proceso, su objeto, los actos procesales y la sentencia dependan de la necesaria defensa y tutela de ese interés público, con un protagonismo decisivo de órganos oficiales y del mismo órgano jurisdiccional. Tan pronto como un asunto que implique ese tan repetido interés (también conocido clásicamente como *bonus communis*, el “bien común”) sea conocido, habrá de hacerse valer mediante el proceso, sin que las partes gocen, ni extraprocesal ni procesalmente, de un poder de disposición como el que cabe predicar respecto de los derechos e intereses legítimos de los que son titulares los sujetos jurídicos particulares.

Se comprende que una primera manifestación del principio de oficialidad es la necesidad de que el proceso comience siempre que aparezca el interés público de cuya satisfacción es instrumento el proceso. El inicio de éste no puede depender de la voluntad libre de un sujeto jurídico particular (no se inicia “a instancia de parte”), sino que se encomienda a la decisión reglada del mismo órgano jurisdiccional (comienzo del proceso *ex officio*) o se impone la realización de actos de iniciativa a un órgano público, legalmente encargado, como se acaba de decir, de hacer valer el interés público general (en España y en otros países suele ser el Ministerio Fiscal).

En los procesos regidos por el principio de oficialidad, ni las partes son dueñas de establecer el objeto del proceso ni pueden disponer de éste libremente mediante el desistimiento (como máximo podrán algunas partes dejar de ser tales), ni cabe que la parte activa renuncie o que la pasiva se allane, o que ambas transijan, con los efectos propios de tales actos de disposición.

Por otro lado, aunque pueda confiarse en la iniciativa de los sujetos procesales en cuanto a la

aportación de los hechos y a la proposición de las pruebas, el órgano jurisdiccional no se encuentra vinculado a tal iniciativa sino que resulta razonable establecer que sea él quien la tome (*investigación de oficio*) o, al menos, pueda acordar de oficio actuaciones probatorias. Tampoco hay vinculación del órgano jurisdiccional respecto del planteamiento jurídico que las partes puedan hacer, puesto que, dada la raíz del principio de oficialidad, la tutela del interés público no se debe subordinar a aquel planteamiento, que no enlaza con un poder de disposición particular que merezca ser respetado.

Finalmente, la actividad procesal y la resolución que ponga término al proceso estarán delimitadas, no tanto por las pretensiones de las partes (y por los fundamentos fácticos y jurídicos de dichas pretensiones), como por la situación real —una pequeña historia, una porción de realidad— con dimensiones jurídicas, que ha dado origen y sentido al proceso. Las pretensiones no serán del todo irrelevantes, desde luego, pero su relevancia guardará relación con la necesidad de preservar los principios de audiencia e igualdad, dentro de la forma contradictoria del proceso, esto es, en coherencia con una estructura procesal dual y de controversia.

Así, pues, las pretensiones de las partes, con sus fundamentos fácticos y jurídicos, no entrañarán, en un proceso regido por el principio de oficialidad, limitaciones del tribunal fundadas en el respeto a unos inexistentes (o subordinados) derechos e intereses legítimos de sujetos jurídicos particulares: habrán de tomarse en consideración sólo en la medida en que la satisfacción del interés público se ha de conseguir respetando el papel procesal atribuido a las partes, que, por la naturaleza de las cosas, no tiene que ser decisivo ni determinante y que es razonable configurar de modo que no se alce nunca como obstáculo para la satisfacción del fin del proceso⁵. Esta satisfacción es o debe ser compatible con un pleno derecho de defensa de la persona a la que se atribuyen ilícitos de especial gravedad. Nunca el interés público de la respuesta debida a tales ilícitos puede justificar un menos cabo de ese esencial derecho de defensa.

B) PRINCIPIO DISPOSITIVO (Y “PRINCIPIO DE APORTACIÓN DE PARTE”)

El *principio dispositivo* puede ser definido como el criterio, derivado de la naturaleza eminentemente particular de los derechos e intereses en juego, en virtud del cual el proceso se construye asignando (o reconociendo) a las partes un papel de gran relieve; de modo que, en primer lugar, se hace depender la existencia real del proceso y su objeto concreto del libre poder de disposición de los sujetos jurídicos implicados en la tutela jurisdiccional que al menos uno de ellos pretende y, en segundo lugar, los resultados del proceso dependen en gran medida del ejercicio por las partes de las oportunidades de actuación procesal (alegaciones y prueba) abstractamente previstas en la norma jurídica.

Desde todo punto de vista, la manifestación primera del principio dispositivo es que el proceso no comience por iniciativa del propio órgano jurisdiccional (*ne procedat iudex ex officio*: “que el juez no proceda de oficio”), sino sólo por la de un sujeto jurídico que pretende obtener una resolución jurisdiccional concreta. *Nemo iudex sine actore*, reza el aforismo, en el sentido de que el juez, el tribunal, no actuará o, lo que es igual, el proceso no se iniciará, si no hay un *actor*, alguien que insta el proceso, alguien que, con una actuación concreta, de petición al órgano jurisdiccional, hace pasar el proceso de la potencia al acto.

Esta primera consecuencia del principio dispositivo es resultado natural de dos factores: la total instrumentalidad del proceso respecto de derechos e intereses predominantemente privados o individuales, por un lado y, por otro, el libre poder de disposición del sujeto jurídico sobre lo que puede ser materia de aquél. Sólo se iniciará un proceso relativo a la protección de un bien jurídico mío si yo quiero protegerlo y, más en concreto, verlo tutelado jurisdiccionalmente. La parte pasiva, el demandado, que, en cuanto tal, sólo tiene, como regla, derechos procesales, es también titular soberano de esos derechos, siempre que —de ese supuesto parti-

mos, insisto— en el proceso únicamente estén en juego derechos e intereses legítimos de unos concretos sujetos jurídicos.

Iniciado el proceso por el actor, que pide tutela jurisdiccional, no se discute que el poder de disposición de ese actor le permite *renunciar* a obtener lo que ha pedido (salvo que la renuncia, excepcionalmente, esté excluida), del mismo modo que la parte pasiva puede *allanarse*, es decir, mostrarse conforme con que, frente a ella, se conceda al actor lo que ha pedido. En los dos casos, la decisión vincula al juez, que deberá absolver o condenar, respectivamente. Además, por su disposición sobre el proceso, ambas partes o sólo el actor, hasta cierto momento procesal, pueden hacer terminar aquél sin resolución sobre el objeto (*desistimiento*) o con una transacción, que el juez aprobará, tras un juicio positivo sobre la legalidad del convenio.

Algunos sitúan en lo que acabo de escribir el límite del alcance máximo del principio dispositivo. Pero, a mi parecer, el mismo poder de disposición sobre el derecho del que alguien es titular implica y se extiende a disponer de los fundamentos fácticos y jurídicos de ese derecho. Precisamente porque mi derecho es mío, porque mi acción es mía, me corresponde disponer de los hechos y de las normas en que podría fundamentar mi derecho y mi acción. Así, el mismo principio procesal (el dispositivo) fundamenta también, pienso, que el objeto del proceso venga concretamente determinado, ante todo, por lo que el actor decida pedir, pero precisamente en relación con los fundamentos de hecho y jurídicos que quiera hacer valer. Acabará de perfilarse el objeto procesal según lo que la parte pasiva quiera hacer valer, usando también de su poder de disposición, tanto sobre sus derechos sustantivos y materiales como sobre los procesales⁶. Para referirse a estos aspectos del principio dispositivo, es tradicional en España hablar de principio de “justicia rogada” o de “rogación”.

Que la sucesión de actos del proceso ver-se sobre aquello que las partes quieren hacer valer disponiendo de todos sus derechos en la forma que se acaba de decir, esto es, que el

proceso tenga por objeto, no sólo las pretensiones formuladas, sino, más precisamente, las pretensiones con sus respectivos fundamentos fácticos y jurídicos, lo considero asimismo una consecuencia del principio dispositivo, aunque —lo reconozco de buen grado— no enlace con el núcleo de dicho principio de modo tan directo, claro e insoslayable como la iniciativa del nacimiento del proceso y la posibilidad de renunciar a obtener la tutela jurisdiccional solicitada. Por distintas razones y motivos, cabe entender, adicionalmente, que es un método procesal razonable y coherente con el núcleo del principio dispositivo, atribuir a las partes la carga de aportar las pruebas en que apoyan sus pretensiones, estableciendo, para la sentencia, en caso de falta de certeza, las reglas de la denominada carga de la prueba material: a cuál de los litigantes perjudica la falta de prueba sobre un hecho relevante.

Para aquellos que, con criterio distinto del que acabo de exponer, entienden que la virtualidad del principio dispositivo supone sólo la necesaria iniciación del proceso civil a instancia de parte, la libre configuración de una pretensión de tutela jurisdiccional y la permanencia de un poder de disposición que permite la renuncia del actor, con efectos absolutorios y el allanamiento del demandado, con efectos condenatorios, sería otro principio procesal distinto, el de “aportación de parte” el que explicaría que el juez deba dictar sentencia conforme a las pruebas aportadas por los litigantes. Y si se grava a las partes con la carga de alegar los hechos y los fundamentos de derecho de su posición, sujetando al juez en la sentencia a esos límites, dirán que el proceso responde al principio o máxima “*iudex iudicet secundum allegata et probata partium*”.

No me produce el menor disgusto intelectual —y debo reconocer que mi irritabilidad intelectual ha aumentado y, por desgracia, es estimulada con mucha más frecuencia de la deseable y sobrellevable— que se haya preferido y se prefiera por numerosos autores la noción más restringida del principio dispositivo. Me cabe desear, eso sí, que no les resulte irritante mi preferencia y mi adhesión a la idea

más amplia de dicho principio, del que el de “aportación de parte” o el de estricta exigencia de congruencia de la sentencia con las pretensiones de las partes (...*iuxta allegata et probata*...) serían corolarios.

Uno puede encontrar con bastante facilidad, por encima de su cabeza, por así decirlo, ciertos principios, como los que he denominado “jurídico-naturales”, porque responden a postulados elementales de justicia o “fair play”, que capta como imperativo cualquier ser humano que no sea lo que en España llamamos un *desalmado*. Pero otros principios no se pueden hallar, ni fácil ni difícilmente, ni en el *cielo de los conceptos* ni en la caverna platónica de las ideas. Son el fruto de una elaboración intelectual, que se nutre, como casi siempre, de lo aprendido y del esfuerzo personal de análisis y crítica respecto de las normas jurídicas y de la tradición legal de una determinada sociedad, de un concreto país.

Lo diré con muy directas y expresivas palabras ajenas: “las llamadas máximas (AOS: para nuestros efectos, los principios) no tienen existencia real más que en la medida en que se derivan del derecho vigente. *Y una legislación saludable, esto es, una legislación que no codifique teorías, sino que tenga la mira puesta en un fin práctico*, tan pronto las hará realidad como establecerá excepciones, según que esas metas prácticas reclamen una cosa u otra.” Así se expresaba (aunque la cursiva es mía) mi muy admirado Friedrich STEIN⁷ en 1893. Pues bien, mi idea del principio dispositivo está elaborada sobre la base de la legislación procesal civil española, desde al menos 1855, y de la aún más larga tradición jurídica de nuestro proceso civil.

4. OPCIONES ABIERTAS PARA DISEÑAR EL PAPEL Y LOS PODERES DEL JUEZ CIVIL: LA RELATIVIDAD DE LA IDEOLOGÍA

Nadie (salvo un reciente legislador español de crasa ignorancia sobre la ciencia, el Dere-

cho comparado y la experiencia mundial, al que aquí dejaremos de lado) discute ciertos cometidos como propios del juez en los procesos civiles. Según un consenso universal (con la única salvedad aludida), le corresponde al juez admitir la demanda, dirigir el proceso, decidir sobre los medios de prueba, presenciar la práctica de la prueba y dictar sentencia o las resoluciones que ponen fin al proceso con declaración de derechos o efectos similares, procesales y jurídico-materiales.

En cuanto a la dirección del proceso, no resulta dudoso que, en conjunto, incumbe al juez, puesto que es axiomático que el Derecho se diga en los diversos casos mediante un insoslayable método, que es, cabalmente, el proceso. No hay justicia humana instantánea o sumarisíma. Un juicio así es el que, en castellano, calificamos de temerario. Y en nuestra lengua se utiliza mucho la expresión (que tengo por nativa del foro judicial) “hablar sin conocimiento de causa” para referirse al que lanza afirmaciones contundentes sin datos y ciencia que las respalden. Así, pues, es propio (y exclusivo) del juez, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que sólo a él se confiere o, en otros términos, en el cumplimiento de la función jurisdiccional, decir el Derecho (*ius dicere*): no sólo el material o sustantivo, sino también el procesal, en tanto en cuanto éste regula cuanto es necesario, como método razonable y justo, para garantía del acierto de la sentencia o resolución similar.

Dicho lo anterior, me apresuro a añadir que, además del principio dispositivo, entendido como ha quedado apuntado, que personalmente prefiero como inspirador para la generalidad de los procesos civiles, caben otros planteamientos distintos, que, en sí mismos, estimo defendibles y respetables.

Tras la necesaria iniciación del proceso por quien requiere una tutela jurisdiccional para un bien jurídico suyo (o que, aun no siendo suyo, tiene título para proteger), los roles más concretos de las partes y del juez pueden fijarse de diferente manera, sin afectar al más primario poder de disposición de los sujetos jurídicos.

En teoría, podría no exigirse al demandante que concretase el contenido de su pretensión de tutela, limitándose a exponer su caso y a solicitar la tutela que fuese “procedente en Derecho” También podría requerirse del demandante una sencilla y muy elemental fundamentación de su pretensión, pero sin necesidad de expresar con mínima claridad a qué título jurídico (o títulos) se acoge y cómo enlazan con ese título ciertos hechos alegados. Asimismo, en teoría cabría dejar al órgano jurisdiccional la labor de descubrir si hay o no hechos ciertos y normas jurídicas que fundamenten la concesión de tutela jurisdiccional, en general, o la concesión de la tutela que concretamente se ha pretendido. En todas esas opciones, el papel del juez sería de mayor importancia y sus poderes serían también mucho mayores.

Llego así al punto o momento clave para establecer un aspecto importante de mi personal posición sobre el papel del juez y sus poderes. Y ese aspecto se puede expresar afirmando que las posibles opciones que acabo de enunciar no obedecen *necesariamente* a postulados políticos o ideológicos. Sería ciertamente totalitario que, p. ej., la tutela jurisdiccional civil de bienes jurídicos de sujetos determinados, sin implicación de un verdadero interés social, fuese dispensada *ex officio* por el aparato del Estado a su arbitrio, sin participación o con una participación únicamente de impulso inicial por parte del sujeto que afirma necesitar tutela. No me sentiría libre con un Estado que decidiese, sin mi voluntad o contra ella, protegerme de un deudor mío. Probablemente, se trataría de un Estado en que mi titularidad sobre un derecho de crédito dinerario no estaría clara. Y ni que decir tiene que también consideraría totalitario atribuir a autoridades administrativas, no independientes, la última palabra en la tutela jurídica de los derechos e interés legítimos de Ticio, Cayo o Sempronio. Pero, fuera de estos u otros similares supuestos, siempre que se reconozca y respete la titularidad de los derechos subjetivos de particulares y el poder de disposición de los sujetos jurídicos sobre sus intereses legítimos, así como la libertad de una razonable actuación procesal de las partes res-

pecto de esos derechos e intereses⁸, no veo que exigir menos a las partes y gravar más al juez resulte (*necesariamente*, insisto) de una posición ideológica que desdeñe la importancia de los sujetos individuales o desprecie la libertad personal en favor de un extraordinario predominio del Estado o de una concepción de la vida social eminentemente estatalista.

Se me ocurre una hipótesis. Imagínese que Austria estuviese dividida en 18 Estados y no en 9. Sigamos imaginando que cada uno de esos Estados tuviese su propia Justicia y su propio sistema procesal. A mí no me parecería contrario a un exquisito respeto a la dignidad y a la libertad personales que en uno de esos Estados, con poca población, existiese un sistema procesal civil en el que, en primera instancia, al demandante sólo se le pidiese narrar los hechos y formular genéricamente su pretensión sin necesidad de fundamentarla jurídicamente y al juez le correspondiese, en cambio, la tarea de llevar a cabo las averiguaciones pertinentes sobre los hechos narrados que considerase relevantes, sin perjuicio de las pruebas que el demandante quisiese aportar. No consideraría derivación de una ideología totalitaria que, además de lo dicho, la búsqueda y selección de posibles normas aplicables al caso fuese asimismo una responsabilidad del juez, de modo que la sentencia no fuera reprochable por incongruencia siempre que constituyese una respuesta coherente con la genérica pretensión del demandante y con el caso por él expuesto, incluso si se fundase en un hecho, relacionado con ese caso, cuyo conocimiento cierto resultase ser fruto exclusivo de la investigación fáctica judicial.

Situados ahora en el pasado para otro ejemplo imaginario, tampoco me resulta inconcebible que un pueblo de hombres libres bien conscientes de ello hubiesen construido un modelo de proceso civil como el que acabo de esbozar. Bien podría ese modelo fundarse en una extendida y arraigada confianza popular en un juez sabio y diligente, que una especie de senado designase, temporal o vitaliciamente, de entre los mejores y más ilustrados ciudadanos. ¿Por qué ese modelo procesal habría

de ser necesariamente contrario a la libertad y producto de un pensamiento y un designio autoritario o totalitario?

Esta desconexión de la configuración interna del proceso con postulados ideológicos, que acabo de defender, singularmente en lo que aquí nos interesa, esto es, el papel más o menos activo del juez civil y sus mayores o menores poderes, no significa negar que desde un punto de partida estrictamente ideológico o político sea posible desplegar, con coherencia interna, una consecuencia o serie de consecuencias en el plano de las construcciones legales y de las realidades procesales. No afirmo que no pueda haber o no haya habido disposiciones legales de inspiración ideológica. Conozco sólo muy a grandes rasgos la polémica sobre el *Codice di Procedura Civile* italiano, así como las apreciaciones sobre el sustrato ideológico de la ZPO austriaca bajo la influencia del pensamiento y la obra de Franz KLEIN. Mis escasos conocimientos en esos dos asuntos no me permiten adoptar una posición en esas polémicas, lo que, por lo demás, me parece innecesario para la defensa de lo que pienso desde hace muchos años, esto es: que, aunque algunos puedan defender y defiendan sus posturas acerca del papel del juez y de sus poderes en el proceso civil por lo que consideran imperativos ideológicos, es igualmente posible y absolutamente legítimo (y preferible, lo adelanto ya) que la propia opinión sobre el tema que nos ocupa obedezca a razones y motivos ajenos a las ideologías.

Un corolario lógico de lo anterior, que es tiempo de gran importancia, es el rechazo más firme a toda taxonomía ideológica o política que se fundamente en la opción relativa al papel del juez y a sus mayores o menores poderes en el proceso civil. Del mismo modo que no acepto que se tache *necesariamente* de enemigos de la libertad o de totalitarios (e incluso de autoritarios) a quienes postulen para el juez civil mayores poderes de los que personalmente considero prudente conferirles (en determinado país y en un momento histórico determinado), no acepto tampoco que se tache *necesariamente* de neoliberal a quien opte por un papel judicial poco activo en la determinación de los

hechos y menos aún que se le vitupere ideológica o políticamente con desagradables etiquetas. No es que, poseído más o menos súbitamente de un extremo afán conciliador, quiera creer que todos los procesalistas son personas ideológica o políticamente asépticas o neutrales o simplemente centristas o equidistantes. Probablemente ha habido, hay y habrá procesalistas adscribibles a muy diversas posiciones del arco ideológico-político. Lo que afirmo es que, por sí mismas, las opciones de los cultivadores del Derecho Procesal sobre el papel del juez y sus poderes en el proceso civil no tienen por qué ser determinantes ni caracterizadoras de su ideología ni de su posición política.

Insisto: no me ofrece duda que cabe establecer criterios y normas procesales sobre la base de posiciones ideológicas. Sin remontarnos al pasado, es observable que, a partir de la denominada “ideología de género”, se puede defender y se puede lograr establecer normas especiales de carga de la prueba que, p. ej., supongan prácticamente una inversión de dicha carga a favor de las mujeres. Sin embargo, es posible defender ciertas particularidades sobre la carga de la prueba (sin llegar a la inversión total, a todas luces poco equitativa) en asuntos de violencia contra la mujer, no ya sin suscribir los planteamientos de la “ideología de género”, sino incluso rechazándolos.

Terminaré este aspecto de nuestro tema con un ejemplo que sí conozco bien. En 1939, Piero CALAMANDREI publica en la *Rivista di Diritto Processuale Civile*, I, su después muy famoso trabajo, *La relatività del concetto di azione*. Durante un tiempo tuve serias sospechas de que ese trabajo era más citado que leído o, al menos, leído con atención. Después, supe con certeza total que, en efecto, no faltaban los que citaban e incluso invocaban este ensayo de CALAMANDREI sin haberlo leído en absoluto (o, si me equivocase, el caso sería aún peor, con un engaño consciente), puesto que traían a colación la relatividad del concepto de acción, sostenida por CALAMANDREI, para quitar importancia al tema, como si ésa fuese la tesis del Maestro de Florencia: *lo relativo* en equivalencia a *lo escasamente importante*. Y

sabemos que, en 1939, el concepto de acción era para CALAMANDREI de extrema importancia, precisamente por la relatividad de ese concepto respecto de posiciones ideológicas netamente opuestas. Pero hoy puedo reafirmarme, muy sintéticamente, en lo que defendí públicamente en 1974 y publiqué seis años después⁹, a saber: que si bien era y es inteligible y certero el núcleo de lo observado por CALAMANDREI (la coherencia de concebir la acción como derecho abstracto con una posición general autoritaria y estatista y, al contrario, la armonía de la acción como derecho concreto con una ideología antiautoritaria y, en ese sentido, liberal), cualquiera de las dos opuestas teorías sobre la acción puede asimismo fundarse en argumentos no ideológicos y de estricta técnica jurídica, de modo que una taxonomía ideológico-política de los autores en razón de su opción respecto de la acción resulta arroja resultados erróneos y, en ciertos casos, risibles. Ni quien defiende la acción como derecho abstracto es necesariamente comunista, socialista o autoritario ni quien entiende la acción como un derecho subjetivo público de contenido concreto es necesariamente liberal, “neocon” o cosa similar¹⁰.

Con todo esto, me parece ya sentado un criterio personal muy firme sobre la cuestión polémica de que aquí se trata: la posición sobre el papel del juez y sus poderes en el proceso civil puede obedecer a posiciones ideológicas, pero cabe asimismo que nada tenga que ver con tales posiciones y no es acertado, por tanto, deducir posturas ideológico-políticas de lo que se defiende sobre nuestro asunto. Con otros términos: postular un papel judicial sumamente activo y ser partidarios de atribuir al juez civil grandes poderes no supone necesariamente totalitarismo, comunismo o socialismo (más, para los demagogos de izquierda, *progresismo*, palabra mágica con la que se exorciza al discrepante, que sería *inmovilista*, *retrogrado* o *cavernícola*) y, por el contrario, preferir un modelo de actividad judicial menos activo y, correlativamente, gravar con más cargas a las partes no es una consecuencia necesaria de convicciones liberales o neoliberales.

Hay un muy interesante corolario de este criterio: optar por atribuir al juez civil más protagonismo o, lo que es igual, atribuirle más poderes a causa de un prejuicio o punto de partida ideológico, como, a la inversa, entender que un imperativo ideológico-político liberal o de superlativo respeto a la dignidad de cada persona obliga a reducir al máximo los poderes del juez, además de constituir un *error in principio*, dificulta extraordinariamente la mera comprensión de las posturas diversas de la propia sobre nuestro tema (y el consiguiente debate), pero, sobre todo, se alza como un obstáculo imponente para el análisis racional de la cuestión que aquí tratamos y para la formulación de propuestas viables de distribución de funciones entre el juez y las partes en el proceso civil.

5. LA FUNCIÓN PRIMORDIAL DE LA PRUDENCIA PARA ABORDAR Y RESOLVER LA CUESTIÓN DEL PAPEL Y DE LOS PODERES DEL JUEZ CIVIL

Acabo de hablar de propuestas *viables*. Si me importa sobremanera la *viabilidad* del modelo procesal civil resultante de la opción relativa a los poderes del juez, es porque descarto que estemos jugando a modelos abstractos, con sus abstractos valores. En ese plano, de pura discusión teórica, no tengo inconveniente en declararme de antemano perdedor de cualquier debate, no sólo del que ahora mismo podría producirse (o re-producirse) en España, en Italia o en toda Latinoamérica, sino del que, hipotéticamente, se hubiese celebrado hace un siglo o cuatro siglos, en Inglaterra o en un cantón suizo. Pero parto de la base de que no se trata de deliberar en el vacío, utópica y ucrónicamente, sino de analizar y resolver la cuestión como es propio de una genuina perspectiva jurídica, a saber: con practicidad, buscando un resultado *posible*, que, a la vez, sea razonable y justo. El debate jurídico es histórico, es decir, se produce en el tiempo (en un tiempo

determinado con sus realidades determinadas) y para nosotros, procesalistas, la viabilidad de las conclusiones es tanto más importante cuanto que no nos ocupamos de situaciones y relaciones humanas y de la regulación que las reconoce, encauza, rectifica o prohíbe, sino que nuestra específica tarea consiste en construir o analizar críticamente unos artefactos o artificios, sin realidad extralegal alguna, inventados para servir. Así pues, resulta decisivo que esos artefactos o artificios, que son los procesos, funcionen y sirvan.

A) FACTORES QUE SE HAN DE PONDERAR PRUDENCIALMENTE

La cuestión del papel del juez (en relación con el de las partes) depende, a mi parecer, de muchos factores, que no me atrevo a enumerar con pretensiones de aproximarme siquiera a la exhaustividad. Pero unos cuantos elementos de la realidad en que esa cuestión se aborde sí resultan fácilmente identificables. Y comenzaré por una faceta que quizá otros no abordarían en primer lugar. Sin atreverme a situarla en lo alto del “ranking” de factores relevantes, me parece de suma importancia. Cuando afrontamos qué papel y qué poderes atribuir al juez civil, ¿nos encontramos en una sociedad con *abogados o sin ellos*? Más concretamente, esa sociedad, ¿acostumbra a recurrir a los abogados sólo para muy pocos asuntos o es habitual que los abogados intervengan en las relaciones intersubjetivas de índole jurídica?

Si viviéramos en una sociedad sin abogados (o con muy pocos, reservados para muy pocos asuntos), resultaría casi imperativo atribuir al juez civil un papel predominante de actuación procesal y unos amplios poderes, tanto para acordar pruebas *ex officio* como para establecer el planteamiento jurídico de los litigios civiles. Porque a los litigantes, en su inmensa mayoría legos en Derecho, no sería razonable imponerles cargas de alegación y prueba que, de ordinario, serían incapaces de levantar.

Supuesto que estemos, por el contrario, en un *país de abogados* (es el caso de España), ya se adivina que la población, la litigiosidad (can-

tividad y calidad) y el elemento humano de la Justicia (cantidad y calidad de Jueces, pero también de abogados) han de ser traídos a colación y considerados muy atenta y seriamente para decidir qué papel y qué poderes se asigna a los jueces en los procesos civiles en que no esté presente un intenso interés público. Esos tres elementos han relacionarse entre sí, de modo que dispongamos de un cuadro de la realidad de la Justicia dotado de notable estabilidad, pues esa realidad no puede ser modificada fácil y rápidamente (con un incremento sustancial del número de jueces o con una reducción asimismo sustancial del número de litigios) y sin efectos negativos (como los de una improvisación de jueces livianamente formados o una importante reducción de las vías jurídicas que una sociedad determinada considera razonables: p. ej., una eliminación amplia de la doble instancia).

A esos factores han de añadirse otros complementarios, que perfeccionan la visión panorámica de la realidad sobre la que se ha de operar. Las naciones y los pueblos no son iguales en cultura jurídica y, más concretamente, en cultura judicial. Es poco dudoso que los españoles, p. ej., somos mucho más proclives a plantearse acudir a los tribunales que los habitantes de otros países, donde los costes de la justicia resultan más disuasorios, aunque no sea ése, ni mucho menos, el único factor (puede concurrir con el hecho de que las infracciones jurídicas y las vulneraciones de derechos ajenos sean más o menos infrecuentes). Y todos sabemos que, además, hay naciones en que la población está más imbuida que en otras de la necesidad acuciante de una justicia igual para todos, incluso aunque la realidad diste mucho de ese ideal. En esos países, apenas hay resignación (o realismo y cálculo) ante la injusticia que se cree sufrida: la mirada de los ciudadanos se dirige enseguida hacia la Justicia del Estado.

Importa asimismo la mayor o menor utilidad social, en cada país, del arbitraje y de los mecanismos alternativos al proceso judicial para cuestiones litigiosas menores, como los medios para resolver reclamaciones de consumidores y usuarios. Si esas alternativas (enca-

jen o no en el moderno concepto de ADR) son eficaces, la *ratio* juez/número de habitantes revestirá menor importancia que allí donde aquéllas quizá son muy publicitadas (en España, p. ej., el arbitraje de consumo) pero de escasísima efectividad. Esa misma clásica *ratio* juez/número de habitantes tampoco tiene el mismo significado en los países en que, como en España (torpemente, desde 1985), prácticamente el mismo tipo de juez se ocupa de grandes y de pequeños litigios, que allí donde existe una neta diferenciación entre tipos de tribunales, de modo que los litigios de importancia se sustancian ante unos pocos tribunales, pero otros muchos litigios, cotidianos, por así decirlo, están atribuidos a muchos jueces en tribunales diferentes y de menor categoría.

B) LOS JUECES: CANTIDAD, CALIDAD Y MENTALIDAD

Dicho lo anterior, al factor humano principal de la Justicia civil, los jueces, se le debe prestar una preferente atención. En cuanto al número de juzgadores, pienso que será suficiente mencionarlo, pues su influencia en la opción principal sobre el papel y los poderes del juez es obvia. Pero no es el número lo único que importa y ni siquiera lo más importante. Quizá aún de más relevancia es la formación judicial que podríamos llamar “promedio”, pues en todas partes coexisten (y son disfrutados o padecidos) buenos y malos jueces *qua tales*, es decir, no mirando a su bondad personal, sino a la bondad o calidad de su trabajo judicial. De nuevo recurro a palabras de STEIN: *“toda legislación ha de medir el grado de coerción y libertad del tribunal, adecuándolo al valor y la calidad que tiene el personal judicial correspondiente. El que podía concedérsele en tiempo de la compra de cargos, cuando ni los estudios ni ningún examen aseguraban su capacidad científica ni inspección alguna su moralidad, es distinto del que resulta posible admitir en nuestros días”*¹¹.

Y también tengo en mucho, como influyente para deliberar y decidir sobre el papel y los poderes del juez civil, un elemento concreto de su formación, que se me ocurre denominar

“mentalidad decisoria”, en la que, desde luego, influirá la tradición judicial del país. Me explico de inmediato.

No da lo mismo que los jueces estén acosumbrados a encontrarse con relativa frecuencia en el trance de resolver disponiendo de un amplio margen de discrecionalidad (no arbitrio o capricho) o que, por el contrario, sea infrecuente que afronten en sus decisiones otro riesgo que el de aplicar normas que establecen con aceptable claridad (de ordinario) los supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas. Podría pensarse, no sin motivo y razón, que eso depende de las leyes (más numerosas y prolijas, de ordinario, en los países del *Civil Law*; menores y menos minuciosas en el sistema de *Common Law*, si se me permite por una vez seguir los tópicos divisorios de esos sistemas), pero resulta que la mentalidad favorable o desfavorable a la utilización de facultades o poderes discrecionales (por supuesto, con un criterio rector legal), sí es algo que se da (en mayor o menor grado, o no existe apenas) en los jueces, porque, tanto a finales del siglo XIX como en el pasado siglo XX, como en estos años del siglo XXI, ante normas que atribuyen a los jueces españoles facultades de actuación (muy diversas: desde la actuación que requiere explicaciones a un testigo hasta la que sanciona la mala fe procesal, pasando por la que ordenaba imponer condena en costas según se juzgase o no temerario el comportamiento procesal de demandante o demandado), cabe comprobar si esos jueces se atrevían y se atreven, mucho o poco o casi nada, a aplicar o hacer uso de esas normas. Si ha existido y persiste una renuencia judicial muy extendida hacia el uso de poderes y facultades que exigen al juez adoptar decisiones “arriesgadas” y, de hecho, la consecuencia es que apenas se usan esos poderes y facultades, esa realidad se debe valorar adecuadamente.

C) LOS ABOGADOS: SU INFLUENCIA Y SU PAPEL HISTÓRICO EN LOS PROCESOS CIVILES

Puesto que nos estamos ocupando del “factor humano” de la Justicia civil, hemos de vol-

ver la mirada nuevamente hacia los abogados. Suponemos, como hemos dicho antes, que estamos en un “país de abogados”, un país con un alto número de abogados a los que, p. ej., se acude a la hora de contratar, al menos cuando se trata de un contrato de importancia o atípico. Pero, ¿estamos también ante una Justicia civil “de abogados”, es decir, en un país en que, más o menos frecuentemente, o bien habitualmente, los procesos civiles, complejos o simples, sobre asuntos de extraordinaria importancia o sobre cuestiones litigiosas cotidianas, se inician y desarrollan con intervención de abogados? ¿Es esa intervención muy limitada o, por el contrario muy amplia e intensa? Si la situación se corresponde con una respuesta afirmativa a las últimas preguntas, estaremos también ante una Justicia civil con una larga y arraigada tradición de protagonismo de los abogados, puesto que la ley o la costumbre (o ambas) determinan su actuación como asesores de las partes. Así sucede en España, donde (salvo para la solicitud inicial del procedimiento monitorio), la asistencia de abogado es preceptiva como regla, con escasas excepciones¹².

Pues bien, si las partes, por imperativo legal o por costumbre, cuentan de ordinario con un abogado que les asesora desde el comienzo del proceso, no será razonable diseñar el papel del juez prescindiendo de esa realidad de la ordinaria “asistencia letrada” de los litigantes. O lo que es igual, no será razonable atribuir a las partes unas cargas de alegación y prueba mínimas, que estarían plenamente justificadas en cambio, si aquéllas litigasen directamente. En cambio, si el proceso civil es un *proceso de abogados*, a las partes se les puede gravar con cargas que legitiman el papel del abogado y suponen un gran alivio del conjunto de trabajo del juez.

Ciertamente, cabe que, simultáneamente con una cuasi-omnipresencia del abogado en la Justicia civil, exista un cuasi-global malestar social (incluidos ámbitos jurídicos y judiciales) hacia los abogados. No se superará, en todo caso, el sentimiento de varios personajes de *Enrique VI*, como el secuaz del rebelde Jack Cade, Dick el carnicero, al que William Shakespeare

hace decir programáticamente: “*The first thing we do, let’s kill all the lawyers!*” (“La primera cosa que haremos será matar a todos los abogados”). Ninguna revolución ha llegado a hacer efectiva esa propuesta radical. Y propuestas bastante razonables (y desde luego no sanguinarias como las de *Dick, the butcher*), han fracasado, por muchos y poderosos motivos que hubiera para su triunfo. El realismo y la prudencia pueden, sin duda, propulsar y orientar cambios relativos a los abogados, pero aún no conocemos (yo no logro ni siquiera imaginar) una situación en que sería realista y prudente proponerse, no ya cambios (se van a dar, me parece, en una línea de disminución paulatina de la intervención de abogados), sino la pura y simple supresión de los abogados en el proceso civil. (A veces, sin embargo, he escuchado a algunas personas, incluso a colegas universitarios, sugerir propuestas que, en buena lógica, supondrían la supresión de la abogacía: no las han puesto por escrito, desde luego).

Si no se suprime la “asistencia letrada” de las partes en el proceso civil (o si no se reduce a unos pocos casos), lo único razonable es procurar que los abogados cumplan lo mejor posible su función. Ahora que llevo ya años sin ejercer la Abogacía, puedo afirmar categóricamente que suprimir o menoscabar esa profesión histórica me parece irresponsable, aunque lo sea, en parecida medida, omitir lo que conduzca a que los abogados ofrezcan unos servicios de calidad y se comporten conforme a elevados criterios éticos. Es muy deficiente, por ahora, la exigencia de ética a los abogados por parte de sus corporaciones (en España, por los denominados “Colegios profesionales”, Corporaciones de Derecho Público) y aún resulta muy raro que se exija a un abogado responsabilidad civil por negligencia o *mala praxis* (no sugiero que se produzca un fenómeno de hostilidad procesal civil contra los abogados como el que en muchos países sufren los médicos, p. ej., pero hay una gran distancia entre el exceso de demandas por presunta infracción de la “*lex artis*” y la menos que escasa exigencia de responsabilidad civil a los abogados).

Esto sentado, procede, como ya apunté, ser coherentes con el hecho de que, de ordinario, los litigantes se convierten en tales e inician los procesos civiles conforme a los consejos de graduados en Derecho a los que, en muchos países, se les exige una seria formación jurídica básica. Se puede, o más bien se debe, suponer (dejando ahora aparte las reformas convenientes o necesarias para ejercer la abogacía y para controlar la calidad de los servicios) que, gracias a los abogados, los demandantes en potencia están en buenas condiciones para ser demandantes en acto interponiendo demandas con un contenido que implique un alto grado de precisión en lo que se pide y en la fundamentación de la tutela judicial pedida. Y se puede o más bien se debe suponer, asimismo, que ambas partes actuarán con pleno conocimiento de las reglas sobre carga de la prueba y sobre el valor de los elementos de prueba de que puedan disponer. Todo esto, por referirnos ahora sólo a lo que resulta más decisivo en la primera instancia.

Queda dicho, con lo anterior, que lo que cabe esperar de las partes del proceso civil en razón de sus abogados me parece de singularísima relevancia a la hora de responder a la cuestión del papel y de los poderes del juez civil. Porque ese papel y los poderes correspondientes han de ser armónicos con las cargas y deberes de los litigantes, como enseguida veremos con más detalle.

D) EL PAPEL DE LA PRUDENCIA

He hablado de la *prudencia* al encabezar este epígrafe. Porque la prudencia es el específico hábito (un hábito bueno o virtud, no un vicio, claro está) por el que se salta de lo intelectual a lo agible, de los principios y criterios abstractos a las opciones prácticas, a las decisiones. No hablamos a la ligera de *jurisprudencia* ni cuando utilizamos el término en el sentido germano de *Jurisprudenz*, de Ciencia del Derecho, ni cuando lo empleamos para referirnos, como en España, a las sentencias, a la *jurisprudencia de los tribunales*, al trabajo jurisdiccional. En este último territorio, es

casi evidente que cada sentencia, aunque no sea fuente del Derecho objetivo (ni solo ni junto con otras sobre casos semejantes), es una *creación jurídica*, porque resulta innegable que todo juez, al dictar sentencia, salta de las normas positivas y de los principios jurídicos más los criterios hermenéuticos (por no hablar de otros ingredientes generales, como la experiencia) a la decisión sobre un caso.

Un juez (normal, no necesariamente portentoso) no es —y nunca lo ha sido, ni en los momentos de la máxima efervescencia revolucionaria francés— un autómatas aplicativo, la mera boca que pronuncia las palabras de la ley. La naturaleza de su quehacer, naturaleza ineludible, le lleva a una creación jurídica, la sentencia, distinta de la ley, por respetuosa que con la ley sea esa sentencia. El respeto al Derecho que sólo condiciona al juez independiente no es la pereza de quedarse en la letra de la ley, sin genuina interpretación, sin discurrir sobre la finalidad de la norma en su contexto y sin la debida atención a los detalles de cada caso y a su posible relevancia. El juez hace jurisprudencia porque la prudencia guía su trabajo de decidir y la consideración de los diversos materiales, fácticos y jurídicos, de cada caso.

Y algo semejante se descubre (o, más bien, se debería descubrir) en el quehacer del jurista académico, del jurista que hace *Jurisprudenz*. El acierto de las construcciones conceptuales, de las distinciones y de las relaciones, no radica ni en su originalidad ni en la exhaustividad de los estudios previos ni en la habilidad dialéctica de las discusiones con otros. La calidad y el acierto radican en el servicio que el trabajo científico-jurídico rinde para una adecuada (equitativa, justa, razonable) resolución de problemas reales, resolución que exige, antes, un análisis certero de esos problemas.

La prudencia ha de ser, asimismo, el motor decisivo para las opciones legislativas y, a fin de cuentas, la cuestión del papel y de los poderes del juez en el proceso civil es una cuestión central en el diseño del modelo más apropiado de ese proceso para una determinada sociedad. Todos los factores que hemos expuesto han de ser ponderados prudentemente para lograr un

modelo justo y viable. Porque la cuestión que nos ocupa no trata de lo verdadero y lo falso: no hay una realidad que conocer, sino una realidad que crear, el proceso, la construcción o modelo procesal. Y el reto no es lograr el mejor conocimiento de la realidad, es decir, la verdad, sino acertar en el diseño de un *artefacto* que, supuesta su adecuación a criterios elementales de justicia (“principios procesales” de audiencia y de igualdad de armas de las partes), permita, *en una sociedad determinada*, conocer y resolver litigios civiles con suficientes garantías de acierto en todas las sentencias, en un tiempo razonable y con el mejor aprovechamiento de los recursos humanos, siempre limitados, que estén verdaderamente disponibles.

6. DOS CONVICCIONES FUNDAMENTALES DE MI POSICIÓN: LA RELACIÓN ENTRE PODER Y RESPONSABILIDAD Y LA CUESTIÓN DE LA VERDAD EN EL PROCESO CIVIL

Tras todo lo dicho hasta ahora, antes de afrontar el desenlace de este ensayo con la exposición de la personal postura en la cuestión del papel y de los poderes del juez, me parece necesario ocuparme de dos asuntos, expresando mis convicciones al respecto, que quizá sean equivocadas, pero que, dada su firmeza, son dos fundamentos muy importantes de esa postura, hasta el punto de constituir puntos de partida, de los que paso a ocuparme seguidamente.

A) PODERES Y RESPONSABILIDAD

Por más clara que sea y por indiscutible que resulte la relación entre poder y responsabilidad, es pertinaz desconocerla o despreciarla en nuestro mundo a todas horas. Y de ahí que no pueda dejar de referirme a ella y a su relevancia una y otra vez y con el mayor énfasis de que soy capaz. *Ganz kurz*: cuando nos planteamos atribuir al juez unos poderes (como cuando se

trata de atribuírselos al presidente de una asociación, al consejero-delegado de una sociedad o al Jefe de un Estado), nunca hemos de olvidar, sino, por el contrario, debemos siempre considerar que los poderes entrañan responsabilidades. Según mi experiencia, casi nunca está presente esta consideración al tratar de los poderes del juez. Y, sin embargo, prescindir de ella es, más que imprudente, insensato.

No es sensato, en efecto, dejar de tener en cuenta la carga (en sentido vulgar, no jurídico-procesal) que, con los poderes que se les atribuyan, se echa encima de los jueces, de todos y cada uno de ellos. Nunca es razonable y prudente cargar a nadie por encima de sus posibilidades, teniendo en cuenta todos los factores pertinentes. Pero, en cuanto a los jueces, su papel y sus poderes, ante cualquier posible diseño de un modelo procesal civil, resulta obligado afrontar con objetividad este interrogante: ¿están los jueces reales, todos o la inmensa mayoría de ellos —porque no se diseña o se legisla para uno o unos pocos—, en condiciones de asumir la responsabilidad que entrañan las atribuciones previstas en el proyecto o modelo? ¿Podrán hacer uso de los poderes que se piensa otorgarles con una finalidad, siempre que haya de cumplirse esa finalidad? Porque se ha de procurar, me parece, que, sin heroicidades, los poderes y facultades sean usados ordinariamente y no sólo de vez en cuando, por unos pocos jueces. Dicho de otro modo: se debe pensar en que se pueda reprochar con razón a los jueces no haber hecho uso de sus poderes y facultades, sin que éstos tengan la fundada excusa de que, si los usasen siempre que fuera procedente, se verían impedidos de resolver en tiempo razonable los casos que les han correspondido.

B) LA CUESTIÓN DE LA VERDAD EN EL PROCESO CIVIL

El simple enunciado de este subepígrafe, en un trabajo con las características del presente, ya debe hacer pensar que una cuestión tan capital sólo será aquí tratada en apretada síntesis. Pero no puedo ni quiero en modo alguno eludirla, sin que la obligada síntesis resulte una vaguedad.

Es frecuente que la necesidad de establecer la verdad del caso que es objeto de un proceso civil sea considerada, con razón, un punto fuerte, si no el más influyente, de las posturas favorables a atribuir amplios poderes al juez y a conferirle un papel de protagonismo muy superior al que derivaría de lo que, erróneamente —según espero haber demostrado—, parece un postulado ideológico liberal y antiautoritario de una supuestamente necesaria influencia en el modelo procesal civil. Un gran protagonismo judicial y unos amplios poderes en cuanto a la prueba no se corresponderían, en todo caso, con el entendimiento amplio, antes expuesto, del principio dispositivo o, cuando menos, se opondrían al denominado “principio de aportación de parte”: *iudex iudicet iuxta allegata et probata partium*. Singularmente, por mor de la pesquisa sería sobre la verdad de las cosas, el juez, suele decirse, tendría que poder acordar pruebas de oficio, incluso si se admitiese que, vinculado por el ámbito de los hechos que los litigantes hubiesen querido alegar en virtud de su poder de disposición, esas pruebas acordadas y practicadas oficiosamente, hubiesen de circunscribirse a hechos previamente alegados por las partes.

No voy a defender ahora, inmediatamente, la racionalidad y legitimidad —y, en definitiva, la prudencia— de no atribuir al juez esos poderes en materia de prueba. Lo que en este momento me importa más dejar establecido es que una y otra opción nada tienen que ver, si bien se mira, con la antigua y muy manida distinción entre una *verdad material* y una *verdad formal*. Nunca he recurrido, por respeto a mi propia (aunque nada original) idea de verdad, a semejante distinción, que considero errónea, no ya filosófica o psicológicamente, sino también en el plano procesal. Sé que ha sido frecuente, entre los tópicos utilizados acriticamente, referirse a la *verdad formal* como aquel *sucedáneo de la verdad*, de la *verdadera verdad*, que resultaría aceptable en la inmensa mayoría de los procesos civiles, mientras que en el proceso penal importaría, no el sucedáneo, sino la *verdad verdadera*, calificada como *material*.

A mi entender, ese planteamiento implica un desacierto multifacético, no sólo por la sospechosa y maloliente¹³ distinción de “verdades”, sino por la correlación de esos dos conceptos de verdad con los dos tipos de proceso. Que en los procesos en que sólo están en juego los derechos e intereses legítimos de unos sujetos jurídicos particulares los poderes probatorios se atribuyan a las partes, con sus correspondientes cargas, sin gravar al juez y que, en cambio, se prevea la iniciativa probatoria del juez en los procesos (penales o también civiles) en que está presente un interés público de notable intensidad, nada tiene que ver con entender inaccesible la verdad, con negar la “verdad de las cosas” o con desinteresarse de la verdad en los primeros procesos y mantener, en cambio, ese interés en los segundos. Lo único que considero acertado sostener es que todo proceso debe entrañar una real y verdadera preocupación por la verdad, so pena de perder una médula ética y dejar, así, de ser instrumento de una respetable administración de la justicia.

Pero la búsqueda de la verdad en los procesos no puede ser y no es igual a la del historiador o a la del filósofo o a la del investigador experimental. Todos éstos pueden prolongar sus esfuerzos en pos de la verdad cuanto su vida les permita (e incluso continuarlos, de algún modo, en el esfuerzo de sus discípulos) y consiguen también resultados útiles, propios de su quehacer (en especial, el científico experimental) mediante la *falsación*, es decir, cuando comprueban y determinan lo falso o erróneo. Unos y otros pueden considerar que avanzan aun cuando su búsqueda de la verdad conduzca, junto a algunas certezas, también a la persistencia de dudas e incluso a suscitar dudas nuevas. Los resultados de sus trabajos son socialmente útiles (por eso es razonable que los publiquen) en cuanto supongan algún avance en el conocimiento de la realidad, es decir, cuando alcanzan certezas parciales, sean positivas o negativas.

En el proceso civil, en cambio, la necesaria búsqueda de la verdad no puede ser prolongada en el tiempo (y menos indefinidamente), porque no constituye un fin en sí misma, sino que

es absolutamente instrumental de una decisión sobre un pequeño trozo de historia humana, decisión que debe producirse dentro de un margen temporal no muy prolongado e incluso, en algunos ordenamientos jurídicos, en un plazo determinado, porque la sentencia ha de dictarse, p. ej., en el plazo de 20 días después de la celebración del juicio (art. 434.1 LEC).

No debería hacer falta añadir que, en todos los ámbitos, la complejidad de muchas realidades y la falibilidad humana conducen a “verdades provisionales”, que más adelante se revelan como falsedades o errores. Muchas veces, por muy seria y esforzadamente que hayamos buscado la verdad, no podemos afirmar rotundamente haberla alcanzado y sólo logramos un estado interior que oscila entre la absoluta duda y la firme certeza, pasando por distintos grados de posibilidad y de probabilidad. La *Thatsachefeststellung*, la fijación de los hechos como ciertos no va razonablemente, en los procesos civiles como en los penales, más allá de una convicción del juez respecto de la certeza de los hechos, que no tiene por qué ser plena seguridad de haber alcanzado la verdad, sino, como leemos en LENT-JAUERNIG, “una tan alta probabilidad que excluya la aceptación de lo contrario”¹⁴, de lo tenido inicialmente por meramente probable. De nuevo, reproduzco a STEIN: “*Nosotros, hijos del siglo XIX, hemos vivido en todos los terrenos científicos tal número de revoluciones y con tal violencia, que forzosamente hemos terminado por aprender a ser modestos. Incluso las verdades matemáticas se han mostrado sometidas al cambio. La geometría euclidiana se demostró como falsa tan pronto como se aplicó a superficies no planas, y tuvo que soportar el verse degradada del papel de geometría κατ' ἐξοχήν (primaria) al mucho más modesto de una entre las diversas geometrías que existen según los diversos tipos de superficies y que ofrecen entre sí, todas ellas, la misma plenitud deductiva.*”

“*Ἰάντα ρεῖ. También el conocimiento de la vida y de la ciencia se encuentra en ese río; tenemos que estar dispuestos a que nuestros conocimientos sean igualmente echados abajo por las generaciones futuras.*”

Y, después de estas frases, que nos hacen sonreír al pensar que se publicaron hace 127 años (y el “nosotros, hijos del siglo XIX” puede hoy sustituirse tranquilamente por “nosotros, hijos del siglo XXI”, aunque STEIN no profesaba la crédula beatería científica que ahora reina), el maestro de Leipzig entra de lleno en nuestro tema:

“¿Cómo lograremos conseguir en el proceso la base firme que necesitamos para poder dictar una sentencia justa? ¿Cómo encontraremos esa base, si nada está quieto y todo se halla en movimiento? La respuesta que nos da el Derecho vigente es la misma para todas las cuestiones similares de la prueba: ninguna prueba puede lograr algo más que convencer a un hombre inteligente que se halle en la cumbre de la formación y cultura de su época... La fuente de errores consiste en que el receptor de la prueba es un hombre mortal, susceptible de errar, y no un Dios omnisciente.”¹⁵

Que no se vea en las citas precedentes y en mis observaciones un escepticismo negador de la verdad ni un ápice de cinismo que se desinterese por ella, con aceptación de sucedáneos funcionales. Sólo hay reconocimiento de la limitada capacidad cognitiva humana¹⁶. Y, añado algo de gran importancia: la anterior comparación con el *convencimiento del hombre inteligente*, de que habla STEIN, no significa en absoluto que sea yo partidario —nunca lo he sido— de permanecer en el ámbito de la “libre convicción” como meta deseable de la prueba o de la “valoración” o “apreciación en conciencia” de las pruebas como modo de extraer de ellas juicios de certeza.

Pese a las expresiones literales de varios preceptos de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal (el moderno art. 282 bis. 1 y, sobre todo, el art. 741), en el ámbito del proceso penal se ha abandonado ya hace mucho tiempo la idea de que el tribunal fije hechos como ciertos según una libre o “íntima” convicción o según su “conciencia”. Se exige, y es exigencia racional y justa, que la certeza positiva o negativa de unos hechos se fije después de una apreciación de las pruebas conforme a las “reglas de la sana crítica”, expresión consagrada en distintos preceptos de la LEC 2000, que significa aborrecer del subjetivismo y la arbitrariedad y que, sobre

todo, enlaza con la motivación del juicio sobre los hechos, necesaria para el autocontrol y el control social y jurídico del quehacer judicial. Por lo demás, el “hombre inteligente” y culto al que se refiere STEIN no es ni el que se fía de impresiones propias especialmente intensas (con las que llega a una convicción interior inatacable) ni el que fija la certeza arbitrariamente y se esconde tras su conciencia. Es el que posee una sana crítica, es decir, la capacidad de un saludable discernimiento y, por supuesto, es también capaz de ofrecer una razonable motivación de su juicio sobre los hechos (el art. 218.2 LEC¹⁷) e incluso podría motivar, en su caso, por qué ha quedado en duda.

Como la *duda* es, no pocas veces, el resultado del esfuerzo por alcanzar la verdad, en los procesos, tanto civiles como penales, han de existir normas para resolver en caso de duda sobre hechos relevantes: las normas de carga de la prueba en sentido material y la regla “*in dubio pro reo*”. Son normas imprescindibles en todo caso, porque es perfectamente posible e incluso probable que, pese a atribuir al juez poderes de iniciativa probatoria, la duda no se disipe, dejando paso a la certeza. El juez con poderes probatorios puede encontrarse quizá con más tranquila conciencia respecto de su esfuerzo, pero, en general, se hallará, a la hora de decidir sobre los hechos relevantes de un caso, en el mismo estado de limitación subjetiva en que se encuentra el juez ante los resultados de las pruebas practicadas a instancia únicamente de las partes. O, por decirlo quizá más exacta y expresivamente, la dificultad de uno y otro juez para formar su juicio sobre los hechos es igual y los riesgos de errar, los mismos.

A mi entender, lo que una sincera búsqueda de la verdad exige en todo proceso y, más en concreto, en los procesos civiles sobre bienes jurídicos de ciertos sujetos, es un método serio para que el juez esté en condiciones de juzgar sobre los hechos relevantes, en orden a dictar sentencia. Y por “método serio” se debe entender un conjunto de reglas que racionalmente permitan considerar ciertos, a efectos procesales, los hechos relevantes del caso.

En los procesos civiles en que están en juego sólo bienes jurídicos de los litigantes, una parte del método para establecer la certeza procesal de los hechos es el mecanismo de su *admisión* como ciertos por todas las partes. Los hechos admitidos, incluso tácitamente, se fijan como ciertos y quedan exentos de prueba. Dejando de lado discusiones acerca de la naturaleza jurídica de la conformidad de las partes sobre los hechos (se produzca a la vista de las alegaciones o incluso, con ciertos matices legales, con ocasión de la declaración de las partes como instrumento de prueba), tener por ciertos los hechos que no se discuten no es que resulte práctico, sino que responde a una máxima de la experiencia según la cual, en asuntos en que están en juego bienes jurídicos particulares, si el demandado, p. ej., admite como cierto un hecho que, en principio, le resulta perjudicial, es porque, en efecto, el hecho es cierto. La experiencia no dice lo mismo cuando se trata de crímenes, de ilícitos penales: conforme a la experiencia, no faltan autoinculpaciones basadas en muy diferentes motivos, sin relación con la verdad. De ahí que la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su art. 406, pfo. primero, disponga que *“la confesión del procesado [léase sospechoso o imputado] no dispensará al Juez de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito”*.

Personalmente, no veo en este modo de fijar la certeza de unos hechos a efectos procesales la aceptación de un sustitutivo o *Ersatz* de la verdad, sino un método razonable, empíricamente sólido, de alcanzar la verdad dentro de las limitaciones ya señaladas, inherentes al quehacer jurisdiccional, cualquiera que sea el ámbito vital sobre el que ese quehacer se proyecte. Porque, como ya he dicho, desde hace muchos años ha dejado de tener el más mínimo sentido la comparación entre la pretendida “verdad formal” de los procesos civiles y la “verdad material” de los procesos penales. Y la comparación entre unos y otros procesos, con resultados que hoy son verdaderamente paradójicos, no justifica cualquier modo de alcanzar

un juicio sobre los hechos en los procesos civiles, como si en éstos ya pudiésemos prescindir de la verdad porque de ella se ha prescindido en el proceso penal. Lo que aquí defiendo es que el método procesal civil de proceder a fijar unos hechos como ciertos y exentos de prueba es razonable *per se*. Y lo mismo cabe decir de la regla de tener como ciertos, sin necesidad de prueba, los hechos *notorios*. De incoherencias relativas a la verdad en el proceso penal ya me he ocupado en otros lugares¹⁸.

Tras cuanto ya ha quedado dicho, puedo ya exponer mi personal posición, que, desde luego, es histórica, es decir, con coordenadas precisas de espacio y de tiempo, sobre el papel y los poderes del juez civil. No pienso que esa posición deba ser compartida si las coordenadas son distintas. Así que, seguramente, haría más o adoptaría posiciones distintas en lugares y tiempos diferentes de los de mi país. Mi posición sólo puede fundar o alimentar una polémica real con quienes, para España, difieran sustancialmente de lo que enseguida defenderé. Y, por decirlo una vez más, se me ha de considerar también beligerante —amablemente pero firmemente beligerante— frente a los que entiendan que, por presupuestos ideológicos indiscutibles, sólo es admisible y acertada, en todas partes, una única postura sobre nuestro asunto.

7. DEFENSA RAZONADA DEL MODELO PROCESAL DE LA VIGENTE LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL ESPAÑOLA: MI POSTURA SOBRE EL PAPEL DEL JUEZ CIVIL Y SUS PODERES EN UNA DETERMINADA SOCIEDAD

A) EXPOSICIÓN GENERAL

Puesto que es notoria mi intervención, relativamente reciente, en una ley procesal civil nueva y dado que, a mi entender, el papel y

los poderes del juez (armónicos con los de las partes) no es asunto que deba resultar de la aplicación de axiomas o reglas dictadas por posiciones ideológicas, sino de la ponderación de diversos factores (que se han expuesto, aunque no con exhaustividad, sino sólo los más importantes y en la medida suficiente para mi argumento) de una sociedad concreta, justificar mi postura sobre el papel del juez civil y sus poderes en la sociedad pertinente (España y las sociedades con características similares), se puede identificar con la justificación del papel del juez en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, que entró en vigor en enero de 2001. A título de resumen, adelanto que puedo hacer míos, sin reserva alguna, los siguientes párrafos de la Exposición de Motivos de la LEC:

“La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil sigue inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus razonables consecuencias, con la vista puesta, no sólo en que, como regla, los procesos civiles persiguen la tutela de derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos, a los que corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso, sino en que las cargas procesales atribuidas a estos sujetos y su lógica diligencia para obtener la tutela judicial que piden, pueden y deben configurar razonablemente el trabajo del órgano jurisdiccional, en beneficio de todos.”

“De ordinario, el proceso civil responde a la iniciativa de quien considera necesaria una tutela judicial en función de sus derechos e intereses legítimos. Según el principio procesal citado, no se entiende razonable que al órgano jurisdiccional le incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados como configuradores de un caso que pretendidamente requiere una respuesta de tutela conforme a Derecho. Tampoco se grava al tribunal con el deber y la responsabilidad de decidir qué tutela, de entre todas las posibles, puede ser la que corresponde al caso. Es a quien cree necesitar tutela a quien se atribuyen las cargas de pedirla, determinarla con suficiente precisión, alegar y probar los hechos y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela. Justamente para afrontar esas cargas sin indefensión y con las debidas garantías, se impone a las partes, excepto en casos de singular simplicidad, estar asistidas de Abogado.”

“Esta inspiración fundamental del proceso —excepto en los casos en que predomina un interés público que exige satisfacción— no constituye, en absoluto, un obstáculo para que (...) el tribunal aplique el Derecho que conoce dentro de los límites marcados por la faceta jurídica de la causa de pedir. Y menos aún constituye el repetido principio ningún inconveniente para que

la Ley refuerce notablemente las facultades coercitivas de los tribunales respecto del cumplimiento de sus resoluciones o para sancionar comportamientos procesales manifiestamente contrarios al logro de una tutela efectiva. Se trata, por el contrario, de disposiciones armónicas con el papel que se confía a las partes, a las que resulta exigible asumir con seriedad las cargas y responsabilidades inherentes al proceso, sin perjudicar a los demás sujetos de éste y al funcionamiento de la Administración de Justicia.”

Tras el precedente resumen, procede la explicación más pormenorizada. Para no alargarme en exceso —tiempo habrá, como fruto de esta publicación, para extenderse en puntos que requieran más explicaciones— procederé esquemáticamente. Y se me permitirá que pase a tratar los distintos puntos clave del papel y de los poderes del juez en forma de relato y, por tanto, con uso de los tiempos verbales pretéritos.

a) El número y tipo de jueces y el número y la índole de los litigios que afrontan esos jueces no permitía en absoluto diseñar un tipo de proceso civil con el enfoque (mucho más frecuente de lo que pueda parecer y de lo que quepa considerar sensato y prudente) de quien, aunque sea inconscientemente, está pensado en un solo proceso, y un solo juez (e incluso en un solo abogado). En tal caso, se establecería el modelo procesal como si no hubiese de aplicarse *económicamente* y, más en concreto, macroeconómicamente, es decir, sobre la base de aplicar recursos limitados para resultados a escala masiva.

No se me haga sospechoso, por lo que acabo de decir, de planteamientos fundados en la productividad y en la rentabilidad de los “productos” de la Justicia. Pocos procesalistas habrán tenido la oportunidad de vivir, como yo lo viví, siendo miembro del Consejo General del Poder Judicial, la primera propuesta en España de una retribución de los jueces en función de su productividad. Me enorgullecó de haberme opuesto tan fuertemente a ese planteamiento que no se volvió sobre él mientras ocupé aquel cargo. Sé cuánto importa la calidad del trabajo judicial y lo distancio lateralmente de la producción de tornillos. Pero la realidad de cientos de miles de asuntos civiles

que esperan ser resueltos no puede eludirse. Por eso, el diseño del modelo procesal civil había de tomar en consideración la ya larga situación de sobrecarga de asuntos para el conjunto de los jueces, de modo que no se arrojase sobre ellos una mayor carga de trabajo, aunque sin renunciar a que llevasen a cabo en verdad el trabajo que resultaba imprescindible.

b) No podía ignorarse que los jueces españoles eran y siguen siendo, por mentalidad de lejanas y profundas raíces, reacios al uso de facultades o poderes que la ley les atribuía con finalidades importantes (a las que antes se ha hecho referencia). Muchos de esos jueces omitían incluso actuaciones en que la ley disponía tajantemente su presencia y actuación. Así, la práctica de pruebas como las declaraciones de testigos y de partes, que, por enorme corrupción, con frecuencia no gozaban ni siquiera de la presencia judicial. La prudencia aconsejaba un inexcusable aumento de la implicación del juez en cada proceso, pero centrándose en lo que resultaba absolutamente necesario: resolver con conocimiento de causa sobre la admisibilidad de las pruebas propuestas por las partes (llevábamos siglos en que los jueces aceptaban todas, aunque fuesen manifiestamente inútiles e impertinentes) y presenciar e intervenir de verdad en la práctica de pruebas, garantizando la posible contradicción y facilitando la intervención del juzgador en el interrogatorio de testigos, partes y peritos. Con esa finalidad, lograda plenamente, se diseñó el nuevo proceso civil de la Ley 1/2000, que ha supuesto, sin duda, una mayor intervención del juez, un juez que ya no es espectador pasivo.

c) En un “país de abogados”, con unos procesos civiles en que, desde hace siglos, la intervención de abogados es preceptiva como regla con pocas excepciones, era prudente tomar en consideración esa realidad y hubiese sido muy imprudente, por el contrario, diseñar un proceso civil de espaldas a los abogados. Lo que cabía procurar es que esa intervención fuese más real y efectiva en cada proceso, exigiendo un “plus” de dedicación al abogado pero, a la vez, una mayor oportunidad de legitimar socialmente su trabajo profesional y de ver con

más claridad la relación entre ese trabajo y los resultados del proceso. En otras pocas palabras: el abogado debía verse compelido por la estructura del proceso y sus disposiciones legales a tomarse más en serio la Abogacía y a tomarse más en serio el proceso mismo.

Se tuvo en cuenta, sí, la hipótesis teórica de desgravar a los litigantes de una buena parte de su tradicional carga de alegación, permitiendo, tras una exposición de los hechos del caso, formular sólo la pretensión de tutela jurisdiccional, sin una precisa fundamentación jurídica o, al menos, con una fundamentación meramente orientativa, de modo que, a la vez, el juez tuviese el poder de resolver conforme a las normas que estimase pertinentes, según cierta interpretación radical del *iura novit curia*¹⁹ o del brocardo latino *da mihi factum dabo tibi ius*.

Pero esa hipótesis carecía de suficiente peso real para la determinación del papel de las partes y del juez, tras dos siglos seguidos de normas procesales según las cuales correspondía a los litigantes fundamentar de modo concreto y preciso, en su aspecto jurídico, su demanda y su defensa (o eventualmente, una reconvencción). Ni la Judicatura ni la Abogacía demandaban una ruptura con un planteamiento que, obviamente, facilitaba el trabajo decisorio del juez y al que los protagonistas del proceso estaban acostumbrados. Una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo e incluso del Tribunal Constitucional (en razón del respeto al derecho de defensa) avalaba el papel de las partes asesoradas por sus abogados y respaldaba la necesaria congruencia de la sentencia con el elemento jurídico de la causa de pedir.

d) La opción por hacer protagonistas absolutos de la iniciativa probatoria a las partes (salvo en los procesos civiles en que esté presente un intenso interés público) deriva de la consideración, pensamos que prudente, de diversos factores, ya expuestos antes. Considero conveniente reiterar, de entre ellos, la escasa inclinación de los mismos jueces civiles a hacer uso de poderes y facultades que se les atribuyan para un uso discrecional (que no arbitrario) y me parece oportuno añadir la muy mala ex-

perencia respecto de las llamadas “diligencias para mejor proveer”, previstas en la anterior LEC, de 1881, como actuaciones probatorias que los jueces podían acordar, inmediatamente antes de dictar sentencia, con suspensión del plazo para dictarla.

Las “diligencias para mejor proveer” no sólo eran frecuentemente utilizadas con el único fin de ampliar *de facto* ese plazo (en la jerga forense se les llamaba “diligencias para mejor dilatar”), sino que su práctica no respondía a criterios objetivos (ni siquiera al de llevar a cabo las pruebas admitidas pero que no se habían practicado en el plazo legal). Así, aunque algún procesalista español, eminente y exclusivamente teórico, se mostrase a mediados del siglo XX entusiasmado por este medio de superar las que él consideraba limitaciones del principio dispositivo o del de “aportación de parte”, en obsequio de la verdad, en realidad esas pruebas acordadas *ex officio* por el juez civil no cumplían en absoluto tan alta misión, sino la de embarullar *in extremis* el *thema decidendi* y desequilibrar caprichosamente la contienda procesal.

Por otra parte, dos factores más fueron prudencialmente considerados de modo especial. Primero, la razonable seguridad de que sólo los jueces con inclinación al protagonismo personal (los que en España denominados “jueces estrella”) harían uso con relativa frecuencia de unos eventuales poderes de iniciativa probatoria y, muy probablemente, sólo en casos “mediáticamente” importantes. Segundo, para el conjunto de los jueces, la responsabilidad aneja al poder de decretar pruebas de oficio resultaría una carga imposible de llevar.

Puede ser que algunos encuentren apasionante como ejercicio intelectual (e incluso moral) imaginar un proceso civil con las características teóricamente ideales y, sobre todo, diseñar el papel del juez del mismo modo, pensando en un juez que, empeñado en la verdad y en la justicia y siempre atento, interviene en cada paso en que considera que su actuación servirá a esos nobilísimos fines. Podemos describir con bellísimas palabras el ideal de que la máquina estatal de la Justicia no escatime

esfuerzos respecto de cualquier situación, por común que sea, en que un ciudadano necesite tutela porque pueda estar padeciendo lesión de sus derechos o, dicho de otra forma, puede ser víctima de un comportamiento ilícito. De hecho, no faltan quienes, sin advertirlo, vienen a propugnar, para el proceso civil, un juez máximamente protector y, en consecuencia, dotado de amplios poderes, entre los cuales los probatorios; quisieran un juez como el que, antaño (no ahora, ya lo sabemos y lo hemos apuntado), debía ocuparse de los ilícitos más graves, los penales.

Sin embargo, en sociedades como la española y otras similares, es necesario entender que, a la hora de proyectar modelos procesales, no sería ni razonable ni asequible (más bien, resultaría imposible) que fuese el Estado, a través de los tribunales, quien hubiera de ocuparse —con la correlativa responsabilidad de los servidores públicos— de comprobar la certeza de los hechos —*rectius*: de las afirmaciones de hechos— que configuran la inmensa mayoría de los casos llevados ante los órganos jurisdiccionales civiles. Si bien se mira, todos los demandantes, promotores de los procesos civiles, exponen al tribunal lo que consideran que es un comportamiento ilícito. Pero si, en todo el mundo, la Administración de Justicia a duras penas puede, con todos los auxilios del Estado, afrontar los más graves y reprochables “ilícitos” —los comportamientos ilícitos constitutivos de delitos perseguibles de oficio—, constituiría un empeño prácticamente utópico gravar a los tribunales con la responsabilidad primordial en la comprobación de los hechos de todas las pretendidas conductas ilícitas, también aquéllas que apenas tienen relevancia pública y no afectan al interés general, sino sólo a los derechos e intereses de determinadas personas o sujetos jurídicos²⁰.

Lo que hoy —y por mucho tiempo— resulta prácticamente imposible, sería, además, muy poco razonable. Una muy amplia y prolongada experiencia casi universal (aún más clara en los “países de abogados”, a que antes nos referimos) enseña que, en el tráfico jurídico, de los negocios y situaciones de las que se

derivan derechos e intereses legítimos se suele dejar constancia por los sujetos interesados, no sólo a los efectos de posibles procesos, sino incluso a los fines de la protección y satisfacción de esos derechos e intereses y del cumplimiento espontáneo o inducido de deberes jurídicos. Por tanto, esos sujetos se encuentran, de ordinario, en mejores condiciones que nadie para aportar las pruebas y lograr, conforme a reglas racionales, un resultado de certeza sobre los hechos relevantes para la decisión judicial que procesalmente se requiera en cada caso. Por todo ello, un modelo procesal civil prudente y razonable no se basa en la investigación *ex officio* de los hechos que se afirman relevantes y no atribuye a los tribunales la responsabilidad —a todas luces excesiva— de procurar establecer la certeza positiva o negativa, sino que, sobre una base lógica y conforme a la experiencia, resulta preferible disponer que sean las partes de cada proceso los principales protagonistas de la iniciativa y del esfuerzo conducentes a aquella certeza.

Quizá, pese a lo anterior y aun admitiendo que, de ordinario, corresponda a las partes un papel predominante en la prueba, se insista en dotar al juez civil de un poder de acordar pruebas de oficio excepcionalmente. Pero, además de que resulta difícil establecer los casos excepcionales²¹, esa potestad encierra el peligro de que el juez, a usarla, en un “proceso de abogados”, lesione el principio de igualdad de las partes. Si el demandado es descuidado, ¿por qué tiene el tribunal que cuidarse de remediar su descuido? Si lo hace, le estará favoreciendo, en perjuicio del demandante. Y si remedia la insuficiencia de la actividad probatoria del demandante, perjudicará indefectiblemente al demandado. Es preferible no poner al juez en el peligroso trance de añadirse a sí mismo como otro abogado de parte.

A todo eso cabe oponer que “el interés de la verdad” está por encima de cualquier otro valor. No lo veo yo así cuando hablamos del modelo procesal. Una vez que se ha optado por un proceso con estructura dialógica y partes (asesoradas por abogados) con oportunidades iguales de defender cada una su posición,

las paredes maestras de esa construcción no pueden ser alteradas, porque, aunque la construcción misma implica riesgos para la parte (y su abogado) que no extremen su diligencia y cometan errores, peor es el peligro de arrojar sobre las jueces responsabilidades excesivas y el riesgo de que, objetivamente, sean parciales. Éste es un punto crucial: o, aun con abogados preceptivos, se arroja sobre los jueces la responsabilidad de rectificar los errores de los litigantes, lo que no es viable, o, por el contrario, ha de darse por sentado, con normalidad, que “el interés de la verdad” e incluso el de la justicia no serán en ocasiones bien servidos o serán a veces defraudados, con resultados negativos para un litigante. Ésta es, a mi entender, la opción preferible, porque, insisto, me parece imprudente echar sobre las espaldas de los jueces civiles la carga y la responsabilidad de enmendar lo que las partes no hagan o hagan mal. Y también porque el uso por los jueces de potestades de iniciativa probatoria tampoco eliminaría posibles errores e injusticias, dado que el juez es tan humano como el abogado²².

En conclusión: salvo que el proceso civil tenga por objeto casos en que esté implicado un interés general o público, lo prudente y razonable es que sean los sujetos jurídicos interesados los protagonistas del esfuerzo de alegaciones y prueba, puesto que son bienes jurídicos suyos los que están en *tela de juicio* y puesto que resulta utópico y poco prudente —por no decir insensato— gravar a los tribunales de justicia con una carga superior a la de dirigir bien el proceso y dictar sentencia bien motivada y justa.

Aunque no sea impensable en sentido propio ni considere intrínsecamente perverso un modelo procesal civil en que se atribuya al juez un papel superprotagonista, que incluya ocuparse de los fundamentos jurídicos y de los hechos, es fácil estar en condiciones de comprender que eso supone echar sobre los hombros de la Administración de la Justicia una tarea tan ímproba como escasamente razonable: es más lógico y conforme a la naturaleza de las cosas que quien pide para sí una tutela jurídica a los órganos jurisdiccionales exponga lo que,

a su juicio, fundamenta —tanto fáctica como jurídicamente— la petición formulada. Ante todo, porque ese sujeto jurídico conocerá, de ordinario, unos hechos que los tribunales casi siempre desconocerán; en segundo lugar, porque, como ya dije, también entra en la esfera del poder de disposición de los sujetos jurídicos hacer o no uso de cuanto sustenta y apoya fáctica y jurídicamente los derechos que esos sujetos afirman tener y en virtud de los cuales formulan sus pretensiones; en tercer lugar, porque cabe suponer racionalmente que la máxima diligencia en alegar hechos y argumentos y en aportar pruebas será desplegada por quienes pretenden una sentencia favorable para ellos.

B) A MODO DE “TEST”: UNA NORMA DE LA LEC ESPAÑOLA QUE AUMENTA EL PROTAGONISMO DEL JUEZ

El art. 429.1, pfo. segundo LEC establece una posible *iniciativa del tribunal, respecto de la proposición de prueba* en el juicio ordinario y, en concreto, en la audiencia previa. Según ese precepto, si el tribunal considera que las pruebas propuestas por las partes pueden “resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria”. Y prosigue: “al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.”

Como quiera que el último párrafo del art. 429.1 LEC prevé que, en tal caso, “las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal”, es indiscutible (aunque unos pocos pero queridos colegas han llegado a discutirlo y afirmar lo contrario) que no le corresponde al tribunal acordar u ordenar la práctica de pruebas, sino señalar las que consideraría convenientes. A las partes incumbe proponerlas, o no, completando o modificando, en su caso, sus anteriores propuestas.

He de reconocer que he suavizado mi inicial criterio sobre este precepto, que no aparecía en el Proyecto de LEC (aunque la enmienda transaccional correspondiente pasó por mis manos). Con todo, sigo pensando —y lo piensan muchos otros— que este mecanismo es de utilización nada fácil y que, además, puede resultar inconveniente. No es *fácil* que, por mucho que la nueva estructura del juicio ordinario comporte, como era deseable, un conocimiento mayor del caso por el tribunal, éste se encuentre en condiciones de señalar pruebas pertinentes, indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Y si advertimos que esa indicación de pruebas ha de hacerla el tribunal “ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos”, aún resulta menos fácil la utilización de la facultad legal. Porque en ese momento procesal (la audiencia previa al juicio), los elementos probatorios —cuya “existencia” no *resultará* de los autos, sino que constará en ellos— no pueden ser otros que los elementos escritos (documentos, dictámenes, informes) o instrumentos similares y, excepcionalmente, los resultados de la prueba anticipada, si se acordó en su momento. No parece razonable que el tribunal, en tal momento, haya de realizar una valoración de esos elementos, ni siquiera provisional. Y pronunciarse, aunque sea provisionalmente, sobre insuficiencia probatoria, exige un prejuicio, que no se entiende cómo puede formarse.

Pero lo que aquí interesa no es un estudio detenido del precepto²³, sino la experiencia de su existencia y aplicación. Al respecto puedo afirmar que los jueces vienen haciendo muy poco uso de los poderes que les atribuyen en esa norma. Pero, en cambio, a la vista de la doctrina y de la denominada “jurisprudencia menor” (la que constituyen las sentencias no emanadas del Tribunal Supremo), resulta claro que la norma ha suscitado interrogantes problemáticos, que seguramente no fueron previstos por los parlamentarios que introdujeron el precepto.

Ocurre, en efecto, que el art. 429.1 LEC prevé dos posibles conductas del juez: la pri-

mera, indicar a las partes la posible insuficiencia de las pruebas propuestas con indicación de los hechos a los que dicha insuficiencia afectaría; la segunda, sugerir a las partes pruebas que les podría convenir proponer. Para la primera conducta, la ley utiliza una expresión literalmente imperativa: “lo pondrá de manifiesto (AOS: la insuficiencia probatoria)”. Para la segunda, la norma usa términos de apariencia no imperativa: “podrá señalar” (la prueba o pruebas). Sobre la base de esta diferencia literaria, a mi juicio escasamente relevante²⁴, se ha llegado a sostener que el juez civil tiene el deber de vigilar la presumible suficiencia de las pruebas propuestas por las partes, de modo que, en caso de no cumplir tal deber, si se dicta una sentencia fundada en la falta de prueba (en el sentido de no haberse propuesto), el incumplimiento del deber originaría la nulidad de las actuaciones²⁵.

Semejante conclusión, del todo errónea, se ha abandonado por los tribunales (v. última nota), pero otras cuestiones, de notable importancia, se han suscitado y, en cierto modo, siguen pendientes. Por ejemplo, quién puede incurrir en responsabilidad por no indicar la insuficiencia probatoria o no señalar medios de prueba o por no hacer caso (los abogados)

de las eventuales indicaciones del juez, si el resultado es después perjudicial para la parte asistida por ese abogado.

El art. 429.1 LEC resulta, por ahora, un “test” revelador, por una parte, de la racionalidad y de la general aceptación (por jueces y abogados) de los mecanismos ordinarios que obedecen al principio dispositivo y al de “aportación de parte”. A la vez, también confirma la relevancia de dos de los factores que, como ya se expuso, han de influir, prudencialmente ponderados, en el diseño del modelo procesal en lo relativo al papel y poderes del juez: la posibilidad razonable y la real voluntad de los jueces de hacer uso de los poderes que se esté pensando atribuirles y la correlatividad de la atribución de poderes con la responsabilidad por su ejercicio. Con ser tan moderada la norma en cuestión, pues no permite al juez civil acordar pruebas *ex officio*, sino sólo sugerir que se propongan, su aplicación, sin generar excesivos problemas, tampoco ha supuesto un avance considerable en la consecución de la verdad y en la justicia de la sentencia y, en cambio, resulta indicativa de la alta probabilidad de un panorama sumamente problemático si el legislador hubiera roto con la regla de la aportación de parte.

NOTAS

1. Por ejemplo, el de que un ensayo es un conjunto de ocurrencias sin notas a pie de página. Error, pues con ésta no desaparece el carácter ensayístico de este papel. El ensayo y su forzosa brevedad comportan desistir de la más mínima manifestación de erudición, que reclamaría un libro extenso. En consecuencia, no habrá más notas que las imprescindibles... más alguna muy personal, acorde con la subjetividad propia del ensayo y con cierto espíritu lúdico.

2. Muy al contrario. Sin embargo, se ha convertido en una auténtica moda, de sesgo vulgar y retardatario, la de producir etiquetas y banderas máximamente genéricas y proceder, con tan menguado amparo, a eliminar distinciones de suma relevancia. La moda encuentra su origen en la ignorancia y rinde homenaje a la pereza. Ahí van algunos ejemplos reales. Lo que antes eran estudios de Periodismo (concepto que, por supuesto, no es incompatible con las innovaciones técnicas de los dos últimos siglos), ahora es “Ciencia de Comunicación”, de modo tal que el foniatra y hasta el otorrinolaringólogo se hermanarían con quien explica Lengua española y con el experto en el manejo y coordinación de cámaras televisivas. Además —lo digo con el máximo respeto a las personas—, se funda un “Derecho a la información”, que, con tamaña amplitud, englobaría por igual el relativo a los televidentes, a los accionistas de una sociedad mercantil, a los ciudadanos respecto del contenido de los archivos y documentos oficiales o al de la parte pasiva de un proceso penal sobre la marcha de la instrucción. Empecé a reparar en este fenómeno hace muchos años, cuando leía como gran mérito de las teorías abstractas de la acción la aplicabilidad de ese concepto lo mismo al proceso civil que al penal. A nadie serio, defensor de las tesis abstractas, se le había ocurrido semejante simpleza. Pero, claro es, eso permitía no preguntarse por qué polemizaron WINDSCHEID y MUTHER (y ni siquiera quiénes eran).

Esto de la bondad generalizadora es, si bien se mira, algo peregrino (adjetivo que, no sé por qué, usamos en España para referirnos a lo absurdo). Por supuesto, el concepto de “asiento” es más comprensivo que el de “sillón”, pero éste último

define mejor que el de “asiento” un concreto instrumento para sentarse (el “sillón” tiene respaldo y brazos, elementos de que carece un “taburete”, que, sin embargo, es, como el sillón, un “asiento”). A estos generalizadores, a los que también les resulta cómodo, p. ej., atribuir eficacia de cosa juzgada a todo y a sólo lo juzgado en resolución firme, me entran ganas de llamarles “entes”. No lo hago, pero lo tendrían merecido conforme a sus tesis. ¿Se enterarán alguna vez de que conocer es distinguir, hasta para el conocimiento sensorial de un pez?

3. V. al respecto mi *Derecho Procesal. Introducción*, con DÍEZ-PICAZO, I. y VEGAS TORRES, J., § 3, núms. 5-18.

4. Esas enseñanzas de CARRERAS LLANSANA son, en España, propias de él únicamente, pero hay autores de mucha relevancia, en la doctrina alemana, que, en cierto modo, apuntan en la misma dirección cuando separan la Verhandlungsmaxime del Dispositionsprinzip y del Officialprinzip. En cuanto a las formas procesales y su relación con los principios, v. *Derecho Procesal. Introducción*, cit. § 4, passim.

5. He escrito este subepígrafe en esos concretos términos perfectamente a sabiendas de que, por incoherencias gigantescas y magnoscópicas, muy propias de los tiempos que vivimos, el proceso penal está pragmatizado hasta extremos difícilmente justificables mediante argumentos concernientes a la verdad y a la justicia y, a la vez, se ha dogmatizado según pretendidos “principios” jurídicos vaporosos, como sucede, en España, con un recreado y hiperampliado “principio acusatorio”. Este “principio” no consiste en que no se pueda condenar penalmente sin acusación ni en que todo encartado como parte pasiva de una causa criminal (llámesele sospechoso, imputado o acusado) tenga derecho, desde el principio de su implicación, a ser informado de los hechos que motivan cualquier resolución que limite sus derechos y, a fortiori, tenga derecho a saber de qué se le acusa (y quién) desde que haya acusación. Aquí, el “principio acusatorio”, que no estaba definido por la doctrina ni por la jurisprudencia (ni con amplio consenso ni sin él) y que no es mencionado de ninguna forma en la Constitución española, consiste, en síntesis, en que el juez penal está atado de pies y manos por la acusación, no sólo (como es razonable y equitativo) en cuanto a los hechos una vez que el objeto del proceso ha sido fijado, sino también en cuanto al Derecho. Según este “principio”, el tribunal penal no puede acordar pruebas de oficio ni promover debate entre las partes sobre cuestiones jurídicas, a fin de dictar sentencia aplicando las normas penales con la soberanía que es coherente con el interés público en la represión jurídica de la delincuencia. Siempre conforme al pretendido “principio acusatorio”, la congruencia de la sentencia penal con la acusación habría de ser tan absoluta o más que en un proceso civil sobre asuntos desprovistos de interés público. Y la neutralidad del juzgador penal sería la plena pasividad de un mero espectador. Todo esto, en nombre del “principio acusatorio” pretendidamente constitucional, contra numerosos preceptos legales vigentes. Curioso es que, en buena medida, los que piden aumento de poderes para el juez civil sean, con frecuencia, ardientes defensores de este juez penal impassible e inactivo. Diríase que para ellos reviste mayor interés social el cumplimiento de lo pactado en un contrato bancario de préstamo que la sentencia justa en un caso de asesinato o violación.

Cuando, como suele ocurrir, la forma contradictoria del proceso se combina con el principio de oficialidad, resulta más fácilmente visible la exigencia de la plena igualdad de las partes en la fase de juicio y la necesidad de respetar el derecho de defensa. Pero es que las consecuencias insoslayables del principio de oficialidad son armonizables con la igualdad de las partes y el referido derecho. No parecen comprenderlo los partidarios del difuso “principio acusatorio”. Lamento que, en España, los procesos penales sigan demasiadas veces los derroteros a los que he referido, pero no por ello debo modificar lo que, junto con otros muchos autores, entiendo que es el principio de oficialidad.

6. Es claro que gravar a las partes con la tarea de precisar, en cuanto a fundamentos fácticos y jurídicos, su pretensión (en el caso del demandante) y su contrapretensión (en el caso del demandado que no ejercita reconvencción), supone aligerar muy considerablemente el trabajo del juez siempre que se disponga que su sentencia ha de ser plenamente congruente con las pretensiones de las partes. Como después diré en el texto principal, ese aligeramiento del trabajo del juez me parece muy conveniente, pero, a su vez, la carga de precisar los fundamentos de las pretensiones sólo se puede arrojar razonablemente sobre las partes cuando el proceso es lo que más adelante denominaré un “proceso civil de abogados”.

7. F. STEIN, *El conocimiento privado del juez*, trad. de De la Oliva Santos, EUNSA, Pamplona, 1973, pág. 126. Permítaseme una digresión, casi en confidencia personal, sobre esta obra del maestro alemán. Tuve un buen día, ya muy lejano, la ocurrencia de empeñarme en traducirla, por dos motivos: primero, porque veía que se citaba muy frecuentemente, pero sin que existiera una versión en español, aunque cierto número de autores latinoamericanos habían traducido monografías importantes de grandes autores alemanes (e italianos también); segundo, porque me parecía que trataba de un tema importante, que no pasaría de moda y siempre sería interesante, aquí o allá. Fue una decisión muy afortunada, porque esto último se confirmó más allá de lo que podía haber imaginado. Y, sin exageración alguna: me ocurre que cada día, desde 1973 hasta ahora mismo, me beneficio de las muchas horas que la traducción me exigió. La cuestión de hasta qué punto puede utilizar el juez sus propios conocimientos, no adquiridos mediante el proceso, resultó un hilo conductor para que un personaje de extraordinario talento escribiese páginas no superadas nada menos

que sobre los siguientes asuntos: diferencia entre *quaestiones facti* y *quaestiones iuris*, al descubrir las llamadas “máximas de la experiencia”, premisas mayores fácticas distintas de las premisas menores fácticas (los hechos históricos concretos); función de esas *Erfahrungssätze* en la subsunción (¡nada menos!), para el papel del tribunal de apelación y casación; para determinar la específica aportación del perito y su diferencia con el testigo; para el concepto de notoriedad, etc. Se ha dicho por personajes de mucha autoridad que un buen libro, un libro excepcional, enseña y forma más que muchos libros normales y no digamos mediocres. Se ha dicho (en concreto, A. D’Ors *dixit*) que resulta más formativo aprender una cosa difícil que cien fáciles. Pues bien, el libro original de STEIN era y es —que lo compruebe el que lo dude— de difícil lectura, muy arduo (así lo reconocía el maestro PRIETO-CASTRO en una pequeña nota introductoria a la primera edición de mi traducción, nota de enorme lucidez, por cierto). Es un libro que no puede leerse siquiera (ni en español ni en alemán: lo he comprobado con universitarios de lengua alemana) sin estudiarlo a fondo, es decir, sin un esfuerzo intelectual considerable, parándose con frecuencia a pensar lo que quiere decir. Pero, una vez que se ha leído, estudiado y entendido, resulta deslumbrantemente formativo e inteligente. Y, paradójicamente, también muy claro. El Prof. JIMÉNEZ CONDE, uno de los primeros procesalistas españoles que leyó con gran atención esta obra maestra de STEIN, no cesaba, en la primera lectura, de escribir a lápiz observaciones, casi todas interrogativas, al margen de párrafos de muchas páginas. Me contó que, tras una segunda lectura, iba eliminando esas observaciones con una goma de borrar. De ahí que le encomendase un introducción extensa (a mi parecer, excelente) en la segunda edición, a cargo de “Editorial Centro Estudios Ramón Areces”, Madrid, 1990. Una característica que añade más valor a la obra de STEIN es que, desacostumbradamente, estudie los asuntos en el doble ámbito civil y penal. De ahí su subtítulo: “*Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*”.

8. Se puede decir, con ocasión de las frases que acabo de escribir, que entrañan una concreta opción ideológica. Y cabe que otros opongan contra la totalidad de mi tesis, que nada es ajeno a una ideología o incluso —es una posición de antiguo conocida por mí— que “todo es política”. A la posible primera objeción respondo diciendo que, obviamente, han existido y pueden seguir existiendo concepciones de la vida humana y de la sociedad negadoras de los derechos subjetivos individuales y, por tanto, negadoras del poder de disposición que comporta la concreta titularidad de esos derechos. A mi parecer, unas tales concepciones del hombre y de la sociedad y del Estado exceden del pluralismo al que yo hago referencia al hablar de posiciones ideológicas diversas. Es decir, que admito que mi posición es, en cierto modo, ideológica, pero en un contexto histórico obsoleto en Occidente. En este trabajo —y en mi vida, desde hace mucho tiempo— no tomo ya en consideración las ideologías marginales a esa noción de la vida democrática que está indisolublemente vinculada a los derechos, a la dignidad y a la libertad de la persona. En cuanto a que todo sea política o todo sea ideología, siempre me ha parecido, como apreciación de la realidad, una errónea exageración de una posible influencia (a no ser que la biología o la anatomía y el amor y la emoción estética, p. ej., se consideren parte de la política o de la ideología). Y si la afirmación se presenta como postulado imperativo, lo rechazo cabalmente como totalitario, porque, a mi entender, amplios aspectos de la vida humana son, y quiero que sigan siendo, ajenos a los distintos planteamientos posibles acerca de la sociedad y del Estado.

9. Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la Administración de Justicia, ed. Bosch, Barcelona, 1980, en especial, pp. 28 a 36 y ss.

10. Dos realidades actualísimas hablan por sí solas acerca de la debilidad de los vínculos entre posición ideológico-política y posición sobre el proceso. En España, el Partido Socialista Obrero Español (PSOE) y el Partido Popular (PP), enconadamente enfrentados en casi todo, han caminado parlamentariamente de la mano para reducir el papel de los jueces y magistrados independientes en todo tipo de procesos, a favor de los Secretarios Judiciales, cuya dependencia jerárquica del Gobierno se ha acentuado al máximo (para lectores no españoles aclaro que me refiero a la consensuada Ley 13/2009, de 3 de noviembre, aprobada pese a la oposición masiva de los procesalistas y de amplios sectores judiciales). Mientras tanto, en Francia continúa la dura polémica pública respecto del proyecto del Presidente de la República, Sarkozy, de eliminar por completo la figura del juez de instrucción. ¿Es Sarkozy socialista y sus múltiples oponentes, en cuanto a ese proyecto, conservadores y liberales? Claro está que no. Para acabar de completar la falta de correlación ideología-política y propósitos procesales, resulta que, en España, son sobre todo socialistas los que propugnan la supresión total del juez instructor penal... en plena sintonía con Sarkozy.

11. F. STEIN, op. cit., pág. 135. Y añado esta observación: que la evolución histórica en punto a formación judicial no siempre es de avance, sino también, desdichadamente, de retroceso, de modo que no son comparables los jueces españoles de hoy, con los de hace treinta años... ni con los alemanes de 1893. Por otra parte, en muchos países que se pueden considerar democráticos, no está aún consolidada la de juez como profesión estable (con sus ventajas e inconvenientes) o, lo que es mucho más importante, no se puede entender que la independencia judicial esté, incluso en el plano legal, seriamente garantizada.

12. A propósito de los denominados “procesos europeos de escasa cuantía”, que no exigen intervención de abogado y se estructuran suponiendo que esa intervención no se da, lo mismo que en el proceso o procedimiento monitorio, ha quedado claro que España, junto a Italia y Grecia, son los países de la UE en que se prevé con mayor amplitud la preceptiva intervención de abogado. El límite, según la cuantía, es de 900 euros en España, 516 en Italia y 1500 en Grecia, si no me equivoco. Por encima de esas cantidades, la asistencia de abogado es obligatoria.

13. Se me ha ocurrido utilizar este adjetivo porque, aunque su uso, por infrecuente, llame la atención, es, pienso, perfectamente apropiado. Si hablamos en Derecho Procesal del “*fumus boni iuris*”, que me gusta traducir como “aroma de buen derecho”, lo contrario es, no aroma, sino hedor, algo maloliente.

14. LENT-JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, München, 1970, 15 Aufl. pág. 149. Los términos exactos son éstos: “eine so hohe Wahrscheinlichkeit, dass die Annahme des Gegenteils ausgeschlossen ist.”

15. F. STEIN, *op. cit.*, pp. 41 y 42.

16. Con otras palabras me he expresado hace tiempo, en mi Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración, con DÍEZ PICAZO, Madrid, 2004, § 38, n. 3: “El uso del término verdad debe imponer un saludable respeto. Y no porque no exista la verdad ni existan verdades, ni porque se niegue la posibilidad de conocer una y otras, sino, simplemente, porque su conocimiento es arduo y porque, en nuestra Administración de Justicia y en materia civil (por lo menos), no se exige la adquisición de una certeza o de un convencimiento de la verdad de unos hechos beyond any reasonable doubt, «más allá de toda duda razonable», expresiva formulación angloamericana que la literatura y el cine han popularizado”.

17. Que dice lo siguiente: “Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón”. Este precepto puede no resultar enteramente convincente en sus propios términos, pero su ratio resulta impecable.

18. V., en especial, “Presunción de inocencia, prueba de cargo y sentencia de conformidad”, en Prueba y proceso penal, Valencia, 2008, pp. 67-74. Publicado también en Revista de Derecho Procesal, 2007, pp. 701-708. En este breve texto, que es el de una ponencia presentada y discutida el 25 de octubre de 2006 en el “Congreso Internacional sobre problemas modernos y complejos de la prueba en el proceso penal”, organizado por la Universidad Jaume I, Castellón de la Plana, planteo la colosal incoherencia (al menos en España) de sostener por un lado, en reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que una sentencia penal condenatoria supone haber destruido la presunción de inocencia y que, a su vez, tal presunción sólo se destruye si existe prueba de cargo regularmente practicada, mientras, por otro lado, están legalmente previstas y se dictan, de hecho, innumerables sentencias penales condenatorias basadas imperativamente en la conformidad del imputado con la acusación, prescindiendo de la prueba o sin que llegue a practicarse prueba alguna. Propongo una “salida” a la situación presente, pero no es éste el lugar de extenderse en el asunto.

19. Que no es la de la LEC 2000. Su art. 218.1, pfo. primero, objetivando numerosa jurisprudencia anterior, dispone que “el tribunal, *sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer*, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.” Es decir, *iura novit curia* no significa absoluta libertad del juez para resolver, al margen del planteamiento jurídico de las partes, sino capacidad del juez para enmendar errores de cita, de expresión o argumentación, siempre que se respete lo que se entiende que la parte ha querido decir.

20. “Enteramente utópica —y estremecedora, para personas experimentadas— sería la visión de un aparato estatal o público encargado, no ya de comprobar lo que los ciudadanos y los sujetos jurídicos adujesen como actos ilícitos de toda clase, sino de investigar todo género de ilicitudes, también las civiles y mercantiles, para aplicar el Derecho en todos los casos. Idealmente, podría pensarse en la perfección. Pero históricamente... Quizá estas utopías debieran hacer meditar a quienes, probablemente con buena intención, quisieran atribuir a órganos públicos —a la postre, integrados por personas de igual condición que las demás— todos los aspectos de lo que se denomina ‘hacer justicia’”. V. mi Derecho Procesal Civil., con DÍEZ-PICAZO, *cit.*, § 37, núm. 2.

21. La LEC contiene, en las diligencias finales, una excepción muy limitada. Permite al tribunal “acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes

de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos.” (art. 435.2).

22. Me permito reiterar que no defiendo la pretendida pureza de un principio doctrinario —no es “doctrinario” el principio dispositivo, ni su corolario, el de aportación de parte—: lo que defiendo es el debate entre las partes, porque ni siquiera en un proceso penal, en el que se ventila un claro interés público, resulta razonable que el tribunal indique a la acusación o a la defensa lo que podrían proponer como pruebas conducentes. Lo que resulta razonable en el proceso penal es que el tribunal pueda ordenar la práctica de pruebas conducentes y así lo disponía la LECr. Un lamentable entendimiento del denominado “principio acusatorio” ha conducido a sostener que el tribunal del proceso penal no puede decretar, sin instancia de parte, la práctica de pruebas. Si se configura el proceso penal como el civil, ¿acaso no se entiende que, en el proceso civil como en el penal, el interés de una parte por el “esclarecimiento de los hechos controvertidos” es opuesto al interés de la parte contraria y que el tribunal no tiene por qué favorecer un interés sobre otro? Pero en el proceso civil, insistimos, son de ordinario los derechos de Ticio, Cayo y Sempronio los que se ventilan. Si se rechaza que Ticio, Cayo y Sempronio, obligatoriamente asesorados y representados por profesionales expertos, asuman plenamente la carga de hacer todo lo que les conviene, ¿por qué no facultar al tribunal para aleccionar a las partes sobre la suficiencia o insuficiencia de los fundamentos jurídicos? Pero, si se atribuye a los tribunales esas facultades —que son, no se olvide, responsabilidades— ¿para qué los Procuradores y Abogados? Y, si se asumen por los tribunales esos “roles”, ¿podrán cumplirlos, respecto de todos los sujetos jurídicos?

23. Me parece prudente y bien razonado, p. ej., el trabajo de FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes, “Las facultades probatorias del juez civil previstas en el art. 429.1, II LEC”, publicado en la revista jurídica *Práctica de Tribunales*. Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil, núm. 21, noviembre 2005).

24. De antiguo tengo escrito (v. “Algunas peculiaridades de las normas procesales”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. II, 1974; pero, condensadamente, en mi *Derecho Procesal*. Introducción, cit., § 6, núms. 30 a 34) que el tenor literal de las normas en estos extremos resulta poco fiable. En primer lugar y ante todo, porque las normas que facultan al juez, no tienen el sentido de permitirle hacer algo según su libre arbitrio o capricho, sino para cumplir una finalidad legal, sin que sea indiferente que haga o no haga lo que la ley prevé. Si la finalidad ha de ser perseguida y el juez no lo hace, no debe encontrar una seria excusa en un “podrá”. Esas normas pueden ser infringidas y, de hecho, se infringen. En segundo lugar, porque los términos no imperativos (además de a ligereza e imprecisión legislativa) pueden obedecer (aunque no estén plenamente justificados) a que la ley deja al juez la apreciación de los casos en que se podría encontrar en el trance de usar la facultad. La consecuencia es que, a mi entender, una ley que diga al juez que puede dirigir él mismo preguntas al testigo cuando sus declaraciones no le parezcan claras, etc., tiene en realidad idéntico contenido a la que, sobre el mismo supuesto, se exprese imperativamente y diga que el juez pedirá aclaraciones. Se trata, en ambos supuestos, del *Erklärungspflicht* judicial.

25. Así lo sostuvo inicialmente la Sentencia de la Audiencia Provincial (AP) de Ciudad Real, de 28 de mayo de 2002. En su Fdto. Jdco. Tercero, decía así: “Si el Juez, constatado el supuesto de hecho del artículo comentado, no revela la insuficiencia de prueba, tal omisión puede constituir fundamento para la nulidad de actuaciones, si finalmente la sentencia desestima la pretensión o resistencia por esa falta de prueba, pues se priva a las partes de una oportunidad procesal, ligada a la actuación que la Ley exige al Juez. Más dudoso es si la no mención de los medios probatorios, resultantes de los autos, que el Juez considere convenientes, puede constituir vicio anulatorio”. Las AAP han dictado sobre este precepto un buen número de sentencias.

Expresiva también de las cuestiones que el 429.1 LEC ha suscitado, y en un sentido opuesto a la precitada SAP de Ciudad Real, es la más reciente Sentencia de la AP de Madrid (Sección 11ª), de 28 de diciembre de 2007. En su Fdto. Jdco. Tercero puede leerse lo siguiente: “Pues bien, el primer problema que ha suscitado dicho precepto innovador, como consecuencia de su ambigua dicción, consiste en si se trata de un deber o, por el contrario, de una mera facultad del órgano judicial, inclinándose la doctrina científica más autorizada y la denominada jurisprudencia menor —SAP de Murcia de 15 de febrero de 2002, SAP de Badajoz de 3 de mayo de 2002 EDJ 2002/40005, SAP de Lugo de 29 de mayo de 2002 EDJ 2002/32229, SAP de Pontevedra de 17 de junio de 2002 EDJ 2002/41397, SAP de Navarra de 16 de abril de 2002, SAP de Burgos de 23 de julio de 2002 EDJ 2002/39316, SAP de Alicante de 30 de octubre de 2002 EDJ 2002/63966, SAP de Córdoba de 6 de febrero de 2003, entre otras—, a la vista de su interpretación conjunta, sistemática y finalista, que se trata de una facultad judicial condicionada a la subjetiva constatación sobre la insuficiencia de las pruebas ya propuestas para acreditar los hechos controvertidos, con la finalidad última de convencer al órgano jurisdiccional de la bondad de la pretensión actuada, señalando la citada doctrina jurisprudencial que se trata de una apreciación subjetiva que difícilmente podrá ser objeto de control externo y a posteriori por otro órgano judicial para imponer su propio criterio, sin que pueda servir de fundamento para subsanar la inexistencia de prueba o las propuestas

por las partes inadecuadamente, así como que las actuaciones no se pueden retrotraer hasta la proposición de prueba para dar posibilidad a las partes para proponer la necesaria para acreditar su derecho”.

“En definitiva, la nueva norma introduce un mecanismo para facilitar la convicción judicial sobre los hechos controvertidos mediante la facultad de integración probatoria, pero no impone al juez un deber de controlar la suficiencia probatoria en la inicial fase de la audiencia previa, ni existe una garantía absoluta que, aun con indicación de insuficiencia probatoria, las nuevas pruebas acrediten los hechos controvertidos, todo ello sin olvidar que la normativa de la carga de la prueba del artículo 217 de la LEC, que opera al tiempo de dictar sentencia, no se halla supeditada al uso de la facultad del artículo 429”. La SAP de Baleares, de 9 de febrero de 2006, sostiene, también en contra de la tesis inicial expresada por la ya citada SAP de Ciudad Real, que, de interpretarse que el artículo 429 impone un deber, el juez debería controlar de oficio la idoneidad de los medios probatorios propuestos, como si se trataran de presupuestos procesales, lo que violaría el principio de aportación de parte.

Fecha de recepción: 1 de marzo de 2010

Fecha de aceptación: 29 de marzo de 2010

RESUMEN

La tesis mantenida en este trabajo parte de la afirmación de la “imparcialidad” del juez, puesto que “cualquiera” puede declarar el Derecho y restablecer el orden y la certeza quebrantados por la controversia, a excepción sólo de las partes. Así como de que el juez, para cumplir con su labor, tiene la obligación absoluta de conocer lo mejor posible los hechos, ya que en ellos reside, la norma que se quiere constatar y declarar, pero de esos hechos él no sabe nada. Únicamente las partes, conocedoras de los mismos, están en condiciones de suministrarlos.

Dejando a un lado la cuestión sobre el fin del proceso —la restauración del derecho subjetivo, o bien del derecho objetivo, o incluso si tiene fines diferentes de naturaleza política, social, etc.—, cuando se afirma que la distancia entre la norma general y abstracta y el caso concreto es salvada por el juez a través de la llamada interpretación de la primera y a través de la reconstrucción procesal del segundo, se le atribuye en realidad un poder sin límites, que en algunas épocas se ha creído poder prohibir y que tiene un componente subjetivo irreducible a cualquier criterio predeterminado y evasivo a cualquier control.

Si se atribuyen al juez civil poderes de iniciativa probatoria acerca de los hechos pasados, a fin de consentirle superponerse a las partes y levantar la carga probatoria que les incumbe, se da paso a la arbitrariedad, porque se permite al juez alterar la representación procesal de los hechos cuyo conocimiento es una premisa ineludible para expresar el juicio. Los hechos son de las partes y éstas tienen la incumbencia de probarlos; el juez no es una parte y no le corresponde tal papel.

PALABRAS CLAVE

PROCESO CIVIL, PODERES DEL JUEZ, PARTES Y CONTRADICTORIO, LA PRUEBA, LÍMITES A LA FUNCIÓN DEL JUEZ

ABSTRACT

The argument advanced in this paper begins with the assertion of the judge’s “fairness”, since “anyone” can declare the law and restore the order and certainty undermined by controversy, with the exception only of the parties. The judge, to do their job, has an absolute obligation to know the facts as best as possible, because in them lies the regulation to be observed and declared; yet he/she actually knows nothing of those facts. Only the parties, who know the facts, are able to deliver them.

Leaving aside the question of the aim of the procedure - the restoration of subjective law or of objective law, or even if there is some different purpose of a political or social nature etc. - when we say that the gap between the general, abstract rule and the specific case is closed by the judge through the so-called interpretation of the first and through the procedural reconstruction of the second, we are actually giving the judge unlimited power, which in some eras it was believed could be prohibited and which has a subjective element that is irreducible to any predetermined criteria and evasive of any control

Attributing to the judge powers of evidentiary initiative regarding past events - so as to allow him or her to overlap with the parties and lift the burden of proof that lies with them - leads to arbitrariness. It allows the judge to alter the procedural representation of the facts, knowledge of which is an unavoidable premise to passing judgement. The facts belong to the parties and it is their responsibility to prove them. The judge is not a party and shouldn’t play such a role.

KEY WORDS

CIVIL PROCEDURE, POWERS OF JUDGE, PARTIES AND ADVERSARIAL PROCEDURE, PROOF, LIMITS TO THE FUNCTION OF THE JUDGE

JURISDICCIÓN, PROCESO, JUEZ EN EL SISTEMA DE LAS LIBERTADES CIVILES

Girolamo Monteleone

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Palermo

Sumario: 1. Introducción. 2. Relación entre norma, ley y derecho. 3. Las raíces del ordenamiento jurídico. 4. El llamado momento patológico: la violación de la norma general y abstracta. 5. La crisis del orden y de la certeza. 6. Aparece la jurisdicción. 7. El juez. 8. El juez, tercero respecto de las partes, y la exigencia del proceso. 9. Partes y contradictorio.- 10. La prueba y el fin del proceso. 11. Quis custodiet custodes? 12. La ilusión normativista.- 13. Los límites intrínsecos a la función del juez. 14. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Mi estimado amigo, el prof. Juan Montero Aroca, me ha pedido que contribuya con un ensayo a un debate científico sobre la función jurisdiccional y el papel del juez en el proceso civil, al que una prestigiosa revista jurídica española ha dedicado un número especial.

No me siento capaz de declinar su amigable petición, aunque la tarea que se me ha encomendado es bastante peliaguda por su contenido. Decir, incluso de una forma aproximada, cuál es la función de la jurisdicción y el papel del juez en el proceso civil significa buscar la solución de un problema perenne y extremadamente difícil.

Por tanto, se imponen unas advertencias preliminares.

Ante todo, si no la solución, al menos algunas líneas directrices para afrontar el problema mencionado implican una visión general del ordenamiento jurídico, del cual jurisdicción y juicio son proyecciones esenciales; si faltan és-

tas, un ordenamiento jurídico ni siquiera puede considerarse existente.

Pero la implícita, aunque necesaria, visión general del ordenamiento es intrínsecamente relativa, tanto subjetiva como objetivamente. Subjetivamente, porque no puede evitar el reflejar las miras personales del estudioso. Objetivamente, porque estas miras subjetivas están históricamente condicionadas: están determinadas *hic et nunc*.

Así pues, se excluye a priori toda pretensión de absolutividad en las consideraciones que se van a exponer y que, por el contrario, deberán entenderse como intrínsecamente relativas y no definitivas.

2. RELACIÓN ENTRE NORMA, LEY Y DERECHO

Especialmente en los Estados de tradición jurídica latina, o en cualquier caso en aquellos de la Europa continental, la evolución históri-

ca ha conducido a una organización jurídico-constitucional en la que se ha asentado el principio de la división de los poderes del Estado, al cual corresponden la función legislativa, la ejecutiva y la jurisdiccional. Asimismo, el llamado positivismo jurídico en su interpretación normativa, que tiene su origen en el racionalismo (o pseudoracionalismo) ilustrado, ha llevado a conceder la primacía a la actividad de reglamentación de una forma general y abstracta.

De acuerdo con tales miras, la creación del “derecho”, es decir del ordenamiento jurídico, es una prerrogativa del legislador al ser una manifestación fundamental de la soberanía del Estado, el cual se abastece a través de la posición y emanación de textos normativos escritos.

En caso de surgir la controversia concreta entre determinados sujetos sobre un caso específico, y al dirigirse dichos sujetos al juez para que dicha controversia se dirima y se establezca quién tiene la razón y quién no, la función de la jurisdicción y del proceso resulta secundaria o subordinada e instrumental. El juez no haría otra cosa que interpretar y aplicar al pie de la letra la norma general y abstracta querida por el legislador, y esto pondría punto final al momento patológico representado por la violación de las normas por parte de algunos de los consociados.

La referida visión del ordenamiento jurídico es totalmente irreal y abstracta; primero porque no tiene en cuenta que, tanto en el pasado como hoy en día, han existido y existen amplios ordenamientos jurídicos estatales, y no estatales, donde falta la producción de textos normativos escritos tal como los entendemos nosotros y, sin embargo, sí que están bien presentes jurisdicción, juicio y proceso. Por tanto, no se sabría qué es lo que interpreta y aplica el juez en estos tipos de ordenamientos.

Además, porque la historia nos enseña, desde el derecho romano, que jurisdicción y juicio siempre se han adelantado a la producción normativa mediante la emanación de normas generales y abstractas.

Y también porque no nos dice de dónde el Estado, el legislador y la soberanía extraen las normas que van a emanar.

3. LAS RAÍCES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Dejadas de lado las teorías positivistas y normativistas que hacen coincidir el derecho con las normas de ley generales y abstractas —expresión de un ilusorio diseño racionalista en virtud del cual el “legislador” tiene la soberbia de atribuirse el poder de reglamentar y racionalizar la vida social según un esquema preconstituido que puede ser también ideológico— debemos, en cambio, reconducir el ordenamiento jurídico a la primera y verdadera célula de la sociedad, que es el individuo.

Es el individuo, que actúa movido por sus múltiples necesidades, el artífice del organismo social al entretejer una miríada de relaciones con sus semejantes. Es en la acción del individuo y en el conjunto de los hechos en el que se resume y se materializa la vida individual y social donde tiene razón de ser el ordenamiento jurídico de las acciones humanas. Por tanto, este ordenamiento es immanente a la sociedad, y debe comprenderse a través de sus decisiones históricas, territoriales, políticas y culturales que presiden la formación de cada uno de los estados: *ubi societas, ibi jus*.

En él se inspira el “mítico legislador” y de él extrae el contenido de las llamadas normas generales y abstractas que, por tanto, no son el factor creativo del Derecho, sino una de las formas o manifestaciones exteriores del ordenamiento jurídico. Es decir, no es el “legislador” quien crea el ordenamiento, sino que es el ordenamiento, por tanto, el individuo y su acción los que crean al “legislador”.

La ley intrínseca de la acción humana que, de hecho, se dispersa en innumerables relaciones intersubjetivas, surge *sub specie iuris* incluso a través del “legislador” quien, al establecer las normas generales y abstractas sobre bases hipotéticas, hace aflorar, volviéndola inequívoca

ca e inteligible, la ley intrínseca e interior de la acción y de los hechos concretos.

4. EL LLAMADO MOMENTO PATOLÓGICO: LA VIOLACIÓN DE LA NORMA GENERAL Y ABSTRACTA

Si ponemos la auténtica fuente del ordenamiento jurídico en manos del individuo y de su acción concreta, enseguida nos damos cuenta, incluso por experiencia personal y directa de que esta misma acción individual puede entrar en conflicto consigo misma. Aparece de esta manera en el ordenamiento jurídico y social la llamada violación de las normas, la cual, contrariamente a lo que muchos opinan, no es en absoluto un momento patológico sino fisiológico.

Existe una dialéctica intrínseca en la acción y en la sociedad humana por la cual, por un lado ésta crea un orden que, al satisfacer la necesidad de certeza, hace posible el desarrollo y la vida del individuo en el ámbito de la sociedad humana; pero por otro, exactamente con el mismo valor y la misma potencialidad, contrasta consigo misma y con su ley intrínseca. El individuo no tiene la voluntad perversa de violar unas normas heterónomas, que hipotéticamente emanan desde arriba incluso en aras de su propio interés, y tampoco es consciente de que con su actuación crea concretamente un ordenamiento jurídico, pero actúa y por tanto, a raíz de su misma acción, se sitúa como factor creativo y/o destructivo del ordenamiento jurídico, alternativamente.

5. LA CRISIS DEL ORDEN Y DE LA CERTEZA

En el momento o en la fase en que determinadas acciones de dos o más individuos chocan entre sí con respecto a hechos o a determinadas relaciones específicas, en esa mis-

ma relación ya no existen ni certeza, ni orden: frente a dos afirmaciones o acciones antitéticas relacionadas con el mismo hecho y con el mismo objeto, falla el ordenamiento jurídico.

Existen, aunque no en todos los Estados, los textos normativos escritos, los códigos, las compilaciones, los boletines oficiales, los antecedentes jurisprudenciales, etc.; sin embargo, todo esto se queda, ¡ay de mí!, en elaboraciones conceptuales cuyas características fundamentales son la generalidad y la abstracción. En cambio, desafortunadamente, el drama que enfrenta a los individuos en su vida es concreto, y su resolución deberá ser concreta: por esto la norma general y abstracta tiene carácter desigual, no sirve para desatar el nudo de desorden e incertidumbre porque cada uno de los litigantes pretende reclamarla para sí y someterla a su propio punto de vista.

En caso de producirse esto, el texto normativo escrito pone de manifiesto toda su fragilidad e impotencia, y el ordenamiento jurídico de las acciones humanas, en ese determinado y específico caso concreto, se ha disuelto. Entre esas partes individuales en contienda ya no existe ni orden, ni certeza del mismo, y por tanto, en esa relación específica, ya no existe un ordenamiento jurídico.

6. APARECE LA JURISDICCIÓN

Llegados a este punto, cada cual entiende que, si la situación de desorden e incertidumbre prevaleciera hasta volverse permanente, el mismo derecho fracasaría; es más, la misma sociedad humana desaparecería, porque el individuo no puede vivir extra-legalmente, no puede vivir aislado con respecto a todos sus semejantes porque esto aniquilaría su misma vida y a todo el mundo de la historia y de la experiencia concreta.

Surge pues la necesidad de recomponer la trama que se ha deshecho en la particular y específica relación intersubjetiva, y esa recomposición es necesaria e ineludible precisamente porque el orden de las acciones humanas, es

decir el ordenamiento jurídico, debe existir en concreto.

Y entonces la experiencia jurídica crea otra figura por sí misma, crea el juez y la jurisdicción, es decir un sujeto que, tras conocer los hechos y las acciones específicas, extrae el derecho, lo corrobora (lo hace evidente) y lo declara: *iuris dictio*, o sea jurisdicción. Las partes, aunque en contienda, coinciden sin embargo sobre un punto primordial y básico, esto es, la necesidad de superar la controversia que las enfrenta, la necesidad de reafirmar el derecho, una tarea que al mismo tiempo posee valor individual y valor colectivo y social, porque si la reafirmación del derecho le sirve al individuo para recuperar el bien de la vida que le había sido injustamente negado, también sirve, y por este mismo hecho, a todo el cuerpo social, para reafirmar la vigencia del ordenamiento jurídico.

7. EL JUEZ

¿Quién puede ser el sujeto llamado a declarar el derecho y por tanto a restablecer concretamente el orden y la certeza quebrantados por la controversia? Cualquiera, a excepción de las partes en conflicto, porque, si dichas partes no hubieran estado enfrentadas, no habría existido la necesidad ni de un juicio, ni de un juez; si ellas, tras manifestarse la controversia hubieran encontrado un acuerdo resolutorio, tampoco habrían necesitado una vez más ni un juicio ni un juez. Por tanto, el juez debe ser forzosamente un tercero, es decir un sujeto que no sea “parte en causa”, lo que significa ser un sujeto “imparcial”. La imparcialidad del juez, es decir el no ser parte en causa y, por tanto, no ser artífice de las acciones y de los hechos concretos que han originado la controversia, no es una característica extrínseca del juez y del juicio, impuesta por normas externas y formales, sino que es su misma razón de ser. Al referirnos a un juez en sentido jurídico, decimos “no parte en causa”; a saber: imparcial. Ésta es la condición fundamental para que las partes puedan, antes o después, aceptar o tranquilizarse ante la

sentencia judicial porque, si supieran que ésta última procede de una de ellas, nunca la aceptarían y el juicio perdería su función intrínseca y la potencialidad reguladora conforme a derecho, degenerando en una decisión arbitraria impuesta por la fuerza.

Sin embargo, llegados a este punto, parece claro que jurisdicción y juicio no son en absoluto aspectos o funciones secundarias e instrumentales con respecto a la legislativa. Se trata, en cambio, de funciones eminentemente creativas y reconstitutivas del ordenamiento jurídico allí donde éste ha fallado; es decir en la vida concreta, en el drama real de las acciones humanas. Donde ha fracasado la norma general y abstracta aparece la jurisdicción como único factor creativo de orden y de certeza y, por tanto, de recomposición del ordenamiento jurídico que se ha atascado.

8. EL JUEZ, TERCERO RESPECTO DE LAS PARTES, Y LA EXIGENCIA DEL PROCESO

Acabamos de ver que la jurisdicción se manifiesta antes que nada en el juicio y se personifica en el juez, necesariamente un tercero con respecto a las partes en conflicto, porque de otra forma la misma jurisdicción fracasaría en su finalidad, que consiste en eliminar la situación de incertidumbre y de crisis a través de una constatación irrefutable.

Del mencionado carácter estructural de la jurisdicción nace, sin embargo, un problema de envergadura, más bien crucial. Al ser el juez un tercero y no parte, él no se encuentra entre los artífices de aquellas acciones concretas en las que se ha manifestado el origen de la crisis y del conflicto —antes bien del entramado de la experiencia jurídica—, y por tanto él las desconoce por completo. Es más, se puede añadir que él no tiene que saber nada, puesto que existe incompatibilidad ontológica no sólo entre su posición de juez y la de parte, sino también entre su figura y la del testigo, tal y como expresa el universal principio procesal

de la prohibición de conocimiento privado del juez. En caso de conocer los hechos en calidad de testigo, ya no estaría legitimado para juzgar y se convertiría en una fuente de prueba, a su vez objeto de valoración por obra de un verdadero juez, total y objetivamente tercero e imparcial. La prohibición de conocimiento privado, pues, afecta aun más a la absoluta ajenidad del órgano juzgante con respecto a ese fragmento de vida de donde ha surgido la exigencia del juicio. Precisamente en esto estriba el problema: el juez, para cumplir con su labor, tiene la obligación absoluta de conocer lo mejor posible los hechos, ya que en ellos reside, casi aprisionado, el ordenamiento jurídico que se quiere constatar y declarar, pero de esos hechos él no sabe nada. Es aquí donde nace la experiencia jurídica del proceso, que sirve sustancialmente para referir ante el juez los acontecimientos que han originado la controversia. Al tratarse, en la mayoría de los casos, de acciones ya acabadas y pasadas, o sea de hechos, nace un complejo y formidable conjunto de instrumentos, cuya función es la de recordar lo ya ocurrido y vivido, a fin de que el juez tenga conocimiento de ello.

Ahora bien, ¿quién durante el proceso puede ofrecer al juez la representación de los acontecimientos vividos, si no sus mismos protagonistas y artífices, o sea las partes? Las partes, pues, son necesariamente protagonistas y sujetos imprescindibles del proceso puesto que, de ellas y por ellas, éste nace y se desarrolla hacia su objetivo intrínseco, que es el juicio.

Cuando se afirma que el proceso sirve a las partes en la misma medida en que éstas sirven al proceso, se dice una verdad tan elemental como esencial.

9. PARTES Y CONTRADICTORIO

Las partes, pues, representan el núcleo del proceso jurisdiccional en todos los sentidos posibles. Pero al menos dos de ellas se contraponen entre sí. Sus acciones y sus afirmaciones han tenido, y tienen, el mismo peso y, a priori,

el mismo valor jurídico; hasta tal punto que de su irreducible colisión nace absoluta la exigencia del juicio: si hubiera prevalecido la una sobre la otra o si hubiera habido un entendimiento, no habría habido ninguna necesidad de recurrir al juez.

Decir que las partes están en el mismo plano, que sus acciones y afirmaciones tienen igual peso a los ojos del juez, significa precisamente constatar que el proceso jurisdiccional es la organización jurídica del contradictorio: el proceso es el desarrollo del contradictorio. Por tanto, jurisdicción, juicio, proceso y contradictorio no son más que sinónimos, las diferentes caras, o proyecciones, de un único fenómeno. Un proceso jurisdiccional, con la función de constatar y declarar el derecho, que se desarrolle sin contradictorio, o fuera de ello, no existe simple y llanamente. El contradictorio no es uno de los posibles modelos organizativos del proceso que, hipotéticamente, podría desarrollarse de diferentes formas, sino que es la célula de la que nace toda la argumentación del juicio. El contradictorio puede, en determinados casos, manifestarse y organizarse conforme a esquemas formales diversos, pero nunca puede faltar: si falta, o si es una ficción, entonces faltan jurisdicción, juicio y proceso.

Por supuesto, además de las partes, no hay que olvidar al otro protagonista, más bien el autor, del juicio, o sea el juez, cuya esencialidad es evidente. Si él faltase, el proceso y el contradictorio no servirían de nada. Exactamente, pues, se ha expresado la esencia del fenómeno cuando los antiguos lo definieron “actus trium personarum”. En cambio, debe rechazarse por sus consecuencias perjudiciales, en aras de un concepto de autoridad mal entendida, la tendencia que quiere a las partes en condición de minoridad y sometimiento con respecto al juez, considerado el depositario de un poder público que se impone a los llamados sujetos privados en función de un interés público superior. Es una de las muchas proyecciones de la anteriormente criticada concepción normativista del derecho, que olvida una cosa tan sencilla como verdadera, o sea que las partes son, y deben ser, en una situación de igualdad,

las protagonistas y artífices del proceso, ya que de ellas es la res de qua agitur, y sobre ellas, finalmente, recaerán los efectos del juicio. La autoridad y la supremacía del juez en el proceso están implícitas en su labor esencial, que es el juicio, y no se deriva de la atribución de poderes procesales exorbitantes en detrimento de las partes, atribución cuya única y real función sería sólo la de perjudicar el procedimiento contradictorio y, por tanto, alterar gravemente el desarrollo del proceso.

10. LA PRUEBA Y EL FIN DEL PROCESO

Así como el principio del contradictorio es connatural al proceso, de la misma forma resulta connatural la exigencia de las pruebas. Las partes, en cuanto artífices de los hechos, son las primeras que pueden y deben exponerlos al juez: sin embargo, éstas expresan inevitablemente un punto de vista parcial, precisamente de parte, mientras resulta decisiva una constatación objetiva, la procedente del tercero encargado del juicio. Está claro, pues, que la simple afirmación de la parte, o alegación, aunque necesaria, no es todavía decisiva, si no se proporciona la prueba de su veracidad. Si el hecho alegado es impugnado por el otro contradictor, y si quien lo alega no facilita la prueba de ello conforme a ley, el juez debe simple y llanamente excluirlo y, por tanto, no puede fundar en ello su decisión.

Asimismo, nace la conocida cuestión de si el proceso tiene un fin, y cuál podría ser hipotéticamente. Se ha discutido largo y tendido sobre si se trata de la restauración del derecho subjetivo, o bien del derecho objetivo, o incluso sobre si tiene fines diferentes de naturaleza política, social, etc.

Al fin y al cabo, el primer dilema es inocuo: en efecto, no se puede restaurar el derecho subjetivo prescindiendo del objetivo, y viceversa, por la simple y evidente razón de que los dos “derechos” se identifican, cambiando sólo el punto de vista desde el cual se consideran.

La segunda posición, en cambio, además de ser falsa, es extremadamente peligrosa, al proceder de la ideología que encuentra en el proceso un instrumento para realizar algo, que le es ajeno. El proceso posee en sí un único fin y excluye toda cuestión ajena. Dicho fin, si así puede considerarse, no es más que la recomposición del orden y de la certeza, o sea del derecho; pero no debemos dejarnos des-pistar, porque proceso y derecho, como hemos visto anteriormente a propósito de la jurisdicción, se identifican perfectamente puesto que el ordenamiento jurídico en el momento de la incertidumbre y el conflicto se manifiesta y se concreta únicamente en el proceso y en el juicio. La instrumentalización del proceso para un determinado fin significa sólo alterar profundamente su esencia y su función, y lleva inevitablemente a la anulación del contradictorio y al sometimiento del juez, quien deja de ser un sujeto imparcial e independiente para asumir el papel de una marioneta, cuyos hilos mueven otros sujetos.

11. QUIS CUSTODIET CUSTODES?

En las páginas anteriores se le ha asignado a la jurisdicción, al proceso y al juez, una función “creativa” del derecho que se atiende a cada caso concreto como la producción de textos normativos escritos (las llamadas normas jurídicas) se atiende a hipótesis de hecho abstractas y generales. En último término, la existencia y la vigencia del ordenamiento jurídico, así como están en manos del individuo y de su acción en su desarrollo fisiológico, están en manos del juez y de su juicio cuando nace la crisis generada por la contestación.

Pero, ¿quién es el juez?

Cabe realizar un pequeño esfuerzo conceptual, o de reflexión, que permita diferenciar la función, en su augusta y suma importancia jurídica, de la persona individual que, en un caso determinado, tiene la tarea de ejercerla.

El juez (tanto órganos unipersonales como colegiados) es también un individuo que actúa; además, su acción de juzgar posee un carácter marcadamente jurídico, más que cualquier otra; pero el juez es un individuo concreto y, como cualquier otra persona, presa de todas las contradicciones, de todas las grandezas, debilidades, carencias y perversiones que caracterizan a todo ser humano. Y él, como individuo, sufre siempre e inexorablemente la tentación de instrumentalizar su función con respecto a un fin personal y egoísta que, por lo general, se esconde con mayor o menor fortuna tras el disfraz de un declarado interés general o público. En realidad, este diverso interés no existe, y no puede existir, porque tanto la jurisdicción como el proceso tienen en sí mismos el propio interés, y no fuera de sí.

Surge, pues, una pregunta de la máxima importancia: ¿cómo garantizar a las partes que no sufrirán los posibles abusos o errores del juez? ¿Cómo hacer que la delicadísima función que se le ha encomendado se atenga estrictamente a su ámbito y no degenera, convirtiéndose en perjuicio para aquéllos que piden justicia?

12. LA ILUSIÓN NORMATIVISTA

En los sistemas de los llamados *civil law* que, como se ha visto antes, en la época moderna se asocian al racionalismo ilustrado y a su derivado de la división de poderes, nos hemos ilusionado con que constituía una auténtica y suficiente garantía contra los posibles abusos del juez la existencia de textos normativos escritos. El juez está vinculado por la norma de ley porque está obligado a aplicarla en el caso concreto: él debe juzgar conforme a derecho, y el derecho es la norma general y abstracta emanada por el legislador.

Se trata de una gran ilusión trágica, porque entre la norma general y abstracta y el caso concreto existe una distancia que precisamente el juicio y el proceso tienen que salvar. Cuando se afirma que la distancia entre la norma general y abstracta y el caso concreto es salvada por

el juez a través de la llamada interpretación de la primera y a través de la reconstrucción procesal del segundo, se le atribuye en realidad un poder sin límites. La interpretación del dato normativo es una operación lógica y conceptual, que nadie ha sabido nunca describir, que nadie ha sabido nunca limitar, que en algunas épocas se ha creído poder prohibir y que, en resumidas cuentas, tiene un componente subjetivo irreducible a cualquier criterio predeterminado y evasivo a cualquier control. Lo mismo vale para la reconstrucción procesal del hecho, si se le da al juez el poder incontrolado de influir en el ámbito probatorio, porque la fase de introducción de las pruebas es la que permite, si no está rigurosamente regulada, la alteración de los hechos controvertidos y, por tanto, del juicio final.

13. LOS LÍMITES INTRÍNSECOS A LA FUNCIÓN DEL JUEZ

Si la jurisdicción y el juicio tienen una función “creativa” del ordenamiento jurídico, se hace necesario aclarar el sentido y el significado real que hay que atribuir a esa creatividad, procurando superar las ilusiones que constituyen sólo una solución aparente del problema.

Ante todo, ésta no significa poner al juez en el lugar del legislador, porque el primero está vinculado a la decisión sobre un caso concreto y, por esto, es incapaz intrínsecamente de producir normas generales y abstractas. Así como el legislador no es el creador absoluto y sin límites de un derecho, que no tiene nada tras de sí ni por encima de sí, del mismo modo tampoco lo es el juez. Él encuentra el límite fundamental a su función precisamente en el proceso y en su ley intrínseca, que es la del contradictorio entre partes determinadas en una situación de igualdad y sobre un objeto específico.

Otro límite lo constituyen los hechos alegados en juicio por las partes en litigio, que son para el juez un dato inmejorable por circuns-

cribirse al objeto del contradictorio, o sea del proceso.

Si esto es cierto, nos damos cuenta de la extrema importancia que tienen los sumos principios reguladores del proceso civil, que en último término se reducen a lo esencial del contradictorio. Esto significa que, cuando se rompe el delicadísimo equilibrio que durante el proceso pone en el mismo plano a las partes entre sí y a éstas últimas con el juez, y cuando se atribuyen al segundo poderes de supremacía procesal que las partes no pueden controlar, se da paso sólo por este hecho, y aun sin quererlo, a la arbitrariedad. Si se llega a sostener la idea de que el juez puede regular el proceso a su gusto, adaptándolo a exigencias de diferente tipo no muy bien especificadas, se llega con ello a negar la jurisdicción y el juicio.

Si se atribuyen al juez civil poderes de iniciativa probatoria acerca de los hechos pasados, a fin de consentirle superponerse a las partes y levantar la carga probatoria que les incumbe, otra vez se da paso a la arbitrariedad porque se permite al juez alterar la representación procesal de los hechos cuyo conocimiento es una premisa ineludible para expresar el juicio. Los hechos son de las partes y éstas tienen la incumbencia de probarlos; el juez no es una parte y no tiene tal incumbencia. Si la incumbencia se incumple, se produce sucumbencia, y esta conclusión no puede subrogarse poniendo al juez en el mismo plano que la parte, atribuyéndole una iniciativa probatoria que no le compete.

El respeto de estos principios, que constituyen la esencia misma de la jurisdicción y del proceso civil se refleja, por último, en la obligación, hoy afirmada casi universalmente, de motivar las sentencias. La motivación cumple por supuesto una función endoprocesal cuando la sentencia está sujeta a impugnación. Lo cual ya es de la máxima importancia porque, al haber sido dada la impugnación tanto por mo-

tivos sustanciales como por motivos procesales, se ponen de relieve los límites que afectan a la acción del juez y cuya violación conlleva la anulación de la sentencia.

Pero esta función no lo es todo, y la motivación misma sería inexplicable cuando la sentencia no está sujeta a impugnación, como cuando la emite un órgano supremo.

¿Qué sentido tiene motivar el juicio cuando jurídicamente es imposible censurarlo y quitarlo? Cabe una sola respuesta: demostrar a las partes, y junto con ellas, a toda la sociedad organizada de acuerdo con la trama de un ordenamiento jurídico, que el juez ha respetado su función, que ha permanecido fiel a la ley del proceso y que, en definitiva, no ha cometido un acto de arbitrariedad.

14. CONCLUSIÓN

Al principio he advertido de que las reflexiones arriba desarrolladas no deben considerarse absolutas porque resultan históricamente y subjetivamente condicionadas y, por ello, intrínsecamente discutibles. Nada raro, pues, que otros tengan opiniones diferentes y contrarias a las que aquí se han expuesto.

Sin embargo, está permitido aspirar a un proceso, a un juicio, a un juez que sean objetivos e imparciales, que apliquen la justicia y defiendan el derecho de los ciudadanos conforme a un ordenamiento jurídico libre, que expresen un juicio para fines que no sean otros que el juicio mismo y la fuerza moral del derecho.

Puede que todo esto no se corresponda con la realidad y que más bien sea un sueño, pero creo que en el fondo podría perdonarse al jurista que lo albergara.

Traducción al español de Laura Volpe

Fecha de recepción: 19 de noviembre de 2009

Fecha de aceptación: 1 de febrero de 2010

RESUMEN

Según defiende el autor de este trabajo, no tiene nada de autoritario afirmar que el carácter instrumental del proceso no deriva de los intereses de las partes y de sus eventuales derechos subjetivos, sino del Estado y de sus fines. Es decir, la observancia del derecho objetivo interesa al Estado, puesto que la verdadera paz social sólo se alcanza con la correcta actuación de las normas imprescindibles para la convivencia de las personas. Cuanto más cerca esté la tutela jurisdiccional de la voluntad del derecho sustantivo, más cerca se estará de la verdadera paz social.

No es aceptable, en consecuencia, la intransigente defensa que hace parte de la doctrina de la inercia judicial en lo que a la prueba se refiere. Si el objetivo de la actividad jurisdiccional es el mantenimiento de la integridad del ordenamiento jurídico, el órgano jurisdiccional debe desarrollar todo el esfuerzo posible para alcanzarlo, pues solamente cuando eso ocurra, la jurisdicción habrá cumplido su función social. Y, como el resultado de la prueba es, en la gran mayoría de los casos, un factor decisivo para la conclusión del tribunal, éste debe asumir una posición activa al respecto, no limitándose a analizar los elementos suministrados por las partes, sino procurándolos, cuando lo entienda necesario, lo que no significa que no existan algunos límites a dicha actuación, como los elementos objetivos de la demanda.

PALABRAS CLAVE

PROCESO CIVIL, PODERES DEL JUEZ, INICIATIVA PROBATORIA, CARGA DE LA PRUEBA, LÍMITES A LOS PODERES DEL JUEZ

ABSTRACT

According to the author of this work, there is nothing authoritarian in saying that the instrumental nature of procedure is not derived from the interests of the parties and their individual rights, but from the State and its ends. That is, observance of the law is in the interests of the State, since true social peace is only achieved with correct enactment of the essential rules for people's coexistence. The closer judicial protection is to the will of substantive law, the closer it will be to true social peace.

Therefore, the intransigent defence of judicial inertia regarding evidence, made by part of the doctrine, is not acceptable. If the aim of judicial activity is to maintain the integrity of the legal system, the judicial body must make every possible effort to achieve this. Only when that happens will the courts have fulfilled their social function. And, as the result of evidence is, in most cases, a decisive factor for the court's conclusion, the court should assume an active position on this, not merely analysing the information provided by the parties but rather, when deemed necessary, actively seeking it. This does not mean however that there are not limits to such action, such as the objective elements to the lawsuit.

KEY WORDS

CIVIL PROCEDURE, JUDGE'S POWERS, EVIDENTIARY INITIATIVE, BURDEN OF PROOF, LIMITS TO JUDGE'S POWERS

JUEZ, PROCESO Y JUSTICIA

José Roberto Dos Santos Bedaque

Profesor Titular de Derecho procesal
Universidad de Sao Paulo

Sumario: 1. La instrumentalidad del proceso; 2. Iniciativa probatoria del juez y preclusión; 3. Naturaleza constitucional del derecho a la prueba; 4. El objetivo del proceso; 5. Primeras conclusiones; 6. Poderes probatorios del juez y principios procesales: A) Principio del contradictorio; B) Principio dispositivo; C) Principio de la igualdad; D) Principio de la imparcialidad; 7. Las reglas de distribución de la carga de la prueba; 8. La disponibilidad del derecho material; 9. El juez y la técnica procesal; 10. Poderes del juez y la flexibilización de la técnica; 11. Naturaleza del poder de instrucción del juez; 12. Límites del poder de instrucción del juez.

1. LA INSTRUMENTALIDAD DEL PROCESO

Cualquier estudio sobre derecho procesal no puede prescindir de algunas premisas básicas: se trata de rama autónoma del derecho, regida por principios publicistas. De allí que los institutos procesales no deben ser regidos ni contaminados por las reglas que regulan la relación jurídica de derecho substancial, con fundamento en el que el autor formula su pretensión. Eso porque, siendo autónomo, el derecho procesal tiene objetivos distintos de aquéllos buscados por el legislador material al regular los conflictos de intereses. Los objetivos del proceso se mezclan con los fines del propio Estado, en la medida en la que la jurisdicción es una de las funciones con que él busca cumplir sus funciones esenciales, asegurando el bien estar de la sociedad.

La conclusión de que los principios de la relación jurídico-substancial no deben repercutir en el proceso, al contrario de lo que pueda parecer, no niega su carácter instrumental. Es consecuencia lógica del examen de la instrumentalidad del proceso no en función de la parte, de sus intereses y de su eventual derecho subjetivo, pero del Estado y de sus objetivos.

Esa mirada del fenómeno jurídico nada tiene de autoritaria. Si las normas jurídicas son creadas es porque la sociedad de ellas necesita. Como no hay condiciones para que la voluntad del pueblo pueda ser manifestada de forma directa, algunos reciben poder para representarla y tienen la misión de crear las reglas imprescindibles a la vida en sociedad. Por lo menos es lo que se presume, y la subsistencia del Estado Democrático y Social de Derecho presupone la aceptación de esa tesis. La observancia del derecho objetivo, por tanto, interesa al Estado, pues la verdadera paz social solamente si alcanza con la correcta actuación de las normas imprescindibles a la convivencia de las personas.

Ahora, si así es, esas reglas deben, en la medida de lo posible, ser actuadas correctamente. Ésa es la finalidad básica de la jurisdicción, como función estatal. Porque si el juez no adopta un comportamiento compatible con la voluntad del legislador, surge la crisis en el plano de las relaciones materiales. Llamado a ello cabe al juez eliminarla, mediante la imposición de los dispositivos y principios legales adecuados a aquella situación, restableciendo, así, la paz social.

Ahí está la instrumentalidad que se pretende existente. Cuanto más la tutela jurisdic-

cional se aproxima a la voluntad del derecho sustancial, más cerca se estará de la verdadera paz social.

En esa medida, no se puede aceptar que el juez, por respeto a dogmas no compatibles con la realidad actual, aplique normas de derecho sustancial a hechos no suficientemente demostradas, en los casos en los que la iniciativa probatoria por él desarrollada pueda aportar para mejor comprensión de la materia fáctica controvertida.

Se trata de la función social del proceso, cuya eficacia práctica está derechamente relacionada con la efectividad de este instrumento de solución de controversias. Ya que el Estado, además de crear el orden jurídico, asumió también su mantenimiento, tiene el interés en tornar realidad la disciplina de las relaciones intersubjetivas previstas en las normas de derecho material.

Establecido que la instrumentalidad del proceso debe ser concebida en función del ordenamiento jurídico-sustancial creado por el Estado, y cuya observancia encuentra en él el mayor interesado, pues de ella depende la paz social, es imposible aceptar la intransigente defensa que parte de la doctrina hace de la inercia judicial en lo tocante a la investigación probatoria, postura muy común principalmente cuando los derechos en cuestión son disponibles. No hay cómo conciliar las dos conclusiones. Si el objetivo de la actividad jurisdiccional es el mantenimiento de la integridad del ordenamiento jurídico, debe el magistrado desarrollar todo el esfuerzo posible para alcanzarlo pues, solamente si tal ocurre, la jurisdicción habrá cumplido su función social. Y, como el resultado de la prueba es, en la gran mayoría de los casos, factor decisivo para la conclusión del órgano jurisdiccional, él debe asumir posición activa en la fase investigadora, no limitándose a analizar los elementos suministrados por las partes, pero procurándolos, cuando entienda necesario.

Nadie mejor que el juez, a quien está afecto el juicio, para decidir sobre la necesidad de producir una determinada prueba. En esa

medida, y considerando el objetivo de la actividad jurisdiccional, la cosecha de elementos probatorios interesa tanto al juez como a las partes.

No puede el juzgador, es obvio, transformar la verdad en el fin del proceso y solo decidir cuando se sienta convencido de haberla encontrado. También porque es otro el objetivo a ser alcanzado mediante la actividad jurisdiccional. El juez, siguiendo el método de trabajo instituido por el legislador, al cual se denomina proceso jurisdiccional, busca la aplicación del Derecho al caso concreto, con la consecuente eliminación de las controversias y la pacificación social. Ese resultado, evidentemente, será tanto más justo cuanto mayor correspondencia haya entre la reconstrucción de la materia fáctica realizada en el proceso y la realidad verificada en el plan sustancial. La instrucción procesal no tiene por fin encontrar la verdad. Se destina solamente a proporcionar al juez el retrato más fiel posible de los hechos constitutivos, modificativos y extintivos del derecho afirmado.

Además, verdad y certeza son conceptos absolutos, difícilmente alcanzables. La expresión debe ser comprendida, por tanto, a la luz de las concepciones demostrativa y persuasoria, que, debidamente conciliadas, llevan a la idea de verdad relativa, cuya relación con la prueba no es ontológica, sino teleológica. Se llega, así, a la verdad procesal, o sea, aquella encontrada mediante el examen de todos los medios de prueba admisibles, independientemente de la iniciativa en cuanto a la respectiva producción.

Por eso, es imprescindible que el juez actúe de forma activa y determine diligencias, a fin de que el grado de probabilidad sea lo más alto posible. *Cuanto mayor su participación en la actividad instructora, más cerca de la certeza estará él.* O sea, debe el juez ir a la busca de la verdad; intentar descubrirla. Por eso, no se puede admitir que la voluntad de los litigantes sea un obstáculo a la actividad instructora oficial.

No se acepta la supuesta vinculación del juez civil a la denominada *verdad formal*, pre-

valeciendo la *verdad real* apenas en el ámbito penal. Tales expresiones se incluyen entre aquéllas que deben ser desterradas de la ciencia procesal. Verdad formal es sinónimo de *mentira formal*, pues constituyen las dos caras del mismo fenómeno: el juicio hecho a la luz de elementos insuficientes para la verificación de la realidad jurídico-material, contentándose el juzgador con la aplicación de las reglas sobre distribución de la carga de la prueba.

2. INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ Y PRECLUSIÓN

Es posible que esa conclusión acabe en conflicto, al menos aparentemente, con reglas procesales, como, por ejemplo, aquellas sobre la preclusión. Se sabe que el no ejercicio de una facultad o el no cumplimiento de una carga procesal en el momento adecuado implican, en principio, pérdida de la posibilidad de hacerlo.

Admitida esa premisa, se podría indagar si sería posible al magistrado determinar la audiencia de un testigo no aportado tempestivamente por la parte interesada. La preclusión ¿no alejaría por completo esa posibilidad?

Ese aparente óbice va en contra de la tesis de la iniciativa probatoria de oficio, pues en todos los procedimientos existen momentos adecuados para la petición de prueba por las partes. Su eventual omisión genera preclusión, impidiendo la provisión de la prueba por el juez. Tal razonamiento elimina el poder del juez de que hemos hablado.

Se verifica, por tanto, la necesidad de compatibilización entre esta posición y el instituto de la preclusión.

Ante la omisión de la parte a quien compete la solicitud, debe el magistrado valerse de los demás elementos que constan en los autos para formar su convicción. Sin embargo, si son ellos insuficientes, puede y debe el juez, justificadamente, determinar la práctica de otras pruebas, oyendo en curso a los testigos no aportados en el momento adecuado.

En otras palabras: las reglas procesales referentes a la preclusión se destinan solamente a posibilitar el desarrollo normal de la relación procesal. No pueden prevalecer, sin embargo, sobre el deber del juez de intentar aclarar los hechos, aproximándose cuanto sea posible a la verdad, pues su misión es pacificar con justicia. Y eso solamente ocurrirá si la decisión resultante de la actuación de la norma se refiere a hechos efectivamente verificados.

La preclusión hace que la parte no pueda exigir la práctica de la prueba por ella deseada. *Pero no el poder conferido al juez de determinar, ex officio, la realización de las pruebas que, a su ver, puedan ayudar a la justicia del proveído, cuando lo dicte.*

Además, las reglas sobre preclusión en materia probatoria deben ser interpretadas restrictivamente. Se ha entendido, por ejemplo, que, a pesar de la regla del art. 283 del Código de Proceso Civil brasileño, la falta de documentos indispensables no implica necesariamente la no aceptación de la demanda. La jurisprudencia viene suavizando, también, el aparente rigor de ese dispositivo y del art. 396 del mismo texto legal permitiéndola añadir, en el curso del proceso, de documentos realmente esenciales a la proposición de la demanda.

Es necesario adecuar las normas procesales sobre preclusión a la garantía constitucional del debido proceso legal, en que se incluye, evidentemente, el derecho a la prueba.

Nada obsta, tampoco para que el magistrado reconsidere una decisión anterior, por fuerza de la cual no admitiera una determinada prueba. Tampoco aquí se puede hablar de preclusión.

Así, aunque la parte venga a perder la facultad de practicar determinada prueba, por consecuencia de la preclusión temporal, puede el juez ordenar su realización *ex officio*, por entenderla necesaria a la formación de su convencimiento.

No parece haber riesgo para la imparcialidad si el juez procede así, desde el instante en que no lo hace por otros motivos, oscuros, ésos sí ilegítimos. Si la actividad instructora de

oficio se destina simplemente a la formación del convencimiento del juzgador, que la ejerce en razón de verificar la existencia, en el proceso, de medios aptos para apurar los hechos controvertidos, la iniciativa no compromete la imparcialidad. La cuestión concierne solamente a la técnica procesal. A la vista de los valores involucrados, el posible conflicto entre las reglas relativas a la preclusión y lo dispuesto en el art. 130 del Código de Proceso Civil brasileño debe ser solucionado según el objetivo principal del proceso. La preclusión es un simple mecanismo técnico destinado a permitir el normal desarrollo de la relación procesal. Debe ceder delante de un valor mayor, como el representado por el convencimiento del juez respecto de la realidad jurídico-material.

De ello deriva que no puede la iniciativa probatoria oficial subordinarse a las reglas sobre preclusión, al contrario de lo que se verifica en relación con la ausencia de defensa y a la falta de controversia fáctica (CPC brasileño, arts. 319 y 334).

Esa conclusión es aplicable incluso en grado de apelación, pudiendo el relator del recurso o la terna juzgadora acordar una diligencia, para la práctica de determinada prueba considerada esencial al juicio. Además, por fuerza de lo dispuesto en el art. 515, § 4º, del Código de Proceso Civil brasileño, ésa es la providencia esperada por el legislador, que pretende evitar la anulación de decisiones en razón de vicios procesales, entre los cuales la indefensión. Para tanto, atribuye al juzgador de segundo grado el poder de determinar la realización de actos procesales destinados a alejar nulidades. Entre ellos están, ciertamente, aquéllos destinados a la realización de prueba necesaria a la aclaración de la controversia fáctica. Tal solución no implica el fenómeno denominado como supresión de instancia, pues el juez ya examinó el mérito en primer grado, considerando suficiente para tanto el conjunto probatorio hasta entonces existente. Sin considerar necesaria la producción de otras pruebas para mejor comprensión de la materia fáctica, nada obsta al tribunal determinarla.

3. NATURALEZA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PRUEBA

La premisa establecida en el apartado anterior, además de compatible con el objetivo del proceso, confiere efectividad a la garantía de una amplia práctica probatoria, cuya naturaleza constitucional no es controvertida. El acceso efectivo a la prueba es derecho fundamental, comprendido en los conceptos de acceso a la justicia, debido proceso legal, principio contradictorio y amplia defensa (Constitución Federal de Brasil, art. 5º, apartados XXXV, LIV y LV).

Asegurar el derecho de acción en el plan constitucional es garantizar el acceso al debido proceso legal, o sea, al instrumento tal como es concebido por la propia Constitución Federal. Entre los principios inherentes al proceso, se destacan el contradictorio y la amplia defensa.

Expresiones diferentes para identificar el mismo fenómeno: la necesidad del sistema procesal infra-constitucional para asegurar a las partes la posibilidad de la más amplia participación en la formación del convencimiento del juez.

Eso implica, evidentemente, la práctica de las pruebas destinadas a la demostración de los hechos controvertidos. Contradictorio efectivo y defensa amplia comprenden el poder conferido a la parte de valerse de todos los medios de prueba posibles y adecuados a la reconstrucción de los hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos del derecho afirmado.

El derecho a la prueba es componente ineludible del principio contradictorio y del derecho de defensa. El problema no puede ser tratado solo desde el ángulo de la carga de la prueba (CPC, art. 333). Es necesario examinarlo desde el punto de vista de la garantía constitucional como instrumento adecuado a la solución de las controversias, dotado de efectividad suficiente para asegurar al titular de un interés jurídicamente protegido en sede material la tutela jurisdiccional.

En último análisis, el amplio acceso a medios de prueba, constituye corolario natural de los derechos de acción y de defensa.

Para que el proceso posibilite el real acceso al orden jurídico justo, es necesaria la garantía de la práctica de la prueba, cuyo titular es, en principio, la parte; pero no exclusivamente ella, pues al juez, como sujeto interesado en el contradictorio efectivo y equilibrado y en la justicia de las decisiones, también asiste el poder de determinar las pruebas necesarias a la formación de su convencimiento. La iniciativa probatoria del juez es elemento indisoluble de la efectividad del proceso.

No obstante, al tratarse de garantía inherente al debido proceso constitucional, no se puede considerar el derecho a la prueba como valor absoluto, como, además, ya se afirmó arriba. Las reglas y principios procesales son eminentemente instrumentales, pues se destinan a asegurar el correcto funcionamiento del instrumento estatal de solución de controversias. No son dogmas indiscutibles, debiendo ser observados en los límites en los que se revelen necesarios a los fines a que se destinan.

Por eso, algunas limitaciones, aunque de carácter infra-constitucional, muchas veces se justifican por alguna razón relevante, eventualmente algún otro valor también protegido en sede constitucional. La regla, sin embargo, es la posibilidad de la parte de valerse de cualquier fuente o medio de prueba, siempre que sea legal y moralmente legítimo (CPC, art. 332).

Esa garantía, para ser efectiva, comprende no solamente el poder de producción de la prueba, sino también la seguridad de que venga a ser considerada y correctamente valorada por el juzgador. En esa medida, las reglas que permiten al juez considerar una prueba innecesaria deben ser aplicadas con extremo cuidado, pues pueden representar violación de uno de los componentes del contradictorio y de la amplia defensa (CPC, arts. 130 y 407, párrafo único).

4. EL OBJETIVO DEL PROCESO

Delante de esas premisas, es posible extraer algunas conclusiones.

Si la jurisdicción es la actividad estatal destinada a la actuación de la ley; si la acción es el poder de estimular esa actividad y hacer que ella alcance su objetivo; si la defensa es presupuesto de la legitimidad del procedimiento e imprescindible a la correcta imposición de la norma al caso concreto, el proceso, escena en la que esas tres actividades se desarrollan, debe ser considerado el medio a través de lo cual se mira a un procedimiento justo, o sea, que presente la correcta formulación e imposición de la regla concreta.

El proceso es, por tanto, el medio con el cual el Estado formula y actúa la norma jurídica, en los casos en los que los destinatarios de esta no puedan o no quieran hacerlo. La actuación del derecho sustancial, con la consecuente pacificación social, es el objetivo del proceso. Además, proceso y jurisdicción tienen el mismo objetivo, lo que es perfectamente natural, visto que el primero constituye el medio de actuación de la segunda.

Siendo ese el método de trabajo, el instrumento de la jurisdicción debe ser entendido en función de ésta, o sea, como el instrumento de actuación de la ley en el caso concreto, como el instrumento de garantía del ordenamiento jurídico, de la autoridad del Estado. Es mediante el proceso como el Estado hace valer el orden jurídico vigente, imponiendo las normas de derecho material a las situaciones de la vida real.

Está superada hoy la corriente que considera como objeto del proceso la defensa de derechos subjetivos, pues resulta de un análisis privatista del fenómeno. Su finalidad es la actuación del derecho objetivo, siendo la protección de derechos subjetivos una consecuencia natural.

La doctrina subjetiva antes disfrutó un gran prestigio. Para sus seguidores, el objetivo directo e inmediato del proceso es la tutela de los derechos subjetivos, mientras la actuación de la ley sería un efecto indirecto, secundario.

Con el desarrollo de la ciencia procesal, sin embargo, ya no se admite tal enfoque, resultado de una visión eminentemente privatista del fenómeno procesal. El interés público en la correcta actuación de la ley y en la eliminación de las crisis existentes en el plano material de forma justa debe prevalecer sobre el interés particular de las partes en ver reconocidos sus derechos. La nueva escuela procesal transformó la manera de considerar el proceso y su finalidad.

Hoy, para el proceso, instituto fundamental del derecho procesal, en primer lugar está el interés de la colectividad, ya que sus objetivos son la realización del derecho y de la paz social. El titular de un interés puede ocupar el tiempo y las energías de los tribunales estatales, desde el momento en que para él exista la necesidad de la tutela jurídica. Además, no solo las normas ordinarias son actuadas mediante el proceso. Es un instrumento de actuación de la propia Constitución, cuyas reglas abstractamente formuladas y que consustancian derechos y garantías fundamentales, se concretan procesalmente.

Establecido que en el proceso existe una relación jurídica dirigida a un fin específico, esto es, a la eliminación de la crisis mediante actuación de la voluntad de la ley, es inadmisibles cualquier confusión entre la relación procesal y la de derecho material que en ella se contiene. Además de la diversidad de sujetos y de premisas, lo más importante a ser resaltado es que la actividad de aquellos que integran la relación procesal se desarrolla con vistas a la realización de la ley, no a los bienes de la vida, objeto de las relaciones sustanciales.

Así, la relación procesal tiene su propio objetivo, que nunca es el mismo de la relación de derecho material. Puede ésta pertenecer al Derecho Público o Privado, no importa. El proceso, entendido como relación procesal más procedimiento, o como procedimiento realizado en contradictorio, tiene siempre que alcanzar la misma finalidad: el mantenimiento del ordenamiento jurídico, de lo que derivan la afirmación de la autoridad del Es-

tado y la paz social. La relación procesal es, por tanto, completamente independiente de la de derecho material. Lo que existe es un nexo de instrumentalidad entre el proceso y el derecho objetivo material, pues aquél mira a la actuación de éste. Y esa finalidad satisface no solamente el interés de las partes cuyas relaciones son reguladas por las normas de derecho material, sino, y principalmente, el interés público en la obediencia al orden jurídico establecido. Además, este último se superpone al primero.

Se concluye, por tanto, que el proceso jurisdiccional es instrumento de una función del Estado que, para mantener la paz y la armonía entre los integrantes de la sociedad, tiene la atribución específica de promover la actuación del ordenamiento jurídico.

5. PRIMERAS CONCLUSIONES

En síntesis, el Estado tiene interés en la integridad del ordenamiento jurídico y en la pacificación social. Por eso, instituyó una función dirigida específicamente a ese fin (JURISDICCIÓN). Para hacer que los órganos jurisdiccionales actúen y alcancen su objetivo de aplicación del derecho, los destinatarios de la norma de derecho material deben manifestarse (ACCIÓN y DEFENSA). La dialéctica desarrollada por las partes y coordinada por el juez observa un método impuesto por el legislador. Surge entonces el instrumento que posibilitará la formulación y actuación de la regla jurídica para el caso concreto (PROCESO).

Ese fenómeno, analizado por un ángulo publicista, está dirigido a un solo objetivo: la actuación del derecho, con lo que estará garantizada la paz social.

Si es así, no solo a las partes deben ser concedidos poderes instructores. La conclusión contraria resulta de una concepción privatista de los institutos procesales, principalmente de la acción y de la defensa. No solo estas tienen interés en el resultado del proceso. Tal resul-

tado interesa mucho más al Estado que, para posibilitar la convivencia de las personas en sociedad, tiene que mantener la integridad del ordenamiento jurídico por él creado.

Con el pleno desarrollo de sus actividades, las partes, obviamente, buscan traer al proceso prueba de los hechos que les favorezcan. Todo aconseja, por tanto, que también el juez se porte activamente, buscando aclarar por completo la situación de derecho material. Muchas veces, y por razones varias, la iniciativa de las partes es insuficiente para ello.

En resumen: si todos los integrantes de la relación procesal tienen interés en el resultado del proceso, no se debe dejar en las manos de las partes, solamente, la iniciativa instructora. Al contrario, todo aconseja que también el juez desarrolle actividades en el sentido de aclarar los hechos. Mientras las partes buscan hacer que el procedimiento se desarrolle según sus intereses, el juez tiene en vista el interés general.

Se justifica, por tanto, la iniciativa probatoria de oficio. Cuanto mejor los hechos estén representados en los autos, mayor la posibilidad de un proveimiento justo, que exprese perfectamente la regla jurídica del caso concreto. Y solamente un resultado como ése posibilitaría la verdadera paz social. Aquél que no ve reconocido su derecho, en consecuencia de un proveimiento injusto, pasa a no creer ya en la función jurisdiccional. En la medida en la que esas frustraciones se repiten, aumenta la tensión social que, evidentemente, no interesa al Estado.

La finalidad de actuación de la ley y, por tanto, de obtención de la paz social mediante la eliminación de las crisis verificadas en el plan sustancial, se interponer a los posibles intereses egoístas de las partes, que no son movidas por el interés en la correcta aplicación de la regla material y en la obtención del resultado justo. Los sujetos parciales del proceso buscan solamente la victoria y, para alcanzar ese objetivo, se valen de la dialéctica, deduciendo argumentos y produciendo

pruebas favorables exclusivamente al interés propio. Eso cuando no se valen de mecanismos de postergación al prever la derrota inminente.

Como ellas defienden sus pretensiones mediante el ejercicio de los derechos de acción y de defensa, compete al juez mantener el equilibrio necesario al buen funcionamiento del mecanismo procesal, actuando de forma imparcial y con el designio de posibilitar la reproducción en los autos de la realidad fáctica efectivamente ocurrida en el plano material. Si él verifica que, por cualquier motivo, pruebas importantes, necesarias para la aclaración de los hechos, no fueron presentadas, debe, *ex officio*, decidir su práctica. Con eso no estará beneficiando a ninguna de las partes, sino proporcionando un real equilibrio entre ellas, además de impedir que prevalezca en el proceso solamente el raciocinio dialéctico, según el cual no importan la verdad y la justicia sino la victoria.

Solamente así el instrumento utilizado por la autoridad jurisdiccional, en colaboración con las partes —el proceso—, se vuelve realmente apto para alcanzar su finalidad: la actuación del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, la perfecta armonía social.

Esa conclusión es consecuencia lógica de la concepción publicista de los institutos fundamentales del derecho procesal, contra la cual muchos aún se levantan, pues consideran que está ligada a ideas autoritarias. Para esa corriente doctrinal, proceso ideal es aquél gobernado por las partes, especialmente en lo que se refiere a la formación del conjunto probatorio. Solamente así la vía procesal representaría verdadera garantía para las partes, que tendrían absoluta libertad para utilizar el medio estatal de solución de las controversias según sus propios intereses.

Por lo ya expuesto y por los argumentos a continuación desarrollados, aunque respetable, ésa no parece ser la visión más adecuada del fenómeno procesal.

6. PODERES PROBATORIOS DEL JUEZ Y PRINCIPIOS PROCESALES

A) PRINCIPIO DEL CONTRADICTORIO

Derecho constitucional de acción es, en último análisis, derecho al debido proceso constitucional, o sea, al instrumento destinado a la solución de controversias, tal como viene modelado por la Constitución Federal.

Ese debido proceso constitucional será dirigido por los jueces, personas investidas de la función jurisdiccional, con el objetivo de actuar la voluntad de la ley, eliminar los litigios y pacificar.

Entre las garantías que la Constitución asegura al modelo procesal brasileño se encuentra la del contradictorio. Se trata de un postulado destinado a proporcionar amplia participación de los sujetos de la relación procesal en los actos preparatorios del proveimiento final. Su observancia constituye factor de legitimidad del acto estatal, pues representa la posibilidad que las personas directamente envueltas en el proceso tienen de influir en su resultado.

La visión moderna de ese principio considera esencial para su efectividad la participación activa también del órgano jurisdiccional. Tanto como las partes, tiene el juez interés en que su función alcance determinados objetivos, consistentes en los objetivos de la jurisdicción.

Ya no satisface la idea del juez inerte y neutral, ajeno al *dramma della competizione*. Esa neutralidad pasiva, que supuestamente garantiza la imparcialidad, no corresponde al deseo de una Justicia efectiva, que propicie acceso efectivo al orden jurídico justo.

No hay cualquier incompatibilidad entre el contradictorio y la participación más activa del juez en la relación procesal. Muy al contrario. El concepto moderno de ese principio procesal, que se pretende efectivo y equilibrado, no prescinde de la intensa actuación de aquél

a quien fue conferida la función de conducir el proceso, asegurando a los sujetos parciales igualdad real de tratamiento y de oportunidades.

En otras palabras, cabe al juez conferir contenido sustancial, no solo formal, a la igualdad de las partes, asumiendo la dirección material del proceso. Igualdad, además, que constituye el gran fundamento de todos los principios constitucionales del proceso. Éstos existen exactamente para garantizar el tratamiento igualitario de las partes, a fin de que ellas puedan presentarse en el proceso con paridad de armas, o sea, con oportunidades equivalentes de afirmar sus razones y demostrar los hechos necesarios al reconocimiento del derecho deducido. Debe haber entre las partes verdadero equilibrio en todo el curso del proceso, con la eliminación de cualquier factor de desigualdad entre ellas.

Para tanto, el juzgador tiene que contar con poderes reales, idóneos para estimular y garantizar la participación de los sujetos parciales. Eso significa que debe él también participar activamente en el procedimiento. Juez activo, participativo, es lo que se pretende. No se comprende que aquél a quien se invistió del poder de juzgar sea omiso y no tenga compromiso con el resultado. Esa postura no aporta a la efectividad del contradictorio. Éste tiene como contenido mínimo la igualdad real, esto es, igualdad no solamente en sentido formal y abstracto, sino sustancial.

Si es así, nada más natural que considerar al juez también comprometido con el resultado del proceso. Ya no se admite la neutralidad del juzgador pues, de la misma forma que las partes, está a la busca de resultados.

Además, la integración del juzgador en el contradictorio sirve para alejar eventuales desigualdades entre los litigantes, confiriendo al principio de la igualdad su verdadero significado.

Desde ese ángulo, es correcto afirmar que el contradictorio representa no simplemente un instrumento destinado a las partes, sino, principalmente, instrumento operativo del juez,

imprescindible a la adecuada conducción del proceso.

B) PRINCIPIO DISPOSITIVO

La cuestión referente a los poderes de instrucción del juez está íntimamente ligada al llamado “principio dispositivo”. Por lo menos así lo ha entendido la mayoría de la doctrina procesal, que establece un nexo entre éstos dos fenómenos, al afirmar que el principio dispositivo, entre otras restricciones impuestas a la actividad del juzgador, impide que tenga él iniciativa probatoria. Se habla de que las partes, tratándose de derechos disponibles, tienen total libertad para influir en la prueba, allanándose, confesando. Ese comportamiento amputaría los poderes de instrucción del juez y sería consecuencia del principio dispositivo. Para otros, el Código de Proceso Civil brasileño armonizó los sistemas dispositivo e inquisitorio, pues amplió los poderes de iniciativa probatoria conferidos al juez, pero no excluyó la carga de las partes de demostrar los hechos afirmados. El juez, representando el Estado, busca la justicia. Para tanto debe participar activamente en el proceso probatorio, sugiriendo u ordenando pruebas propuestas por las partes.

La primera dificultad grande con que se enfrenta el estudio del problema reside en el exacto significado de la expresión “principio dispositivo”. Se trata de término altamente equívoco, pues la doctrina procesal suele emplearlo con el objetivo de expresar cosas diversas. Se verifica aquí el fenómeno de la polisemia. Algunos autores recurren al llamado principio dispositivo cuando se refieren, genéricamente, a la ausencia de poderes procesales del juez.

Los procesalistas alemanes, después de algunas vacilaciones y divergencias iniciales, identificaron la existencia de dos fenómenos diferentes, ambos relativos a tales poderes. El primero de ellos se refiere a la proposición de la demanda; el segundo respecto a la estructura interna del proceso. Tanto en un caso como en otro, cuando compete exclusivamente a

la parte los poderes de iniciativa, significa la adopción, respectivamente, de la *Dispositionsmaxime* y de la *Verhandlungsmaxime*.

Con mucha frecuencia la doctrina trata de ambos fenómenos como manifestaciones del principio dispositivo. Se habla, por ejemplo, que tal principio significa, en sentido amplio, dejar para las partes la carga de iniciación, determinación del objeto, impulso del proceso y producción de pruebas (*judex secundum allegata et probata partium judicare debet*).

Otros prefieren la expresión “principio de la demanda” para referirse al primer fenómeno, mientras “principio dispositivo” representaría solamente al segundo.

Hasta sobre el contenido de cada uno hay controversia. Para algunos, la deducción de los hechos constitutivos de la pretensión inicial, o sea, de la causa de pedir, integra el *Dispositionsmaxime*. Eso porque, como la naturaleza privada del derecho subjetivo determina el monopolio de la parte sobre la proposición de la demanda, en ese poder se incluye la correspondiente identificación, dando causa a la limitación impuesta al juez de decidir solo en contemplación de los hechos narrados. Hay quien relaciona, sin embargo, la deducción de los hechos solamente por las partes con el *Verhandlungsmaxime*. Porque es irrelevante para los objetivos de este estudio, quede solamente el registro de la polémica. Se debe resaltar, solamente, que es inaceptable la vinculación entre la inercia del juez para el inicio del proceso y la naturaleza de la relación material. Basta recordar que incluso las controversias reguladas por el Derecho público solamente constituirán objeto de proceso si hay provocación de la parte.

Delante de tanta polémica en torno de la terminología adecuada para representar cada uno de esos fenómenos, e incluso de la exacta configuración de ellos, es preferible que la denominación “principio dispositivo” sea reservada tan sólo a los reflejos que la relación de derecho material disponible pueda producir en el proceso. Y tales efectos se refieren exclusivamente a la propia relación jurídico-sustan-

cial. Así, tratándose de derecho disponible, las partes tienen amplia libertad para disponer de él en el curso del proceso, mediante la práctica de determinados actos (renunciar, desistir, allanarse), a cuya práctica el juez no puede oponerse, precisamente en virtud de la naturaleza del derecho material en cuestión. Esto sí corresponde a la verdadera y adecuada manifestación del principio dispositivo. Se trata de un principio relativo a la relación material, no a la procesal.

Cualquiera otra limitación a la actividad del juez, ya en lo tocante a la proposición de la demanda, ya en el curso del proceso, no es consecuencia de la naturaleza del derecho sustancial.

Constituye equívoco afirmar, por ejemplo, que la imposibilidad del juez de dar inicio al proceso es consecuencia del carácter disponible de la relación material. En él incurrir, además, la mayoría de la doctrina.

El monopolio de la parte sobre la iniciativa del proceso existe independientemente de la naturaleza del derecho litigioso, como ya queda afirmado. Aunque sea indisponible el derecho subjetivo material, persiste el principio de la inercia de la jurisdicción. Eso significa que, incluso con relación a esa categoría de derechos, el interesado tiene el monopolio de la demanda. Y, si el Estado tiene interés directo o indirecto en la relación, aun así no se confiere poder de iniciativa al juez. Instituye otro órgano y le atribuye legitimidad para proponer la acción. Es el caso del Ministerio Público, por ejemplo, que propone las acciones penales y las acciones civiles públicas. Véase que, aunque es público el interés en litigio, el magistrado continúa inerte.

Por otro lado, algunas excepciones al principio de la inercia existen y se refieren a derechos eminentemente disponibles. La posibilidad del juez, *ex officio*, de dar inicio a inventario es ejemplo típico.

No es, por tanto, la naturaleza de la relación jurídica de derecho material la que determina la imposibilidad del magistrado de dar inicio al proceso. La regla prevalece, aunque

sea indisponible el derecho; y algunas excepciones se refieren a derechos eminentemente disponibles.

Así, el *Dispositionsmaxime*, que algunos entienden cómo “principio de la demanda” y otros como “principio dispositivo”, o es consecuencia de la disponibilidad del derecho sustancial.

En cuanto al *Verhandlungsmaxime*, o sea, la estructura interna del proceso mantenida bajo el dominio de las partes, especialmente en cuanto a la proposición de pruebas, que la mayoría de la doctrina identifica como el verdadero “principio dispositivo”, ha sido rechazado por la moderna ciencia procesal, pues la superioridad de él y de la plena disponibilidad de las relaciones jurídico-procesales está conectada con concepciones privatistas del derecho procesal, hoy completamente sobrepasadas.

Incluso aquéllos que admiten haber nexo entre la disponibilidad del derecho y el monopolio de la demanda por la parte defienden la iniciativa oficial en cuanto a la prueba. Esto porque, aunque sea privada la relación material, el Estado tiene interés en que la tutela jurisdiccional sea prestada de la mejor manera posible.

Así, si la petición de la tutela y los límites de la prestación son privados, el modo en que ella es prestada no lo es. La relación procesal se rige siempre por principios atinentes al derecho público, teniendo a la vista su finalidad, su objetivo. La naturaleza de la relación a ser decidida por el juez no influiría, por tanto, en los poderes de instrucción a él conferidos. Teniendo en cuenta la relevancia del tema para el objeto del trabajo, la idea será desarrollada en capítulo específico.

Se concluye, en cuanto a la denominación “principio dispositivo”, que debe expresar sólo las limitaciones impuestas al juez, en virtud de la disponibilidad del derecho; y que son pocas, pues se refieren a los actos procesales de las partes dirigidas directamente para el derecho disponible. Las demás restricciones, ya en tocante al inicio del proceso, ya referentes a la

instrucción de la causa, no tienen ningún nexo con la relación material; no son consecuencia, por tanto, del llamado “principio dispositivo”. Solamente la adopción de un significado diverso para la expresión posibilitaría su utilización para representar tales restricciones.

De cualquier modo, aunque se dé mayor extensión al referido principio, no puede implicar restricción al poder investigador del juez. El llamado principio dispositivo en sentido impropio o procesal no tiene razón de ser, pues entre los deberes del juez está el de tomar la iniciativa en cuanto a la determinación de medios probatorios, atendido el ámbito de averiguación establecido por las partes en la determinación de los elementos objetivos de la demanda (*petitum* y causa de pedir).

Las partes del proceso pueden establecer límites en cuanto a los hechos a ser examinados por el juez, pero no con relación a medios de prueba que él entienda necesarios para la formación de su convencimiento. Y no se trata de actividad meramente supletoria. Debe el juez actuar de forma dinámica, mirando a traer a los autos un retrato fiel de la realidad jurídico-material.

La actividad de instrucción del juez, por tanto, está directamente vinculada a los límites de la demanda, que, al menos en principio, no pueden ser ampliados *ex officio* (CPC, arts. 128-460). En esa medida, a la luz de los hechos deducidos por las partes, debe él desarrollar toda la actividad posible para alcanzar los objetivos del proceso.

Además, ni aun la regla de la correlación o de la congruencia constituye dogma insuperable. El legislador admite, en casos específicos, que sean sobrepasados los límites objetivos de la demanda. El art. 461, § 4.º, del Código de Proceso Civil, permite la imposición de multa diaria al demandado, independientemente de lo pedido. Posible, incluso, la alteración de la multa anteriormente fijada (CPC, art. 644 y párrafo único). Hipótesis más evidente de juicio *ultra petita* expresamente admitido por el sistema es, sin duda, la tutela condenatoria *ex officio*, ordenando pensión alimenticia, en

demanda con *petitum* exclusivamente declaratorio de reconocimiento de paternidad (cf. Ley 8.560, de 29.12.1992, art. 7.º).

En lo que se refiere a la participación del juez en la formación del conjunto probatorio, el Código de Proceso Civil brasileño adoptó, sin cualquier sombra de duda, el modelo europeo-continental del *inquisitorial system*, repeliendo el *adversarial system* del sistema anglosajón.

Al contrario del sistema italiano, donde tiene vigencia el denominado principio dispositivo atenuado, en que prevalece la iniciativa de la parte en cuanto a la práctica de la prueba, ejerciendo el juez papel meramente subsidiario, en las hipótesis expresamente previstas por el legislador, en Brasil existe una regla general confiriendo al juez papel activo en la formación del conjunto probatorio.

C) PRINCIPIO DE IGUALDAD

La garantía constitucional de la igualdad debe, evidentemente, reflejarse en el proceso. Varios son los principios proclamados por la doctrina moderna y adoptados por la casi totalidad de las legislaciones, mirando a garantizar la igualdad de las partes.

La experiencia ha demostrado, sin embargo, que tales postulados aseguran tan sólo la igualdad formal entre los litigantes, que, evidentemente, no satisface al jurista preocupado con el fin social del derecho y que, por eso, no se contenta con meras figuras de retórica. No es compatible con el Estado Social de Derecho el proceso civil individualista, cuyas reglas consagran como valor absoluto la autonomía de las partes, que se superpone al propio objetivo de la actividad jurisdiccional y del instrumento estatal de solución de las controversias.

Entre las normas que no aseguran la real igualdad entre los litigantes, se encuentra la de la plena disponibilidad de las pruebas, reflejo de un superado liberal-individualismo, que ya no satisface las necesidades de la sociedad moderna, pues puede llevar las partes

a una actuación de desequilibrio sustancial. Muchas veces la omisión, en la instrucción, del hecho se debe a factores económicos o culturales y no a la intención de disponer del derecho.

Para evitar esa situación, varias medidas vienen siendo adoptadas por el legislador procesal. Entre ellas, se columbra el refuerzo del poder de instrucción del juez. Cada día aumenta el número de defensores de la idea de que solamente un comportamiento activo del juzgador hace que sea respetado uno de los principios procesales de mayor relevancia social: el de la igualdad real entre las partes. Se trata de un poderoso instrumento que el magistrado tiene en sus manos, que le posibilita, incluso, para corregir las desigualdades económicas presentes en la relación procesal.

Aunque no sea esa la única y ni aun la principal razón por la que se defiende la iniciativa probatoria oficial, el proceso debe estar dotado de medios para promover la igualdad entre las partes.

De ellos, sin duda, es la previsión de que el juez participe efectivamente de la proposición y práctica de la prueba. Con tal actitud podrá evitar que eventuales desigualdades económicas repercutan en el resultado del proceso.

Esa interferencia del magistrado no afecta de modo alguno a la libertad de las partes. Si el derecho debatido se incluye en el rol de los llamados “derechos disponibles”, permanecen aquellas con plenos poderes sobre la relación material, pudiendo, por ejemplo, prescindir, desistir, transigir. Sin embargo, mientras la solución permanezca en las manos del Estado, no puede el juez contentarse solo con la actividad de las partes. La visión del Estado Social no admite esa posición pasiva, conformista, pauta por principios esencialmente individualistas.

Ese modo de analizar el fenómeno procesal antepone el interés público del correcto ejercicio de la jurisdicción al interés individual. Se trata de una visión esencialmente instrumentalista del proceso. La real igualdad de las partes en el proceso constituye valor a ser observado

siempre, aunque pueda entrar en conflicto con otro principio procesal.

Al instituir los Juzgados Especiales, atendió el legislador brasileño a las peticiones de autorizada doctrina procesal, que se levanta contra la situación de aquéllos que, por razones varias, normalmente de carácter financiero, quedan condenados a la insatisfacción definitiva de sus intereses, no teniendo oportunidad de deducir en juicio sus pretensiones; por eso, al quedar al margen de las actividades pacificadoras, alimentan el germen de una sedición.

Es exactamente esa la situación de aquéllos que, aunque hayan tenido acceso a las actividades pacificadoras, no consiguieron lograr el reconocimiento de sus derechos subjetivos en razón de la inferioridad en la que se encontraban. Para compensar la prohibición de la autodefensa, el Estado debe proporcionar a las personas medios eficaces de satisfacción de los intereses. Si tal no ocurre, los particulares dejan de confiar en su representante social y vuelven a la “justicia por su propia mano”.

La real igualdad de las partes en el proceso solamente se verifica cuando la solución encontrada no resulta de la superioridad económica o de la astucia de ellas. El proceso no es un juego, en el que el más capaz sale vencedor, sino un instrumento de justicia con el cual se pretende encontrar el verdadero titular de un derecho.

No se puede aceptar que, en razón de la hiposuficiencia de un de los litigantes, se llegue a una decisión injusta, que no corresponde a la realidad fáctica sometida a juicio. Eso representaría un verdadero fracaso de la actividad jurisdiccional, cuya finalidad es promover la aplicación de la norma a los hechos efectivamente verificados. Solamente así se alcanzará la efectiva paz social. Es inadmisibles que eventuales desigualdades impidan este resultado. Por eso, se vuelve absolutamente necesario que el magistrado desarrolle actividades probatorias, cuando sean imprescindibles para la correcta depuración de los hechos.

La concepción de que el refuerzo de la autoridad del juez, que da origen al llamado pro-

ceso inquisitivo, corresponde a regímenes no democráticos de gobierno, es absolutamente equivocada. No hay nexo necesario entre régimen político liberal y ausencia de poder de instrucción del juez, ni entre régimen autoritario y poder de iniciativa probatoria oficial.

Aquello que por convención se llama proceso acusatorio, donde los poderes de iniciativa de las partes son llevados al extremo, resulta de un individualismo político y filosófico ya sobrepasado, pues no atiende a la realidad socioeconómica del Estado moderno, cuya actividad es toda dirigida para lo social.

Así, la pacificación social deseada por la jurisdicción corre serio riesgo si, en razón de la disponibilidad del derecho, permanece el juez absolutamente inerte, aguardando la iniciativa de instrucción de la parte interesada. Esa influencia de la naturaleza de la relación jurídica controvertida sobre el modo de ser del proceso no es aconsejable, pues puede impedir la correcta actuación de la norma y, en consecuencia, la real pacificación social. Eventuales transigencias con la fidelidad al derecho objetivo pueden producir una falsa pacificación.

La pacificación que se mira a alcanzar con el proceso, que corresponde a su objetivo social más relevante, depende de la correspondencia entre el resultado del proceso y la voluntad del derecho sustancial.

Considerando que la parte más débil no tiene las mismas posibilidades que la más fuerte de traer a los autos las pruebas necesarias para la demostración de su derecho, la ausencia de iniciativa probatoria del juez corresponde a alguien que asiste pasivamente a un duelo entre el lobo y el cordero. Evidentemente, no estará atendido el principio de la igualdad sustancial que, según la moderna ciencia procesal, debe prevalecer sobre el de la mera igualdad formal. Y, en razón de esa pasividad del juzgador, probablemente se llegará a un resultado diverso de aquel deseado por el derecho material. O sea, el objetivo del proceso no será alcanzado.

Tal entendimiento no viola lo dispuesto en el art. 125 del Código de Proceso Civil. Al contrario, va al encuentro de la voluntad del

legislador, pues asegura la real igualdad entre los sujetos del proceso.

La igualdad de tratamiento exigida por el legislador no puede limitarse a su aspecto formal. Conforme ya se dijo, la moderna ciencia procesal habla de igualdad real, efectiva, lo que requiere sea asegurado a las partes el adecuado equilibrio, independientemente de factores externos. Además, para suplir esa frecuente desigualdad económica entre aquéllos que se enfrentan en el proceso, algunos ordenamientos confieren al juez atribuciones asistenciales en favor de la parte más débil. A pesar de que la iniciativa oficial en el campo de la prueba no constituye manifestación directa de esa función asistencial, no se puede negar que, al portarse activamente, el juez ayudará a atenuar el problema, aunque indirectamente.

Es equivocada, por tanto, la conclusión de que la efectiva participación del juez en la instrucción del hecho constituye violación del contradictorio. Al contrario, asegura a uno de los principios fundamentales del proceso “una dimensión jamás lograda en la práctica, al salir del inmovilismo del juez espectador”. En la medida en la que tal garantía constitucional se caracteriza no solo por la información necesaria y reacción posible, sino también por el diálogo pertinente, la iniciativa probatoria oficial, por ampliar los elementos de convicción, posibilita a las partes mejores condiciones de influir en el juicio.

El contradictorio efectivo y equilibrado de que habla la doctrina exige que los litigantes combatan con paridad de armas. Pero una eventual omisión de la parte puede ser consecuencia exactamente de la inexistencia de una paridad real. No basta, por tanto, el mero ofrecimiento de oportunidades. Es necesario garantizar también el aprovechamiento de ellas por todos, independientemente de las desigualdades económicas o sociales. Visto desde ese ángulo el problema, es irrelevante la naturaleza de la relación jurídica. Indisponible o no el derecho, debe el juez participar activamente en la instrucción, pues solamente así garantizará un contradictorio efectivamente equilibrado.

No se puede olvidar que la ciencia procesal evolucionó. Con el tiempo, la visión de los problemas procesales se ha modificado. Hoy, se piensa más en justicia y menos en técnica o ciencia procesal. Para que la decisión sea sustancial y cualitativamente justa, no basta asegurar a las partes exclusividad de iniciativa en el proceso, aunque con garantía de amplia participación. Es necesario buscar, a través del proceso, la aplicación correcta y racionalmente justificada del derecho. Para alcanzar ese objetivo, fundamental es la preocupación con la verdad de los hechos. Solamente la solución basada en hechos verdaderos puede ser considerada justa.

D) PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD

Entre los argumentos utilizados por la doctrina dominante contra la iniciativa del juez en la proposición y práctica de la prueba, uno de los más invocados es el respeto a la necesidad de preservar la imparcialidad del juzgador, que debe conducir el proceso sin favorecimiento a cualquiera de las partes. Eso no ocurriría si a él fuese conferida la posibilidad de determinar la realización de una prueba, cuyo resultado vendría a beneficiar a una de ellas. Habría quiebra de la imparcialidad. Para resguardarla, aunque dotándolo de poderes de instrucción, buscaría el legislador alejarlo el máximo posible de esa actividad. Se entiende, aún, que la averiguación unilateral por parte del juez puede condicionarlo psicológicamente a creer en el derecho que haya sido objeto de su propia averiguación. Hay quien sostiene la necesidad de participación del Ministerio Público en todos los procesos, cuya función sería la de buscar la “verdad real”, lo que alejaría el peligro representado por la postura activa del juez delante de la prueba. Se afirma, también, que la inercia del magistrado frente a la prueba garantiza su imparcialidad, ya que aumentar sus poderes significaría acortar la distancia entre jurisdicción voluntaria y contenciosa.

Algunos, aunque defiendan la iniciativa probatoria oficial, alertan del peligro de la parcialidad, si se lleva a extremos.

No tiene razón, sin embargo, la doctrina tradicional.

En primer lugar, porque acepta la iniciativa del juez en la producción de la prueba, cuando la demanda sea sobre derechos indisponibles. Es el caso de preguntarse si, en esas hipótesis, sería admisible la figura del juez parcial.

Además, cuando el juez determina la realización de alguna prueba, no tiene condiciones para saber, de antemano, su resultado. El aumento del poder de instrucción del juzgador, en verdad, no favorece a cualquiera de las partes. Solamente proporciona depuración más completa de los hechos, permitiendo que las normas de derecho material sean actuadas correctamente. Y hay más: ¿no sería parcial el juez que, teniendo conocimiento de que la producción de determinada prueba posibilitará la aclaración de un hecho oscuro, deje de hacerlo y, con tal actitud, acabe beneficiando a la parte que no tiene razón? Para él no debe importar que venza el actor o el demandado. Importa, sin embargo, que salga victorioso aquél que efectivamente tenga razón, o sea, aquél cuya situación de la vida esté protegida por la norma de derecho material, pues solamente así se puede decir que la actividad jurisdiccional realizó plenamente su función.

Si esa actuación del juez es determinante para que el real titular del interés jurídicamente protegido obtenga la tutela jurisdiccional, tanto mejor. Además, no es otra la función del proceso, sino la de servir de medio para la solución de las controversias en conformidad con las reglas de derecho sustancial.

Aunque se reconozca que tal actitud del juez no le permitirá alcanzar la verdad completa, innegablemente facilitará el encuentro de una parcela de esta, por reducida que sea: “antes buscar ésta, que no buscar ninguna”, como bien ponderó José Carlos Barbosa Moreira, en estudio sobre el tema.

Sin duda alguna, la mejor manera de preservar la imparcialidad del magistrado es someter su actividad al principio del contradictorio e imponerle el deber de motivar sus decisiones. Puede él mantenerse absolutamente imparcial,

aunque participe activamente de la instrucción. Basta que sus decisiones sean fundamentadas y proferidas después de efectivo contradictorio entre los litigantes. Además, el respeto al principio del contradictorio es condición de validez de cualquier prueba.

La participación del juez en la formación del conjunto probatorio, determinando la realización de las pruebas que entienda necesarias a la aclaración de los hechos deducidos por las partes, de forma alguna afecta su imparcialidad. Actuando así, demuestra el magistrado estar atento a los fines sociales del proceso. La visión publicista de ésta exige un juez comprometido con la aplicación efectiva del derecho material. Esto es, el juez puede, en cualquier momento y *ex officio* determinar que sean producidas pruebas necesarias a su convencimiento. Se trata de actitud no sólo admitida por el ordenamiento, sino deseada por quien conciba el proceso como instrumento efectivo de acceso al orden jurídico justo.

No se debe confundir imparcialidad con pasividad del juzgador durante el desarrollo del proceso. Sobre todo, cuando se trata del ejercicio de poderes que la ley le confiere de manera inequívoca.

Supóngase que el juez esté convencido, por el examen de los elementos de los autos, que podría llegar a la verdad, bastando suplir alguna omisión de la parte en lo tocante a la prueba. Evidentemente, decidiría contra su conciencia, si no determinase la aclaración del hecho.

Ese temor de perder la imparcialidad ha influido de manera decisiva para que nuestros magistrados, lamentablemente, dejen de utilizar de los poderes de instrucción que les son conferidos por el legislador procesal. Se creó una tradición del juez pasivo, espectador, temeroso de que cualquier iniciativa suya pueda tornarlo parcial. La escasez de iniciativas probatorias oficiales, incluso cuando es manifiesta su conveniencia, ha sido apuntada como una de las causas del mal funcionamiento del mecanismo judicial. Esa mentalidad debe ser alterada, a fin de que el magistrado asuma su

papel en la relación procesal. Juez imparcial es aquél que aplica la norma de derecho material a hechos efectivamente verificados, sin que se deje influenciar por otros factores, sino por sus conocimientos jurídicos. Para no perder la imparcialidad, por tanto, basta que el magistrado se limita al examen objetivo de la materia fáctica, cuya reproducción en el proceso se hace mediante las pruebas. No importa quiénes las traigan. Importa, sí, que el proveimiento jurisdiccional no sufra influencia de otros elementos.

Para que el juez mantenga la imparcialidad delante de una prueba por él determinada, es suficiente que permita manifestarse a las partes sobre ella. El perfecto funcionamiento del principio del contradictorio es la mayor arma contra el arbitrio del juzgador. Así, la concesión de poderes de instrucción al juez encuentra su límite natural en el contradictorio, que impide la transformación del arbitraje en arbitrariedad, de la discrecionalidad en despotismo. El juez activo en cuanto a la determinación de la prueba, pero sometido a las restricciones determinadas por las seguridades de las partes en el proceso, especialmente la amplia defensa y el contradictorio, es perfectamente compatible con el modelo procesal democrático y seguro al que aspiramos. Juez activo no se confunde con juez autoritario. Sería inadmisibles, por ejemplo, aplicar, sin motivación, los efectos de la ausencia de defensa (CPC, art. 319) y determinar la producción de la prueba de hechos verosímiles y no controvertidos.

Por lo demás, el compromiso del juez es con la ley y con la justicia. Debe él ser independiente y neutral con relación a otros intereses pues, en lo que se refiere a aquellos amparados por la ley, no hay independencia o neutralidad posible.

Además, neutralidad e imparcialidad son fenómenos distintos, pues nada impide que sea el juez neutral y parcial. Basta que esa neutralidad, esa omisión en cuanto al ejercicio de poderes procesales beneficie la parte que pretenda lograr, de ese comportamiento, ventajas indebidas.

7. LAS REGLAS DE DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Establece el art. 333 del Código de Proceso Civil brasileño las reglas concernientes a la carga de la prueba: al autor compete demostrar el hecho constitutivo de su derecho; al demandado, el hecho impeditivo, modificativo o extintivo de ese derecho.

Hecho constitutivo es aquél que da vida a una voluntad concreta de la ley, que tiene esa función específica y que normalmente produce ese efecto. Extintivo, porque hace cesar esa voluntad. Impeditivo es inexistencia del hecho que debe confluir con el constitutivo, a fin de que produzca normalmente sus efectos; mientras el hecho constitutivo es causa eficiente, el impeditivo es la ausencia de una causa concurrente.

Este dispositivo trata de un importante aspecto del derecho procesal, estableciendo la regla sobre la distribución de la carga de la prueba. No obstante, muchas veces aunque haya dificultades para la perfecta identificación de la naturaleza del hecho controvertido, si constitutivo, impeditivo, modificativo o extintivo, el sistema procesal civil adopta una técnica superior a la del proceso penal, que se refiere tan sólo a la carga de probar el hecho alegado (CPP, art. 155).

Parte de la doctrina afirma que la posibilidad del juez, *ex officio*, de determinar la realización de pruebas, debe ser entendida en conformidad con las reglas sobre la carga de su producción. O sea, delante de la omisión de la parte en la presentación de la prueba que le competía, el proveimiento debería ser desfavorable a ella, no debiendo el juez actuar en el sentido de complementar la instrucción.

Se dice que las reglas referentes a la carga de la prueba implican un límite establecido por el legislador a los poderes de iniciativa del juez en la producción de la prueba. El art. 130 solamente sería aplicado, por tanto, cuando, después del desarrollo de la actividad probatoria por las partes, permaneciese el juez en esta-

do de duda, imposibilitado de juzgar según su libre convencimiento o en conformidad con los dispositivos sobre la carga de la prueba. El otorgamiento de poderes ilimitados al juez traería como consecuencia el abandono de la teoría adoptada en el art. 333, que se basa en la igualdad de las partes. Si el magistrado pudiese, delante de un resultado probatorio negativo, determinar la realización de la prueba, estaría inclinándose por una de las partes y, en consecuencia, desequilibrando el contradictorio. Y el art. 125, I, establece que el magistrado debe proporcionar a las partes igualdad de tratamiento. Se trata de regla que debe orientar el juez en la utilización del poder de instrucción previsto en el art. 130. Si, infringiendo tal principio, determinase él la realización de una prueba que viniese a favorecer a una de las partes, estaría beneficiándola, en perjuicio de los intereses de la otra. Estaría, en resumen, proporcionando para la parte que permaneció inerte oportunidad de demostrar sus razones. No sufriría ella cualquier consecuencia por su comportamiento omisivo. Incluso tratándose de derechos indisponibles, la conclusión no se alteraría, pues la actividad de instrucción, en el caso, debe ser desarrollada por el Ministerio Público. La indisponibilidad del derecho solamente influiría en la evaluación de la prueba, debiendo el criterio utilizado por el juez ser tanto más rígido cuanto más valorado el bien por el sistema positivo.

Con el debido respeto, no parece ser esa la mejor posición sobre el tema. Las normas procesales deben ser interpretadas en conformidad con la finalidad del proceso, o sea: la efectividad del derecho sustancial y la pacificación social.

No se puede ver en la iniciativa de instrucción del juez una actividad sustitutiva de cualquiera de las partes, en detrimento de la otra. La doctrina moderna lo demuestra con claridad.

Quien considere la efectividad del proceso uno de los más eficaces factores de armonía social no puede concordar con tal orientación, de inspiración exageradamente privatista. El raciocinio debe ser hecho de manera exacta-

mente opuesta a aquella desarrollada por los procesalistas tradicionales.

Las reglas referentes a la distribución de la carga de la prueba son tenidas en cuenta por el juez tan sólo en el momento de decidir. Son reglas de juicio, o sea, se destinan a suministrar al juzgador los medios de proferir la decisión, cuando los hechos no quedaron suficientemente probados. Antes de eso, no tiene él que preocuparse por las normas de distribución de la carga de la prueba, pudiendo y debiendo agotar los medios posibles, a fin de proferir un juicio que retrate la realidad fáctica y represente la efectiva actuación del derecho a la situación presentada en juicio. Los principios establecidos en el art. 333 solo deben ser aplicados después de que se haya hecho todo en el sentido de lograrse la prueba de los hechos. Y cuando eso ocurre, no importa su origen, esto es, quién la trajo a los autos.

Ésa es la visión objetiva de la carga de la prueba. En otro sentido, se habla de carga subjetiva, respecto a la necesidad de que las partes demuestren los hechos relevantes. Se enfatizó aquí solamente el primer sentido de la expresión.

No atender la regla del art. 333 por las partes implica incumplimiento de la carga procesal, generando, en consecuencia, una sanción de la misma naturaleza, consistente en el juicio desfavorable. La incidencia del principio positivo ocurre, pues, en el momento final, delante de la situación de incertidumbre causada por la insuficiencia del conjunto probatorio. No tiene fundamento la tentativa de vincular la distribución de esa carga con la legitimidad para la producción de la prueba. Son cuestiones diversas, a las que hay que enfrentarse en momentos procedimentales propios. No es condición de admisibilidad de la prueba la coincidencia entre quienes la produzcan y quienes debían hacerlo.

La razón de ser de la regla es, pues, evitar el *non liquet*.

En síntesis, el poder de instrucción del juez, previsto en el art. 130, no se subordina a las reglas sobre la carga de la prueba; y no las afec-

ta, visto que son problemas a ser resueltos en momentos diversos. En rigor, por tanto, las normas de distribución de la carga de la prueba no pertenecen al instituto de la prueba. Su incidencia se da exactamente en situaciones de insuficiencia de prueba.

Se verifica, por tanto, el equívoco cometido por aquéllos que afirman la exclusividad de las partes sobre la instrucción, visto que la concesión de poderes de instrucción al juez implicaría eliminación de las reglas sobre la carga de la prueba. Es absolutamente incorrecta tal conclusión. Si el resultado de la actividad de instrucción se muestra suficiente para aclarar al juzgador sobre los hechos alegados por las partes, podrá él decidir con base en las pruebas traídas a los autos, sin que importe cómo llegaron allí. Cuando, sin embargo, el resultado sea negativo, aunque los integrantes de la relación procesal, incluso el propio magistrado, hayan agotado los esfuerzos para probar los hechos, incidirán las reglas legales referentes a la carga de la prueba. Pero esa preocupación el juez la tendrá solamente en el momento de juzgar. Durante la instrucción, el problema no se plantea. En esta fase del procedimiento, los sujetos de la relación deben estar dirigidos solamente a la obtención de la prueba.

No hay duda de que la actividad de instrucción por parte del juez puede disminuir los casos en los que sea necesario recurrir a las normas de distribución de los riesgos por la oscuridad de los hechos. O sea, si además de las partes, también el juez desarrolla esfuerzos para la obtención de la prueba, es mayor la posibilidad de aclaración de los hechos, lo que disminuye, en la misma proporción, la necesidad de apelar a la distribución de las cargas del art. 333 del Código brasileño. En verdad, aumenta la probabilidad de un juicio correcto, conforme a la voluntad del legislador. Las reglas sobre la carga de la prueba constituyen la última salida para el juez, que no puede dejar de decidir. Son necesarias, pero deben ser tratadas como excepción, pues lo que se pretende con la actividad jurisdiccional es que los proveimientos de ella emanados retraten

la realidad, no meras ficciones. Ésa es la única relación que se puede decir existente entre el poder de instrucción del juez y la carga de la prueba.

De cualquier modo, la solución propiciada por la doctrina tradicional no puede ser aceptada. Las reglas del art. 333 deben ser seguidas por el juez en el momento del juicio. Antes de eso, tanto él, como las partes tienen interés en la correcta demostración de los hechos. Quizá mucho más el juez del que las propias partes busque aquello que los filósofos denominan como verdad objetiva. Para ello, puede y debe el magistrado determinar la realización de las pruebas que entiende necesarias, a fin de alcanzar el fin de la actividad jurisdiccional, esto es, la coincidencia entre el proveimiento y la voluntad del legislador. Ésa es la solución que más interesa a la sociedad. Entre todas las frustraciones que la jurisdicción puede causar a las personas, la más grave, sin duda, es la emisión de un proveimiento injusto. Y, normalmente, las injusticias son cometidas contra aquéllos que, por razones económicas, no tienen condiciones de presentarse de igual a igual en el proceso.

Así, no debe el juzgador, delante de un resultado insuficiente de la instrucción de la causa, recurrir inmediatamente a las reglas sobre la carga de la prueba. Si verifica la posibilidad de aclarar algún hecho, mediante la realización de determinada prueba, no puede abstenerse.

Solamente ese comportamiento del magistrado puede impedir que el proceso se transforme en un instrumento de injusticia. Y, a ese efecto, no tiene relevancia la naturaleza de la relación jurídica controvertida.

Habrán situaciones en las que, no obstante entienda el juez que es imprescindible la realización de la prueba, óbices insuperables impidan la producción. Imagínese, por ejemplo, que el actor rehuse anticipar los honorarios del perito judicial (CPC, art. 33), por entender absolutamente innecesaria la prueba técnica, o por no tener condiciones económicas de cargar con el gasto y que tampoco el demandado pague. En este caso, si el conjunto probatorio es insuficiente para la formación de su conven-

cimiento, no tendrá el juzgador otra alternativa, sino recurrir a las reglas de distribución previstas en el art. 333: negado el hecho constitutivo del derecho del autor, el *petitum* sería considerado improcedente; no demostrado el hecho impeditivo, modificativo o extintivo, la demanda sería acogida.

Se debe resaltar, sin embargo, que la ampliación de los poderes del juez en el campo de la prueba, en manera alguna significa retirar a las partes la carga de deducir los hechos con que pretenden demostrar su derecho. Corresponde a ellas la exposición de la fuente de prueba; esto es, del hecho de que se servirá el juez para decidir. Fenómeno diverso es la actividad desarrollada por éste para que su proveimiento se aproxime lo más posible a la verdad, o, en otras palabras, para que su decisión sea justa. Se trata aquí del medio de prueba. Las fuentes de pruebas deben ser procuradas por quien averigüe los hechos; con los medios de prueba se hace la verificación. A la parte compete averiguar y afirmar. Nada impide que la función verificadora se entregue al juez, pues de ella depende el acierto de la decisión.

8. LA DISPONIBILIDAD DEL DERECHO MATERIAL

Una de las conclusiones que se viene manteniendo incólume, a pesar de la evolución de la ciencia procesal en los últimos años, se plantea en relación con la influencia del derecho sustancial en la relación procesal. Suele la doctrina sostener que los poderes del juez en la producción de pruebas serán mayores o menores, dependiendo de la naturaleza del derecho en discusión en el proceso. Si indisponible, deberá él orientarse en el sentido de encontrar la verdad real y, por tanto, determinar la producción de pruebas que entienda necesarias; si disponible, poquísimo serán los poderes de instrucción del juez.

Así, en razón de la disponibilidad o no del derecho material, se admite la verdad formal o

se exige la verdad real. Por esa razón, jamás se negó la posibilidad de haber averiguación oficial en el proceso penal. Asimismo, se afirma que en el proceso civil no hay concesiones a la verdad real, cuando en las relaciones discutidas prevalece el interés público sobre el privado, o sea, cuando se trate de derechos indisponibles.

Tratándose de derechos disponibles, por tanto, la construcción de la verdad procesal dependería preponderantemente de la parte, debiendo el juez permanecer inerte, por no serle permitido investigar la verdad real *ex officio*. Si son indisponibles los derechos, prevalece el interés en la depuración de la verdad, cesando la preponderancia de la actuación de las partes. En este caso, para suplir la inercia de las partes, el legislador instituyó otro órgano, el Ministerio Público.

Muchos, aunque reconociendo que en el proceso moderno el juez abandonó la posición pasiva de mero árbitro de la lucha trabada entre las partes, restringen a casos excepcionales sus poderes de instrucción. De esa forma, acaban estando de acuerdo con la doctrina tradicional, en la distinción entre derecho disponible e indisponible. E, incluso tratándose de esa última categoría, sostienen la necesidad de que el magistrado actúe con mucha cautela, dejando, siempre que sea posible, que la actividad de instrucción sea desarrollada por las partes o por el Ministerio Público.

Hay quien, a pesar de entender que la disponibilidad de las pruebas depende del derecho subjetivo discutido en el proceso, reconoce que el problema de la iniciativa de la instrucción no puede ser reducido al problema de la naturaleza de la relación de derecho material, porque existe un interés público en el reconocimiento de los derechos subjetivos, en la obtención de la justa definición de la controversia, acarreado la atribución de poderes de instrucción al juez, independientemente de la naturaleza del derecho. Así, aunque permanezca íntegro el principio de rogación, desde el inicio del proceso los poderes del juez para decidirlo y para formar su convencimiento están desvinculados de la iniciativa de las partes,

visto que hay un interés público del Estado en la definición de la controversia de acuerdo con la ley.

No se puede, de forma alguna, aceptar esa ligazón tan estrecha entre la relación procesal y la substancial. Aunque la primera nazca y se desarrolle en función de la segunda, eso no quiere decir que los principios relativos a una relación privada puedan influenciar la relación procesal. Ésta es pública y su finalidad es completamente distinta de aquélla. Aunque instrumental, no se puede negar la autonomía de los institutos procesales. Y la instrumentalidad que se pretende existente no se refiere al eventual derecho subjetivo de la parte, sino al ordenamiento jurídico vigente, cuya integridad interesa al Estado.

No importa, pues, la naturaleza de la relación jurídica controvertida. El proceso, como instrumento de la actividad jurisdiccional del Estado, es uno solo, siendo irrelevante si la materia discutida es civil, penal, disponible o indisponible. Tanto el derecho procesal civil como el derecho procesal penal pertenecen a la misma rama del derecho. El desarrollo de los estudios sobre la teoría general del proceso permite que se hable hoy de derecho procesal, disciplina que reúne elementos comunes al proceso civil, penal y laboral.

Para bien, para comprender lo que aquí se afirma, es necesario atender a la distinción de los dos planos presentes en el proceso: el interés de las partes, cuya satisfacción es por ellos buscada, y el proceso propiamente dicho. En otras palabras: la relación de derecho material y la de derecho procesal.

La posibilidad del juez de intervenir en la relación jurídico-sustancial varía según la naturaleza de ésta. Así, si los intereses en juego son privados, no podrá el magistrado interferir en cualquier acto practicado por la parte, en el sentido de disponer de su derecho, pues el ordenamiento jurídico confiere a ella, con exclusividad, ese poder. En ese caso, el magistrado debe limitarse a analizar la validez del acto, verificando solo la efectiva disponibilidad del derecho. No puede, sin embargo, interferir en el contenido del acto, teniendo en cuenta el

principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Es evidente que la naturaleza pública de la función jurisdiccional no puede repercutir sobre la esfera de disposición que éstas tienen sobre la relación material.

En lo tocante a la relación procesal, sin embargo, las partes no deben ejercer influencia. Así, en procesos cuyos intereses discutidos sean privados, no habrá, necesariamente, el monopolio de la instrucción de la causa por las partes; el problema aquí no es de disponibilidad o indisponibilidad del interés, sino de un instrumento con el que el Estado aplica la norma al caso concreto, atendiendo, con eso, a un interés suyo. Incluso en el proceso civil, que normalmente versa sobre derecho disponible, se objetiva la realización del derecho material. Su objetivo, así, no es ni más ni menos que la realización de aquello que el orden jurídico asegura en el plano material. Se debe perseguir esa finalidad, en la medida en la que se trata del orden jurídico idealizado por el Estado, que posibilita la convivencia social. Además, si la prueba tiene por objetivo convencer al juez sobre la existencia o no de un hecho, la prohibición de actividad probatoria por parte de él contraría los más elementales principios de lógica. Los estudios más recientes están dirigidos a la “publicación” del proceso civil, aunque los intereses discutidos sean privados. El proceso es el instrumento mediante el cual se ejerce una función pública, habiendo un predominante interés del Estado en su desarrollo. Por eso, no puede el juez ser reducido a mero espectador del debate trabado por las partes.

La inclinación de las legislaciones modernas de ampliar los poderes de instrucción del juez no es incompatible con la naturaleza privada del derecho material, pues son planos diferentes. Representa, sí, una concepción fuertemente publicista del fenómeno procesal. Si al magistrado le fuese permitido juzgar *ultra* o *extra petita*, se podría hablar de interferencia en el derecho material, lo que implicaría la publicación también de esas relaciones.

La concesión de poderes de instrucción al juez significa substraer a las partes el poder de dirección formal del proceso, que no puede ya

ser considerado cosa de las partes. La naturaleza privada de la relación jurídica confiere a la parte el poder de disponer de ella. Lo que se le retira es la disponibilidad sobre el continente, sobre el proceder. Instaurado el proceso, el modo, el ritmo y el empuje de éste, están fuera de su esfera de actuación. Podrán las partes, en ese aspecto, ser colaboradoras del juez. Así, el modo de buscar la verdad, la elección de medios de prueba, no debe permanecer en poder de las partes, pues, aunque sea privado el objeto del proceso, la función jurisdiccional es pública y como tal debe ser reglamentada.

En consecuencia, además de los intereses privados de las partes, existe otro, mucho más relevante, que es el interés del Estado en la correcta actuación del ordenamiento jurídico mediante la actividad jurisdiccional. Es evidente que las partes desean la satisfacción de sus pretensiones. A ese interés, sin embargo, se antepone el del Estado.

Esta visión del fenómeno procesal es absolutamente incompatible con la actitud pasiva del magistrado, que no puede permanecer como mero asistente del “duelo”, trabado entre las partes, pues también el Estado tiene interés en el resultado del proceso, aunque sea disponible el derecho material. De ahí la inclinación existente entre los procesalistas modernos, sensibles al hecho de que el proceso solamente cumplirá su función social si hay coincidencia entre el orden jurídico establecido y su resultado, de alejar o atenuar algunas consecuencias del llamado “principio dispositivo”. No se puede olvidar que el proceso es una actividad ordenada a la realización de la justicia. Al menos es lo que se espera de esa función estatal. Exactamente por eso es por lo que se defiende la concesión de poderes de instrucción al juez: para posibilitar que su decisión sea conforme al Derecho; que represente, en la medida de lo posible, la aplicación de una norma adecuada a los hechos presentados.

En síntesis: una cosa es la relación jurídico-sustancial; otra, la relación procesal. Ésta, una vez iniciada, debe desarrollarse de forma que propicie para la función jurisdiccional el mejor resultado posible. Y tal resultado, cuanto más

próximo sea a la realidad fáctica deducida en juicio, más satisfactorio será.

Es evidente que el Estado tiene interés en que la decisión retrate la realidad, aunque sea disponible el objeto del proceso. Solamente así la jurisdicción habrá alcanzado plenamente su objetivo: la correcta actuación de la norma, que proporciona la verdadera paz social.

La doctrina moderna abandonó definitivamente la concepción privatista del derecho procesal, que veía en el proceso un instrumento para la protección del derecho subjetivo y, por tanto, totalmente subordinado a la voluntad de las partes litigantes. La orientación actual, de inclinación claramente publicista, reconoce la existencia de un interés en el resultado del proceso que excede el angosto límite de las relaciones en él discutidas. La actuación del Ordenamiento jurídico interesa a toda colectividad. Por ese motivo, se admite la ampliación de los poderes del juez en el proceso, para la averiguación de la verdad real u objetiva, puesto que la formal no satisface ya al procesalista, atento a los fines sociales de su ciencia. El interés en la solución es tanto del juez cuanto de las partes. Y no se puede ignorar que, de los sujetos del proceso, solamente el magistrado busca la solución justa, visto que las partes miran a un resultado favorable a sus intereses, importando la adecuación de éstos al orden jurídico establecido.

No se puede negar que a las partes compete, predominantemente, la iniciativa probatoria. Pero eso solamente ocurre por cuestiones de orden práctico, no por la naturaleza del derecho. Sucede porque nadie conoce los hechos mejor de lo que ellas. Además, el juez no puede utilizar sus conocimientos particulares.

Cabe recordar, aún, que el legislador procesal no estableció ninguna diferencia de tratamiento en cuanto a los poderes del juez, en función de la materia discutida en el proceso. La amplitud de estos es la misma, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica objeto del proceso, sea ella disponible o no. En todas las hipótesis, se aplica el art. 130 del Código de Proceso Civil brasileño.

El derecho procesal es, sin duda alguna, instrumento del derecho material. No se puede aceptar, sin embargo, que, en función de esa instrumentalidad, principios de una relación jurídico-sustancial privada influyan en la relación procesal. El interés público en la actuación del ordenamiento jurídico es uno solo, sea cual sea la naturaleza de las normas a ser actuadas. La jurisdicción no sirve a eventuales derechos subjetivos. La instrumentalidad del proceso se refiere al derecho objetivo y a la justicia de la decisión.

La naturaleza de la relación jurídica repercute en los actos a ella pertinentes. Tratándose de derechos disponibles, las partes pueden, por ejemplo, convenir, renunciar, transigir. No pueden, sin embargo, influir en el desarrollo del proceso, al ser el instrumento estatal de mantenimiento del orden jurídico y, en último análisis, de promoción de la paz social. O sea, su objetivo, su finalidad es siempre pública e indisponible, cualquiera que sea la naturaleza del derecho en discusión. Si privada, las partes tendrán plena disponibilidad, pudiendo practicar actos en ese sentido. Pero, mientras no lo hagan, el poder de decir el Derecho es monopolio del Estado y, para tanto, su actividad debe desarrollarse en colaboración con las partes, jamás bajo el dominio de estas.

Es inadmisibles subordinar la actividad de instrucción del juez al interés particular, confundiendo principios relacionados con la relación material con aquellos concernientes al proceso. Éste no es un negocio que mire a la defensa de interés de la parte. La doctrina universal, hace mucho tiempo, abandonó la concepción privatista, poniendo de relieve, tanto en el proceso penal como en el civil, el interés público en la correcta aplicación de la ley sustancial, a fin de alcanzar la paz y la tranquilidad social. Las partes pueden perfectamente mantener el pleno dominio sobre los intereses en litigio, pero jamás sobre el desarrollo técnico y formal del proceso. La manera como la jurisdicción se realiza no pertenece a la esfera de disponibilidad de las partes, pues el proceso no puede ser visto solamente como un instrumento de composición de conflictos, de paci-

ficación, sino como medio por el cual se busca la justicia sustancial.

Iniciado el proceso, sea público o privado el derecho, prevalece el objetivo de la jurisdicción sobre el interés de las partes. Si éste es disponible, tienen las partes plenos poderes sobre la relación jurídico-sustancial, pudiendo incluso desistir. Mientras la solución del problema permanezca en las manos del Estado, éste debe agotar los medios posibles para que la solución se aproxime a la realidad. Solamente así la actividad jurisdiccional alcanzará plenamente su objetivo.

En síntesis: no se debe restringir la actividad de instrucción oficial en función de la naturaleza de la relación jurídica controvertida. Además de no haber ningún dispositivo legal que autorice tal conclusión, el objetivo buscado por la función jurisdiccional justifica plenamente “una conducta activista del magistrado”.

Tales premisas no contradicen lo sostenido en otra sede sobre la necesidad de reaproximación entre derecho material y derecho procesal, debiendo los institutos procesales ser concebidos en función de las especificidades del derecho material.

No se está predicando aquí el aislamiento del proceso y la desconsideración de la naturaleza de la relación jurídica sustancial. Es obvio que el juez se sentirá condicionado psicológicamente a actuar con mayor intensidad si es indisponible el objeto del proceso. Esa influencia subjetiva no puede ser negada. Solamente se insiste en la inexistencia de óbice legal a la actividad de instrucción, aunque sea disponible el derecho material en litigio, incluso porque puede el juzgador entender necesaria esa intervención, no solamente para la formación de su convencimiento, sino también para mantener el equilibrio del contradictorio.

Se defiende, en sintonía con la ciencia procesal moderna, el nexo de instrumentalidad entre proceso y derecho, lo que no significa, sin embargo, negar la autonomía del derecho procesal, cuyo objetivo de eliminación de las crisis de derecho material, para pacificación

social, debe ser buscado con todo empeño por el representante estatal, no importando la naturaleza de la relación jurídica controvertida.

9. EL JUEZ Y LA TÉCNICA PROCESAL

Importante es también el papel del juez en la correcta comprensión del denominado formalismo procesal, sobre todo en la aplicación adecuada de las reglas sobre nulidades de los actos del proceso.

Tanto la forma en sentido estricto cuanto la técnica procesal deben ser examinadas a la luz de los principios mayores del sistema —economía y utilidad—, ambos inspiradores de la instrumentalidad de las formas y de la fungibilidad de medios.

En esa medida, no se debe decretar la nulidad de un acto si de la atipicidad del mismo no resulta perjuicio para los objetivos mayores del proceso y no implica violación de los principios inherentes al debido proceso legal. Por la misma razón, la adopción de vías procesales impropias, el pedimento de tutelas inadecuadas —la no observancia de la técnica, en resumen—, solo deben ser considerados relevantes si el equívoco implica consecuencias no deseadas por el sistema. Si están preservados el objetivo del proceso y la igualdad de las partes, no hay por qué ser riguroso con las exigencias relativas a la técnica.

Esa premisa debe inspirar el comportamiento de los sujetos del proceso. Para realizarla en la práctica, sin embargo, es necesario que haya un radical cambio de mentalidad de todos los que se dedican al estudio o simplemente se valen de ese medio de solución de controversias. Las modificaciones legislativas son insuficientes para conferir efectividad al proceso si no encuentran intérpretes en condiciones de comprenderlas no solamente desde el ángulo gramatical, sino principalmente desde el punto de vista teleológico.

Nuestro desafío es mucho más cultural y de organización que propiamente legal. Lo esen-

cial es que el proceso sea mecanismo de justicia, medio para llegarse a la tutela de derechos; no fuente de nuevos conflictos.

Es imprescindible la admisión con mayor amplitud del diálogo directo entre partes y juez; lo que implica restablecer algunas ideas del sistema de la oralidad, hoy olvidadas.

Si los jueces procurasen asegurar el contradictorio pleno, oyendo anticipadamente a las partes antes de proferir cualquier decisión, aunque sobre materia cognoscible *ex officio*, seguramente se evitarían, muchos recursos.

¿Qué mal hay en la previa manifestación del actor con respecto a la posible no aceptación del inicio del proceso por carencia de acción, o del recurrente sobre la aparente inadmisibilidad del recurso? Adoptada esa providencia, tendría la parte oportunidad de evitar, anticipadamente, eventuales equívocos del juzgador, convenciéndolo de la presencia de las condiciones de la acción o de los requisitos de admisibilidad del recurso.

De ahí por qué no solo la técnica procesal debe ser dotada de mayor flexibilidad en cuanto a la forma y a medios —lo que implica concesión de mayores poderes al juez, para mejor adecuar el proceso a las características de la situación concreta—, sino que también él debe actuar de forma más efectiva en el desarrollo de la relación, participando activamente y asegurando a las partes una real oportunidad de participación.

La observancia de la técnica es fundamental para el correcto desarrollo del proceso, por representar garantía de orden, seguridad y participación de los sujetos en la formación de la tutela jurisdiccional. Se reconoce, por tanto, la importancia de la tipicidad del procedimiento, pues los modelos abstractos previstos por el legislador tienen fundamento en reglas de experiencia que no pueden ser despreciadas.

Pero es común que nos encontremos, en fases ya adelantadas del procedimiento, con problemas relacionados con la técnica. Son irregularidades que, si son detectadas en su momento, posiblemente la prosecución del proceso vendría comprometida, corriendo el

riesgo de ineficacia del instrumento. No se puede admitir el desarrollo de relación procesal sin la certeza de que al final será eliminada la crisis de derecho material.

Si por alguna razón, sin embargo, la relación entre juez, actor y demandado siguió su curso, no obstante el vicio, debe ser otro el raciocinio. Además de gastos de tiempo, energía y dinero de todos los interesados en la solución del conflicto, la preocupación mayor del juez debe ser la eliminación del defecto, a fin de que el instrumento pueda ser aprovechado.

Parece posible establecer una regla general a ser adoptada por el intérprete, delante de irregularidades verificadas en el curso del proceso, especialmente después del cierre de la fase de instrucción: si es posible el restablecimiento del orden procesal, la preservación de la seguridad y la garantía de participación de las partes en el resultado del proceso, el vicio debe ser ignorado. En otras palabras, asegurados el contradictorio y la amplia defensa, el juez extraerá del proceso el mayor rendimiento posible, aprovechando todo lo que fue hecho y no tomando en cuenta nulidades procesales, en virtud de la economía y por fuerza de la naturaleza instrumental del proceso.

Admitidas todas esas premisas, se llega a la conclusión inexorable de que es preciso buscar siempre, mediante interpretación sistemática y teleológica, la razón de ser de la exigencia legal pertinente a la forma o a la técnica procesal. Identificada la *ratio legis*, es necesario verificar si la atipicidad concretamente examinada impide los objetivos del acto, si implica violación al debido proceso legal o causa perjuicio a las partes. Si no, se ignora el vicio o no observancia de la técnica, posibilitando que el valor más importante sea alcanzado: la consecución de la tutela jurisdiccional definitiva.

Hay ciertas reglas procesales cuya función primordial es la protección del propio interés del Estado, consubstanciado en la correcta distribución de la masa de litigios entre los órganos delegados de resolverlos. El legislador, según criterios que él mismo elige, establece relación de adecuación entre ciertas crisis de

derecho material y determinados órganos jurisdiccionales.

Esa delimitación concreta del poder jurisdiccional es denominada “competencia”, cuyas normas miran a atender al interés público. La no observancia de ellas impide el desarrollo normal del proceso; y el fallo, en principio, no puede ser relevado, teniendo en cuenta la indisponibilidad del interés. Sea cual sea el momento en el que fue detectada, la incompetencia absoluta impide el juicio de fondo y puede causar la anulación de actos anteriormente practicados. El vicio es insanable.

Pero si el requisito procesal mira a la protección del interés de las partes, o si el reconocimiento de su ausencia no interesa ya a la economía procesal, la nulidad o la imposibilidad de examen del fondo de la cuestión no constituyen consecuencias no refutables. Es necesario examinar la situación concreta a la luz de otros valores, todos más relevantes que el formalismo y la técnica: instrumentalidad de la forma, perjuicio para el objetivo del acto y economía procesal.

El éxito de esta propuesta depende fundamentalmente del juez, a quien compete conducir el proceso en conformidad con sus objetivos. El legislador brasileño le confiere una gama enorme de poderes, incluso en lo que se refiere a la dirección del proceso. Debe utilizarlos con vistas a dotar el instrumento de utilidad.

En la base de ese raciocinio se encuentra el papel atribuido al juez. Le compete interpretar las reglas y extraer resultados útiles. Como ya fue observado por un ilustre jurista, mientras el crítico literario se pone ansioso para saber si su interpretación es aceptada por el público, en el juez ese sentimiento implica verdadero deber jurídico, pues forma parte de su función la solución de la crisis de derecho material.

En esa línea, asegurado el derecho a la amplia defensa y al contradictorio, no se puede permitir que vicios procesales sin relevancia —porque no impidieron que fuese alcanzado el objetivo del acto y del proceso, bien como no causaron perjuicio a ninguna de las par-

tes— acaben comprometiendo la propia finalidad del instrumento.

10. PODERES DEL JUEZ Y LA FLEXIBILIZACIÓN DE LA TÉCNICA

Además de la simplificación de la técnica —o, por lo menos, de la no exacerbación del formalismo estéril—, es también imprescindible dotar al juez de poderes más flexibles en la dirección y conducción del proceso, posibilitando la adopción de soluciones adecuadas a las especificidades de los problemas surgidos durante el desarrollo de la relación procesal.

La inclinación a reforzar los poderes del juez, fundada en el interés público existente en todo proceso, consistente en la solución adecuada de la crisis acaecida en el plano sustancial y traída para su examen por el Poder Judicial, tiene su hito inicial en la reforma del proceso civil austriaco de 1896, liderada por Franz Klein.

En esa línea, entre las diversas sugerencias destinadas a hacer que el proceso sea realmente instrumento de justicia —no el medio del que se valen los incumplidores del Derecho para postergar aún más la realización del Derecho—, interesa, aquí, examinar la simplificación de la técnica procesal mediante la concesión de poderes al juez para conducir el proceso de forma adecuada, según las circunstancias.

En primer lugar, es necesario abandonar la idea de que los actos procesales deben atender rigurosamente a determinadas forma anticipadamente establecidas, no teniendo el juez poderes para flexibilizar los rigores de la ley. El formalismo desorbitado es incompatible con la visión social del proceso. No podemos olvidar que el Estado está comprometido con la correcta solución de las controversias, no con la forma del proceso. Ésta constituye factor de garantía del resultado y de seguridad para las partes; no puede ser objeto de culto.

Cuanto más el legislador se valga de formas abiertas, sin contenido jurídico definido, mayor será la posibilidad del juez de adaptarlas

a las necesidades del caso concreto. Ese poder no se confunde con la denominada “discrecionalidad judicial”, sino que implica ampliación del margen de control de la técnica procesal por el juzgador.

El refuerzo de la autoridad judicial y la ampliación de los poderes conferidos al juez para adecuar las reglas procesales a las circunstancias de la situación litigiosa constituyen una orientación adoptada en las modificaciones introducidas en el proceso civil inglés en 1998.

Y ésta debe ser la concepción de la actividad desarrollada por el juez en el proceso. Es uno de los sujetos de la relación procesal y, en esa condición, es imprescindible que participe activamente del contradictorio, para volver efectivo el principio de la igualdad, en su aspecto sustancial, no siendo ya admisible la figura del juez espectador. A fin de cuentas —y esta afirmación está fundada en la inclinación ya afirmada de publicación del proceso—, la actividad judicial no se destina solamente a asegurar el cumplimiento de la técnica y de las reglas formales del procedimiento. Por encima de todo, el juez debe conducir el proceso, en la medida de lo posible, de modo que extraiga de él los datos de la situación de derecho material necesarios para la solución del litigio, otorgando la tutela jurisdiccional al vencedor lo más rápido posible, sin perder de vista la seguridad garantizada por los principios que componen el debido proceso constitucional. En otras palabras, le compete la dirección material, y no simplemente formal, del proceso.

El contradictorio no debe ya ser visto como instrumento destinado a asegurar a las partes paridad de armas en la lucha entablada por ellas. Más que eso, es medio con el cual el juez ejerce su actividad, posibilitándole la formación del convencimiento.

11. NATURALEZA DEL PODER DE INSTRUCCIÓN DEL JUEZ

Establecida la premisa de que el sistema procesal brasileño confiere poderes de inicia-

tiva probatoria al juzgador, es necesario saber cuál es la naturaleza de esa situación procesal.

Se rechaza, de plano, la idea de que el juez tenga poder discrecional de determinar la realización de la prueba.

Los dispositivos legales están llenos de términos abiertos, vagos o indeterminados. Son expresiones de “contornos semánticos flexibles”, en expresión de un autorizado científico, confiriendo al juez mayor poder en la concretización de la regla.

Siempre que ese fenómeno ocurre, crece sobremanera el papel del intérprete, a quien compete adecuar la letra de la ley a la realidad.

Cuanto mayor sea la indeterminación del concepto legal, más relevante y delicada se presenta la función jurisdiccional. La decisión, en esos casos, presupone gran libertad de averiguación crítica del juzgador, que la doctrina procesal suele identificar, de forma no muy precisa, con poder discrecional atribuido al juez.

En realidad, no se trata de poder discrecional, puesto que el juez, al decidir a la luz de esas reglas, no realiza por conveniencia y oportunidad, juicios de valor propios de la discrecionalidad.

Configurada una de esas hipótesis, verificando que hay subsunción de la situación descrita por la parte en cualquiera de las hipótesis legales, no quedará alternativa al juzgador, sino aplicar la regla invocada. Contra esa decisión cabe recurso, providencia destinada precisamente a posibilitar el reexamen de la cuestión por el órgano superior, que modificará la conclusión de primer grado si la entiende incorrecta.

No tiene el juez, por tanto, el poder de optar por una entre varias soluciones posibles. Caso de que se verifiquen las premisas legales, la única solución es aquella prevista por la norma. Es claro que cuanto mayor sea la imprecisión de los conceptos contenidos en la ley, tanto mayor será la libertad en el examen de esos requisitos. Pero esa circunstancia no torna discrecional el acto judicial.

De ahí la necesidad del juzgador de estar suficientemente preparado para asumir esa relevante función. Compete a él interpretar correctamente términos vagos utilizados por el legislador, confiriéndoles un significado compatible con las necesidades del proceso civil moderno. A fin de cuentas, principalmente en las hipótesis de medidas de urgencia, en apenas un acto, muchas veces antes de que el contradictorio se realice, podrá definirse provisionalmente el resultado del proceso.

De cualquier modo, ese poder más amplio del juez, esa mayor libertad en la determinación del sentido de la norma, no significa discrecionalidad. Por muy abiertos y vagos que sean los tipos legales, existen requisitos que han de ser atendidos, cuya concurrencia en el caso concreto debe ser contrastada por el juzgador, que fundamentará su decisión. Tales circunstancias son incompatibles con la supuesta discrecionalidad judicial.

En último análisis, se debe distinguir el poder discrecional de la interpretación de la ley, que consiste en la busca de la solución deseada por el legislador, o sea, de aquella más adecuada a la situación descrita en el proceso. En verdad, hay solo una solución correcta, aunque haya varias técnicamente posibles. Entre todas, compete al juez escoger aquella que, a su juicio, representa la voluntad de la ley en el caso concreto.

Existe, pues, cierta confusión, en sede doctrinal y jurisprudencial, entre discrecionalidad e interpretación. Por muy amplio que sea el campo de actuación del juez, en el ejercicio de la función de buscar el sentido de la ley, su decisión será siempre fundamentada y representará la única solución posible para la situación examinada, según su entendimiento. Interpuesto recurso, es perfectamente admisible la obtención de un resultado diverso, puesto que el órgano colegiado puede concluir que es otra la solución adecuada al caso concreto. Una y otra, sin embargo, representan la única opción correcta para el intérprete que la adoptó. Ninguno puede escoger una de ellas según un juicio de oportunidad.

Es necesario distinguir, pues, poder discrecional conferido al administrador de la libertad con aquello que el juez puede extraer de la exégesis de la ley, mirando a alcanzar la decisión correcta, que es única.

Discrecionalidad implica reconocimiento, por el sistema jurídico, de la posibilidad de adopción de dos o más soluciones, cabiendo al ente público la opción por cualquiera de ellas, pues todas son aceptadas como legítimas, adecuadas y correctas por el Derecho. Dentro de ese límite establecido por la ley, ésta es inmune de control.

Al interpretar la norma, el Poder Judicial no actúa de esa forma, puesto que, representando la visión de un determinado integrante de la función jurisdiccional en relación con el fenómeno a examen, la decisión será siempre susceptible de impugnación; pues la solución adoptada puede no ser la mejor, según el entendimiento de quien de ella discrepa. Ese ataque, manifestado por la vía del recurso, propiciará un nuevo análisis de la situación, pudiendo llevar a resultado diverso.

Tal cuadro no es compatible con la idea de discrecionalidad, excepto si es distinto el sentido atribuido a esa expresión. Si poder discrecional significa mayor libertad en la interpretación de la norma, teniendo en cuenta los conceptos vagos en ella existentes, el juez lo ejerce. Pero, si entendemos discrecionalidad como juicio fundado en conveniencia y oportunidad, el juez no actúa de esa forma.

Con relación a la obtención de prueba por determinación judicial, no es otra la conclusión. La decisión judicial en relación con la realización de determinada actividad de instrucción debe ser fundamentada. Necesita el juez aclarar los motivos por los que, a su juicio, la situación del proceso reproduce la hipótesis legal (CPC, art. 130). No basta simplemente ordenar la producción de la prueba. La iniciativa oficial en ese campo, como cualquiera otro acto decisorio, necesita una adecuada fundamentación, a fin de que, en eventual recurso, las partes puedan presentar razones de impugnación y el órgano superior esté en condicio-

nes de examinar los argumentos favorables y contrarios a la conclusión impugnada.

12. LÍMITES DEL PODER DE INSTRUCCIÓN DEL JUEZ

Cuestión tan difícil como relevante es la fijación de los límites eventualmente impuestos por el sistema al ejercicio del poder probatorio por el juez.

En principio, se puede decir que los elementos objetivos de la demanda constituyen la primera limitación. A la luz del principio de congruencia, la sentencia debe atender al pedimento y a la causa de pedir (CPC, arts. 128 460). Si es así, no puede el juez buscar pruebas relativas a hechos no sometidos al contradictorio.

También parece correcto afirmar que la necesidad de producción de la prueba debe ser contrastada con los elementos del proceso. Para resolver la realización de determinada diligencia de instrucción, el juzgador debe tener en cuenta, exclusivamente, datos obtenidos en el proceso.

Se presentan, también, como límites a la actividad probatoria oficial el sometimiento de la providencia al contradictorio y la fundamentación del acto judicial que la determina.

Tales consideraciones, sin embargo, no aclaran si el sistema establece alguna restricción específica a la iniciativa probatoria del juez. Se trata solamente de principios y reglas generales aplicables a la materia en análisis.

No obstante, por muy amplios que sean los poderes de instrucción del juez, como se pretendió demostrar, hay límites impuestos por la técnica procesal.

Como ya hemos visto, la ausencia de defensa implica ser incontrovertidos los hechos afirmados en la demanda, que no dependen de prueba y son considerados presuntamente verdaderos (CPC, arts. 319 334, III). El aparente rigor legal viene siendo atenuado por la doctrina y por la jurisprudencia, mediante la

interpretación sistemática y teleológica del sistema procesal (cf. apartado 2.3). En esa línea de raciocinio, se ha entendido que nada obsta para que determine el juez la producción de pruebas si, a pesar de la falta de defensa, los hechos narrados por el actor son inverosímiles.

Pero, exceptuada esa hipótesis, es lícito afirmar que es inadmisibles la determinación oficial para que el actor demuestre la veracidad de los hechos constitutivos de su derecho, verosímiles e incontrovertidos. El legislador, en ese caso, optó claramente por el valor celeridad, prefiriendo tutela rápida, concedida mediante cognición sumaria. En principio, no hay razón para que el juzgador resuelva la producción de pruebas.

Estamos delante de un límite técnico y legítimo a la iniciativa probatoria oficial. Por eso, en el ejercicio de la función jurisdiccional, ya concluí en diversas oportunidades por la aplicación de lo dispuesto en los arts. 319 y 334, III, del Código de Proceso Civil, por tratarse de hechos verosímiles e incontrovertidos. El sistema no acepta alternativa al acogimiento de la pretensión inicial. Una eventual ausencia de prueba no impide esa conclusión, pues las reglas legales indican la posibilidad de que la tutela final sea concedida sin cognición exhaustiva, bastando la versión verosímil de la autora. Ni sería legítima la iniciativa probatoria oficial (CPC, art. 130), pues el legislador, en casos como el del proceso, optó por el valor efectividad, en detrimento de la seguridad jurídica.

Incluso en los embargos en la ejecución, en los que la doctrina y la jurisprudencia han entendido inaplicables los efectos de la ausencia de defensa, el raciocinio permanece inalterado. Si no hay contradicción entre los hechos deducidos en la ejecución y aquéllos descritos en el escrito inicial del proceso de incidental, la ausencia de impugnación por el embargado torna incontrovertidos los hechos, porque, si son verosímiles, no dependen de prueba.

La preclusión de la facultad de requerir la producción de determinada prueba, verificada con relación a la parte, no impide el ejercicio

de los poderes probatorios del juez. No hay aquí regla que legitime solución diversa. Nada indica que tenga el sistema para impedir la iniciativa probatoria oficial en razón de la pérdida, por la parte, de la facultad de producir una determinada prueba.

No obstante eso, la iniciativa probatoria oficial no puede acarrear excesiva demora, bajo pena de atentar a la garantía constitucional de la celeridad, según la cual el proceso debe terminar en tiempo razonable (CF, art. 5º, apartado LXXVIII).

Fecha de recepción: 22 de diciembre de 2009

Fecha de aceptación: 1 de febrero de 2010

RESUMEN

El autor recuerda las repetidas advertencias de Calamandrei contra los peligros de una involución autoritaria del proceso, destacando su incansable defensa del papel fundamental de la actividad de las partes en el proceso como límite e instrumento de control de la actividad del juez y, del mismo modo que el maestro de Florencia, centra su atención en las recientes reformas procesales en Europa. Fruto de lo cual, concluye que no tiene mucho sentido actualmente insistir en la enfatización de categorías o nociones como las de “privado” y “público”, “liberal” y “autoritario”, a fin de dar con las soluciones de los problemas de la justicia civil.

La tendencia hoy en Europa pasa por diseñar procesos “elásticos”, más que “sintéticos”, articulados por términos previstos en la ley, cuya duración concreta la establece el juez según los casos, así como por la adopción de un esquema de procedimiento dividido en dos fases. La primera, destinada a la preparación (y posible resolución anticipada de la causa), basada en una presencia activa del juez y, la segunda, a la adquisición de las pruebas y la sentencia.

Por último, destaca que paulatinamente y no sin dificultades —tanto en cuanto a la elaboración teórica como a la aplicación práctica— se ha abierto camino el entendimiento de que, el proceso como instrumento de aplicación del Derecho aspira, dentro de lo posible, también a la comprobación de la verdad de los hechos, objeto de la controversia, lo que ha conducido a la introducción en las leyes de instrumentos “exhibitorios”, que tienen como característica común la de estar encaminados a la adquisición de medios de prueba útiles para la comprobación de esos hechos.

PALABRAS CLAVE

PROCESO CIVIL, LAS RECIENTES REFORMAS PROCESALES EN EUROPA, PODERES DEL JUEZ, DERECHOS DE LAS PARTES, PAPEL DE LA ABOGACÍA

ABSTRACT

The author recalls Calamandrei's repeated warnings regarding the dangers of an authoritarian involution of procedure, highlighting his tireless defence of the fundamental role of the activity of the parties in the proceedings, as a means of limiting and controlling the activity of the judge. Following the Florentine teacher, the author focuses on recent procedural reforms in Europe, as a result of which he concludes that currently there is little point in insisting on stressing categories or notions such as “private” and “public”, “liberal” and “authoritarian” in order to find solutions to the problems of civil justice.

The trend today in Europe is to design “elastic” rather than “synthetic” procedures, articulated by terms provided by law, and whose specific duration is set by the judge according to each case. A procedural scheme divided into two phases is adopted. The first phase is for preparation (and possible early termination of the cause), and is based on the judge's active presence; the second is the acquisition of evidence and sentencing.

Finally, the author highlights the fact that gradually and not without difficulties, both in terms of theoretical development and practical application, the way has been paved for understanding that procedure (as a means of applying the law) aims, wherever possible, at also checking the truth of the facts in dispute. This had led to the introduction of “exhibitory” instruments, which share the common feature of being aimed at acquiring useful evidence for verifying those facts.

KEY WORDS

CIVIL PROCEDURE, RECENT PROCEDURAL REFORMS IN EUROPE, THE JUDGE'S POWERS, RIGHTS OF THE PARTIES, THE ROLE OF THE LEGAL PROFESSION

PODERES DEL JUEZ Y DERECHOS DE LAS PARTES EN EL PROCESO CIVIL: LAS ENSEÑANZAS DE CALAMANDREI Y LAS REFORMAS PROCESALES EN EUROPA

Nicolò Trocker

Catedrático de Derecho procesal
Universidad de Florencia

Sumario: 1. Introducción. 2. El perfil “proyectual” de la obra de Calamandrei y el problema de las reformas. 3. Europa y las grandes reformas a caballo del nuevo milenio. 4. Las tendencias evolutivas y los valores de referencia. 5. La diferenciación de los modelos de tratamiento de las causas. 6. El juez como “conductor” del recorrido procesal. 7. Hacia una estructura “bifásica” del proceso. 8. La disciplina de la fase preparatoria: el “*case management*” 9. Cooperación entre las partes y obligación de información recíproca. 10. La difusión de formas de *discovery* previas al proceso. 11. Reformas del proceso y papel de la abogacía.

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este encuentro de estudio es reflexionar sobre uno de los temas principales de la estructura del procedimiento civil —o sea la relación entre poderes del juez y derechos de las partes— a la luz de las enseñanzas de Piero Calamandrei, y me lleva ante todo a evocar la personalidad del gran Maestro.

En la presentación del tomo VIII de las obras jurídicas de Piero Calamandrei, Gio-

vanni Pugliese escribe: “por reconocimiento unánime, la personalidad de Piero Calamandrei fue una de las más fascinantes. Incluso antes de que se mereciera el más profundo respeto por la riqueza moral y la pasión cívica que descubría ante quien mejor le conocía, supo granjearse el respeto y la consideración de todo el mundo por la amplitud de horizontes culturales, la intensidad de sentimientos y su habla elegante e ingeniosa. Pero, tal vez su valor más profundo radicaba en su naturale-

za compuesta y polifacética, en el hecho de constituir un conjunto armónico de personalidades diferentes. En efecto, en Calamandrei convivían el abogado, el jurista teórico (o, como suele impropriadamente decirse, “dogmático”), el literato, el historiador del derecho, el escritor político”¹.

A su vez, Mauro Cappelletti, el discípulo de Calamandrei quien, más que nadie, ha contribuido a enraizar las enseñanzas del Maestro en numerosas partes del mundo, nos recuerda que: “según Calamandrei, derecho y estudio del derecho nunca fueron ni una mera aceptación exegética de textos, ni una simple elaboración dogmática y reconstrucción sistemática de conceptos”.

“Toda la personalidad de Calamandrei jurista, desde sus años juveniles, se conmueve y se alza, vibrante de pasión cívica-social-humana (...). Calamandrei concibe siempre el derecho como un fenómeno no puramente normativo, técnico, abstracto, sino como el elemento de un fenómeno cultural más amplio, elemento esencial de la cultura del hombre y de la sociedad que tiene profundas raíces en la historia y en las tradiciones por un lado, y por otro en las exigencias sociales económicas ideales de evolución y transformación. Y es precisamente esta misma pasión política, social, cultural, la que tal vez ha convertido a Calamandrei en el jurista menos “puro” aunque, a pesar de esto o incluso justamente por esto, en el más complejo e interesante y, desde luego, en uno de los más relevantes y representativos en el ámbito tanto nacional como internacional, entre los juristas italianos del siglo XX”².

2. EL PERFIL “PROYECTUAL” DE LA OBRA DE CALAMANDREI Y EL PROBLEMA DE LAS REFORMAS

No es necesario recordar la constante preocupación de Calamandrei por los problemas de la justicia civil, aun prescindiendo de la oportunidad constituida por la reforma del

código civil, en coherencia por lo demás con el carácter muy propositivo de su obra y su visión de las tareas del jurista³.

Aun queriendo admitir la validez y los méritos de la orientación dogmática —en palabras de Calamandrei— hay que señalar, sin embargo, que ésta no puede tener la pretensión “de negar que el jurista, tras analizar desde un punto de vista estrictamente dogmático las instituciones vigentes *in iure condito*, no pueda ni deba luego, conscientemente (...), poner en relación las mismas instituciones para alcanzar los fines sociales que ellas deben perseguir e, investigando en qué medida dichos fines constituyen los medios adecuados para su alcance, debatirlos *in iure condendo*. La ciencia del derecho, si renuncia a toda valoración crítica por parte de las instituciones vigentes, se condena a convertirse en una entidad académica vana, aislada de la vida que es renovación perpetua”. “Un jurista completo es aquél que no sólo interpreta rectamente las leyes vigentes, sino que, al descubrir sus defectos, prepara y promueve el derecho futuro”⁴.

De la obra “proyectual” de Calamandrei que se distingue por la extensión y la complejidad de la visión de conjunto, además de por lo concreto y articulado del análisis de los problemas, el estudioso actual que afronta los temas de la renovación de la justicia civil puede extraer enseñanzas valiosas y advertencias enérgicas; enseñanzas y advertencias que deben recogerse y analizarse con atención.

En 1920, Calamandrei inaugura en esta ciudad el curso oficial de Procedimiento civil y ordenamiento judicial con una comprometidísima lección magistral sobre el tema “La abogacía y la reforma del proceso civil”⁵, donde desarrolla un análisis exhaustivo de los problemas de la justicia civil sustentado en datos concretos y percepciones claras de la realidad. Su actitud ante las reformas se caracteriza por la convicción de que la reforma de las reglas de procedimiento es importante, pero que por sí sola no basta para producir cambios sustanciales en la justicia civil. Otras reformas resultan igualmente indispensables para hacer frente a la crisis y a la necesidad de

renovación de la justicia civil. Y en esta visión amplia y comprensiva, su particular atención se concentra en la abogacía, en el papel que desempeña en el proceso civil, en la necesidad de que ese mismo papel se desarrolle a un nivel cualitativamente alto. Y no se trata de una referencia esporádica⁶. En numerosos y muy conocidos ensayos, Calamandrei insiste con firmeza en la reducción del número de abogados, en la seriedad de los exámenes de admisión a la profesión, en la utilidad de las prácticas.

Otra advertencia categórica atañe a la repercusión que las reglas de la ética profesional ejercen y deben ejercer en el comportamiento de los protagonistas del proceso⁷. Son indicaciones importantes que siguen estando descuidadas incluso hoy día por un legislador cuya voluntad reformadora parece traducirse principalmente en la reescritura de normas procesales.

El Maestro invoca constantemente la necesidad de realizar reformas no sobre conceptos, sino sobre exigencias concretas de la administración de justicia: o sea, la petición de una reforma *útil*. Al respecto, recuerdo la concisa crítica de Calamandrei al uso de la noción de “litigio” en el proyecto Carnelutti⁸; una crítica que no nace sólo de un planteamiento histórico-dogmático, sino que afecta al ámbito de la utilidad de las reformas. De aquí la advertencia de guardarse del peligro de proponer modelos abstractos de tutela, racionalmente coherentes en sí, pero fuera del contexto político-social en el que deberían implantarse. “Un canon de buena política legislativa aconseja, especialmente en materia procesal, contener las reformas dentro de los límites de la utilidad práctica y no hacer más complicadas las modificaciones para aquellos que deberán ajustarse a ellas, con innecesarios cambios de terminología o con consagraciones legislativas de concepciones teóricas personales”⁹.

Un aspecto no menos relevante del pensamiento de Calamandrei con respecto al tema central de este encuentro de estudio es la incansable defensa del papel fundamental de la actividad de las partes en el proceso como lími-

te e instrumento de control de la actividad del juez. Así, pues, escribe: “ese admirable mecanismo de indagación que es el principio dispositivo en la fase de instrucción, así como toda la estructura formal del proceso —entendido como una serie ordenada de actividades humanas, cada una de las cuales para poder producir determinados efectos jurídicos debe llevarse a cabo en la forma y en el momento requeridos por la ley—, pueden ser condenados a perder todo significado *cuando el proceso ya no se considere en función de los intereses individuales de las partes que solicitan la tutela, sino únicamente como instrumento de la voluntad del Estado y del interés público en la realización de esta voluntad*. En el proceso civil, donde la actividad de las partes es condición y límite a la actividad del juez, resulta evidente que cuando el litigante cumple en la debida forma y en el momento justo un determinado acto procesal, sabe que enseguida se producirá una determinada situación jurídica que el juez no puede menoscabar, por lo que presupone *naturalmente la existencia de derechos subjetivos individuales, para cuya tutela el proceso aparece como instrumento de garantía y realización*”.

Y además: “Si con el acto jurisdiccional se busca solamente satisfacer un interés público, no hace falta obstaculizar la labor del juez prescribiéndole la meticulosa y molesta observancia de un procedimiento (...)”¹⁰.

En este contexto surgen también las repetidas advertencias contra los peligros de una involución autoritaria del proceso explicitados en numerosas ocasiones: desde la toma de posición perpleja bajo diversos enfoques con respecto al proyecto preliminar Solmi¹¹, hasta la firme denuncia de las corrientes de pensamiento alemanas del naciente totalitarismo que “pretenden anular el proceso en la jurisdicción voluntaria”¹².

La segunda posguerra es el período en que el Calamandrei “procesalista” no se puede separar del Calamandrei “constitucionalista”. De las reflexiones fundamentales de este período nace la visión que hoy llamaríamos “garantista” del proceso: Calamandrei sitúa el proceso civil dentro de la estructura del Estado demo-

crático, señalando su función y esbozando sus garantías fundamentales; el proceso se convierte en un capítulo del tema más genérico de las relaciones entre ciudadanos y Estado¹³. El proceso —nos previene el Maestro— es el instrumento que sirve para instar una orden que debe hallar su justicia en el método mediante el cual se ha instado, en la estructura escogida para su afirmación. La común necesidad de un debate es la consecuencia y la manifestación de una común premisa en la democracia y en el proceso¹⁴.

Si al final del recorrido procesal la justicia de la sentencia —de la orden concreta en función de una comprobación de hechos hipotéticamente previstos por la ley— reside en el recorrido realizado para alcanzar el resultado, el procedimiento debe estructurarse de cara a su justificación: debe ser un “proceso justo”. La justificación de la norma del caso particular no se confía al elemento meramente formal de la estructura procesal¹⁵.

En todo esto existe una precisa opción cultural que apunta a superar la ambigüedad conceptual de un proceso que, en términos puramente técnicos e instrumentales, se presenta como “neutro”, al no poder calificarse en el sentido estricto de la palabra ni como “justo” ni como “injusto”, ya que tales adjetivaciones no parecen propias del medio, sino del resultado decisorio al que éste conduce.

Las estructuras del procedimiento obtienen su legitimidad, antes que de la observancia de un determinado ceremonial, del respeto a sustanciales principios de civilización jurídica, tales como la terriedad del juez, el *audiatur et altera pars*, la motivación de las decisiones; principios que los constituyentes modernos han introducido en el entramado normativo de las leyes fundamentales para dotarlos de una concreta fuerza preceptiva incluso ante el legislador y sustraerlos de las inestables bases de las *Prozessmaximen* de carácter jusnaturalista.

A los reformadores actuales, que tienden a encerrarse en una especie de nacionalismo cultural, cabe recordarles también el constante interés de Calamandrei por la evolución de

la justicia civil en los ordenamientos extranjeros¹⁶. Calamandrei sigue siempre de cerca los hechos legislativos que se producen en otros países (especialmente, pero no sólo, en el ámbito de la lengua alemana). Lo que acontece en otros lugares se convierte al mismo tiempo en un banco de pruebas y en un aliciente para profundizar desde una reflexión político-cultural en el problema de la justicia civil. Esa mirada más allá de las fronteras de nuestro país está guiada por la exigencia de entender qué es lo que está pasando en el mundo a la espera de una respuesta a la pregunta de hacia qué resultados estamos moviéndonos y bajo la influencia de qué motivaciones sociales, ideológicas y políticas. El punto de vista es lo que más interesa al comparatista: utilizar la experiencia de los demás para captar tendencias históricas en las que tomar parte, o bien para ponerse en guardia contra soluciones percibidas como arriesgadas o apresuradas.

En algunos de sus últimos ensayos, la mirada y la atención de Calamandrei están dirigidas hacia las perspectivas de un derecho y de una justicia supranacional.

“Se podría dar un paso más —escribe— y precisamente hacia esa parte más esencial de toda constitución que es la declaración de los derechos individuales de libertad, de las llamadas libertades constitucionales de los ciudadanos, sin las cuales no puede haber democracia. En teoría, es fácil enumerar dichas libertades: sin embargo, no resulta igualmente fácil garantizarlas en la práctica, tal y como nos ha enseñado la dura experiencia. Para su defensa, un paso en ese sentido podría representar la “rigidez” de la Constitución que quite a los órganos legislativos ordinarios el poder de modificarlas o de suprimirlas; pero la defensa sería mucho más eficaz si se llevara a un plano internacional y se confiara a órganos supraestatales a los Estados. Si la nueva constitución italiana se declarara explícitamente preparada para transferir a la soberanía supraestatal el poder de salvaguardar el respeto de esos derechos de cualquier atentado procedente de la soberanía interna de cada uno de los Estados, *esa elevación de la libertad individual del plano interno*

al plano internacional sería el reconocimiento más solemne de la (...) “interdependencia” de las libertades (...)”¹⁷. De esta forma, se convierte en precursor de ideas e ideales que se concretarán en la Convención europea de los derechos del Hombre y en los Tratados constitutivos de la nueva Europa.

3. EUROPA Y LAS GRANDES REFORMAS A CABALLO DEL NUEVO MILENIO

Queremos ahora dirigir nuestra atención a Europa y, en especial, a las recientes reformas procesales europeas.

Desde siempre, Europa —tal como justamente se ha señalado— se ha caracterizado por una dimensión típicamente dual, donde las partes y el conjunto son complementarios. El conjunto (europeo) traspasa las partes enriqueciéndolas con algo más que las aúna, pero sin homologarlas. Lo mismo vale para las artes y las literaturas nacionales, así como para los ordenamientos jurídicos. Los derechos de cada uno de los países europeos son inconcebibles como ordenamientos autónomos y autosuficientes fuera de Europa¹⁸.

La complementariedad entre las partes y el conjunto es evidente tanto en el derecho de los juristas como en el derecho establecido por los legisladores, tanto en los “*iura*” como en las “*leges*”. Los códigos de la época moderna de muchos Estados del continente, incluso aquellos promulgados en un período de fuertes tendencias autárquicas, se inspiran claramente en las experiencias de otros ordenamientos europeos. El *Code de procédure civile* napoleónico es el modelo que se impone en gran parte de la Europa del siglo XIX. Y en el siglo siguiente, numerosos países europeos dedican aún mayor atención a la *Zivilprozessordnung* austriaca de Franz Klein¹⁹.

En los años más cercanos a nosotros, el fenómeno ha adquirido dimensiones aun más espectaculares con las grandes reformas del proceso civil de las cuales Europa ha sido tes-

tigo en el período a caballo del nuevo milenio²⁰.

Sin duda, el acontecimiento más señalado de este movimiento de reformas lo constituye la radical reestructuración del proceso civil inglés por obra de las *Civil Procedure Rules 1999*: un conjunto de normas —más bien “*a new procedural code*”, según la expresión utilizada por las mismas *Rules*— que rediseñan en profundidad la fisonomía del mecanismo procesal en su tradicional configuración, redefiniendo tanto los objetivos a alcanzar como los valores en los que hay que inspirarse²¹.

En los albores del nuevo milenio, le sucede a ese evento la publicación en el Boletín Oficial del Estado del 8 de enero de 2000 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que otorga a España un código de procedimiento completamente renovado en sus principios inspiradores y en los instrumentos operativos, liberándola del legado de un Código ya obsoleto que se remontaba a finales del siglo XIX y de una situación normativa inorgánica a causa de la proliferación de intervenciones de sectores carentes de orden y sistematicidad. Una auténtica “revolución copernicana” —en palabras de Ramos Méndez²²— mediante la cual el legislador español se propone establecer las bases para un proceso capaz de llevar a la práctica el compromiso solemne enunciado en el art. 24 de la Constitución española que garantiza a todos los ciudadanos “*el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos*”.

Al año siguiente es Holanda la que, en el marco de una profunda reorganización del ordenamiento judicial, con la ley 2001, de 6 de diciembre, reescribe la disciplina del proceso de cognición de primera instancia orientándolo hacia un modelo que por estructura y planteamiento se aparta de forma clara de aquél adoptado por el *Wetboek van Burgelijke Rechtsvordering* de 1838, que se derivó en gran parte del *Code de procédure civile* francés de 1804, y que nunca se renovó orgánicamente²³.

En el mismo período, el movimiento reformador se extiende a Alemania y a Austria, tal y como atestiguan respectivamente la *Zivilprozessreform* de 2001 (a la que seguirá al poco tiempo la *Justizmodernisierungsgesetz* 2004) y la *Zivilverfahrensnovelle* de 2002²⁴ que introducen no sólo modificaciones de carácter esporádico, sino que reexaminan algunos temas centrales de la gestión de los litigios civiles, como la *Prozessförderungspflicht* de las partes y la *Instruktionstätigkeit* del juez (además del sistema de impugnación), mientras tanto Francia —que desde mediados de los años 70 ya estaba dotada, y con éxito, de un moderno código procesal civil gracias a la adopción de una serie de medidas legislativas— se preocupa sobre todo de asegurarle a todo el mundo “*une justice plus accessible*”, anticipando de alguna forma el objetivo de fondo señalado por la ley 2002, de 9 de septiembre, “*d’orientation et de programmation pour la justice 2002-2007*” al que contribuye para su ejecución también el más reciente *décret* n.º 2005-1678 de 28 de diciembre de 2005, que entró en vigor el 1.º de marzo de 2006²⁵.

4. LAS TENDENCIAS EVOLUTIVAS Y LOS VALORES DE REFERENCIA

El movimiento de reformas brevemente descrito en sus expresiones más representativas sugiere, antes que nada, algunas consideraciones de carácter general.

La primera es que el movimiento es expresión y fruto de una especie de diálogo a distancia entre legisladores atentos a captar lo que acontece en otro lugar y a utilizar la experiencia de los demás en vista de una respuesta a sus propios problemas; a través de un juego complejo y fascinante de intercambios e de inferencias recíprocos alejado de una aceptación pasiva o una imitación; un juego de intercambios e interferencias recíprocos fomentado y sustentado incluso por una cultura jurídica (procesal) cada vez me-

nos cerrada a la autorreferencia, preparada para participar en la circulación de las ideas más allá de las fronteras nacionales, atenta a los referentes culturales ubicados en diferentes partes de Europa (y del mundo) en vez de en la tradición consolidada y autárquica del propio país.

Ante esta realidad, la contraposición abstracta de modelos procesales etiquetados, como antagonista e inquisitorial, respectivamente, debe evitarse porque es básicamente inútil como medio de análisis e inadecuada para captar los aspectos relevantes de los sistemas procesales²⁶. Además, debe evitarse para no perderse en contraposiciones ideológicas ya anacrónicas y preguntarse si el proceso es cosa de las partes o cosa del juez. El proceso —nos advierten sabiamente los estudiosos franceses— es “*chose des parties et chose du juge*”²⁷.

Llegados a este punto, resulta necesario sacar provecho otra vez de la reciente experiencia europea. No tiene mucho sentido insistir en la enfatización de categorías o nociones como las de “privado” y “público”, “liberal” y “autoritario”, a fin de dar con las soluciones de los problemas de la justicia civil. Dichas contraposiciones, históricamente fechadas, no son o, por lo menos, ya no son portadoras de valores efectivos y de instrumentos adecuados de solución de los problemas que estamos llamados a afrontar. Y ni siquiera ofrecen una clave correcta de lectura de las experiencias ajenas²⁸.

Detrás de las expresiones de los reformadores europeos que evitan altisonantes inclinaciones ideológicas, no resulta difícil reconocer los *general principles*, los valores de referencia; donde, en suma, su trabajo ha tratado de influir de la forma más incisiva: otorgar poder ejecutivo al papel constitucional de la justicia y de la tutela jurisdiccional en una sociedad civil moderna; garantizar la efectividad de la tutela jurisdiccional para conferir pleno valor a las situaciones subjetivas reconocidas de una forma sustancial, así como proporcionar a todos los ciudadanos los instrumentos para

conseguir una justa composición de las controversias²⁹.

Debe hacerse otra observación de carácter general que de alguna forma está relacionada con lo que se ha dicho hasta ahora; una observación que puede parecer casi trivial: el procedimiento no puede convertirse en el fin mismo de la experiencia judicial. El procedimiento sólo es un medio, y sus reglas deben adecuarse a las necesidades de sus destinatarios; o sea la sociedad y las partes.

También por esto hace falta abordar los problemas de la justicia con espíritu pragmático, elaborar y acompañar las reformas con estudios indagatorios capaces de descubrirnos experiencias concretas, problemas no resueltos, necesidades aún por satisfacer. Esto significa no conformarse con el estudio de la retórica del proceso y con sus representaciones abstractas. Se ha justamente afirmado: cuando analizamos los problemas de la justicia civil, tenemos que acostumbrarnos “al menos algunas veces a aguzar los ojos”³⁰.

5. LA DIFERENCIACIÓN DE LOS MODELOS DE TRATAMIENTO DE LAS CAUSAS

Veamos ahora las grandes tendencias y las principales *policies* que se pueden encontrar en el amplio panorama de las reformas, las instancias de modificación que en él se han desarrollado y las soluciones técnicas en las que se han convertido.

Una primera tendencia puede apreciarse en el hecho de que los legisladores de numerosos países saben que el objetivo de garantizar la efectividad de la tutela jurisdiccional a través de un proceso capaz de llevarse a cabo en tiempos razonables, sin sacrificar la exigencia de un adecuado tratamiento de las causas, no puede perseguirse de forma eficaz diseñando un esquema rígido de proceso concebido como universalmente válido para todo tipo de controversias. Dicho objetivo exige estructuras elásticas en cuyo interior haya espacio para *la*

diferenciación de los modelos de tratamiento de las causas en función de sus características peculiares. La *elasticidad*, pues, como estrategia (o elección) fundamental para conseguir un proceso que funcione.

Al seguir este camino, las *Civil Procedure Rules* inglesas prevén una diversificación del recorrido procesal —los llamados *tracks*— para cada una de las controversias cuya elección depende en parte de parámetros *estándar* —como los valores probatorios de la causa civil y la materia de referencia de la misma—, y en parte de criterios que dejan cierto margen de discrecionalidad al juez a fin de que pueda tomar en consideración un amplio abanico de circunstancias particulares³¹.

Algo parecido ha hecho el legislador francés previendo con la diversificación de los llamados circuitos (circuito breve, circuito semibreve, tratamiento ordinario) un desarrollo del proceso que, desde su apertura, tenga en cuenta y se adapte a la realidad variable de las situaciones controvertidas y a la diferente complejidad de la materia del litigio³².

Para ello —en los procesos ante el *tribunal de grande instance*— al presidente del tribunal se le confía la tarea de fijar la primera comparecencia (llamada *d'appel des causes* art. 759 N.C.P.C.) y de debatir en esa audiencia con los abogados defensores sobre el estado de la causa y destinar el tratamiento a uno de los circuitos mencionados (art. 763 y siguientes *Nouveau Code*).

Sin embargo, el proceso civil francés se presenta como un proceso “abierto”, fluido y elástico, capaz de amoldarse a la naturaleza, complejidad y urgencia de la situación controvertida también gracias a la institución del *référé* (en sus diferentes articulaciones) que, fundamentado en el concepto de la “contestación seria” (o de obligación no seriamente contestable) (art. 809 *Nouveau Code*), obedece a exigencias de racionalización intrínseca de la disciplina procesal. Cabe recordar que el *référé* no sólo constituye el instrumento idóneo para definir el juicio reservado únicamente al juez instructor del sumario, sino que también for-

ma parte de los poderes del juez de cognición plena³³.

El tema de la diferenciación (no de los procedimientos sino) de los modelos de tratamiento de las causas ha interesado también al legislador alemán el cual, desde la reforma de 1977, ha plasmado un modelo procesal flexible, con muchas posibilidades de adaptarse a las características de cada una de las controversias. De esta forma, el juez puede calibrar desde el principio el desarrollo del proceso basándose en la complejidad de cada una de las controversias (§ 272 ZPO) eligiendo anticipar la audiencia principal (donde la controversia por lo general debe resolverse) a la “primera audiencia inmediata” (§ 275 ZPO) o bien del procedimiento preliminar escrito (§ 276 ZPO). Esta solución, habitualmente preferida para los casos de mayor complejidad —con intercambio de memorias bajo la dirección del juez, encaminada a la aclaración de los términos de la controversia—, también presenta la característica de abrir el camino hacia una rápida sanción por falta de contestación a la demanda, mediante la emisión de una sentencia en rebeldía³⁴.

El mismo fin de asegurar elasticidad al proceso —aunque sin alterar una estructura y sus modalidades de desarrollo que han demostrado ampliamente su buen funcionamiento— ha llevado en 2002 a la decisión del reformador austriaco de eliminar la llamada *erste Tagsatzung*: la primera audiencia rígida y exclusivamente destinada al tratamiento de cuestiones necesariamente (procesales) preliminares, con expresa prohibición de tratar las cuestiones de la controversia³⁵.

La “diferenciación” de la que se ha hablado hasta ahora, debida a motivos de *racionalidad procesal*, debe considerarse distinta de la llamada tutela diferenciada —elegida por el legislador italiano³⁶— dictada por la voluntad de atribuir un tratamiento diferenciado (o preferencial) a una determinada categoría de derechos o de intereses sustanciales llevados a juicio; tutela diferenciada que desemboca en la lógica de los procedimientos especiales y que, además de la proliferación de

los procedimientos, conlleva el peligro de una fragmentación de las tutelas. Y hay más: la opción legislativa de diversificar los procedimientos con respecto a las diferentes categorías de situaciones jurídicas sustanciales —o sea la llamada tutela diferenciada— presenta una cierta rigidez en el sentido de que el objetivo de adaptar el proceso a las diferentes características de la controversia existe únicamente en referencia a la particular tipología del derecho sustancial que acabará constituyendo el objeto del procedimiento, con la inevitable consecuencia de que la diferenciación del procedimiento se produce *antes* del proceso, según un modelo de técnica legislativa típicamente inflexible, al ser indiferente a las circunstancias del caso concreto³⁷.

En cuanto a la diferenciación preferida por los reformadores europeos, el interés se decanta hacia la vertiente *procesal*. Lo que importa no es tanto un procedimiento abstractamente idóneo que ofrezca una tutela efectiva para una determinada clase de derechos subjetivos, cuanto un modelo de proceso a partir de una disciplina formal elástica, capaz de adaptarse a las características *concretas* de cada controversia, independientemente incluso de la tipología del derecho que ha prevalecido, con la consiguiente diferenciación del procedimiento que se produce *durante* el desarrollo del proceso y no antes de que éste último *empiece*.

6. EL JUEZ COMO CONDUCTOR DEL RECORRIDO PROCESAL

Característica de los modelos procesales antes que fórmula sintética —podemos definirlos “elásticos”, o sea no “encasillados” en una arquitectura rígida abstractamente diseñada por el legislador— es la de estar articulados por términos previstos por la ley cuya duración sin embargo la establece el juez o por resoluciones temporales totalmente elásticas.

Así, por ejemplo, en la disciplina del procedimiento ordinario dispuesta por la ZPO alemana, encontramos disposiciones como el apartado 3 del § 272 de acuerdo con el cual “*la audiencia debe tener lugar lo antes posible*”; o bien como el apartado 1 del § 278, según el cual la parte debe hacer respetar “oportunamente” sus medios de ataque y de defensa, así como notificar “oportunamente” a la parte contraria, antes de la audiencia, los medios de ataque y de defensa con respecto a los cuales es previsible que ésta última no pueda tomar posición sin haber sido previamente informada (apartado 2 del § 278 ZPO). A esas disposiciones se acompaña una disciplina de las deducciones tardías que otorga al juez la tarea de vigilar atentamente sobre el respeto de los tiempos procesales por parte de los litigantes, sancionando actitudes dilatorias y estrategias de obstrucción³⁸.

También el proceso civil francés no presenta tiempos predeterminados por el legislador de una forma general y abstracta, al contemplar diferentes fases (por ejemplo, tratamiento, instrucción y fallo) marcadas por rígidas exclusiones y los tiempos de cada una de las fases internas mediante la previsión de exclusiones internas. Sin embargo, la conducción del desarrollo del proceso no se deja en manos de las partes. Se confiere al juez una dirección elástica del proceso, adecuada a las dificultades de tratamiento conforme a la particular materia del litigio y atenta a garantizar el correcto desarrollo de la causa. Resulta emblemática al respecto la disposición del art. 764 *Nouveau Code* en virtud del cual el juez (en su caso: el juez *de la mise en état*) establece los términos para el desarrollo de la causa en cada momento teniendo en cuenta tanto “la naturaleza, la urgencia y la complejidad de la causa”, como “la opinión de las partes” (*après avoir provoqué l’avis des avocats*), lo cual revela la voluntad de garantizar un recorrido procesal en tiempos razonables y al mismo tiempo de permitir a las partes el ejercicio de su derecho a la actuación y a la defensa de forma completa³⁹.

En la idea de fomentar una interacción eficaz entre los varios protagonistas del proceso

y de garantizar una conducción de la causa atenta a la concreta y particular situación controvertida se inspira también la práctica de la estipulación de un contrato de procedimiento (*contrat de procédure*) antes experimentada con éxito y luego confirmada en el plano normativo en Francia⁴⁰. Dicha práctica no es desconocida en otros países (aunque no tan formalizada) donde se utiliza especialmente para los juicios de mayor complejidad a fin de favorecer una organización y una programación del curso del proceso⁴¹.

Se tiende de esta forma a evitar los problemas que surgen cuando, en torno al ejercicio de los poderes de dirección-organización del juez y a los instrumentos sancionadores previstos para que dichos poderes sean efectivos, se viene a crear un sistema de controles impugnativos capaces de fomentar auténticos duelos entre las partes y el juez, y de dar cuerpo a “procesos dentro del proceso” destinados quizás a articularse en diferentes fases del juicio⁴². Que esto sirva de advertencia sobre todo a aquellos que no ven en el poder discrecional del juez un instrumento dúctil de gestión de los litigios, sino el germen de deplorables involuciones autoritarias, y predicán la necesidad de controles impugnativos inmediatos en el ejercicio de sus poderes estimativos fundamentales.

7. HACIA UNA ESTRUCTURA “BIFÁSICA” DEL PROCESO

La tendencia evolutiva de los sistemas procesales contemporáneos se encamina hacia la adopción de un esquema de procedimiento dividido en dos fases: la primera está destinada a la preparación (y posible resolución anticipada de la causa), y la segunda a la adquisición de las pruebas y a la sentencia. Ésta última la dicta la exigencia de hacer funcional el recorrido procesal evitando lo que con una imagen tan sugerente como eficaz alguien ha definido como el “*May-rain method*”⁴³, o sea el método de tratamiento de la causa alargado

en una serie de audiencias destinadas sólo (o prevalentemente) a organizar el intercambio y las fechas de las entregas de una serie igualmente larga de memorias, con el inevitable menosprecio del mismo concepto de audiencia y prejuicio por la proximidad del juez, que emitirá la sentencia según su convicción jurídica. La adopción del modelo “bifásico”, inspirado en la exigencia de dar funcionalidad a la organización del proceso, se encuentra en numerosos sistemas procesales. Por ejemplo, en el ordenamiento alemán que, tras diversas etapas y posteriores reformas (experimentación del llamado modelo de Stuttgart y *Vereinfachungsnovelle* de 1977), ha logrado un esquema estructural fundamental del proceso de este tipo para permitir que al menos el sumario se desarrolle dentro de un período de tiempo determinado y recuperar momentos de debate oral del proceso. Hoy día el modelo de dos fases ha sido adoptado también por la Ley de Enjuiciamiento Civil española que entró en vigor a principios del año 2000 y que se aplicó a partir del 2001⁴⁴.

A decir verdad, alguien —tal vez preocupado por evitar un acercamiento excesivo a las estructuras del proceso civil de tipo estadounidense— antes que de modelo “bifásico” prefiere hablar de un modelo básico de proceso de cognición basado en la *audiencia principal*, y subraya que ese modelo (que ha tenido la fuerza de atraer hacia su propia órbita al mismo proceso civil inglés) es el preferido por las modernas leyes procesales no sólo europeas; se diferencia del modelo del *trial* (en este punto: sobre todo estadounidense) porque la fase preparatoria no sólo sirve para informar a las partes y permitirles prepararse para la audiencia, sino que tiene la finalidad de informar al juez y de darle la posibilidad de ejercer sus poderes directivos (o de *case management*), así como de anticipar parcialmente la instrucción probatoria, de modo que sólo los aspectos relevantes de la controversia no aclarados en la primera fase son objeto de tratamiento en la audiencia principal, donde la causa encuentra por lo general su propia definición.

Es notorio que el legislador italiano de 1990 tenía como objetivo poner orden en los tiempos del proceso antes que abreviarlos, con el fin de reaccionar a la mezcla casual de las actividades correspondientes a la definición del *thema decidendum* y del *thema probandum* del viejo modelo procesal: por esto ha tipificado fases y audiencias en un sistema articulado de exclusiones progresivas. Los resultados han sido insatisfactorios no sólo por la “aburrida trilogía 180-183-184”, tal como ha sido definida, sino también por la tendencia de los jueces a diferir el momento decisorio y la conivente tendencia de los abogados a abusar de la forma escrita en el tratamiento del proceso, privando así efectivamente de contenido a la audiencia de la fase introductora. Sin embargo, la reforma había dado una lección vital: la de la necesaria separación entre la fase destinada a las alegaciones de méritos y la fase previa a los sumarios.

El legislador de 2005 ha contrapuesto al mencionado modelo inflexible una reacción igual y contraria, concentrando más fases en una única “audiencia” (art. 183 de la Ley de Enjuiciamiento Civil italiana) y dejando pues, una vez más, al empeño de los profesionales la tarea de encontrar la manera de llevar a cabo un proceso “flexible” basado en un contacto inicial entre el juez y las partes desde donde se desenvuelva el *iter* más conforme a la controversia⁴⁵.

8. LA DISCIPLINA DE LA FASE PREPARATORIA: EL “CASE MANAGEMENT”

Un tema extremadamente delicado en la organización de un proceso capaz de garantizar un grado de eficiencia adecuado para el respeto de las garantías procesales de las partes es el de la disciplina de la fase preparatoria.

La evolución experimentada en los últimos años en el continente europeo es testigo de la progresiva afirmación del modelo de fase pre-

paratoria basada en una presencia activa del juez.

Ideado en el viejo continente bajo la estela de una tendencia de desarrollo del derecho procesal civil nacido en Austria a través de la obra de Franz Klein y desde allí transmitido al reglamento de procedimiento alemán donde hoy encuentra su mayor expresión en el § 273 ZPO que otorga al juez un vasto arsenal de poderes preparatorios y de instrucción (encaminados a una rápida y efectiva localización del núcleo conflictivo del litigio a través de la aclaración de las cuestiones realmente controvertidas)⁴⁶, el modelo en cuestión ha encontrado recientemente mucha aceptación por parte del nuevo proceso civil español⁴⁷ y, aún más marcadamente, por parte del nuevo proceso de cognición holandés que, al desestimar la anterior preferencia por una fase preparatoria sometida a la voluntad de la defensa de las partes en litigio, tiene en la consolidación de la *Prozessleitungs- und Aufklärungspflicht* del juez uno de los puntos significativos de la reforma⁴⁸.

Pero la novedad más interesante, y en determinados aspectos, incluso más sorprendente la constituye el hecho de que también un sistema típico de tradición anglosajona se ha convencido de la necesidad de pasar a un cambio profundo de la fisonomía originaria de la fase preparatoria del proceso confiando al juez amplios poderes de supervisión y de intervención.

El nuevo proceso civil inglés tiene en la redistribución de los poderes de gestión procesal entre las partes y el juez uno de los aspectos de mayor relieve, hasta tal punto que las *Civil Procedure Rules* la enuncian solemnemente en la parte reservada a los *overriding objectives* de la reforma, antes de reglamentar de forma detallada las diferentes manifestaciones en la que se articula en la conducción de la fase preparatoria, desde el momento de la asignación de la controversia hasta el recorrido procesal (*track*) más apropiado en el momento de la fijación de la fecha del *trial*⁴⁹. Las gestiones que puede realizar el juez —el llamado *case management*— son múltiples y

significativas: fomentar la identificación de las cuestiones controvertidas, indicar a las partes las oportunas enmiendas a actos introductorios, pedirles aclaraciones sobre cuestiones de hecho y de derecho, establecer la extensión subjetiva del litigio, limitar, excluir o seleccionar el objeto de la *discovery*. Además, el juez posee considerables poderes sea para la fijación de plazos y de control sobre el avance de la causa, sea para la relación entre costes y beneficios de determinadas elecciones procesales teniendo en cuenta el criterio fundamental de la proporcionalidad⁵⁰.

En clara contratendencia, y aisladas en el marco europeo, resultan las iniciativas reformadoras italianas incluidas en el decreto legislativo n.º 5 de 17 de enero de 2003 que han llevado a la introducción de un modelo de proceso en materia societaria que, para la fase preparatoria, se encomienda a la posición hegemónica de los litigantes y de su defensa (que pronto se ha revelado de difícil aplicación)⁵¹.

9. COOPERACIÓN ENTRE LAS PARTES Y OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN RECÍPROCA

Los códigos decimonónicos europeos, en aras del principio del *nemo tenetur edere contra se*, no contemplaban medios de instrucción destinados a atender la incapacidad de las partes de producir las pruebas preconstituidas necesarias para la resolución⁵². Sólo paulatinamente y no sin dificultades —tanto en cuanto a la elaboración teórica como a la aplicación práctica— se ha abierto camino el entendimiento de que, si el proceso como instrumento de aplicación del derecho aspira, dentro de lo posible, también a la comprobación de la verdad de los hechos objeto de la controversia, no puede renunciar a un dispositivo mediante el cual incluso la parte que soporta la carga de la prueba y que no dispone de una prueba (preconstituida) tenga la posibilidad de utilizarla durante el juicio.

Es en Francia donde, siguiendo las huellas de la figura del “derecho a la prueba” (*droit à la preuve*), introducida en el panorama jurídico con la famosa obra de Gény sobre las “*Lettres missives*” y gradualmente plasmada por una jurisprudencia sensible al *renouvellement de la procédure*, encuentra su consagración normativa un deber general de prueba procesal. Esto ocurre anteriormente (en 1972) con la inserción en el *Code Civil* de un nuevo art. 10, el cual enuncia perentoriamente que “cada uno debe aportar su propia contribución a la justicia a fin de comprobar la verdad” y que aquél “que, sin motivo legítimo eluda esta obligación, aun cuando se le haya solicitado, puede estar obligado a cumplirla, incluso bajo la amenaza de una *astreinte* o multa civil, sin perjuicio del posible resarcimiento de los daños” y, poco después, con la introducción en el *Nouveau Code de procédure civile* (1975) —acreditada a través de las *lettres de noblesse* de las *dispositions liminaires*— de la disposición del apartado 1º del art. 11, la cual establece que “las partes deben aportar su contribución a la formación del material probatorio, excepto el juez para que saque las debidas consecuencias por una abstención o un rechazo”, así como del apartado 2º donde añade que “si un elemento probatorio está en posesión de una de las partes, el juez puede, a petición de la parte contraria, ordenar su exhibición so pena de *astreinte*. Puede además pedir, bajo apercibimiento de la misma sanción, la presentación de todos los documentos en posesión de terceros si no existe un impedimento legítimo”.

Es el declive definitivo de una prerrogativa antaño celosamente guardada: un declive ratificado por un código de procedimiento que identifica en la cooperación entre las partes y en la correspondiente obligación de información recíproca, puesta bajo el atento control del juez, uno de los cánones-guía de la fase de instrucción de un proceso civil moderno, sin olvidarse, por otra parte, de levantar barreras y cautelas con el fin de evitar un peligroso “*glissement de la procédure vers un système inquisitoire*”⁵³.

El ejemplo francés lo sigue ahora Alemania que, con la *Zivilprozessnovelle* de 2002 ha introducido una nueva disciplina de las facultades del juez de ordenar la exhibición documental; una decisión que alguien no ha dudado en definir “casi revolucionaria” y por la cual ha aventurado una aproximación al mecanismo de la *pre-trial discovery of documents*, aunque subrayando que quedan prohibidas las exhibiciones llamadas exploratorias o “*fishing expeditions*”⁵⁴. En realidad, las novedades son menos “chocantes”.

Reformulado en su contenido literal, el § 142 ZPO prevé que el juez pueda ordenar de oficio no sólo a la parte (como estaba establecido anteriormente), sino también al tercero, la exhibición del documento al que una parte haya hecho referencia —sin que esto presuponga la existencia de una obligación sustancial a cargo de éste último— y que la orden de exhibir el documento pueda requerirse a una cualquiera de las partes y no sólo a la parte que ha hecho referencia al documento y luego no lo ha exhibido⁵⁵. En cambio, no se ha llegado a la introducción de una obligación general para las partes —y tampoco para los terceros, en analogía con el deber de testificar— de presentar los documentos relevantes para la resolución de la causa⁵⁶. De todas formas, esta limitación se ha visto atenuada por la existencia de obligaciones de información y de comunicación en una importante serie de relaciones de derecho privado, deducidas de la jurisprudencia por algunas disposiciones del código civil (*Bürgerliches Gesetzbuch*) —tales como el § 242 BGB y, más específicamente, el § 810 BGB— que permiten a la parte que soporta la carga de la prueba recurrir a las informaciones de la parte que no soporta la carga de la prueba exigiendo la entrega de cosas, la exhibición de documentos y la comunicación de otras informaciones⁵⁷.

Medios de instrucción oportunos para garantizar la adquisición procesal de pruebas incluso sin la colaboración espontánea del poseedor de la prueba (ya sea parte o tercero) han tenido cabida también en la ley de reforma holandesa —siguiendo el ejemplo del código

de procedimiento francés— en cuyo art. 22 sanciona la obligación de cooperación de las partes en la formación del material probatorio⁵⁸, así como en la ley de reforma austriaca, aunque por ahora tímidamente y sólo con referencia a las pruebas técnicas (apartado 2º, § 359 ZPO)⁵⁹.

Los instrumentos “exhibitorios” introducidos por las nuevas leyes procesales europeas, de las cuales se ha hablado, tienen como característica común la de estar encaminados a la adquisición de medios de prueba útiles para la comprobación de hechos *específicamente identificados*, filtrados en el proceso a través de los actos introductorios del juicio y la actividad llamada de tratamiento de la causa. Exceden a su ámbito de operatividad indagaciones “exploratorias” sin definición previa del *thema probandum*; actividades de indagación no dirigidas al control probatorio de una situación de hecho previamente definida.

10. LA DIFUSIÓN DE FORMAS DE DISCOVERY ANTES DEL PROCESO

El saber asumir funciones de guía en las acciones. La exigencia de disponer de elementos adecuados de conocimiento no se impone sólo en el ámbito de un proceso en curso para llegar a una justa definición del litigio. La misma exigencia surge también anteriormente cuando se trata de decidir si (y en su caso contra quien) promover un procedimiento o si se necesita valorar (y eventualmente en qué términos) la conveniencia de optar por un arreglo transactivo de la controversia. En la reciente experiencia europea se captan interesantes tendencias evolutivas encaminadas a crear obligaciones de información y de aclaración *antes del proceso*; obligaciones que tienen por objeto la preparación del litigio y su posible resolución anticipada.

Así, pues, en Francia, el mecanismo de la instrucción preventiva reglamentado por el art. 145 del *Nouveau Code de procédure civi-*

le, ha visto la ampliación de su propio ámbito de aplicación, más allá del tradicional objetivo de conservar el elemento de prueba del que se teme la dispersión, para realizar finalidades que se refieren a aspectos de la *pre-trial discovery* estadounidense en su papel de instrumento clarificador del objeto del litigio y de la (posible) rápida composición del mismo.

Sustentada por la misma norma contemplada en el art. 145 que habla, además de conservar, de *establecer (établir)* la prueba antes del proceso, la jurisprudencia ha extendido la instrucción preventiva para incluir también la búsqueda de “pruebas” (en sentido amplio) acerca de la oportunidad de promover un procedimiento. De esta forma se ha privilegiado la actividad de búsqueda con respecto a la de conservación de la prueba y se ha llegado a permitir la utilización de ese instrumento, como medio de investigación “preprocesal” subordinado únicamente a que “*le caractère légitime de la demande se déduit du constat que les allégations de son auteur n'étaient pas imaginaires et qu'elles présentaient un certain intérêt*”; hipótesis, ésta, que se refiere a la alegación de los hechos, verosíblemente destinados a ser utilizados en una futura causa⁶⁰.

Una tendencia análoga a poner el instrumento de la instrucción preventiva no sólo al servicio de la conservación de pruebas en vista de un futuro proceso de cognición inminente, sino además y sobre todo “a permitir a cualquiera que pueda estar implicado en una acción civil posterior el conseguir de forma preliminar aclaraciones sobre los hechos” para lograr efectuar una “mejor valoración de su propia situación procesal”, se ha producido en el derecho holandés. Sirva como prueba el caso *St Paul Dairy Industries* que ha llegado a ser examinado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea por remisión del *Ge-rechtshof* de Amsterdam, el cual se preguntaba si “una instrucción preventiva no dictada con la finalidad de conservar elementos de prueba a la vista de utilizarlos en un juicio de mérito posterior, sino para recoger elementos útiles con los que elaborar una estrategia en torno a la oportunidad de emprender un juicio”,

podiera reconducirse a la noción de procedimiento cautelar ex art. 24 de la Convención de Bruselas⁶¹.

La idea de consolidación de las obligaciones de información y cooperación entre las partes durante la fase preprocesal ha sido introducida también en el nuevo proceso inglés, donde además recibe una disciplina propia especialmente atenta y consecuente, sin que al mismo tiempo se llegue a sacrificar la oportuna elasticidad a través del sistema de los *pre-action protocols* —pautas de conducta elaboradas en relación con sectores específicos del contencioso civil— y de la generalización correlativa de la *pre-action disclosure* susceptible de ordenarse a favor de un posible demandante o contra un posible demandado cuando el descubrimiento de informaciones procedentes de fuentes documentales se revele oportuno “*in order to (i) dispose fairly of the anticipated proceedings; (ii) assist the dispute to be resolved without proceedings; (iii) save costs*”⁶². Una vez más, el objetivo no es sólo el de evitar *tout court* el proceso. La función de las instituciones citadas es también la de hacer el proceso más rápido y eficiente, ya que el supuesto intercambio de informaciones antes de instaurar un procedimiento permite a las partes: enfocar las cuestiones de hecho y de derecho efectivamente relevantes, identificar desde la fase preliminar los temas y las fuentes de prueba, valorar con mayor ponderación las propias posibilidades de éxito o de fracaso.

Con este objetivo, la idea ha tenido entrada también en los planes del legislador europeo el cual, mediante la Directiva 48/2004 sobre el respeto de los derechos de propiedad intelectual ha impuesto a los Estados miembros la adopción de una reglamentación interna, destinada a garantizar el llamado “derecho a la información”, dando así un paso concreto, aunque en un ámbito limitado, hacia el mecanismo de la *discovery* al que también el reformador italiano parecía querer acercarse —aunque con una actuación más bien blanda y, además, en el marco de un proceso desvinculado de la protección judicial— a través

de las propuestas enunciadas en los puntos 21, 22 y 52 del proyecto de la Comisión Vaccarella⁶³.

Por supuesto, no hay que subestimar el riesgo, evocado por muchos, que los mecanismos del “sumario preprocesal” —o, más genéricamente, el intercambio de “informaciones” antes del proceso— hasta aquí recordados, puedan abrir el camino a indebidas “expediciones exploratorias” con respecto a potenciales partes o terceros⁶⁴. Las normativas introducidas en los diferentes países tratan de detener ese peligro a través de medidas oportunas y, especialmente, también en este campo asignando al juez una tarea de supervisión y control⁶⁵. Por otra parte, si un ordenamiento quiere garantizar un acceso efectivo a la justicia y asegurar igualdad de oportunidades para hacer valer los propios derechos, sin renunciar al principio de la sustanciación de las demandas judiciales —y es la elección de muchos ordenamientos europeos— imponiendo al demandante que alegue hechos concretos para fundamentar su propia demanda y al demandado que conteste de una forma precisa y detallada los hechos alegados por la parte contraria, así como la exposición de los hechos que prueben las excepciones de mérito —a fin de poder valorar, dentro de lo posible, el conocimiento de las partes sobre la reconstrucción de la situación de hecho controvertida— “*much work has to be done by lawyers before filling a claim*”⁶⁶. Para facilitar este trabajo, las legislaciones procesales modernas han descubierto la importancia de las formas de *discovery* antes del proceso.

11. REFORMAS DEL PROCESO Y PAPEL DE LA ABOGACÍA

En la abundante literatura que acompaña las recientes reformas del proceso civil en numerosos países europeos, siempre se recuerda que un elemento de importancia decisiva para una visión correcta de los problemas y de las exigencias de renovación de la justicia civil lo constituye la abogacía, el papel que

ésta desempeña en el proceso civil, la necesidad de que dicho papel se cumpla a un nivel cualitativamente alto. La cuestión de la reforma de las normas es sólo uno de los aspectos hacia donde tiene que converger la atención que debe dirigirse globalmente a la crisis y a las exigencias de cambio de la justicia civil en sus diferentes articulaciones. Un cambio sustancial de la calidad de la justicia civil entendida en su conjunto no puede realizarse sin el compromiso por parte de los protagonistas llamados a llevarlo a cabo. “*The quality of civil justice* —subraya justamente un acreditado estudioso inglés— *is a function of two factors: (1) the design of civil procedure, and (2) the extent to which the procedural rules are applied by the courts and observed by the parties*”⁶⁷, centrando la atención sobre los peligros y las dificultades que corre el riesgo de afrontar un modelo procesal si

“el proyecto del legislador, aunque atractivo, lo realizan juristas imprevisores”⁶⁸.

Las (recientes) experiencias europeas nos ofrecen constantemente significativos testimonios al respecto.

Las buenas relaciones y la cooperación entre jueces y abogados han sido uno de los factores decisivos de la eficaz experimentación del modelo de Stuttgart, preludio de la posterior reorganización del proceso civil alemán por medio de la *Vereinfachungsnovelle* de 1977 que ha puesto en el centro del juicio ordinario de primera instancia la audiencia oral (*Hauptverhandlung*)⁶⁹.

Del *référé* —uno de los más apreciados mecanismos de tutela creados en el sistema de justicia civil francés— se ha dicho agudamente que antes que nada es la expresión y el resultado de “*une sorte de culture judiciaire*”⁷⁰. Y a la cultura del diálogo y de la colaboración “*entre avocats et juridictions*” algunos tribunales franceses encomiendan hoy la eficaz gestión del contencioso en materia comercial⁷¹.

Por supuesto, el tema de la relación entre normas de procedimiento y papel de la abogacía evoca naturalmente una serie de temas conexos: desde el de la ética profesional y su

influencia en la aplicación de las normas procesales hasta el abuso del proceso en sus múltiples manifestaciones.

Una consideración de carácter general sugerida por la reciente experiencia europea es que los legisladores, conscientes de que los abusos del proceso no son raros y que se manifiestan de múltiples formas, tienden a no contentarse ya con enunciaciones de principio genéricas o con vagas declaraciones exhortativas, y dictan normas específicas dirigidas a prevenir o a sancionar el relativo fenómeno⁷². Así, pues, el apartado 1º del art. 32 del *Nouveau Code de procédure civile* configura el hecho jurídico del abuso del derecho de acción relacionándolo con llevar a la práctica una actividad excusatoria o dilatoria con ocasión y en el transcurso del juicio, y proporciona un aparato sancionador que, además de la irrogación de una precisa sanción pecuniaria (en forma de multa), prevé la posibilidad de un resarcimiento en forma de *dommages-intérêts*. A esta norma general se acompaña el repertorio de los casos de abuso típicos recogidos en las disposiciones particulares del art. 559 sobre el juicio de apelación (*appel principal dilatoire ou abusif*) y los de los artículos 581 y 628 en materia de *recours extraordinaire* o ante el Tribunal Supremo (*recours jugé abusif*)⁷³.

Especialmente atento se ha mostrado también en este campo el legislador inglés, consciente de que una intervención de gran envergadura que afectara profundamente ordenamientos consolidados de la justicia civil requiere antes que nada un “*radical change of culture*”⁷⁴. Y así las *Civil Procedure Rules* de 1999, en la misma primera parte del nuevo texto normativo donde se definen los valores fundamentales en los que el sistema de justicia civil se inspira y los objetivos a cuyo logro el mismo sistema está dirigido, establecen que las partes —y por tantos sus defensores— deben colaborar con el juez para la realización del “*overriding objective*” indicado en la *Rule 1.1.(1)* “*of dealing with cases justly*”. Lo que puede parecer una mera declaración de principio adquiere plena operatividad en virtud de un conjunto de disposiciones que instan al

juez a sancionar comportamientos de las partes encaminados a retrasar o a complicar indebidamente el proceso, comportamientos que se manifiestan en un uso excesivo, impropio y tergiversado de los poderes procesales de los que disponen las partes o que se materializan en un uso de remedios procesales para la consecución de un fin que no es precisamente el del remedio⁷⁵.

Se trata de un plan complejo y sofisticado que deja amplio margen de elección y cuyo objetivo —según el mensaje de Lord Woolf enunciado en el caso *Biguzzi v. Rank Leisure plc*⁷⁶— es el de coordinar la sensibilidad para un *sanctioning approach* siempre proporcionado y medido a tenor de la gravedad de las diversas violaciones con la necesidad de impedir que la conducta transgresora de las partes pueda constituir un peligro para la eficiencia y la corrección del sistema.

No resulta difícil captar un “mensaje” análogo en la reciente jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que, bajo la dirección de su Presidente, desde el principio de la duración razonable del proceso referido constitucionalmente hasta la garantía del proceso justo, ha hecho no sólo un instrumento de interpretación-reconstrucción de las instituciones procesales, sino un canon de valoración de la

conducta de las partes en la conducción de los litigios⁷⁷.

Por otra parte, desde hace tiempo el Tribunal de Estrasburgo llama al orden a los Estados sobre la necesidad de vigilar los abusos o los usos impropios de las garantías del procedimiento, así como recuerda a las partes, responsables de haber tenido comportamientos obstructivistas o de haber hecho un uso abusivo de las propias facultades procesales, que no pueden buscar amparo en los órganos de justicia europeos por el perjuicio sufrido a causa de la lentitud del proceso⁷⁸.

Y a los Estados que pretenden eludir la propia responsabilidad por violación de la garantía de la duración razonable de los procesos, consagrada en el art. 6 de la Convención de Roma, invocando el respeto al principio dispositivo, el Tribunal recuerda también el papel esencial que en la gestión de un proceso civil moderno incumbe a los poderes del juez⁷⁹. Un dictamen como el recogido en el art. 175 del código de procedimiento civil italiano, según el cual “el juez (...) ejerce todos los poderes encaminados al más diligente y recto desarrollo del proceso” —es la enseñanza derivada de una larga serie de sentencias de los jueces europeos— no puede reducirse a una mera proclamación retórica⁸⁰.

NOTAS

1. Cfr. el vol. VIII de *Opere giuridiche*, a cargo-al cuidado de M. Cappelletti, Nápoles 1979, p. VIII.
2. Cfr. el vol. II de *Opere giuridiche*, a cargo de M. Cappelletti, Nápoles 1966, p. VI.
3. Cfr. el estudio exhaustivo de M. Taruffo, Calamandrei e le riforme del processo civile, en *Ventidue saggi su un grande Maestro*, Milán 1990, p. 129 ss. Y actualmente el importante volumen de F. Cipriani, *Piero Calamandrei e la procedura civile*, Nápoles. 2007.
4. Las citas proceden del escrito *Governo e Magistratura* que recoge el discurso inaugural del año académico pronunciado por el Maestro en 1921 en la Universidad de Siena, ahora incluido en *Opere giuridiche*, cit., II, pp. 196-97. Para más referencias, cfr. nuestro “Il rapporto processo-giudizio nel pensiero di Piero Calamandrei”, en *Ventidue saggi*, cit., pp. 107-111.
5. Actualmente en *Opere giuridiche*, cit., II, p. 14 ss.
6. Cfr. los numerosos ensayos —entre los cuales el amplio estudio Troppi avvocati (1921) donde Calamandrei realiza un análisis exhaustivo de las causas del fenómeno, acompañado de datos completos y de percepciones precisas de la realidad, para facilitar posibles remedios— actualmente recogidos en el segundo volumen de las *Opere giuridiche*, cit., pp. 61-356; 457-478.

7. Para más referencias, cfr. nuestro “Processo e giustizia: attualità del pensiero di Piero Calamandrei”, en Piero Calamandrei Rettore dell’Università di Firenze. *La democrazia, la cultura, il diritto*, Milán, 2005, p. 51 ss.
8. La referencia corresponde a los dos ensayos de Calamandrei, “Note introduttive allo studio del progetto Carnelutti”, (1928), e “Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti” (1928), en *Opere giuridiche*, cit., I, pp. 192 ss.; 200 ss.
9. Il concetto di “lite”, cit., p. 205.
10. “La crisi del processo civile in Germania”, en *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, pp. 288-290; al respecto, cfr. también M. Cappelletti, In memoria di Piero Calamandrei, Padua, 1957 pp. 56-57. Sin embargo, al mismo tiempo Calamandrei no cae en la falacia del argumento de que la atribución de poderes al juez y su ejercicio implicaría una deminutio proporcional de las posiciones procesales de las partes. Para Calamandrei, la colaboración entre el juez y las partes, el principio de dialecticidad entre el juez y las partes constituye el retorno a la “naturalidad”.
11. La intervención de mayor relevancia que Calamandrei lleva a cabo en la fase preparatoria del nuevo código nace del proyecto preliminar Solmi de 1937, con respecto al cual él redacta su parecer por cuenta de la Facultad de Derecho de Florencia. Entre las numerosas críticas que Calamandrei hace a la estructura general del proyecto y a la disciplina de una larga serie de instituciones, figura la que afecta a la restauración del “principio de autoridad”. Cfr. Sul progetto preliminare Solmi (1937), en *Opere giuridiche*, cit., I, p. 295 ss., especialmente p. 304 ss.
12. Cfr. los escritos sobre la crisis del proceso civil en Alemania recogidos en el volumen IX de las *Opere giuridiche*, cit., p. 525 ss.
13. Así, en particular en el volumen *Processo e democrazia*, Padua, 1954, pp. 128, 129 (que recoge las célebres conferencias mejicanas). Para este aspecto del pensamiento de Calamandrei, T. Ascarelli, *Processo e democrazia*, en Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 1958, pp. 845, 856 (conferencia dada en la Facultad de derecho de Florencia el 22 de mayo de 1958 con el patrocinio de la Fundación Calamandrei). “Proceso y democracia — escribe Ascarelli— indican la actividad del estudio y la fe del ciudadano en el Maestro (...); “en la unidad de proceso y democracia, el magisterio jurídico y la lucha política de Piero Calamandrei se componen como diferentes aspectos de una misma inquietud, de una misma búsqueda”.
14. *Processo e democrazia*, cit., p. 122. “La afirmación de la democracia [en la legislación] —observa Ascarelli— es la de la dignidad de la acción, acción creadora en la que el hombre (...) hace su propia historia, libera creación de su responsabilidad. Es ésta lejana premisa que supera toda idea de justicia material preestablecida que se debe descubrir intelectualmente y que hace de la ley un hecho de voluntad y de humana voluntad que debe encontrar en sí misma el criterio de justificación”. “Esa exigencia de un valor de la ley que reivindicaba el iusnaturalismo, la reafirma pues la democracia, buscando su solución en la misma estructura de la acción”. *Processo e democrazia*, cit., p. 848. Luego, en la interpretación “la ley se hace norma aplicable y aplicada, y es la interpretación la que, siempre renovada, asegura la continuidad entre la ley y la aplicación en un procedimiento en que el intérprete está presente con sus valoraciones, pero con sus responsabilidades”. Op. cit., p. 856.
15. Así en el ensayo *Processo e giustizia*, p. 18 que recoge el discurso inaugural del Maestro en la Convención internacional de derecho procesal de Florencia en 1950.
16. E.F. Ricci afirma: “con Calamandrei cambia (...) la perspectiva con que se consideran los ordenamientos; los análisis de hechos de derechos diferentes del italiano ya no tienen el fin limitado de volver más completa la descripción del ius quo utimur”. Calamandrei e la doctrina processualistica del suo tempo, en *Ventidue saggi*, cit., p. 93.
17. *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente*, Roma-Florencia-Milán, 1945, p. 176.
18. Cfr. el interesante ensayo de A. Nicolussi, *Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici*, en *Europa e dir. Priv.*, 2006, p. 84 ss.
19. Sobre la figura de Franz Klein y la influencia del código austriaco en Europa, cfr. el volumen misceláneo Franz Klein. *Leben und Wirken*, Viena, 1988; y el denso ensayo de C. Consolo, Il “duplice volto” delle longeve leggi processuali sovranazionali della “Finis Austrae”, en *Rass. Forense*, 2004, pp. 1211-1248.

20. Para conseguir informaciones más detalladas, véase el volumen dedicado a Mauro Cappelletti, *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, a cargo de N. Trocker y V. Varano, Turín, 2005, que recoge aportaciones sobre las reformas realizadas en Francia, España, Alemania, Japón, Austria, Holanda, Estados Unidos, Inglaterra y Australia. Pero el movimiento reformista a caballo del nuevo milenio se ha manifestado también en otros países europeos y extraeuropeos, aunque los resultados no se pueden examinar en el presente trabajo. Me limito a remitir al respecto a una de las fuentes de información más valiosas, actualizadas y acreditadas —la revista *Zeitschrift für Zivilprozess. International*— que desde 1996 publica artículos en inglés, francés y alemán sobre la evolución del derecho procesal (civil) en los principales países del mundo. Cfr. también nuestro *Il processo civile in prospettiva comparatistica: recenti tendenze evolutive*, en *Rass. Forense*, 2006, p. 1465 ss.

21. Emanadas en 1998 sobre la base del Civil Procedure Act de 1997, las Civil Procedure Rules han entrado en vigor el 26 de abril de 1999. Con respecto a la reforma inglesa, en la literatura italiana, cfr. también para indicaciones detalladas de orden bibliográfico, el amplio y exhaustivo estudio de R. Donzelli, *La fase preliminare del nuovo processo civile inglese e l'attività di "case management" giudiziale*, en *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, a cargo de L. Lanfranchi y A. Carratta, Turín, 2005, pp. 515-591. Para un análisis sobre el más amplio contexto de renovación en el que se incluye la reforma del proceso civil, cfr. V. Varano, *Verso un nuovo ruolo del giudice in Inghilterra*, en *Riv. Dir. Civ.*, 2002, p. 763 ss.

22. F. Ramos Méndez, *Guía para una transición ordenada a la LEC*, Barcelona, 2000, p. 487. Cfr. también E. Lucertini, *Aspetti della riforma del nuovo processo civile spagnolo*, en *Riv. Dir. Proc.*, 2003, pp. 775 ss., donde se recuerda que precisamente la efectividad de la tutela jurisdiccional representa —en la Exposición de los Motivos de la LEC 2000— el objetivo principal de la reforma del proceso civil. La Exposición de los Motivos se lee en J. Banaloché Palao, *Legislación sobre Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2002, p. 265 ss. Tras un año de vacatio, la Ley de Enjuiciamiento Civil entra en vigor en 2001. Para su comentario, cfr. el amplio ensayo de I. Díez-Picazo Giménez, *The principal Innovations of Spain's Recent Civil Procedure Reform*, en *The Reforms supra nota 20*, p. 33 ss.; y la rápida panorámica de R. Hinojosa Segovia, *Il nuovo codice di procedura civile spagnolo (Legge 1/2000, de 7 de enero)*, en *Riv. Dir. Proa.*, 2000, p. 373. Véase también J. Montero Aroca, *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*, Nápoles, 2002, que también propone una comparación con la experiencia italiana (aunque desconoce el más amplio contexto europeo).

23. El Code de procedure civile francés de 1804 entró en vigor en los Países Bajos entre 1811 y 1838. La reforma holandesa de 2001 entró en vigor el 1 de enero de 2002. Las características más relevantes del nuevo plan normativo han sido ilustradas por R. Rutgers-J.N. Rutgers, *Reform of the Code Civil procedure in the Netherlands*, en *The Reform*, supra nota 20, p. 131 ss. De forma más extensa sobre el proceso de renovación, cfr. W.O.H. Asser, *A New Balance. A Summary of the Interim Report Fundamental Review of the Dutch Law of Civil Procedure*, en *ZJP Int.*, 2003, pp. 329-387.

24. En el caso de Alemania, una parte importante de la reforma afecta también al sistema de las impugnaciones, y en especial la apelación. De "significant change" habla P. Gottwald, *Civil Procedure in Germany after the Reform Act 2001*, en *Civil Justice Quarterly*, 2004, p. 338 ss.; cfr. también los escritos de W. Gerhardt y de R. Greger; *Der Deutsche Zivilprozess im Umbruch*, en *Festschrift für Beys*, Athen, 2003, pp. 419, 459; y el volumen de B. Rimmelpacher, *Zivilprozessreform*, Munich, 2002. Novedades de carácter más ocasional han sido introducidas por el llamado *Justizmodernisierungsgesetz* de 30 de agosto de 2004. Para una idea de conjunto, cfr. Ch. Knauer-Ch. Wolf, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, pp. 2857-2865.

Con respecto a los resultados conseguidos por la reforma, cfr. para tener una idea de las diferentes opiniones la relación de los trabajos del 65.º Deutschen Juristentag (2004), en *Juristenzeitung*, 2005, p. 178 ss.; y el informe de R. Greger, *Die ZPO-Reform - 1000 Tage danach*, en *Juristenzeitung*, 2004, pp. 805-817.

Sobre los hechos austriacos, cfr. A. Henke, *Prime osservazioni sulla riforma del diritto processuale civile austriaco*, en *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 815 ss.; E.M. Bajons, *Civil Procedure for Austria Revisited. An Outline of Recent Austrian Civil Procedure Reforms*, en *The Reforms*, supra nota 20, p. 117 ss.

25. Resulta muy positiva la opinión sobre el Nouveau Code de procedure civile de 1975 y sobre los resultados que se han conseguido. Véase lo que escriben L. Cadet-E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 6.º ed., París, 2006, n. 31. Entre las intervenciones legislativas especialmente destinadas a mejorar el acceso a la justicia, me limito a recordar la reforma de la ley de asistencia legal y la institución de una "justice de proximité" sobre la cual cfr. F. Ferrand, *Contraintes et évolutions en procedure civile française*, en *ZJP Int.*, 2004, pp. 39, 41 ss., y R. Perrot, *La justice de proximité*, en *Studi in onore di Giuseppe Tarzia*, Milán, 2005, I, p. 163 ss.; y sobre las reformas posteriores, S. Amrani-Mekki-E. Jeuland-L. Cadet, *Le procès civil français à son point de déséquilibre?*, en *JCR*, 2006, p. 1163 ss.

26. Cfr. las consideraciones de M. Taruffo, *Il processo civile di “civil law” e di “common law”: aspetti fondamentali*, en *Foro it.*, 2001, V, c. 345 ss.

27. Así F. Ferrand, *The Respective Role of the Judge and the Parties in the Preparation of the Case in France*, en *The Reforms*, supra nota 20, p. 10 que recoge una observación de L. Cadiet, *Droit judiciaire privé*, 3ª ed. París, 2000, n. 1100. Pero cfr. las observaciones puntuales de M. Cappelletti, *Il processo civile italiano nel quadro della contrapposizione “civil law-common law”* (1963), ensayo incluido en el volumen *Processo e ideologie*, Bolonia, 1969, pp. 287 ss., especialmente p. 332, texto y nota 110: “Una de las afirmaciones más difundidas entre los common lawyers, —escribe el Maestro—, pero que con respecto al proceso civil italiano resulta totalmente infundada, es la de que el proceso de los países de civil law se inspiraría en un inquisitory system of litigation, en contraposición al adversary system of litigation de los ordenamientos anglosajones”.

28. No parece en cambio diluirse la carga ideológica con la que en Italia se afrontan los temas de la reforma del proceso civil y en especial el tema de la relación entre poderes de las partes y poderes del juez. Cfr. por ejemplo, F. Cipriani, *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, en *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 455; G. Monteleone, *Principi e ideologie del processo civile: impressioni di un “revisionista”*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 575 ss. En posición divergente está G. Verde, *Le ideologie del processo in un recente saggio*, en *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 676 ss. y en parte G. F. Ricci, *Il processo civile fra ideologie e quotidianità*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 77 ss. Aunque en la Relazione final que acompaña el Proyecto de ley delega para la reforma del código de procedimiento civil italiano aprobado por el Consejo de Ministros el 24 de octubre de 2003, la Comisión expone [...] entre sus líneas programáticas la que se inspira en una actitud de naturaleza pragmática [...] “en el marco de una actitud pragmática —se lee en la Relazione— y por tanto no sólo no ideológico, sino anti-ideológico... la comisión ha considerado esencial volver a examinar el modo en que el papel del juez se ha concretado en el código vigente...”. Sin embargo, se ha justamente observado que “a pesar de que no pueda alabarse la elección metodológica primaria”, “sobre la efectiva funcionalidad de un modelo procesal concebido ex ante, la actitud pragmática deberá apoyar no tanto y no sólo la operación de crítica del sistema actual, sino más bien la más delicada y menos fácil operación de proponer y reconstruir”, Donzelli, supra nota 21, pp. 577, 581.

29. Recojo las observaciones de C. Consolo, *Dieci anni di riforme della giustizia civile (la trattazione della causa nella fase introduttiva del processo)*, en *Rass. forense*, 2001, p. 343.

30. Consolo, supra nota 29, p. 344.

31. Cfr. el análisis puntual de Donzelli, supra nota 21, p. 557 ss.; además, obviamente, de las obras de N. Andrews, *English Civil Procedure-Fundamentals of the New Civil Justice System*, Oxford, 2003; y de A. Zuckerman, *Zuckerman on Civil Procedure*, Londres, 2006.

32. Sobre los tres “circuitos” —circuit court, circuit moyen e circuit long— y la modulación correspondiente, cfr. Cadiet-Jeuland, *Droit judiciaire privé*, supra nota 25, p. 646 ss. En opinión de los autores “cette variabilité semble avoir inspiré la réforme de la procédure civile anglaise” basada en la diferenciación de los módulos procesales (los llamados tracks); Ferrand, supra nota 27, pp. 18-19.

33. Cfr. ahora los extensos y exhaustivos análisis de A. Jommi; *Il référé provision. Ordinamento francese ed evoluzione della tutela sommaria anticipatoria in Italia*, Torino, 2005, y de C. Silvestri, *Il référé nell’esperienza giuridica francese*, Turín, 2005.

34. El citado § 276 ZPO dispone que al demandado se le asigne un primer plazo de dos semanas para expresar su voluntad de defenderse, y otro plazo (mínimo) de dos semanas para que deposite su escrito de contestación. En caso de no expresar el demandado su voluntad de defenderse antes del vencimiento del primer plazo, de forma inmediata podrá, a instancia del demandante (§ 331, apartado 3º ZPO), ser objeto de una sentencia en rebeldía. Cfr. R. Caponi, *Le riforme della giustizia civile italiana degli anni novanta sullo sfondo della giustizia civile tedesca*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 563 ss.

35. Para indicaciones más detalladas, cfr. Henke, supra nota 24, pp. 820-823.

En acusado contraste con la decisión preferida por otros ordenamientos, la reforma italiana de 1990 (-1995) optó por una regulación procedimental normativamente prefigurada en una serie sustancialmente invariable de audiencias establecidas en cuatro momentos prácticamente irrenunciables (arts. 180, 183, 184, 189 del código de procedimiento civil). No parece que la reforma de 2005, aunque introduce algunas innovaciones merecedoras de valoraciones positivas,

haya conseguido desligarse de un modo convincente de las reformas de los años 90 superando la rigidez de la regulación del tratamiento de las causas. G. Balena-M. Bove, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, pp. 69-70.

36. De forma incisiva L. Breggia escribe: “el legislador italiano, cuando afronta los problemas de la justicia civil, se dedica a la creación de procedimientos cada vez diferentes (...) sin que tengan relación con un proyecto global de justicia”; y “cede así a la tentación de intervenir de la forma más fácil, haciendo crecer las palabras (o sea las disposiciones normativas) una encima de la otra”. *Il processo di cognizione dopo le modifiche della L. 28 dicembre 2005, n. 263: un processo a “raggiera”?*, en *Giur. it.*, 2006, IV, p. 1782.

37. El argumento lo subraya eficazmente Donzelli, supra nota 21, p. 572 ss. pero cfr. las observaciones de S. Chiarloni, *La domanda di giustizia: deflazione e/o risposte differenziate?*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 772 ss.; y ahora la “reflexión” de A. Proto Pisani, *Dai riti speciali alla differenziazione del rito ordinario*, en *Foro it.*, 2006, col. el cual, evocando “modelos ya vigentes en Francia y Alemania”, defiende la “diferenciación de los procesos de cognición plena (...) considerando no la peculiaridad de las situaciones sustanciales controvertidas (...) sino sobre la base de la diferenciación transversal entre controversias complejas y controversias que no resultan tales en concreto”.

38. El rechazo de las deducciones de las partes por extemporaneidad es de aplicación diaria. Así R. Caponi, *Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001*, en *Riv. dir. civ.*, 2006, pp. 523 ss., 529.

39. Cfr. Cadiet-Jeuland, supra nota 25, p. 392 ss. y, en la doctrina italiana, D. Buoncristiani, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Turín, 2001, p. 125 ss.

40. Cfr. Ferrand, supra nota 25, p. 21 y J. Normand, *Les facteurs d'accélération de la procédure civile*, en *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offert à Pierre Drai*, Paris, 2000, p. 433; Amrani-Mekki-Jeuland-Cadict, *Le procès civil français*, supra nota 25, p. 1163 ss.; Cadict, *Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, número especial “Accordi di parte e processo”, pp. 8 ss., 24 ss.

41. La referencia concierne a Japón; al respecto, cfr. Y. Taniguchi, *Japan's Recent Civil Procedure Reform: Its Seeming Success and Left Problems*, en *The Reforms*, supra nota 20, 107: “where the court considers a case to be complicated as, for example, involving industrial pollution damages, medical malpractice, large construction projects, etc., it must establish a chronological agenda for the future procedural conducts on the basis of a consultation with the parties”. Esta idea ha sido recuperada y sucesivamente desarrollada en la reforma de 2003, cfr. los apartados § 147-2, 2 147-3 del nuevo código de procedimiento civil.

42. Zuckerman, *Curt control and party compliance*, en *The Reforms*, supra nota 20, p. 152.

43. La expresión es de Taniguchi, supra nota 41, p. 100, a la que añade otra no menos eficaz, la de “dentist method” para describir el modelo procesal donde “hearings take place only intermittently just as the rain in May tends to fall only occasionally in Japan and the dentist treats perhaps everywhere a patient with an interval”.

44. Sobre la adopción de una reglamentación del procedimiento en dos fases en la reciente experiencia comparatista, cfr. Taruffo, *Il processo civile di “civil law” e di “common law”*: supra nota 26, cc. 345, 354 (y además las observaciones sobre el proceso civil español recogidas en el texto) a propósito del cual también Díez-Picazo, supra nota 22, p. 43 escribe que, terminado el intercambio de los actos introductorios, “the preparatory proceeding unfolds in two main phases: the preparatory phase centered on a first oral hearing, the audiencia previa al juicio, and the ‘trial-phase’ or juicio”.

45. Cfr. para las observaciones expuestas en el texto L. Breggia, *Il processo cit.*, pp. 1782-84; Id., *Le buone prassi e il pendolo perverso (riflessioni sulle recenti modifiche del processo di cognizione)*, en *Giur. it.*, 2006, pp. 443-44.

46. Entre las actividades que el juez puede obligar a realizar de acuerdo con las disposiciones del apartado § 273 ZPO se cuentan: la integración o la aclaración de las alegaciones incluidas en los actos introductorios (con la fijación, en su caso, de un plazo para ello), la exhibición de documentos y el depósito de objetos de inspección, la comparecencia de las partes, así como la comparecencia de los testigos llamados por las partes, y de asesores técnicos, la entrega de documentos y de informaciones oficiales por parte de la Administración Pública. Cabe subrayar que el apartado § 273 ZPO no contiene una lista taxativa de medidas: el juez puede asumir medidas preparatorias no mencionadas por la ley, con tal

de que sirvan para una efectiva preparación del juicio. Para estas observaciones, cfr. Caponi, supra nota 38, pp. 527-28; L. Rosenberg-K.H. Schwab-P. Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 16ª ed., Munich, 2004, p. 499 ss.

47. Las disposiciones más significativas en la materia parecen estar incluidas en los artículos 414 ss., 424, 426 y 429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española. Sobre su interpretación en diferentes sentidos, existen varios autores, entre los cuales: Ramos Méndez, supra nota 22, p. 81; Díez-Picazo, supra nota 22, pp. 42 ss., 59 s.; Montero-Aroca, supra nota 22, p. 112 ss.; S. Barona Vilar, *Die Audiencia Previa. Das im neuen spanischen Zivilprozessgesetz geregelte Vorverfahren*, en *ZZP Int.*, 2000, pp. 151 ss., 162 ss.

48. Así G. Rutgers, *Die Reform des niederländischen Zivilprozessrechts*, en *ZZP Int.*, 2002, p. 202. El autor recuerda que en el informe que acompaña la reforma, los conditores holandeses declaran expresamente querer seguir el modelo procesal que se ha impuesto en Austria y Alemania (como también en el nuevo código de procedimiento francés). Cfr. también P. Meijknecht, *Recent Developments in Civil Procedure in The Netherlands*, en *ZZP Int.*, 2000, p. 209. En el mismo sentido Asser, supra nota 23, p. 334: the proceedings in the Netherlands are moving in the direction of the German and related procedural law (such as that of Austria).

49. Se trata de una elección clara e inequívoca. Me gusta citar al respecto la afirmación de Lord Woolf, el artífice de la reforma: "I believe there is now no alternative to a fundamental shift in the responsibility for the management of civil litigation from litigants and their advisers to the courts". *Access to Justice. Interim Report*, cap. 4, par. 2.

50. Para un examen analítico, cfr. Donzelli, supra nota 21, p. 545 ss. y p. 555 ss. (dedicadas especialmente al tema: "case management" y al principio de proporcionalidad): Varano, supra nota 21, p. 768.

51. Sobre la contratendencia consolidada en Italia con el nuevo procedimiento societario y con las reformas del código de procedimiento civil previstas, y las valoraciones divergentes de la doctrina, cfr., también para conseguir información detallada de carácter bibliográfico, Donzelli, supra nota 21, pp. 575-579 ss.; en sentido muy crítico, M. Taruffo, *Recent and Current Reforms of Civil Procedure in Italy*, en *The Reforms*, supra nota 20, p. 217 ss.; con tonos críticos también A. Carratta, *Il ruolo del giudice e delle parti nella fase preparatoria e le prospettive di riforma del processo civile*, en *Studi in onore di Giuseppe Tarzia*, Milán, 2005, III, p. 2581 ss.

52. "La loi, moins sévère que la morale" escribe M. Boncenne en su *Théorie de la procédure civile del 1839* - "nous autorise à dire nemo tenetur edere contra se". (Bruxelles, 1839, II, p. 90). Y algunas décadas más tarde ratificaba Demolombe: "Qu'une partie ne sort pas tenue de fournir des preuves à son adversaire, et de lui donner elle-même des armes pour la combattre, c'est là une règle de bon sens et de nécessité". *Traité des contrats on des obligations conventionnelles en général*, tomo VI, París, 1876, p. 186. Cfr. también las observaciones de P. Calamandrei, *Conseguenze della mancata esibizione di documenti in giudizio*, en *Riv. dir. proc. civ.*, 1930, II, p. 299.

53. Sobre el hecho francés, cfr. la sagaz y cuidada reconstrucción de B. Ficarelli, *Esibizione di documenti e discovery*, Turín, 2004, pp. 2-118.

54. G. Walter, *The German Civil Procedure Reform Act 2002: Much Ado About Nothing?*, en *The Reforms*, supra nota 20, p. 76. El miedo a la entrada en el proceso civil de una investigación probatoria de tipo "exploratorio", modelada sobre el proceso estadounidense, un Leitmotiv del debate doctrinal alemán, ha sido también el tema central de los trabajos preparatorios de la reforma. No sin una justificada ironía, algunos hablan de *Discovery-Phobie*. A. Stadler, *Inquisitionsmaxime und Sachverhaltsaufklärung*, en *Festschrift für Beys*, supra nota 24, pp. 1625, 1627.

55. Y con esto encuentra una concreción específica la idea de la obligación procesal de información a cargo de la parte que no soporta la carga de la prueba. Sobre el alcance de la innovación y los problemas interpretativos que la nueva disciplina plantea, cfr. en la doctrina italiana G. Fazio, *La riforma dell'esibizione di documenti nel processo civile tedesco*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 143 ss.; entre las numerosas aportaciones alemanas, cfr. la reconstrucción restrictiva de U. P. Gruber-E. Kiessling, *Die Vorlagepflichten der §§ 142 ff. ZPO nach der Reform 2002*, en *Zeitschrift für Zivilprozess*, 2003, p. 307 ss., y, para un análisis de los aspectos problemáticos de la modificación legislativa a la luz de la importante sentencia del Bundesgerichtshof de 17 de febrero de 2004, cfr. D. Waterstraat, *Informationspflichten der nicht risikobelasteten Partei im Zivilprozess*, allí, 2005, p. 459 ss.; en los manuales Rosenberg-Schwab-Gottwald, supra nota 46, p. 822 ss. El juez puede ordenar la exhibición del documento sólo sobre la base de una alegación justificada de la parte y puede tener en cuenta el interés de la parte contraria en mantener los secretos dentro del ámbito de la discreción que el ejercicio de este poder le otorga. Con respecto a la obligación de especificación de los documentos, la praxis jurisprudencial ofrece ejemplos de aplicación liberal de la normativa, como la orden de exhibir la documentación

sanitaria relativa a un paciente o la orden de exhibir un expediente entero del archivo de documentos. Cfr. las referencias en Fazio, supra p. 144, texto y nota 2. En cambio, la reforma de 2002 no ha modificado en lo fundamental la disciplina de la exhibición de documentos dispuesta a instancia de la parte que se cita en los §§ 421-431 ZPO.

56. La existencia de una obligación general de información a cargo de la parte que no tiene la carga de la prueba había sido argumentada de forma eficaz por R. Stürner en su conocida monografía *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, Tübinga, 1976.

57. Numerosas son las normas de las que se deducen obligaciones de información y exhibición de documentos. Para una visión más clara, cfr. Waterstraat, supra nota 56, p. 461 ss.

58. Cfr. Rutgers-Rutgers, supra nota 23, p. 140; Asser, supra nota 23, p. 352; Cfr. además las innovaciones anticipadas por la ley de reforma del derecho de las pruebas de 1988, ilustradas por Helly, *The Netherlands Civil Evidence Act 1988*, 1992, pp. 16-18; cfr. también para algunas rápidas indicaciones la Nota, Paesi Bassi: riforma del c.p.c., introduzione di norme sulla giurisdizione e cancellazione dell'esorbitante forum actoris, en *Int'l Lis*, 2003, fasc. 2, p. 5 s.

59. Crítica lo genérico del nuevo dictamen normativo, Th. Klicka, *Die oesterreichische Zivilverfahrens-Novelle 2002 als Versuch einer Verfahrensbeschleunigung - ein Vergleich zur deutschen ZPO - Reform*, en *ZZP Int.*, 2002, pp. 179, 189-190.

60. Según la disposición, en presencia de “un motif légitime” para conservar o establecer antes del proceso (*avant tout procès*) la prueba de los hechos de los cuales podría depender la solución de una controversia, pueden ordenarse, a instancia de aquellos que estuvieran interesados, por requête o référé, los medios de instrucción admitidos por la ley”. Sobre los casos de aplicación brevemente recordados en el texto, cfr. Silvestri, supra nota 33, p. 219 ss.; C. Besso, *La prova prima del processo*, Turín, 2004, p. 85 ss.; I. Desprès, *Les mesures d'instruction in futurum*, París, 2004.

Va en una dirección análoga la reciente introducción en Italia de la disposición del art. 68 bis, relativa al “asesoramiento técnico preventivo para la composición del litigio”. Con esta disposición se prevé que, independientemente de la existencia de cualquier requisito de urgencia (de *periculum in mora*), pueda solicitarse, antes del comienzo del juicio de mérito, la realización de un asesoramiento técnico, en vía preventiva, “al objeto de comprobar y determinar los créditos que se deriven del incumplimiento o del cumplimiento inexacto de obligaciones contractuales o de un hecho ilícito”. Y esto también y sobre todo con el fin de intentar la conciliación de las partes. Cfr. por último A. A. Romano, *Il nuovo art. 696-bis c.p.c., tra mediation ed anticipazione della prova*, en *Corr. giur.*, 2006, p. 405 ss.

61. Cuestión resuelta en sentido negativo por el Tribunal de Justicia con la sentencia de 28 de abril de 2005, en *International Litigation Procedure*, 2005, p. 134. Sobre la creciente importancia de la pre-action phase en la experiencia holandesa, cfr. Asser, supra nota 23, p. 354 ss. El instituto en cuestión está reglamentado por los arts. 186 y ss. del Código de Procedimiento Civil holandés.

62. Así reza la Rule 31,16 (3) de las Civil Procedure Rules 1998. Sobre el sistema de los “pre-action protocols” y de la “pre-action disclosure” como expresiones del nuevo clima de colaboración entre las partes que las Civil Procedure Rules de 1998 quieren instaurar, cfr. el atento análisis de R. Nazzini, *Modelli conciliativi interni al processo (analisi comparativa e tests strutturali)*, en *Riv. dir. proc.*, 2002, pp. 844, 863-868. Para una comparación sintética entre el cuadro normativo antes y después de las CPRs de 1998 cfr. I.R.S., *Pre-action Discovery*, en *Civil Justice Quarterly*, 1999, p. 81 ss.; y además N. Andrews, *The Pursuit of Truth in Modern English Civil Proceedings*, en *ZZP Int.*, 2003, pp. 82-85.

63. B. Zuffi, *La disclosure inglese: aspetti comparatistici e transnazionali*, en *Int'l Lis*, 2007, p. 35 ss.

64. El espectro que se suele evocar al respecto es el de las fishing expeditions del mecanismo de discovery estadounidense; un fenómeno, por otra parte, que a menudo se tergiversa o que incluso se presenta de una forma bastante distorsionada. Justamente, un estudioso atento como Subrin escribe: caracterizar el sistema americano como lo que “wrongly permits ‘fishing expeditions’ is to miss much of the point”. Cfr. también las observaciones puntuales de Ficarelli, supra nota 53, pp. 222-231.

65. Andrews, supra nota 62, p. 85 recuerda una reciente sentencia de la Court of Appeals (*Black v. Sumitomo*, 2002, 1 WLR 1952) donde se ratifica “the traditional hesitation to allow the court’s machinery to support ‘roving inquisitions’, ‘fishing’, and ‘speculative’ claims”.

66. Así, de forma contundente, M. Taruffo, *Rethinking the Standards of Proof*, en *Am. Journal of Comparative Law*, 51 (2003), p. 675. Si en cambio se opta por un sistema de notice pleading, el “trabajo” del que se habla en el texto debe poder desarrollarse en un momento posterior, precisamente en sede de “pre-trial discovery”. La estrecha relación entre los dos institutos ha sido más veces evidenciada por el Tribunal Supremo americano. Cfr. por ejemplo, *Swierkiewicz v. Soreman*, 122 S. Ct. 992, 997-998 (2002).
67. Zuckerman, *supra* nota 42, p. 143.
68. Las expresiones son de C. Consolo, *Esercizi imminenti sul c.p.c.: metodi asistematici e penombre*, en *Corr. giur.*, 2002, p. 1542.
69. Cfr. el detallado informe del principal artífice de la experimentación en palabra, R. Bender, *The Stuttgart Model*, en *Access to Justice*, (a cargo de M. Cappelletti), Milán - Alphen aan den Rijn, 1979, vol. II, book II, p. 433 ss.
70. Saco las citas del trabajo de Jommi, *supra* nota 33, quien justamente subraya que el référé, antes que nada, es un “procedimiento” que debe situarse en un preciso contexto jurídico y socio-cultural (pp. 2, 11).
71. Cfr. la indicación de Ferrand, *supra* nota 25, p. 40 texto y nota 5.
72. Para un cuadro informativo más amplio, cfr. las aportaciones recogidas en el volumen *Abuse of procedural rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*, a cargo de M. Taruffo, *The Hague-London-Boston*, 1999; y las consideraciones hechas por F. Cordopatri, *L'abuso del processo*, Padua, 2000, II, p. 643 ss.
73. Cfr. A. Dondi, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, en *Diritto privato*, III, 1998, pp. 459, 477-478; E. Blary-Clément, *Spécificités et sanctions des manoeuvres dilatoires dans le procès civil*, en *JCP*, 1991, I, 3534; y el comentario de Cadiet, *Code de procédure civile*, 2006, p. 48 ss.
74. La expresión es de Lord Woolf, *Access to Justice*, *Interim Report*, cit. cap. 4, par. 4.
75. Cfr., por ejemplo, la Rule 3.1 (5), que prevé que el Tribunal pueda ordenar a la parte que, sin motivo justificado, no haya cumplido con una norma procesal, una practice direction o un pre-action protocol de pagar “a sum of money into court”. Más en general, hay que decir que el juez dispone de un amplio poder discrecional con respecto a la liquidación de las costas procesales, en virtud de la cual puede valorar el comportamiento de las partes antes y durante el procedimiento. Cfr. Donzelli, *supra* nota 21, p. 553. El principio tradicional en materia de costas procesales por el cual “costs follow the event”, representa, a la luz de las nuevas Civil Procedure Rules, únicamente un punto de partida del cual el tribunal puede de buen grado discrepar. Andrews, *supra* nota 31, par. 36 ss.
76. La decisión del caso *Biguzzi* se lee en 4 [1999] 4 All England Law Reports, 934.
77. Para la jurisprudencia, cfr. Cass. sec. un., 20 de abril de 2005, n. 8202, en *Foro it.*, 2005, I, 690, con nota de D. Dalfino; Cass. sec. un., 22 de febrero de 2007, n. 4109, allí, 2007, I, 1009, con nota de R. Oriani; Cas. sec. un., 15 de noviembre de 2007, n. 23726, allí, 2008, I, 1514 con notas de A. Palmieri-A. Pardolesi y de R. Caponi.
78. Cfr. Iai, *La durata ragionevole del processo nella giurisprudenza della Corte europea*, en *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 549 ss.; P. Stratoti, *Legge Pinto e ragionevole durata del processo*, en *Giust. civ.*, 2007, II, pp. 235, 251-254.
79. Los estudiosos franceses, atentos a las enseñanzas que hoy proceden de los órganos de justicia europeos, no dejan de recordar que los Estados que se adhieren a la Convención europea de los derechos del hombre, en virtud del requerimiento del art. 6 de dicha Convención, están llamados a organizar sus propios sistemas de justicia de modo que garanticen a todos el derecho a obtener una sentencia definitiva sobre una controversia relativa a derechos u obligaciones de carácter civil en un tiempo razonable, y que la jurisprudencia europea “pousse donc de plus en plus les législateurs nationaux à instaurer des juges civils actifs (notion de case-management) faisant usage de leur pouvoir de direction de l'instance”. Ferrand, *supra* nota 25, p. 58, la cual concluye que el proceso civil francés que ha atribuido al juez dichas prerrogativas y responsabilidades cumple plenamente con las exigencias europeas. Cfr. sobre el papel activo del juez francés consagrado en los arts. 8, 10, 12, 143 del *Nouveau Code*, Cadiet-Jeuland, *supra* nota 25, p. 399.
80. Desde la sentencia de 25 de junio de 1987, hecha célebre por el caso *Capuano*, la Corte europea de los Derechos del Hombre ha querido recordarle a Italia que “la Convención no impide por supuesto que los Estados miembros basen

su procedimiento civil en el principio dispositivo, aunque esto no exime a los jueces de asegurar el respeto de las exigencias recogidas en el art. 6 Conv. en materia de plazo razonable [de duración del proceso]”. Por lo demás, —añadía el Tribunal— conforme al art. 175 c.p.c., “el juez de instrucción ejerce todos los poderes encaminados al más diligente y recto desarrollo del procedimiento”.

Traducción al español de Laura Volpe

ESTUDIOS

Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Sometimiento a la ley,
independencia e imparcialidad en el marco del constitucionalismo

M^a del Carmen Barranco Avilés

La geometría variable del Derecho de Sociedades

Luis Fernández de la Gándara

El principio de la buena fe y su relación con la información territorial

Antonio Jiménez Clar

Inteligencia Artificial y Derecho: a vuelapuluma

Pompeu Casanovas

RESUMEN

El constitucionalismo pone de manifiesto la insuficiencia del método jurídico tradicional para asegurar la certeza y para garantizar la democracia. En esta situación, en la que el sometimiento a Derecho adquiere un nuevo significado, es necesario revisar los criterios en los que se basa la legitimidad del juez.

En el presente trabajo se mantiene que el modelo burocrático de judicatura no resulta satisfactorio para enfrentar los desafíos del Estado constitucional. Desde este punto de vista, se señalan algunas de las cuestiones sobre las que resulta urgente reflexionar para poder diseñar institucionalmente un poder judicial acorde con el actual modelo político y del cual se pueda seguir afirmando el sometimiento al Derecho, la independencia y la imparcialidad.

PALABRAS CLAVE

JUEZ, APLICACIÓN DEL DERECHO, CONSTITUCIONALISMO, SUMISIÓN A LA LEY, INDEPENDENCIA JUDICIAL, IMPARCIALIDAD

ABSTRACT

The constitutionalism reveals the insufficiency of the traditional juridical method in order to assure the certainty and to guarantee the democracy. In this situation, in which the subjection to Law acquires a new meaning, it is necessary to check the criteria on which the legitimacy of the judge is based.

At this work, the author maintains that the bureaucratic model of judicature is not satisfactory to face the challenges of the constitutional State. From this point of view, she distinguishes some subjects on which it's urgent to think if we want to design institutionally a judicial power coherent with the political organization in the present, and of which we could continue affirming his subjection to the Law, his independence and his impartiality.

KEY WORDS

JUDGE, ADJUDICATION, CONSTITUTIONALISM, SUBJECTION TO THE LAW, JUDICIAL INDEPENDENCE, IMPARTIALITY

JUZGAR Y HACER EJECUTAR LO JUZGADO. SOMETIMIENTO A LA LEY, INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD EN EL MARCO DEL CONSTITUCIONALISMO*

M^a del Carmen Barranco Avilés

Profesora de Filosofía del Derecho
Universidad Carlos III de Madrid

Sumario: 1. La legitimidad del poder judicial. 2. Sumisión a la ley. 3. Independencia. 4. Imparcialidad. 5. A modo de conclusión.

1. LA LEGITIMIDAD DEL PODER JUDICIAL

El artículo 117 de la Constitución española caracteriza a los miembros del poder judicial como “independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley”; además, en el apartado tercero de este mismo artículo se atribuye en exclusiva a los Juzgados y Tribunales la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y en el cuarto se establece que no ejercerán más funciones que éstas “y las que expresamente les sean atribuidas por Ley en garantía de cualquier derecho”.

Tal y como venía siendo concebida la función jurisdiccional en el marco continental, ésta se caracteriza por su sometimiento pleno al Derecho, sin embargo, en parte como consecuencia del constitucionalismo, en parte como resultado de una reflexión que podemos retrotraer a la ‘revuelta contra el formalismo jurídico’, no parece que el imperio de la Ley pueda ya identificarse con la idea del juez ‘boca muda’ (Barranco: 2006).

En definitiva, si se acepta que al menos en algunas ocasiones el juez tiene la posibilidad de elegir entre distintas alternativas en el marco del sistema jurídico, y si se tiene en cuenta que

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Programa Consolider Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos”.

no existen controles jurídicos para el juez que decide en última instancia —ya sea ordinario o constitucional— (Troper: 2003:59), surge la necesidad de reflexionar sobre el fundamento de la legitimidad del Poder Judicial.

La cuestión reviste un interés especial en los sistemas constitucionales, desde el momento en que éstos se caracterizan precisamente porque la última palabra a propósito de cuándo la Constitución ha resultado vulnerada la tiene un órgano judicial o de características jurisdiccionales. En todo caso, la eficacia directa de la Constitución exige que la tutela de los derechos fundamentales se lleve a cabo en sede judicial, pero, además, tanto si el control de constitucionalidad es difuso, cuanto si es concentrado, el órgano que decide actúa 'a la manera de un juez'. Efectivamente, en los modelos de control concentrado de constitucionalidad también se tiende a dotar al órgano que ejerce esta función de una cierta legitimidad democrática, pero no parece que sea éste el argumento determinante para justificar que las decisiones del Tribunal Constitucional se impongan a las del legislativo. En nuestra cultura jurídica, el Tribunal Constitucional no actúa como representante, sino como un órgano independiente e imparcial que ha de motivar sus decisiones desde el Derecho.

Parece, pues, que el fundamento de la legitimidad del juez ha de situarse en la racionalidad de su decisión, en el procedimiento a través del cual ésta se produce y en la posición institucional de la judicatura, más que en la idea de que su voluntad es democrática. La racionalidad pretende controlarse estableciendo para el juez la obligación de motivar las sentencias; sobre el alcance de esta obligación y el modo en el que enlaza con las teorías de la argumentación no me voy a detener aquí. El objeto de estas páginas, por el contrario, es examinar las garantías institucionales y procedimentales a través de las que se intenta asegurar que los miembros del poder judicial estén sometidos únicamente al imperio de la ley. Estas garantías se traducirán, en definitiva, en los rasgos de independencia e imparcialidad. De este modo, es posible afirmar que independencia e imparcialidad

componen, en la actualidad, la especificidad del Poder Judicial (Shetreet:1985).

Como tendremos ocasión de comprobar, la imparcialidad ha sido una característica atribuida a la función de juzgar desde que ésta es conceptualizada históricamente. Junto a ella, en el Estado de Derecho, sumisión a la ley e independencia pasan a ser los elementos sobre los que se articula la legitimidad de la decisión judicial —además de requisitos técnicos para que el Derecho cumpla su función, vinculados a la idea de sistema (Asís: 2005: 59 y ss.; Requejo: 1989: 97 y ss.)—. La ya mencionada revisión del significado del sometimiento a la ley que se produce en el contexto del *civil law* ha de suponer también una revisión de los mecanismos a través de los cuales se asegura la independencia y un interés creciente sobre los cauces a través de los cuales es posible exigir responsabilidad al juez.

Conviene subrayar que tanto en relación con los sistemas del *case law*, como por lo que respecta a los sistemas del *civil law*, el sometimiento al Derecho, la independencia y la imparcialidad son los elementos que definen la posición institucional del órgano encargado de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Sin embargo, también es cierto que en los distintos ámbitos estos objetivos se han enfrentado a distintos retos; por lo que al mismo tiempo son diferentes las garantías dispuestas para alcanzarlos; de tal modo que, por ejemplo, el precedente, que en el contexto del *common law* refuerza el sometimiento al Derecho, es considerado tradicionalmente como un obstáculo para la independencia en el ámbito del *civil law*. Muchas de las diferencias encuentran una explicación en los distintos modelos de constitucionalismo que se originaron a uno y otro lado del Atlántico y en las distintas ideologías de la función judicial que los acompañan.

En adelante voy a hacer un somero repaso a qué se entiende en la actualidad por cada uno de estos tópicos (sumisión a la ley, independencia e imparcialidad) y cuáles son los principales problemas que todavía hoy debe abordar su articulación institucional en los sistemas del *civil law*.

2. SUMISIÓN A LA LEY

En el continente europeo, el llamado paradigma jurídico tradicional se articuló sobre la base de que el judicial no es un poder, se concibe más bien como un servicio público, es decir, como administración de justicia y, en consecuencia, su organización se sitúa bajo el Poder Ejecutivo. Desde esta concepción, la sentencia constituye la descripción de una operación mecánica a través de la cual; el juez, conocedor del Derecho y tras haber accedido a la verdad de los hechos, ofrece la respuesta que ya estaba prevista por el legislador.

La representación de la función judicial coherente con este esquema guarda relación con dos ideales con interpretaciones diversas, pero que en todo caso permanecen fuertemente arraigados en el pensamiento jurídico-político europeo continental a partir de la Ilustración: la democracia y la certeza.

En el momento en el que la Constitución asume carácter vinculante, la sumisión a la ley se redefine como sumisión a la Constitución; por lo que, al menos en este sentido, el viejo paradigma debe ser revisado. Además, la Constitución impone la realización de valores que pueden resultar antagónicos, así como el respeto a derechos que pueden entrar en conflicto y, por si fuera poco, se expresa en un lenguaje impreciso. Aun cuando las críticas antiformalistas no hubieran resultado suficientemente convincentes a propósito de la presencia de antinomias y lagunas en el Derecho tal y como venía siendo entendido, la nueva situación obliga también a replantear el significado de la certeza.

Por otro lado, los sistemas de control de constitucionalidad se basan en que quien determina si la ley es conforme o no con la Constitución democráticamente establecida es un órgano con características jurisdiccionales. En cierto modo, y salvo que se redefina la democracia, el constitucionalismo es antidemocrático, por lo que no parece que la legitimidad de quien administra la Constitución haya de proceder —cuando menos en exclusiva— de su elección por el pueblo.

Otros fenómenos también presentes en este escenario de ‘crisis de la ley’ o ‘desbordamiento de las fuentes del Derecho’, como la incidencia del Derecho de la Unión Europea en los ordenamientos de los Estados miembros, han de hacernos repensar el papel atribuido a la democracia y la certeza y sus garantías. Sin embargo, de forma muy evidente, la Constitución normativa muestra con claridad que el respaldo de la mayoría no es el único criterio de legitimidad de nuestras instituciones y que el método jurídico tradicional no asegura suficientemente que las decisiones sean predecibles. Ya he apuntado que la reflexión sobre esos otros criterios de legitimidad en relación con la actuación del juez, nos conduce a la independencia y la imparcialidad. Además, si el sometimiento a la ley no puede suponer anular la voluntad del juez en el proceso de aplicación del Derecho, resulta pertinente la reflexión sobre los criterios que permiten racionalizarla y hacerla previsible. A este respecto conviene mencionar uno de los mecanismos que en mayor medida están reclamándose en el ámbito continental como adecuados en este contexto para revitalizar la certeza, se trata del precedente.

El sometimiento a la ley es una exigencia que se deriva precisamente de la función que socialmente se atribuye a los jueces. La resolución de conflictos a través del procedimiento judicial se diferencia, como fenómeno social, en que se articula sobre la base de un tercero que resuelve de acuerdo con reglas preexistentes (Shapiro: 1981). De este modo, incluso cuando el Derecho no es claro, no se refiere al supuesto concreto u ofrece a propósito del mismo respuestas contradictorias, la función del juez sólo se cumple si el criterio utilizado se presenta como preexistente; lo cual exige, además, que se utilice como parte del Derecho en los casos futuros (Shapiro:2001: 274). De tal forma, se requiere que quien se aparte de las pautas utilizadas para resolver en ocasiones anteriores, justifique que existen razones que permiten recurrir a elementos diferentes.

En definitiva, la sumisión a la ley significa que jueces y tribunales tienen la obligación

de ejercer la función jurisdiccional decidiendo sobre la base de reglas preexistentes, aunque parece también que no se puede negar que la función social del Derecho implica que el sometimiento al Derecho trasciende el sometimiento a la ley y que los jueces introducen pautas para resolver que en ocasiones deben tenerse en cuenta en casos futuros.

En el ámbito del *case law* el valor del precedente implica aceptar esa capacidad creadora del juez, y, al tiempo, establecer garantías de que el criterio, una vez creado, será tenido en cuenta en decisiones futuras. La desconfianza hacia los jueces, que marca el modo en el que se concibe la aplicación del Derecho en el ámbito continental, es una de las explicaciones que se ofrecen para el rechazo a esta técnica. Sin embargo, es innegable que las decisiones llevadas a cabo en el pasado en sede judicial han de tener algún peso en el futuro, si el mismo Derecho pretende ser eficaz; pero también para no poner en peligro la igualdad y la coherencia. Además, la organización judicial exige algún tipo de 'unidad de respuesta'.

Por otro lado, suele insistirse en que una vinculación absoluta al precedente, expresado en las decisiones de los órganos superiores, podría poner en peligro (conforme veremos en el apartado posterior) la independencia de los jueces y magistrados llamados a administrar la justicia por mandato constitucional. En buena medida, sobre la base de este argumento, se ha establecido un tabú en torno a la discusión a propósito del precedente que impide una reflexión libre de prejuicios. Aun cuando el debate no puede dejar de lado que la independencia sigue siendo uno de los pilares en los que se fundamenta la legitimidad del juez y debe abarcar también la reflexión sobre el modelo de organización judicial que se persigue, sería interesante replantear seriamente la cuestión del alcance del precedente en el ámbito del *civil law*, una vez aceptados los límites del método jurídico tradicional como garantía de la democracia y de la certeza.

Desde luego, una organización burocrática de la judicatura no resulta fácilmente conciliable con la exigencia de racionalidad que se

refiere a todas y cada una de las decisiones judiciales, y, por tanto, que vincula al juez concreto en relación con el caso concreto. Además, quienes están llamados, por mandato constitucional, a administrar la justicia, y, por tanto, de quienes se predica la independencia es de jueces y magistrados y no de la organización judicial en su conjunto.

Por otro lado, esa concepción jerarquizada del aparato judicial permite la unidad de decisión, pero en un modelo así; el juez pierde su independencia como individuo, al tiempo que, o la administración de justicia se subordina a alguno de los otros poderes (con lo que también deja de ser independiente, deja de ser poder), o se hace, cuando menos jurídicamente, ingobernable como poder. La primera de estas alternativas es la que, como veremos, terminó convirtiéndose en el modelo francés asociado al Estado liberal. En el apartado siguiente tendremos ocasión de detenernos de nuevo en esta cuestión.

3. INDEPENDENCIA

En este apartado se trata de profundizar en el significado de la independencia como una de las claves sobre las que se articula la legitimidad de las decisiones judiciales. Por esta razón, interesa adoptar el punto de vista del poder judicial, es decir, queda fuera de nuestro objeto en este momento la discusión sobre las posibilidades de influencia del Poder Judicial sobre otros poderes (por ejemplo, sobre la Administración) que sí ha sido una preocupación histórica.

Con todo, en la reflexión sobre la independencia conviene diferenciar (y ello no siempre sucede) la independencia de la administración de justicia de la independencia del Poder Judicial. Si bien la independencia de la organización favorece la independencia en el ejercicio de la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, se trata de cuestiones distintas. Cuando se habla de independencia como elemento sobre el que se construye la legitimidad de la

decisión judicial, se está haciendo referencia a la independencia de los jueces y magistrados y, con esta premisa, la independencia de la organización resulta instrumental en relación a aquella acepción. La experiencia histórica parece mostrar que para conseguir que la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado se realice de forma independiente se requiere la independencia de la organización en la que el juzgador se inserta.

Podemos considerar que la independencia existe cuando el juez falla a partir de las razones que le suministra el Derecho. Planteado el problema de una forma tan amplia, la imparcialidad y la independencia en el Estado de Derecho responden a una misma finalidad: el sometimiento a las razones que brinda el Derecho. Ambas son, en definitiva, instrumentales con respecto a la sumisión a la ley. Sin embargo, todavía es posible diferenciar entre las exigencias concretas de uno y otro principio si consideramos que la independencia protege al juez de presiones externas, mientras la imparcialidad tiene que ver con las presiones internas. De algún modo, la independencia se orienta a dejar fuera las razones ajenas al Derecho que proceden de otras instancias, mientras la imparcialidad busca dejar fuera las razones ajenas al proceso que encuentran su origen en el propio juez. En este sentido, pues, es en el que se puede afirmar que la independencia no puede significar autonomía del juez y en el que se puede considerar la independencia al servicio de la imparcialidad.

Históricamente, la independencia se vincula con la separación de poderes. En la actualidad se requiere ampliar sus garantías para salvaguardar el proceso de la influencia de poderes sociales no necesariamente institucionalizados.

En el ámbito continental europeo no se puede hablar de independencia (al menos en el sentido expresado) hasta la Revolución Francesa. No es hasta este momento cuando se concibe la justicia como una función diferenciada y se articula el poder judicial. La referencia teórica es Montesquieu —recordemos que Locke ni siquiera define un Poder Judicial

en su esquema de separación de poderes— y, en el ámbito francés, la ley de 1790 supone la plasmación jurídica de la separación entre Administración y Poder judicial —en estos momentos para garantizar la independencia de la Administración (García de Enterría: 1983)—. En el caso de España, es la Constitución de Cádiz (1812) la que introduce la idea de que las ‘funciones del juez deben separarse de cualquier otro acto de autoridad soberana’, conforme a lo señalado en el Discurso leído por Agustín de Argüelles. En este documento, el fundamento de la independencia de la ‘potestad’ judicial se sitúa en la salvaguarda de la libertad política y civil (y este mismo es el fundamento del juez natural).

Desde una interpretación que pretende ser técnica y ajena a consideraciones axiológicas a propósito del tema, la independencia judicial se justifica desde la atribución a su titular de la función de ‘tutela del ordenamiento’ que se orienta a impedir la ruptura del propio sistema (Requejo: 1989: p. 138). Desde esta concepción, el juez es el guardián de la legalidad.

Si bien esta última idea no tiene por qué resultar contradictoria con lo anterior, lo cierto es que el Estado de Derecho, y la comprensión sistemática del Derecho que lo acompaña, no es un concepto ‘neutral’. Por tanto, la exigencia de independencia en las distintas variaciones en las que se articula en nuestro entorno se comprende mejor desde la combinación de ambos puntos de vista —el técnico y el normativo—. Así lo acredita el que en buena medida la crítica a estas diferentes versiones se fije en los fracasos detectados tanto desde el punto de vista técnico como desde el punto de vista de la ‘libertad política’ tal y como es concebida por el clásico.

En cualquier caso, la independencia interesa en este trabajo como un elemento de legitimidad de la decisión judicial, una vez que se asume el carácter indeterminado del Derecho del que el juez es guardián, y que el principio de legalidad tal y como venía siendo planteado ha de ser reformulado a partir de la incidencia del constitucionalismo (Barranco: 2004).

Sin embargo, como se ha mencionado, en el desarrollo jurídico-positivo del modelo clásico, el poder judicial se configura como un 'poder nulo' (incluso deja de hablarse de poder en relación con él) y las garantías de independencia están orientadas a su imparcialidad, en el sentido de que el objetivo es que el juez aplique de forma ciega y mecánica la ley, a la que, como se ha mencionado, quedaba reducido el Derecho. Por esta razón, la independencia, en este paradigma, requiere neutralidad, y no es incompatible con que los jueces, que en el esquema de Montesquieu tienen un carácter electivo, terminen convirtiéndose en funcionarios (Revena: 2004, p. 142). De este modo, durante mucho tiempo convivirá el ideal de la independencia del juez con una administración de justicia jerarquizada y, normalmente, inserta en el ejecutivo. Este es el caso claro del modelo napoleónico, que es importado a España. En nuestro país, la organización de la justicia permanece integrada en el poder ejecutivo hasta la consolidación del modelo constitucional; y aún hoy existen residuos de ese pasado desde el momento en que el Consejo General del Poder Judicial asume funciones en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario de jueces y magistrados (artículo 107 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), pero el Ministerio de Justicia mantiene la competencia presupuestaria y sobre el personal de la Oficina Judicial. A parte cabe mencionar las competencias de las Comunidades Autónomas en gestión de medios materiales y, en ocasiones, personales (artículo 439 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), y de los Ayuntamientos en relación con el nombramiento de los Jueces de Paz.

Frente a esta situación, en el constitucionalismo americano, el judicial se configura efectivamente como un poder independiente. Su articulación se aleja del modelo burocrático en el que, a efectos organizativos, el juez viene equiparándose a un funcionario más. Así, el carácter vitalicio del cargo, la inamovilidad y el acceso a través del mecanismo de concurso-oposición, dejan de entenderse como condiciones necesarias para poder afirmar la in-

dependencia. La organización de los medios materiales y personales y, por tanto, la administración del presupuesto, pende frecuentemente de la Corte Suprema, cuyos miembros —en el caso de los Estados Unidos de América, por ejemplo— son elegidos por el ejecutivo y/o el legislativo, normalmente, en los últimos tiempos, con participación de Consejos Judiciales. Es precisamente en el caso del sistema federal, donde el protagonismo sobre el nombramiento de los miembros de la Corte Suprema es del Presidente, donde se han desarrollado fórmulas de autogobierno de cada uno de los tribunales superiores que asumen, además de competencias jurisdiccionales, competencias de organización, y se han creado distintos Consejos formados por jueces, que de un modo u otro se distribuyen las competencias organizativas (López Guerra: 1997).

Y es que en el ámbito del *civil law* la judicatura se considera uno de los obstáculos para la articulación práctica del Estado de Derecho. Recordemos que los cargos judiciales en el Antiguo Régimen son frecuentemente hereditarios y que se adquieren por compra-venta. Por ejemplo, en el ámbito francés, el Rey podía volver a comprar los cargos, pero la situación económica de la Corona hace inviable este retorno y, de hecho, convierte a los jueces en independientes e incontrolables, ello en el caso de que no sean sin más comisarios del Rey. Además, en muchos lugares las decisiones no tienen que motivarse y, por último, hay una imparable tendencia al arbitrio que se refleja, por ejemplo, en el Discurso Preliminar a la Constitución de Cádiz:

"Dos grandes escollos son los que hacen peligrar la administración de justicia, según el orden establecido en nuestra jurisprudencia. Escollos que no es posible evitar del todo mientras las luces no se difundan y en tanto que la libre discusión de las materias políticas no ponga á la Nación en estado de comparar el sistema judicial de otras naciones con el que se observa en España. Los tribunales colegiados y perpetuidad de sus jueces, y la facultad que tienen éstos de calificar por sí mismos el hecho sobre que han de fallar, sujetan sin duda alguna á los que reclaman las leyes al duro trance de hallarse muchas veces á discreción del juez ó tribunal."

Sin embargo, el desarrollo de la jurisdicción contencioso-administrativa, primero, y la consolidación del constitucionalismo, después, implican confiar en los jueces para garantizar el sometimiento de todos los poderes a Derecho. Resultaría incompatible, pues, con el lugar otorgado al poder judicial por las constituciones, mantener como argumento a favor de su organización burocrática y de su dependencia del ejecutivo, la vieja desconfianza hacia la nobleza de toga. Muy al contrario, el desarrollo del Estado constitucional arranca de la desconfianza hacia las mayorías en el funcionamiento del poder constituido, y, por extensión, de la necesidad de establecer frente a ellas frenos y contrapesos. Con estas premisas, pues, debe ser abordada la reflexión sobre la independencia de la administración de justicia en nuestra cultura jurídica

Como se apuntó al comienzo de este apartado, la independencia relevante constitucionalmente se refiere a jueces y magistrados. Desde esta perspectiva, ya se ha mencionado que una de las cuestiones que el diseño institucional de la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado tiene que afrontar es la de la compatibilidad de la necesaria independencia de los jueces y magistrados que la ejercen, con el establecimiento de un sistema de recursos y la garantía de una cierta uniformidad, como exigencia de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley.

A pesar de que, por ejemplo, en España, el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, intenta garantizar la independencia de los órganos judiciales con respecto a sus superiores, la organización de la judicatura conforme a un modelo predominantemente burocrático asegura la adecuación de los órganos judiciales inferiores a las líneas establecidas por los superiores. De este modo, el objetivo que en los sistemas del *common law* intenta asegurarse mediante el precedente, se consigue en el ámbito del *civil law* por la organización en cierto modo piramidal de la judicatura y por el sistema de recursos (Ferrerres:2009: p. 53).

Se apuntó que la subsistencia de una organización burocrática, unida a otros factores,

como que se admita un elevado grado de influencia de los órganos superiores sobre la carrera de los jueces, puede poner en peligro la independencia de jueces y magistrados. Esta precaución cobra todo su sentido, por ejemplo, en relación con el caso francés, donde las competencias organizativas de los órganos superiores afectan al modo en el que pueden ser promocionados los jueces inferiores.

En estas condiciones, admitir algún tipo de valor para el precedente, puede ser más coherente con el papel atribuido al juez por la Constitución; más honesto, puesto que implica aceptar unas prácticas que se vienen realizando, y deseable como garantía de racionalidad. Tal vez la consideración del precedente desde este último punto de vista tenga más que ver con exigencias del razonamiento judicial que con las garantías orientadas a asegurar la independencia, que son de las que aquí nos ocupan, sin embargo, resulta interesante reiterar cómo en nuestro contexto se ha argumentado vivamente en contra del precedente desde la idea de independencia. Dado que mientras se mantenga la organización jerárquica, la independencia de jueces y magistrados en el ejercicio de la actividad jurisdiccional con respecto de otros órganos judiciales y del gobierno tampoco parece que pueda esgrimirse como un valor absoluto; la seguridad jurídica, la igualdad ante la ley y la imparcialidad cobran un mayor peso en la discusión a favor, cuando menos, del autoprecedente.

Además de esa relectura que hemos de hacer en el ámbito del *civil law* de las garantías de independencia, y que debe llevar a plantearnos en qué medida a la altura de nuestro tiempo ésta es compatible con una organización burocrática y requiere ineludiblemente la satanización del precedente, existe una cuestión que merece ser considerada. Se trata de hasta qué punto los jueces y magistrados encargados de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado están protegidos frente a presiones externas que pueden ser ejercidas por otros poderes, por excelencia, los medios de comunicación.

Por otro lado, la configuración del Poder Judicial como distintos órganos que actúan

de forma separada, orientada precisamente a la salvaguarda de la independencia, dificulta el establecimiento de mecanismos de responsabilidad diferentes del penal. Efectivamente, la responsabilidad disciplinaria puede poner en peligro la independencia de jueces y magistrados en relación con sus superiores y con otros poderes; y la responsabilidad ante la opinión pública corre el riesgo de poner a jueces y tribunales a disposición de los medios de comunicación.

Una vez más, la respuesta debe orientarse desde el presupuesto de que el judicial es un poder y, en este sentido, puede ser razonable buscar fórmulas que aproximen los mecanismos de responsabilidad judicial a los que se han articulado en relación con los sujetos que forman parte de los otros poderes del Estado. En España, durante el absolutismo monárquico, existían sistemas de responsabilidad en los que el control se refería tanto a la actuación jurisdiccional como a cuestiones administrativas. En este contexto, esa dependencia se acomoda perfectamente al esquema de legitimidad que se organizaba a partir de la idea de que el poder deriva en última instancia del Rey, en el que Dios lo deposita.

Las ideas ilustradas modifican este esquema de legitimidad. En la propuesta de Montesquieu, la función judicial debe ser desempeñada por ciudadanos periódicamente constituidos al efecto, pero es sabido que no es este el modelo que se consolida, ni en Francia ni en España. Efectivamente, en Francia, en 1790, se establece un sistema de provisión de los jueces a través de elecciones que es sustituido muy pronto por un esquema que se corresponde con una comprensión del Derecho como un sistema coherente y pleno y con la representación del juez como boca muda. En definitiva, con la negación del poder del juez. La nueva articulación termina consiguiendo el efecto contrario del que se persigue: la irresponsabilidad de la judicatura (Dawson: 1964).

En el momento en el que se acepta que al menos en relación con algunos casos, o con algunas cuestiones, en el proceso de la aplicación del Derecho, existe un margen de discrecionalidad,

se justifica el desarrollo de mecanismos para reclamar responsabilidad al juez en el ejercicio de sus funciones.

Por otro lado, la administración de justicia aparece como un aparato del Estado y, desde este punto de vista, requiere de una organización, esto es, la dotación de medios personales y materiales y su gestión (López Guerra: 1997). Se ha reiterado que en el modelo del juez boca muda, no se considera incoherente la independencia del juez en su función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, con su inserción —en tanto que funcionario— en el Poder ejecutivo. Este esquema que es el que, como se ha mencionado, se mantiene en el Derecho español, implica que quien gobierna retiene buena parte de la capacidad sancionadora.

Por ello, también en el siglo XIX, el modo en el que los mecanismos de responsabilidad se concebían deriva en que el poder ejecutivo retiene potestades de control sobre los órganos judiciales superiores. En la época del primer constitucionalismo, aunque desde la Constitución de Cádiz se atribuye a las Cortes competencia para reclamar responsabilidad al Tribunal Supremo, se producen toda una serie de avances y retrocesos en el desarrollo de fórmulas orientadas a asegurar una cierta independencia. Sin embargo, finalmente terminan prolongándose los mecanismos que hacían depender el poder judicial del poder político a través de la responsabilidad del Tribunal Supremo. Además, como consecuencia del sistema, se genera una considerable inseguridad jurídica, porque aunque hubo proyectos de ley que intentaron regular los motivos por los que un juez podía incurrir en responsabilidad, así como las consecuencias y los órganos que debían decidir, muchos ni siquiera llegaron a discutirse y quedaron a merced de la convulsa historia española (por ejemplo, en un proyecto de ley presentado el 1 de junio de 1938 se proponía que estas causas fueran conocidas por un tribunal especial de Senadores, aunque en otros momentos los miembros el Supremo que incurrieran en responsabilidad podían separados sin que hubiera proceso). La Ley Orgánica Provisional del Poder Judicial de 1870

atribuye al Consejo de Ministros la facultad de destituir a los jueces y magistrados, entre otras circunstancias, “cuando por su conducta viciosa, por su comportamiento poco honroso, ó por su habitual negligencia, no sean dignos de continuar ejerciendo funciones judiciales” (artículo 224).

La articulación del Consejo General del Poder Judicial en España, se corresponde con la tendencia común a Europa continental de crear Consejos de la Magistratura. Se trata en todo caso de instituciones que actúan como órganos de gobierno, pero que asumen únicamente competencias administrativas y nunca jurisdiccionales.

En el Estado español, pues, la administración de justicia y el régimen disciplinario han pasado a depender de Consejo General del Poder Judicial. La Constitución prevé que los veinte vocales del Consejo —presidido por el Presidente del Tribunal Supremo— han de ser nombrados por el Rey por un período de cinco años y serán propuestos: cuatro por el Congreso y cuatro por el Senado, por mayoría de tres quintos entre abogados y juristas de reconocida competencia y más de veinte años de antigüedad; los doce restantes, serán Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, pero la Constitución no se refiere a cómo estos miembros togados son seleccionados. De hecho, siempre han sido propuestos por las Cámaras. Desde 2001, además con participación de las asociaciones de la judicatura, con el consiguiente riesgo de instrumentalización política del órgano de gobierno de los jueces, que por otro lado, ya se produce en relación con los miembros no togados.

De cualquier forma, y con todos los riesgos que el sistema de partidos genera para la democracia, la legitimidad democrática del órgano de gobierno sólo puede pasar por la elección de sus miembros. Por otra parte, conviene que nos planteemos hasta qué punto no sería coherente con una mayor independencia de los jueces el que los miembros jueces y magistrados fueran seleccionados por los propios jueces en su totalidad. La gran ventaja a favor de esta opción tiene que ver con una mayor facilidad

para alejar la selección de estos miembros del sistema de partidos.

Como puede extraerse de las páginas anteriores, la responsabilidad y la inamovilidad son cuestiones estrechamente relacionadas con la necesidad de establecer garantías de independencia. Para que la responsabilidad no reste independencia, debe referirse precisamente a los actos del juez que son contrarios a Derecho. También, por tanto, el modo en el que opera la responsabilidad ha de modularse a la vista del nuevo sentido que adquiere el sometimiento a Derecho.

Por otro lado, la inamovilidad implica, en los sistemas de influencia francesa, la imposibilidad de que los nombramientos judiciales sean revocados o suspendidos, de que los jueces sean retirados anticipadamente o desplazados de forma arbitraria por el gobierno. Tanto en Francia como en España adquiere una gran importancia como garantía frente a injerencias del poder ejecutivo (Seong-Hak Kim: 1998). Como otros elementos que definen la posición institucional del juez en este contexto, el modo en el que se articula la inamovilidad aproxima la situación del juez a la del funcionario de carrera y tiene todo su sentido en una concepción burocrática de la judicatura como coraza de los órganos inferiores frente a los superiores. Sin embargo, no es una condición necesaria para la independencia, puesto que, por ejemplo, en el modelo de Montesquieu los cargos judiciales, de carácter electivo, se desempeñan por un período determinado.

4. IMPARCIALIDAD

La imparcialidad es una característica que se introduce en la definición de la actuación del juez, incluso en el Antiguo Régimen, en el que la Justicia no alcanzaba a ser concebida como una función diferenciada y, en todo caso, quien la administra se sitúa en “una jerarquía que arranca de Dios y de su *vicario en la tierra* que es el Rey” (Tomás y Valiente: 1990: 14). Efectivamente, como técnica de solución

de conflictos —lo veíamos antes— el Derecho se caracteriza porque se basa en la existencia de un tercero imparcial que resuelve de acuerdo con normas preexistentes. Sin embargo, cuál sea el sentido de la imparcialidad, así como las garantías que se han implementado para asegurarla, han variado históricamente. De un modo u otro, la imparcialidad supone que las razones de la decisión son distintas de los intereses de las partes.

En el Estado de Derecho, el criterio, que debe estar por encima de los intereses de las partes, pero que también pretende ser ajeno a los prejuicios del propio juez, es la ley. A pesar de que en este contexto la independencia del Poder Judicial se orienta, como hemos visto, a que la decisión del juez en el caso concreto se realice teniendo en cuenta únicamente las razones que le brinda el Derecho, y, como se ha mencionado, coincide con la finalidad atribuida a la imparcialidad, merece la pena abordar la cuestión de la imparcialidad de forma separada. De algún modo, bajo esta rúbrica tendría sentido incluir a todas aquellas garantías encaminadas a evitar que las presiones que el juez pueda recibir en relación con el asunto concreto que se sustancia influyan en su decisión.

Existen varias cuestiones que aparecen vinculadas a la idea de imparcialidad. La primera es la de las relaciones que se producen entre la imparcialidad y la neutralidad, la segunda el tratamiento de la recusación y de la abstención como garantías de imparcialidad, la tercera el tratamiento de la objeción de conciencia de los jueces desde esta idea; podría señalarse también el tratamiento del derecho de asociación de los jueces y el régimen de incompatibilidades como aspectos relacionados con la imparcialidad y con la independencia.

De todas ellas, sólo me referiré a la neutralidad, porque en torno a este tópico es donde se renueva la discusión al hilo de la articulación del Estado constitucional. Y ello porque los cambios en la función que se atribuye a la judicatura, y vienen de la mano de la revisión de la idea del sometimiento a Derecho, afectan también a la imparcialidad, y, en concreto, desde una cierta comprensión del constitucio-

nalismo, la imparcialidad deja definitivamente de ser considerada como equivalente a neutralidad del juez.

La idea de que los jueces deben ser neutrales a propósito de sus decisiones conduce, en el extremo, a negar su competencia para interpretar la ley. Efectivamente, el modelo de juez del código napoleónico incorpora la prohibición de interpretación. Las ideas que subyacen a esta configuración del juez llevan, en materia de interpretación constitucional, a formular la teoría del constitucional thayeriano. Esta teoría se basa en la tesis de la deferencia judicial y en que el intérprete de la Constitución debe aceptar la opción interpretativa realizada por el legislador cuando existen varias posibles.

Por su parte, el originalismo supone la contrapartida en el plano constitucional de lo que en el Derecho civil representa el método exegético y, en definitiva, del que termina consolidándose como método jurídico tradicional. En ambos casos, lo que se le pide al juez es, efectivamente, que actualice la voluntad del autor de la norma.

Sin embargo, cuando lo que se reclama del juez no es que se pronuncie sobre la validez de una ley, sino que resuelva un caso concreto en el que alguien alega, por ejemplo, una vulneración de derechos, esta tesis carece de utilidad. Aun aceptando que hay un marco claro al que poder remitir la voluntad del autor, que el conflicto se produzca supone que hay dos interpretaciones posibles dentro de ese marco delimitado por la Constitución y por las normas de desarrollo, y que, inevitablemente, el operador tiene que optar por una de las interpretaciones posibles dentro de él.

La necesidad de dotar a la Constitución de eficacia jurídica implica también que los jueces tienen la obligación de realizar sus contenidos materiales. Esta situación debe llevarnos a reformular la exigencia de neutralidad, puesto que ésta, ahora menos que nunca, puede hacer referencia a la ausencia de valoraciones. Muy al contrario, la neutralidad ha de suponer que los valores que orientan la decisión han de ser, en cada caso, los valores constitucionales. En estas

condiciones, cobra vital importancia el principio de contradicción que aparece así como una condición de imparcialidad y que sin duda supone un límite a la posibilidad que tiene el juez de introducir valores en el proceso.

Concretamente, la congruencia (que el Tribunal Constitucional español deriva del artículo 24.1 de la Constitución) es una exigencia que se dirige a asegurar que la decisión judicial da respuesta a las cuestiones planteadas por las partes. Habrá incongruencia, pues, en la medida en que las partes no hayan tenido la oportunidad de discutir las cuestiones abordadas en la sentencia. Desde este punto de vista, la posibilidad del juez de ‘crear’ Derecho aparece acotada en buena medida por las pretensiones y argumentos introducidos por las partes. Una vez más, vemos cómo la motivación resulta clave para entender la confianza que la Constitución deposita en los jueces.

Efectivamente, la congruencia obliga al juez a atenerse a los fundamentos de hecho o de Derecho introducidos por las partes. Así, por ejemplo, el artículo 218.1 de la Ley española de Enjuiciamiento civil, señala que “las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes”. A la luz de este precepto, podemos ver cómo la congruencia tiene dos dimensiones: por un lado, exige al juez que considere los argumentos introducidos por las partes; por otro, impide que el juez se desvíe de lo que las partes solicitan. Por su parte, la congruencia en el proceso penal se traduce en el principio de correlación y se establece entre la condena y la acusación.

De cualquier forma, el principio de contradicción supone un límite muy importante que

no siempre se tiene en cuenta cuando se critica el activismo judicial. De algún modo, para que el juez o el Tribunal incorpore una nueva interpretación, es preciso que ésta haya sido sugerida por las pretensiones de las partes, lo que asegura que las consecuencias para el caso concreto hayan sido discutidas en el proceso.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Tras estas notas a propósito del sentido que sometimiento a la ley, independencia e imparcialidad asumen en nuestro contexto, es posible concluir que es obligado repensar la idea de sumisión a la ley, que permitía hacer compatible la dependencia exclusiva del juez individual con respecto al Derecho, con la dependencia de la organización de justicia con respecto al poder ejecutivo. En este orden de consideraciones, se hace perentorio retomar, en los sistemas del *civil law*, la reflexión sobre el papel del precedente como un elemento de racionalidad de la decisión.

Por otro lado, la organización judicial burocratizada admite el mantenimiento de elementos de dependencia con el ejecutivo, cuestión ésta que puede suponer un problema para la independencia de jueces y magistrados. Además, los mecanismos que permiten exigir responsabilidad al juez individual no están suficientemente depurados, pero, al tiempo, su carrera está en algunos contextos condicionada por la opinión de los superiores, por lo que en estos sistemas el juez es irresponsable, pero dependiente.

También en relación con la independencia, una cuestión a tener en cuenta es el modo en el que se conforman de los Consejos de la Magistratura de los que, por otra parte, depende la administración del régimen de responsabilidad de los jueces. Si el sistema se basa en la elección por los representantes, se establece una dependencia del órgano de gobierno de los jueces con respecto al legislativo y se reproduce con respecto a la selección de sus miembros el sistema de partido. Por el contrario, si la elección

se lleva a cabo por los propios jueces, es posible que se reproduzca el sistema de partidos, pero al menos también se puede afirmar que el órgano es en mayor medida independiente. En este sentido, la fórmula de la Constitución española parece admitir la posibilidad de que una parte de los miembros del Consejo General del Poder Judicial sea elegida por los propios jueces. Este sistema mixto, parece el más coherente con los principios en juego.

En definitiva, el modelo meramente burocrático de judicatura no es ya adecuado en el

Estado constitucional. Mantenerlo a toda costa puede perjudicar la certeza, la independencia y la imparcialidad y, por tanto, la legitimidad del Poder Judicial. Un aspecto nada desdeñable que debe ser abarcado en este debate es la formación de los jueces que sigue respondiendo, en buena medida, al viejo paradigma del judicial como mera administración de justicia. De este modo, el juez puede terminar considerándose, efectivamente, un engranaje del aparato estatal y puede pensar que la responsabilidad sobre sus decisiones, que en definitiva no son tales, recae sobre los otros.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

El punto de partida de esta investigación se encuentra en tres publicaciones previas sobre la aplicación del Derecho en el Estado constitucional: *Derechos y decisiones interpretativas*, “Sobre el método jurídico como ficción”, y *Constitucionalismo y función judicial*, Lima, Grijley, 2009. En ellas se justifica que la aplicación del Derecho implica un amplio margen de discreción del juez que, en el marco del Estado constitucional, viene requerido por la necesidad de dotar de eficacia a la Constitución frente a los poderes constituidos. También sobre el constitucionalismo como escenario que exige la revisión del modelo de juez, son interesantes los trabajos de Saavedra, M.; “La legitimidad judicial en la crisis del imperio de la ley”, *Jueces para la democracia*, n.º 18, 1993, pp. 3-9 y de Simon, D.; *La independencia del juez*, trad. C. Ximénez Carrillo, Barcelona, Ariel, 1985. En este último texto se plantea la independencia desde la necesidad de reformular el sometimiento a la ley.

El marco de la reflexión lo constituyen los sistemas del *civil law*. Es importante tener en cuenta las diferencias que existen entre los distintos modelos históricos de constitucionalismo. A propósito de este tema, pueden consultarse Fioravanti, M.; *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, trad. M. Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2001; y Matteucci, N.; *Organización del poder y libertad. Historia del Constitucionalismo moderno*, trad. M. Martínez Neira y F.J. Ansuátegui, Madrid, Trotta, 1998.

Con estas coordenadas, a lo largo de estas páginas se ha pretendido reflexionar sobre las distintas cuestiones en términos generales y sin tomar por referencia un sistema jurídico concreto, aun cuando por proximidad se ha tomado como ejemplo el caso español. En este sentido, un repaso completo a la justicia en la Historia de España, se encuentra en González Alonso, B.; “La justicia”, en Artola, M. (dir.), *Enciclopedia de historia de España*, Vol. 2, 1988, pp. 343-419. También sobre la Historia de España, puede consultarse Sánchez Rubio, J., “Del gobierno de los jueces al poder judicial. El tránsito del modelo jurisprudencial del *ius commune* al poder judicial del constitucionalismo”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, n.º 18, 2001, pp. 51-79.

Un breve y crítico repaso de los efectos del régimen jurídico de la independencia durante la reciente historia española se encuentra en López Keller, C.; “La independencia del Poder judicial: un viaje de ida y vuelta”, *Jueces para la democracia*, n.º 51, 2004, pp. 34-36. En una línea crítica se desarrollaba también el trabajo de Andrés Ibáñez, P. y Movilla Álvarez, C., *Poder judicial*, Madrid, Tecnos, 1986, que repasa los temas que son clave para comprender la organización judicial en España y sitúa en la independencia la clave de la legitimidad del juez.

Sobre el régimen jurídico de la independencia y la responsabilidad, en este caso desde la perspectiva constitucionalista y estrictamente jurídica, puede verse el estudio de Rosado Iglesias, G.: “Independencia y Responsabilidad judicial”, *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 29, 2006, pp. 59-103. También sobre responsabilidad, resulta interesante Delgado del Rincón, L.E.; *Constitución, Poder Judicial y responsabilidad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. En este trabajo se apunta a la opinión pública como un elemento de ‘responsabilidad política’ en sentido amplio, que conecta con la importancia de la motivación para que las decisiones judiciales sean susceptibles de este tipo de control. Subraya el autor la escasa incidencia de este tipo de control, sin embargo no puede dejarse de lado que una incidencia mayor de la opinión pública iría en detrimento de la independencia.

Una valoración del modelo español distinta de la que aquí se sostiene, se encuentra en Parada Vázquez, J. R.; “*Lectio brevis* sobre carrera, neutralidad política y gobierno de los jueces”, *Boletín de la Facultad de Derecho. UNED*, n.º 7, 1994, pp. 403-415. En este trabajo se detallan las vinculaciones de carrera compatibles con el texto de la Ley Orgánica del Poder Judicial entonces vigente y que suponen otros tantos obstáculos a la independencia. El punto de partida de Parada es el modelo burocrático que desde el punto de vista que se mantiene en el presente trabajo no es el único posible y,

frente a su opinión, no parece que la Constitución pueda negarse a aceptar que los jueces tienen ideas políticas. Parada crítica también que, a pesar de la previsión constitucional, el sistema de nombramiento de los miembros Magistrados y Jueces del Consejo General del Poder Judicial termine recayendo en su totalidad sobre Congreso y Senado. Entiendo que la redacción actual del 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en la que el Congreso y el Senado eligen los 12 vocales a partir de la propuesta de las asociaciones judiciales o de un número representativo de jueces) sigue sin ser la más respetuosa posible con la Constitución y con la idea de Autogobierno de los Jueces. Desde el modelo burocrático Parada defiende que los jueces sean sólo de carrera, así como la limitación de sus derechos políticos. Las sucesivas reformas de la Ley Orgánica del Poder Judicial parecen alejarse tímidamente de ese modelo burocrático.

Sin embargo, coincido con López López, A. M.; “Independencia, imparcialidad y objetividad del juez: (notas para una reflexión sobre la actividad jurisdiccional y la separación de poderes)”, *Justicia: revista de Derecho procesal*, N.º 4, 1986, pp. 951-966, en la crítica a que el ejecutivo del Estado o autonómico se reserve competencias sobre medios materiales y personales.

Sobre el modelo de juez en el constitucionalismo de nuestro entorno, puede consultarse Dawson, J. P.; *The Oracles of the Law*, Michigan, University of Michigan, 1968, donde se realiza un estudio histórico y comparado, en el que toma de base Gran Bretaña, Francia y Alemania, sobre las diferencias entre los sistemas continentales y los del *case law*.

Un amplio muestrario de cómo la independencia se articula de diferentes sistemas se encuentra en Russel, P.H. y O'Brien, D. M. (ed.); *Judicial Independence in the age of democracy*, Charlottesville, University Press of Virginia, 2001. También desde una metodología comparada trabaja Shapiro, M.; *Courts. A comparative and political analysis*, Chicago, University of Chicago Press, 1981. El análisis de Shapiro de los elementos que identifican el proceso judicial como un mecanismo de resolución de conflictos ha sido la base para una buena parte de las reflexiones que se han efectuado.

De todos los sistemas, por tradición histórica, el que en mayor medida permite analizar las implicaciones del modelo burocrático de judicatura es el francés, sobre el que puede verse Seong-Hak Kim, M.; “Gouvernement des Juges’ ou ‘Juges du Gouvernement’? The Revolutionary Traditions and Judicial Independence in France”, *Korean Journal of International Law and Comparativ Law*, 26, 1998, pp. 1-42.

Montero Aroca, M.; “Potestad, órgano y función jurisdiccionales (un ensayo contra la administración de justicia”, En *Estudios en honor del Doctor Hector Fix Zamudio*, tomo III, México, 1988, pp. 2167-22, se pronuncia sobre lo inadecuado de la conjunción de los términos poder judicial y administración de justicia y la explicación de en qué medida se corresponden con concepciones muy distintas del papel del juez.

En concreto, para entender cómo podría operar la técnica del precedente, resultan de utilidad los trabajos de Gascón, M.; *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993 e Igartua, J.; “La fuerza vinculante del precedente”, *Isegoría*, n.º 35, 2006, pp. 193-205. Este último, defiende, como se hace en este trabajo, la necesidad de revisar la discusión sobre el precedente en un marco en el que la certeza no puede asegurarse simplemente considerando al juez como boca muda que pronuncia las palabras de la Constitución.

Dorado, J.; en *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos*, Madrid, Dykinson, 1997, presenta un panorama sobre el papel atribuido al juez por las distintas teorías sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos, que es de gran utilidad para presentar el modo en el que se articula la neutralidad en cada una de ellas.

Sobre la congruencia, puede verse EZQUIAGA, “*Iura novit curia*” y *aplicación judicial del Derecho*, Valladolid, Lex Nova, 2000.

A pesar de que la cuestión del razonamiento judicial se ha dejado de lado, éste es sin duda un elemento clave para comprender las bases de la legitimidad del poder judicial en el Estado constitucional. Un desarrollo de esta idea se encuentra en Asís Roig, R. de.; *El juez y la motivación en el Derecho*, Madrid, Dykinson, 2005.

Por último, algunos de los trabajos que han tenido un mayor peso para la presente investigación se han citado en el texto, por lo que las referencias se incorporan al elenco bibliográfico.

ELENCO BIBLIOGRÁFICO

Aguiló Regla, J.; “De nuevo sobre independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”, *Jueces para la Democracia*, N.º 46, 2003, pp. 47-56.

Aguiló Regla, J.; “Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”, *Isonomía*, n.º 6, 1997, pp. 71-79.

Andrés Ibáñez, P.; “Ética de la función de juzgar”, *Jueces para la democracia*, N.º 40, 2001, pp. 19-24.

Asís Roig, R. de.; *El juez y la motivación en el Derecho*, Madrid, Dykinson, 2005.

Barranco Avilés, M.C.; *Derechos y decisiones interpretativas*, Madrid, Dykinson, 2004.

Barranco Avilés, M. C.; “Sobre el método jurídico tradicional como ficción”, en VVAA, *El Derecho en Red*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 597-616.

- Constitucion política de la Monarquía Española: Promulgada en Cádiz á 19 de Marzo de 1812 [Precedida de un Discurso preliminar leído en las Cortes al presentar la Comisión de Constitucion el proyecto de ella]*, edición digital, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes; Madrid: Biblioteca Nacional, 2004, consultada el 10 de julio de 2009.
- Dawson, J. P.; *The oracles of the Law*, The University of Michigan Law School, 1968.
- Ferreres, V.; "Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia", en Ferreres, V., y Xiol, J.A.; *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 43-80.
- García de Enterría, E., *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3ª edición, Madrid, Civitas, 1983.
- López Guerra, L.; "Modelos de gobierno de los jueces", *Parlamento y Constitución*, nº 1, 1997, pp. 11-32.
- Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, trad. M. Blázquez y Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1985.
- Requejo Pagés, J.L., *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- Revinga, M.; "Tres variaciones y una CODA sobre la articulación entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria", *Revista de Estudios Fronterizos*, nº 2, 2004, pp. 141-159.
- Seong-Hak Kim, M.; "'Gouvernement des Juges' ou 'Juges du Gouvernement'? The Revolutionary Traditions and Judicial Independence in France", *Korean Journal of International Law and Comparativ Law*, 26, 1998, pp. 1-42.
- Shapiro, M.; *Courts. A comparative and political analysis*, Chicago, University of Chicago Press, 1981.
- Shapiro, M.; "The European Court of Justice", en Russel, P.H. y O'Brien, D. M. (ed.), *Judicial Independence in the age of democracy*, Charlottesville, University Press of Virginia, 2001, pp. 273-300.
- Shelder, A., "Argumentos y Observaciones. De críticas internas y externas a la imparcialidad judicial", *Isonomía*, nº 22, 2005, pp. 65-95.
- Shetreet, Sh.; "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges", en Shetreet, Sh. y Deschênes, J. (ed.), *Judicial Independence: the Contemporary Debate*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, pp. 590-681.
- Tomás y Valiente, F.; "De la Administración de Justicia al Poder Judicial", en VVAA, *El Poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1990, pp. 11-32.
- Troper, M.; "El poder judicial y la democracia", trad. R. Tamayo, *Isonomía*, nº 18, 2003, pp. 47-75.

Fecha de recepción: 19 de enero de 2010

Fecha de aceptación: 1 de febrero de 2010

RESUMEN

El presente trabajo plantea diferentes cuestiones relacionadas con el proceso de modernización del derecho de sociedades y del mercado de capitales. El propósito de este artículo es ofrecer una panorámica de la estructura y función del modelo tradicional así como de la crisis de su equipamiento técnico y conceptual poniendo el énfasis en la ruptura de la conformación tipológica, el desmantelamiento de los derechos de socio, el declive de la Junta General y la contaminación de la estructura procedimental con especial referencia a la revolución de los *managers*. Se presta atención al desarrollo y al nuevo marco regulador de las sociedades en España y en algunos Estados miembros de la Unión europea a la hora de separar la sociedad de responsabilidad limitada y las sociedades cotizadas o con una amplia difusión de sus acciones entre el público inversor. Después de examinar los problemas de la convergencia europea y las barreras técnicas y estructurales al desenvolvimiento de un moderno derecho de sociedades, se contempla la posibilidad y límites de un nuevo paradigma societario a la luz tanto del mercado de valores como de los principios y reglas sobre gobierno corporativo. El trabajo finaliza con algunas consideraciones críticas sobre la situación actual del derecho de sociedades, las posibilidades y límites para contar con una política legislativa coherente dentro del actual proceso de modernización del derecho europeo de sociedades y las dificultades de elaborar un modelo adecuado a las necesidades cambiantes de nuestro tiempo.

PALABRAS CLAVE

TIPOLOGÍA SOCIETARIA, DERECHOS DE SOCIO, DECLIVE DE LA JUNTA GENERAL, MANAGERIALISM, SOCIEDAD COTIZADA, CONVERGENCIA EUROPEA, GOBIERNO CORPORATIVO

ABSTRACT

This paper discusses various issues related to the modernization process in company law and in the capital market. The purpose of the article is to provide an overview of the traditional model's structure and function, as well of the crisis in its technical and conceptual facilities. Emphasis is placed on the breakdown of the typological composition, the dismantlement of shareholders rights, the decline of the general meeting and the contamination of the procedural structure with special reference to the *managerial revolution*. Attention is given to developments and the new regulatory framework for companies in Spain, and in some European Union Member States, with regards separating limited liability companies and listed companies, or those that have gone public with widely distributed shares. After examining the problems in European convergence and the technical and structural barriers to the development of a modern company law, the possibility and limits of a new corporate paradigm are considered in the light both of the stock market and of the principles and rules on corporate governance. The paper concludes with some critical remarks on the current state of company law, the possibilities and limits of counting on a coherent legislative policy within the current modernization process in European company law, and the difficulties of developing an appropriate model for the changing needs of our time.

KEY WORDS

COMPANY TYPOLOGY, SHAREHOLDER'S RIGHTS, DECLINE OF THE GENERAL MEETING, MANAGERIALISM, LISTED COMPANY, EUROPEAN CONVERGENCE, CORPORATE GOVERNANCE

LA GEOMETRÍA VARIABLE DEL DERECHO DE SOCIEDADES

Luis Fernández de la Gándara

Catedrático de Derecho Mercantil

Sumario: 1. Preliminar. 2. Estructura y función del modelo tradicional. 3. Crisis del equipamiento técnico y conceptual. A) Ruptura de la conformación tipológica del derecho de sociedades. B) Desmantelamiento de los derechos del socio. C) Declive de la junta general. D) Contaminación de la arquitectura procedimental: la revolución de los *managers*. 4. Nuevos hechos, nuevo derecho de sociedades de capital. A) La convergencia europea y sus límites. B) Nuevo paradigma societario a la luz del mercado de valores. C) Principios y reglas sobre gobierno corporativo. 5. Consideración final: *quo vadis ius societatis?*

1. PRELIMINAR

Hace años que la arquitectura del derecho de sociedades tradicional ha perdido buena parte de su vigencia efectiva. A ello han contribuido factores de índole varia, especialmente la aparición de un nuevo modelo normativo en torno al mercado de capitales que ha recibido un impulso decisivo como consecuencia de la creciente participación del público ordinario en la colocación inicial y ulterior negociación masificada de nuevos activos financieros y la popularización de la riqueza mobiliaria que de ahí deriva. Pero también —y como consecuencia de lo anterior— el establecimiento de nuevas exigencias de regulación de la actividad societaria a través de complejos esquemas informativos de carácter imperativo controlados por instancias o agencias de supervisión externas e independientes (SÁNCHEZ ANDRÉS). Como enseguida se dirá, los principios de transparencia informativa y de supervisión son los pilares del nuevo modelo societario que reclama reglas propias de regulación y “monitoreización” destinadas a institucionalizar el mer-

cado y a tutelar la actuación y funcionamiento de los nuevos operadores.

La modernización de las reglas jurídicas en materia de sociedades —uno de los ejes centrales del debate político-jurídico de nuestros días— pone en juego, hoy más que nunca, la necesidad de contar con un dispositivo normativo dotado de una racionalidad propia de tipo formal o instrumental y de autonomía en el plano organizativo dentro de una regulación sustantiva de carácter unitario. Bien es verdad que los principios ordenadores del derecho privado tanto de carácter general —buena fe, igualdad de los contratantes, protección de la parte más débil— como de naturaleza especial —paridad de trato entre los accionistas y deberes fiduciarios de los administradores— vienen coordinados en la actualidad con vistas a la elaboración de nuevos esquemas tuitivos de socios y mercados. Pero no es menos cierto que este proceso de permanente transformación de la arquitectura societaria hace inexcusable el examen no solo del aparato institucional en su conjunto, los planteamientos socio-culturales que dotan de sentido a este último y permiten

su funcionamiento o la perspectiva del socio sino también la coherencia del sistema en pugna con la progresiva degradación de los principios y reglas tradicionales. El agotamiento del modelo de sociedad anónima heredado de las grandes reformas europeas de mediados del siglo XX ha dado lugar a un vivo debate teórico, que lejos de remitir se ha visto intensificado en los dos últimos decenios afectando al sistema societario *in toto*. Un proceso de revisión global que incluye no solo las viejas e “irritadas” cuestiones anudadas a las relaciones entre los tipos societarios o la desregulación del derecho de sociedades anónimas. De él forma parte asimismo la elaboración de un estatuto jurídico unitario de la sociedad cotizada pese a las profundas diferencias de modelo socio-económico que separan en el plano de la realidad —estructura accionarial, gobierno corporativo, sistema de financiación empresarial— su regulación en los diferentes países. Particular importancia reviste en el ámbito de las sociedades que recurren a la gente para financiarse de su “potencial expropiatorio de los derechos de los socios inversores”, el papel de los administradores no ejecutivos, la canalización del ahorro privado a través de vehículos colectivos de inversión, el “arbitraje regulador” o competencia regulatoria de los diferentes Estados como factor configurador del derecho de sociedades y alternativa a un proceso de armonización lenta y más flexible.

Aun cuando el grueso de estas páginas se dedican a examinar las transformaciones operadas en el derecho de sociedades de nuestro país —pero también el caudal de doctrina, stock de conocimiento y depósito de la tecnología al alcance de los operadores para afrontar en cualquier momento los problemas del tráfico jurídico y reducir los costes contractuales de sus empresas— la idea que subyace a estas reflexiones es la comprensión normativa del fenómeno societario y su progresiva pérdida de identidad. El tema reviste particular gravedad en un momento como el actual, en el que se entrecruzan propuestas técnicas, planteamientos de política jurídica y nuevas aportaciones en torno a la crisis del modelo teórico

canonizado durante el siglo pasado. A ello hay que añadir en un lugar destacado la presión del mundo empresarial y jurídico español, empeñado durante las dos últimas décadas en la modernización de la estructura organizativa y dimensión funcional de un dispositivo societario escasamente apto para atender la evolución de las relaciones empresariales e industriales de nuestro país.

Me ha parecido oportuno abordar esta compleja arquitectura del moderno derecho de sociedades en fase de transición con el título de la “geometría variable del derecho de sociedades”, una locución tributaria en buena medida del sugestivo trabajo publicado en 1999 por LLEBOT MAJÓ en la Revista de Derecho de Sociedades sobre la “geometría del capital social”. Al igual que entonces, se trata ahora de determinar, si bien desde una perspectiva más general y teniendo como eje central las discusiones doctrinales sobre el derecho de sociedades, su carácter organizativo y racionalidad interna, el alcance imperativo o dispositivo de sus normas así como las viejas y controvertidas cuestiones en torno al riesgo asumido por los socios, el derecho de reparto de los beneficios residuales obtenidos y el ejercicio del poder en manos de los titulares de las participaciones sociales y de los *managers*. El objetivo último es en definitiva verificar, como dice PAZ-ARES, la adaptabilidad y versatilidad de este capital jurídico sin merma de su fiabilidad y certidumbre.

2. ESTRUCTURA Y FUNCIÓN DEL MODELO TRADICIONAL

Tanto por su origen como por su configuración legislativa y jurisprudencial los materiales que integran el derecho de sociedades acotan, como he tenido ocasión de señalar en diversas oportunidades, un sector del ordenamiento jurídico-mercantil que no obstante su finalidad básica común —poner a disposición de los operadores económicos técnicas de agregación de esfuerzos individuales y de tareas co-

lectivas— y pese asimismo a una permanente vocación de servirse de criterios sistemáticos y principios ordenadores acordes con el carácter instrumental de esta disciplina y con los objetivos de política jurídica que en cada momento histórico han impulsado el desenvolvimiento de la misma, sigue adoleciendo de un acusado carácter histórico y de una notoria falta de homogeneidad. En efecto el instrumental jurídico que en los planos subjetivo, objetivo, operativo, instrumental y funcional integra el entramado normativo de lo que hemos dado en llamar derecho de sociedades, no sólo ha evolucionado al compás de presupuestos ideológicos y socio-económicos cambiantes en consideración al país y a la época examinados, sino que en el plano dogmático se ha visto permanentemente sujeto a las concepciones dominantes en el momento de su regulación. La coexistencia dentro de un mismo marco jurídico de formas de agrupación originadas en estadios diversos de la historia económica para atender finalidades igualmente dispares entraña no pocas tensiones que con frecuencia obligan a cuestionar sin más la posibilidad misma —y la oportunidad— de una construcción unitaria y sistemática de esta disciplina.

Esta “tecnología de la organización” anudada al fenómeno societario no se halla legalmente regulada como un modelo funcional unitario sino fraccionado en una pluralidad de esquemas de disciplina, a los que se conectan tipos de operación predeterminados y tendencialmente autónomos. La primera nota característica de la *arquitectura tipológica* del derecho de sociedades —y de los materiales que lo integran— es junto con su vertiente instrumental su falta de homogeneidad. Dentro del sector normativo aplicable a las formas organizativas societarias se agrupan figuras e instituciones que tanto por su origen como por la función a que vienen destinadas presentan marcadas diferencias. Basta con recordar el proceso de formación del Derecho mercantil para constatar que la aparición de los diferentes tipos societarios que integran el catálogo legal obedece en primer término y fundamentalmente a factores históricos de naturaleza diversa. Sólo

así se explica que dentro de un mismo sistema jurídico de carácter prevalentemente privado concurren normas de distinta procedencia y diferente ámbito de aplicación, cuya sola existencia refleja un utillaje técnico y conceptual, que no ha dejado de cambiar al compás de las transformaciones experimentadas por el sistema económico y el propio ordenamiento mercantil.

Esta falta de homogeneidad normativa del derecho de sociedades dota a esta parcela del ordenamiento jurídico de una precaria configuración. De ahí el esfuerzo doctrinal por incorporar a un marco institucional unitario y coherente figuras de distinta procedencia y organización interna sujetas a técnicas de supervisión no coincidentes y a las que se aplican mecanismos sancionatorios tanto autónomos como heterónomos. No obstante la identidad causal común a todo fenómeno societario este esfuerzo sigue sin verter en un cuadro sistemático coherente como consecuencia de la renuncia o imposibilidad de anudar este sector normativo a un modelo funcional unitario y la propia voluntad del legislador de fraccionar este último en una pluralidad de esquemas de disciplina, a la que se conectan tipos de operación predeterminados y tendencialmente autónomos. Las instituciones que integran el dispositivo vigente no son sin embargo, por lo general, producto de la invención del legislador sino fórmulas imaginativas creadas por y para el tráfico; merced al impulso de los propios operadores económicos, su nacimiento y configuración se anudan a concretas exigencias de la práctica, hallándose históricamente destinadas a realizar funciones específicas diversas dentro del sistema productivo.

La conformación de los tipos societarios tanto desde un punto de vista histórico como actual responde a la necesidad de superar la separación existente entre norma jurídica y práctica negocial, así como a la conveniencia de adecuar los instrumentos ofrecidos por el tráfico a las exigencias de estructura y dimensión de la empresa moderna. Esta *dimensión instrumental* del derecho de sociedades se halla expresamente reconocida en el ordenamiento

legal. El legislador no ha dudado en considerar determinados intereses dignos de tutela y en dotar de tipicidad legal a fórmulas organizativas elaboradas en la práctica, poniéndolas a disposición de los particulares. Las sociedades vienen de esta suerte reguladas como instrumentos jurídicos destinados básicamente a organizar una titularidad plural a la par que operan en el plano funcional como mecanismos al servicio de concretas exigencias de orden económico y social. El desarrollo de esta concepción instrumental del derecho de sociedades —una disciplina destinada a unificar y potenciar las actividades económicas individuales y a la realización de intereses de la práctica— ha estado presente de una u otra forma a lo largo de su configuración histórica. Son los operadores económicos y de forma destacada también el propio legislador los llamados a elaborar, desde el momento mismo de la codificación y al amparo de la jurisprudencia cautelar, nuevas formas de organización más acordes con las realidades del tráfico.

Así se explica la introducción reflexiva de la sociedad de responsabilidad limitada en la Ley alemana de 1892 y análogas consideraciones presiden el nacimiento de nuevas figuras de estructura corporativa unas veces —cooperativas, mutualidades, sociedades de garantía recíproca— y otras de base contractual como las agrupaciones temporales de empresas; finalmente de impronta asociacional con perfiles no siempre bien definidos, de las que constituyen un excelente ejemplo tanto las agrupaciones de interés económico como las agrupaciones temporales de empresa. Se trata en todo caso de un *numerus clausus*, en el sentido de que la invención de nuevas figuras queda reservada con carácter exclusivo al legislador a través de un proceso de renovación constante de los modelos de operación puestos a disposición de los intervinientes en el tráfico. La nota característica del sistema de *numerus clausus* no es, pues, el mantenimiento de un arsenal rígido de figuras, sino la imposibilidad de que los particulares puedan crear formas desconocidas al derecho. La actividad legislativa se concreta en el acotamiento de una constelación de in-

tereses previamente tipificados por la práctica negocial, que a través de un proceso valorativo vierten en los esquemas organizativos del derecho vigente. Esta correlación entre interés y estructura de actividad propia del tipo normativo quiebra en la práctica tanto por razones técnico-jurídicas como sociológicas. La evolución de la vida económica y social no permite por su rapidez crear fórmulas jurídico-positivas nuevas para atender la constante aparición de nuevos intereses. Es preciso por tanto modificar los esquemas legislativos existentes o crear estructuras organizativas nuevas recurriendo para tal fin a modelos de operación que, habiéndose consolidado históricamente en el tráfico, no han sido acogidos todavía por el legislador.

La técnica normativa presente en la formación de los tipos societarios tradicionales de sociedad no ha impedido una renovación del cuadro de estructuras organizativas destinadas a satisfacer intereses individuales en cuanto comunes a una pluralidad de personas. En la base del modelo legislativo late una concepción contractualista del fenómeno societario en la que, sirviéndonos del viejo equipamiento conceptual todavía en vigor, el fin social vendría caracterizado como un fin-medio común a todos los socios y a la par instrumento para la satisfacción de posiciones distintas. El principio que históricamente ha gobernado la estructura y funcionamiento del derecho de sociedades descansa en una simple constatación, a saber, que toda actividad de colaboración en torno a la realización del objeto y del fin promovidos por el legislador entre las estructuras organizativas que son los tipos societarios implica justamente la satisfacción de intereses individuales y ello sin perjuicio de las restantes funciones que, como consecuencia de configurarse el objeto como actividad de empresa, correspondan a la sociedad en el marco económico general.

Este carácter individualista del fenómeno societario y la concordancia entre interés social e intereses comunes a los socios —que ha servido tradicionalmente para excluir la existencia de un interés social superior y diverso del

de los socios y con ello la utilización de los esquemas societarios para fines supraindividuales de orden constitucional económico— está en la base del llamado *principio de neutralidad* del derecho de sociedades. Una locución con la que se quiere significar que los modelos de operación del catálogo legislativo son fórmulas estrictamente jurídico-organizativas, un marco formal para la constitución y existencia de actividades en común sin incidencia alguna sobre la conformación del orden económico social, reducidas en consecuencia a simples instrumentos destinados a la configuración y ejercicio de un poder privado regulando las relaciones entre los titulares de esta actividad y de estos últimos con los terceros. Dentro del contrato de organización anclado en la existencia de un “fin común” y de una “actividad en común” (GIRÓN) cabe destacar, junto a los aspectos jurídico-negociales que regulan la posición de los intervinientes en sus relaciones internas, la programación de las operaciones sociales, la distribución específica de poderes entre las partes, la colaboración de estas últimas en la formación de una voluntad común y la existencia en último término dentro de la esfera contractual de esquemas organizativos de una causa única: la promoción en común de un fin común. Por la vía de la organización se individualizan en suma situaciones jurídicas de carácter esencialmente instrumental que hacen posible la promoción en común del fin por todos los intervinientes vinculados por lazos de carácter funcional, que permiten calificar el supuesto como un fenómeno típicamente asociativo. El principio de colaboración entre las partes aparece de esta suerte justificado por la relación de instrumentalidad existente entre actividad común e interés solidario de todos los socios en la obtención de un fin, que no necesariamente comporta ventajas de carácter lucrativo.

La configuración del derecho de sociedades como un *modelo fragmentario* de carácter instrumental se articula a través de una batería de tipos o estructuras organizativas consolidados en la época codificadora, que si bien constituyen un *numerus clausus*, han experimentado

una permanente renovación con el fin de atender la realidad multiforme y cambiante del tráfico. Fruto de esta necesidad de elaborar esquemas de actividad acordes con la realidad del tráfico es la aparición de nuevas fórmulas organizativas, que unas veces constituyen variantes tipológicas de sociedades ya existentes —como sucede en el ámbito de la sociedad anónima con la existencia de estatutos jurídicos especiales para la sociedad de un solo socio, las sociedades cotizadas o las sociedades deportivas— y otras dan lugar al nacimiento de figuras nuevas desconocidas hasta ese momento, como sucede con las agrupaciones de índole varia, las sociedades profesionales y los grupos de empresa. El problema que en último término se plantea es verificar la oportunidad política y la posibilidad técnica de contar con un marco normativo general capaz de asegurar la convivencia y coordinación de las distintas figuras societarias. A este respecto conviene recordar que desde comienzos de los años cincuenta la reforma del derecho de sociedades se ha polarizado básicamente entorno a las disciplinas de sociedades de capital y que dentro de este sector dicha tarea se ha llevado a cabo en fases sucesivas bajo la presión —nada liviana por cierto— del proceso de armonización europea. Esta situación se ha visto agravada por las deficiencias de técnica jurídica tan llamativas en las recientes reformas legales y por la convicción de que una configuración autónoma de las relaciones jurídicas internas no basta para tutelar los intereses necesitados de protección. A ello hay que añadir todavía que los cambios normativos operados en los últimos años no siempre se han traducido en una mejora del cuadro institucional y sistemático de nuestra disciplina y menos aún han contribuido a superar los graves problemas de fragmentación de la ciencia jurídica, que constituye como es sabido uno de los rasgos distintivos del siglo XX hasta el punto de entender, como ha recordado con tanto pesimismo como lucidez COING “que el tiempo de la ciencia jurídica europea había tocado a su fin”.

3. CRISIS DEL EQUIPAMIENTO TÉCNICO Y CONCEPTUAL

El tránsito del tradicional derecho de sociedades a esta nueva disciplina integrada en lo fundamental por reglas técnicas de naturaleza imperativa y fórmulas de sanción heterónoma ha obligado a revisar aspectos no irrelevantes del dispositivo aplicable hasta hace sólo unos años. Particular atención merece el mantenimiento del carácter instrumental y funcional de esta normativa —no solo sus principios ordenadores sino sobre todo las reglas técnicas y organizativas que la integran— así como los fundamentos económicos y jurídicos presentes en la regulación de esta materia. El resultado de todo ello es la liquidación del aparato conceptual y de la estructura organizativa del derecho de sociedades dentro de un clima generalizado de descodificación, anticodificación o en el mejor de los casos “nueva codificación”. Se plantea de esta suerte una opción codificadora renovadora del contenido y postulados ideológicos del tradicional derecho de sociedades a través de la continuidad sociológica y la seguridad jurídico-formal que los códigos ofrecen.

A) RUPTURA DE LA CONFORMACIÓN TIPOLÓGICA DEL DERECHO DE SOCIEDADES

La conformación del tráfico societario responde desde hace años no tanto a la renovación del arsenal normativo cuanto a la propia actuación de los operadores jurídicos y económicos que al amparo de la jurisprudencia cautelar no han cesado de elaborar nuevas formas de organización más acordes con sus propias necesidades. Con el entrecruzamiento de esquemas organizativos de procedencia diversa y la creación de tipos mixtos de sociedad los particulares se sirven de técnicas análogas a las aplicadas por el legislador en la regulación de la sociedad en comandita simple, las sociedades de responsabilidad limitada o la comanditaria por acciones. Tales prácticas han ocasionado una progresiva hibridación y desfuncionaliza-

ción de los tipos societarios y han puesto con ello en cuestión la propia viabilidad del ordenamiento vigente.

La incapacidad de la comunidad científica, al promulgarse la LSA 1951 y LSRL 1953, para elaborar un doble sistema de sociedades de capital relegando a la sociedad de responsabilidad limitada a una existencia lánguida a la sombra de la sociedad anónima y con una pérdida de capital diferenciado de la sociedad anónima debido a la falta de atención en medios doctrinales y profesionales (PAZ-ARES), ha desencadenado una permanente controversia sobre la estructura y función de los tipos sociales y su respectiva diferenciación, conocida en la doctrina con el término de la “cuestión tipológica”. Baste a este respecto con señalar que en la actualidad las diferencias entre ambas sociedades se han hecho prácticamente irreconocibles. Análogas dificultades de tipificación y diferenciación se plantean entre sociedades de personas y sociedades de capitales, un desdibujamiento que se hace visible sobre todo en relación con las sociedades anónimas. Un examen superficial de los estatutos de estas últimas permiten advertir en qué medida cuentan con elementos tanto “corporativistas” como “individualistas” y la frecuencia con que se estructuran bajo el principio de autoorganismo. En estos casos se apropian de una configuración interna marcadamente personalista, merced al juego de las restricciones estatutarias, la libre transmisibilidad de las acciones, los convenios sobre el derecho de voto o la adopción de acuerdos bajo un régimen de mayorías cualificadas, por citar ejemplos conocidos.

Otro tanto sucede en el ámbito de las sociedades civiles y colectivas. Su estructura flexible e “inespecífica” permite a estas figuras adoptar criterios organizativos propios de las empresas de base corporativa con una regulación interna análoga a la de una sociedad anónima y sujetas en su funcionamiento a los mismos principios que gobiernan estas últimas. Tiene lugar de esta suerte un proceso de pérdida de identidad tipológica, que se ha convertido en un verdadero *signum iuris* de la práctica societaria de nuestros días, a cuyo significado y alcance

hago referencia en un trabajo de próxima publicación. La divergencia entre tipología legal y tipología social, entre el esquema diseñado por la ley y las modalidades que se dan en la realidad social y empresarial han provocado a su vez —según un término acuñado por el profesor A. ROJO— una “progresiva” desfuncionalización de las formas jurídicas que se extiende a todas las áreas del derecho de sociedades y cobra particular relieve en el ámbito de la sociedad anónima.

B) DESMANTELAMIENTO DE LOS DERECHOS DEL SOCIO

El fenómeno de la pertenencia a una agrupación voluntaria de personas y el nacimiento de la condición de miembro de tal agrupación ha puesto en discusión la posibilidad técnica de integrar de forma conceptualmente coherente el complejo haz de concepciones jurídicas que se anudan al *status* de socio hasta el punto de suscitar a lo largo del siglo pasado cuestiones de tanta complejidad como su configuración técnica y su naturaleza jurídica, convirtiéndose estas últimas en uno de los puntos nucleares de la teoría general del derecho de sociedades. El examen del derecho comparado —la literatura societaria alemana e italiana fundamentalmente— ilustra con claridad las dificultades dogmáticas que obstaculizan el tratamiento unitario de esta materia y la conveniencia por tanto de mantener la caracterización de la condición de socio como expresión de una serie de derechos y obligaciones que conforman su relación jurídica con la sociedad, como derecho subjetivo anclado en la patrimonialización y objetivación de la participación social y finalmente como objeto de negocio jurídico. Huelga decir que el tratamiento de este complejo haz de problemas reviste una particular significación de orden tanto sustantivo como procesal, en el plano por tanto de la legitimación activa y pasiva para el ejercicio de los derechos de socio frente a la sociedad y entre sí, según se lleva a cabo en sociedades de base corporativa o de carácter contractual.

Así como la regulación de los derechos de socio no ha experimentado cambios significativos en las sociedades personalistas, no puede decirse lo mismo en las sociedades de responsabilidad limitada, una figura de carácter acusadamente flexible y al mismo tiempo cerrado, en la que su condición de sociedad híbrida sirve de principio informador de la normativa legal *in toto*. De ahí que las discusiones en torno a la condición de socio terminen proyectándose invariablemente sobre el régimen de la participación social y su particular relevancia dentro de la categoría más amplia de participaciones inherentes a toda relación de estructura asociativa. El significado de la participación social y el análisis de los derechos y obligaciones que confiere la titularidad sobre la misma asumen una significación medular en la disciplina relativa a la condición de socio. Esta concepción, que sigue siendo congruente con el utillaje conceptual y la estructura del derecho de sociedades, concebido desde sus orígenes como un marco regulador esencialmente neutro, reviste una constitutiva incompatibilidad con el estatuto jurídico de las sociedades cotizadas. La inclusión dentro de este último de un esquema funcional capaz de hacer efectiva la protección del inversor así como la transparencia y el fomento de un mercado de valores eficiente y autónomo nos pone en guardia sobre la insuficiencia del derecho de sociedades y muy especialmente sobre la pérdida de vigencia del modelo legal de la anónima a la hora de resolver los problemas específicos de las sociedades cotizadas.

A mediados de 1999 el profesor SÁNCHEZ ANDRÉS —en un sugerente análisis sobre la sociedad anónima y el mercado al hilo de las reformas legislativas llevadas a cabo en nuestro país con la promulgación de la Ley 37/1998, que reformaba tanto la Ley del Mercado de Valores como la denominada Ley de “acompañamiento”(Ley 50/1998)— llamaba la atención no solo sobre determinadas cuestiones dudosas o simplemente opinables de la reforma sino sobre las inconsistencias y contradicciones de esta última y la “perversión del proceso legislativo” puesto en marcha en

aquellos años. Sin entrar en los pormenores de este análisis comparto su preocupación por el déficit de legalidad y legitimidad de las reformas realizadas desde finales del siglo pasado en un marco general sujeto a una progresiva degradación de la lógica institucional de nuestro ordenamiento jurídico en su conjunto. Buena prueba de ello es el proceso de *rule making* canonizado en la esfera parlamentaria que, en palabras de este autor, “empieza a contaminar la arquitectura procedimental (definición en principios configuradores de los modelos de Derecho público y privado) que desde 1978, para los primeros, y mucho antes para los segundos articulan y confieren su sentido propio al sistema legal español”.

Lo más grave de todo —y sin duda el aspecto más relevante— es que la política reformista promovida en este sector no solo no ha mejorado sino que ha rebajado las garantías societarias de los inversores tanto en su condición de obligacionistas como en su papel de socios y miembros de pleno derecho de la compañía a la par que ha incrementado de modo correlativo el poder de los administradores dentro de las sociedades bursátiles. No le falta razón al ilustre colega, prematuramente desaparecido, al denunciar el progresivo desmantelamiento de los derechos del accionista en la sociedad cotizada, un proceso que se hace visible hoy tanto en las facultades conferidas a los administradores para su eliminación como en el “acoso y derribo de los derechos del accionista” mediante previsiones legales o estatutarias que autorizan bien a suprimir otro tipo de prerrogativas esta vez de índole económica —porcentaje mínimo de la retribución que *ministerio legis* disfrutaban los accionistas sin voto y el carácter acumulativo de su dividendo, antes también prerrogativa de derecho necesario— bien a facultar a los órganos sociales para modificar otros atributos de naturaleza mixta.

Todo ello corrobora la particular gravedad de desplazar hacia la gran masa de socios “pasivos” o inversores el riesgo de empresa sin contrapartidas económicas y políticas verdaderas, cuando tales sujetos se mueven por razones de rentabilidad y diversificación de los riesgos,

desprovistos de *affectio societatis* y sin propósito alguno de que se les reconozca el derecho a participar en eventuales tomas de control al no tener más objetivo que el de acrecentar las expectativas de rendimiento a través de mercados de valores eficientes. El cambio de tendencia —y hasta de modelo— experimentado en no pocos ordenamientos nacionales en relación con la sociedad cotizada luce en el ejercicio de los derechos administrativos del socio como expresión última de una posición fiduciaria directa. En la práctica este esquema tradicional ha sido sustituido por una relación fiduciaria mediata de carácter triangular, en la que intervienen no sólo los inversores ordinarios sino también los intermediarios profesionales (inversores institucionales) y con frecuencia el propio *management*. La particularidad de este modelo radica, como es sobradamente conocido, en la existencia dentro de dicha relación fiduciaria de una contraposición —y en ocasiones también de una colusión— entre los nuevos accionistas y los administradores.

Examinada a la luz de la ecuación propiedad-riesgo-poder, la posición jurídica de socio en una sociedad con capital disperso se caracteriza —contrariamente a lo que sucede en las sociedades cerradas con estrechas relaciones entre socios y administradores, un permanente control sobre estos últimos y el sometimiento a específicos deberes fiduciarios— por el debilitamiento de los lazos internos entre los socios, la renuncia anticipada al control de la sociedad y a la tutela de su interés patrimonial. De igual modo tiene lugar una renuncia anticipada al ejercicio del derecho de voto, sin que el accionista inversor tenga que ser “siquiera consultado”, originándose de esta suerte, en palabras de SÁNCHEZ ANDRÉS, una extraña recreación liberal de la doctrina de la *Unternehmen an sich* que eleva a esas grandes corporaciones a una esfera transcendente por mor de la eficiencia del mercado.

C) DECLIVE DE LA JUNTA GENERAL

El modelo normativo que se conforma a mediados del siglo XX —y continua sus-

tancialmente vigente— descansa como es de sobra conocido en la denominada estructura corporativa real, esto es, una corporación en la que los socios ejercen sus derechos y la Junta General mantiene la competencia de las decisiones básicas, practicando un control directo o indirecto sobre la dirección de la sociedad. Hace tiempo empero que este modelo de accionistas reunidos en Junta General que controlan a los administradores y ejercen una activa participación asamblea ha perdido buena parte de su vigencia. La crisis de la Junta General en las sociedades cotizadas y las vinculaciones entre declive de la misma y debilitamiento de los mecanismos de supervisión y control de los administradores forman parte del corazón mismo del debate societario de nuestros días. Desde la pionera e influyente obra de BERLE y MEANS, aparecida por vez primera en Nueva York en 1932 y objeto de sucesivas ediciones y de innumerables comentarios, uno de los problemas centrales de la dogmática societaria ha sido y sigue siendo la distribución y el control del poder en las sociedades de capital, especialmente en las cotizadas, así como los mecanismos de control —frenos y contrapesos— destinados a vigilar el ejercicio de semejante poder.

Un temario que con terminología no siempre precisa ha sido rebautizado en nuestros días con la expresión procedente de la literatura financiera de *Corporate Governance*, fenómeno en buena medida provocado por la distribución del poder de decisión, el control del ejercicio de este último ante el desinterés y la incapacidad de los inversores individuales para decidir y la consolidación del *managerialism* con su correlato de confiar a los mercados de valores no solo la financiación de la sociedad sino la evolución de sus rendimientos en consideración a intereses transpersonalistas que ponen derechamente en cuestión la tradicional concepción contractualista de tales fenómenos.

Lo que en definitiva se discute es si la pérdida de hegemonía de la Junta General a favor del Consejo de administración representa un fenómeno solo pasajero o estamos por el con-

trario ante un nuevo modelo de organización interna de la sociedad, un genuino cambio estructural que, amén de atribuir a la Junta la posición residual hoy conocida, hace del órgano de administración el foco de prevalente atención en el debate doctrinal y en las propuestas de reforma de gobierno corporativo. El viejo modelo jerárquico que confiere sin más el poder soberano a la Junta General, relegando al órgano de administración a una posición subordinada, ha dejado sencillamente de aplicarse y ha puesto en cuestión la vigencia efectiva del modelo legal de relaciones interorgánicas. Uno de los aspectos sin duda más destacados en las sociedades abiertas de capital disperso, junto a la pérdida de poder hegemónico de la Junta, es que en el proceso constitutivo de esta última —integrado por una serie de procedimientos preparatorios tales como la convocatoria, determinación del orden del día, etc. que en sí mismos forman parte de la Junta mediante anuncios formales, prensa, pactos, contactos informales— la voluntad social queda prácticamente conformada antes de su celebración; de ahí que la Junta tenga un carácter más protocolario que sustantivo, quedando desvirtuada cuando no eliminada su condición de órgano deliberante (EISENBERG). A ello habría todavía que añadir la tendencia seguida en buena parte de los ordenamientos de sustraer a la competencia de esta última operaciones de tanta trascendencia como la aportación de ramas importantes de actividad empresarial a sociedades ya existentes o de nueva creación.

D) CONTAMINACIÓN DE LA ARQUITECTURA PROCEDIMENTAL: LA REVOLUCIÓN DE LOS MANAGERS

El criterio prevalente, proclamado en el terreno de los principios y en las propias normas legales, de que los miembros del órgano de administración son nombrados y destituidos por la Junta General, asumiendo de esta suerte una clara posición de dependencia respecto de la misma se ha visto desmentido por los datos

de la realidad. Estos últimos ponen de manifiesto con particular elocuencia cuan lejos este modelo legal, vigente sólo en el plano formal, dista de ser efectivamente aplicado. En la literatura financiera de nuestros días destinada a examinar la disciplina de las sociedades cotizadas es criterio pacífico el reconocimiento y defensa de la preeminente posición atribuida a los administradores. El Consejo no sólo elige a sus miembros por cooptación sino que es asimismo competente para evaluar, sin posibilidad de delegar esta tarea, la “calidad y eficiencia de su propio funcionamiento”, según la formulación contenida en su Recomendación 30 del Código Conthe. Como ya denunciara en su momento M. LUTTER asistimos a una “práctica subversión” del sistema legal de competencias entre órganos a favor de los administradores y en detrimento de los socios, esto es, de la Junta General con la particularidad de que el reforzamiento del órgano de administración se acentúa aún más si cabe cuando se trata de sociedades de estructura policorporativa. En ellas los derechos de participación social —voto, información, nombramiento y destitución de los administradores, modificaciones estatutarias relativas a la cifra de capital y operaciones de reestructuración empresarial, en particular fusiones, escisiones y disolución de la sociedad— son ejercitados de forma mediata a través del control atribuido al órgano de administración de la sociedad dominante como titular directo de tales derechos en la sociedad dominada, una posición preeminente ajena en todo caso a la “lógica plutocrática que inicialmente presidió el afianzamiento de la sociedad anónima” (SÁNCHEZ ANDRÉS).

La separación en las grandes sociedades entre sociedad y control y la difusión de la propiedad de las acciones de gran número de pequeños inversores dominados por un creciente absentismo y sujetos a una permanente dispersión han suscitado una viva controversia, cuyos puntos básicos fueron brillantemente expuestos a comienzos de los noventa por EASTERBROOK y FISCHER y años después por el Profesor de la Universidad de Columbia J.C. COFFEE Jr. Este debate, del que se ha hecho eco asimismo

la doctrina mercantilista europea, ha reavivado el viejo problema de quién ejerce el control en la sociedad anónima cotizada, un interrogante que tanto por las especialidades técnicas de su labor como por el desarrollo de las estructuras administrativas y el permanente recurso al *proxy system* se resuelve desde hace años en el sentido de atribuir a los *managers* y no a la Junta el poder de decisión, cuyo ejercicio se lleva a cabo, al menos formalmente, en defensa del interés social. Durante más de medio siglo la tesis dominante ha sido reconocer como titulares del poder de gestión y decisión de la empresa únicamente a los *managers*, término que, como ya advirtiera entre nosotros GARRIDO, sólo parcialmente coincide con el de administradores en sentido técnico-jurídico, al venir referido a cuantos dentro de la empresa tienen una responsabilidad de gestión, esto es, administradores, gerentes, altos ejecutivos, facultad que viene ejercitada bien directamente en defensa y promoción del interés social, bien indirectamente como instrumento de tutela del interés de los accionistas.

Congruentemente con lo anterior, el modelo teórico adoptado por el legislador societario a lo largo del siglo pasado, que atribuye a los accionistas reunidos en Junta General el control de los administradores y la competencia sobre asuntos de destacada importancia en la vida social, se ha hecho irreconocible. Más aún: quien busque alguna información sobre los problemas relativos a la estructura orgánica de la sociedad y se preocupe por analizar las consecuencias provocadas por el absentismo de un accionariado disperso, que pone en manos de los directivos el poder de decisión de la sociedad —bien de forma autónoma como sucede en USA, bien en combinación con las entidades de crédito, como es regla frecuente en la Europa continental— buscará en vano. El hecho de que con frecuencia los intereses de los principales accionistas vengan representados por gestores que actúan de forma profesional y por cuenta ajena y que estos últimos tengan el cometido de administrar en bloque las participaciones societarias y ejercitar en cuanto tales los derechos políticos de socio ha

originado esta creciente separación entre funciones de administración y supervisión que constituye una de las claves del moderno *corporate governance*.

La concurrencia de estos y otros factores ha originado, como no podía ser de otra forma, una profunda crisis del reparto de competencias entre los órganos societarios que pone derechamente en cuestión la aptitud funcional del dispositivo legal. Buena parte de las reflexiones de la literatura jurídica de los últimos años —al menos las más sugerentes y también las más polémicas— se han propuesto revisar, a partir del declive de la asamblea y de la posición hegemónica del órgano de administración, tanto la naturaleza jurídica de este último como sus funciones tradicionales. Hace ahora más de tres décadas EISENBERG —uno de los más influyentes teóricos del derecho de sociedades en Estados Unidos, cuya obra ha modulado de forma no irrelevante el debate societarios sin perjuicio de la permanente atención crítica recibida— advirtió que la verdadera gestión tenía lugar a extramuros del Consejo desde el momento en que este último había dejado de administrar para limitarse a supervisar la labor del *management*. A partir de ahí el control de los directivos se convierte en un “problema permanente” de gobierno societario y plantea la exigencia de introducir mecanismos de supervisión mas allá la potestad disciplinaria de la Junta así como de atribuir tales mecanismos a otros sujetos o instituciones orgánicos o extraorgánicos más eficientes.

Huelga decir que este proceso se ha visto además favorecido por una concepción institucional de la empresa, dominante todavía hoy en buen número de ordenamientos continentales europeos que antepone las exigencias a largo plazo a los intereses individuales del accionista. La defensa del interés social se configura de esta suerte como un presupuesto no solo de la continuidad de la gestión sino de habilitación a los administradores para definir las estrategias de la sociedad frente a los restantes intereses que confluyen en la actividad de la misma. Los administradores, como ha recordado oportunamente BEBCHUK, solo eligen

“fórmulas maximizadoras del interés del inversor y optimizadoras del papel de los accionistas cuando el alcance redistributivo de las operaciones o medidas a desarrollar es insignificante mientras prefieren soluciones distintas cuando tal alcance es mayor o son temas que afectan a la *market discipline*”.

4. NUEVOS HECHOS, NUEVO DERECHO DE SOCIEDADES DE CAPITAL

Han transcurrido casi ocho decenios desde que en 1933 se publicara la primera monografía del Profesor GARRIGUES —la obra básica y más representativa de su etapa de “juventud académica”, un pequeño opúsculo de un centenar largo de páginas aparecido bajo el sugestivo título de “Nuevos hechos, nuevo Derecho de la Sociedad Anónima”— en el que el ilustre Maestro denunciaba la moderna tendencia de esta forma societaria a configurarse jerárquicamente y a “recobrar frente al Estado la consideración de órgano de la economía nacional”. Frente a los cambios ideológicos, económicos y sociales que tienen lugar en los siglos XVIII y XIX y que originan un proceso de democratización en el funcionamiento de la sociedad anónima —y como corolario de ello la consagración de la regla de paridad de trato entre los socios y la progresiva independencia de la sociedad frente a los poderes públicos así como el reconocimiento de un amplio margen de autonomía de la voluntad acorde con el espíritu liberal que informa el movimiento codificador del siglo pasado— nuevos hechos de carácter económico y social irrumpen en el escenario del derecho de sociedades y dan lugar a la elaboración de un “nuevo derecho”. Entre ellos merecen particular atención la influencia directa o indirecta del interés público, la contemplación de intereses transpersonalistas fruto de la aparición de la empresa de grandes dimensiones y la dispersión de la propiedad. Esta disciplina de nuevo cuño recupera la fisonomía aristocrática de la vieja anónima y desencadena una abierta oposición entre ac-

cionistas y administradores y de los diversos grupos de accionistas entre sí hasta el punto de excluir por innecesaria y contraproducente la intervención del pequeño accionariado en la dirección de la empresa sustrayendo al accionista la fracción de poder correspondiente a la parte de capital detenida.

Esta nueva tendencia normativa ofrece un rico instrumental que más allá de su sentido histórico reviste en la actualidad una notable relevancia. De los tres soportes básicos que articulan este dispositivo, el primero se identifica con la defensa de la administración y de la empresa mediante la creación de acciones especiales como son las de voto múltiple y las llamadas “acciones reservadas”. El segundo soporte básico pasa por la privación de derechos al pequeño accionista: la falta de ejercicio efectivo de los derechos de este último evidencia el fracaso de la concepción democrática de la sociedad anónima y justifica a la postre su anulación legal. GARRIGUES subraya el grave escollo que supone la naturaleza dimisionaria de los accionistas inversores para el funcionamiento democrático de la sociedad al tratarse de socios que no tienen espíritu de empresa sino solo de ahorro y especulación con una psicología “dócil o furiosa según la marcha de los asuntos sociales”. El tercer y último de los elementos que conforman este nuevo derecho se anuda al estatuto y posición orgánica de los administradores como defensores del interés de la empresa, su conservación y prosperidad: el sometimiento de la administración a la Junta General de accionistas entraña el riesgo de “entorpecer las iniciativas vigorosas, las rápidas decisiones, las dotes de organización de los administradores”, lo que obliga al reforzamiento de la autonomía de estos últimos dentro de la orientación que, con unos u otros matices, venía postulando la doctrina de la *Unternehmen an sich*.

De aquél formidable intento de reforma de la sociedad anónima acometido en solitario por GARRIGUES en los años treinta —un punto de inflexión en la doctrina española en materia de sociedades— nos queda sobre todo la existencia de una nueva concepción meto-

dológica. A partir de entonces y antes de entrar en el tratamiento jurídico de una institución es obligado conocer su estructura técnica y su función económica, sometiendo a crítica las fuentes nacionales y extranjeras, clave permanente para el entendimiento de la sociedad anónima en fase de transformación. De ahí el interés y pertinencia de iniciar con esta obra el examen de los procesos de cambio del derecho de sociedades en el momento actual.

A) LA CONVERGENCIA EUROPEA Y SUS LÍMITES

Uno de los factores determinantes de la evolución del derecho español de sociedades durante casi medio siglo ha sido el proceso institucional de la evolución europea y el arsenal de medidas jurídico-societarias aprobadas por el legislador europeo durante los últimos cuatro decenios. En efecto desde finales de los años sesenta y hasta bien entrados los ochenta la Comisión y el Consejo se habían limitado a “explorar la diversidad legislativa” entre los países miembros dentro del tráfico económico organizado en forma de empresa como paso previo a la coordinación por medio de directivas de derechos nacionales con una tradición jurídica semejante, un lenguaje científico común y el soporte o aval de una doctrina científica en cierto modo también común. Al optar por la vía armonizadora las autoridades comunitarias no solo garantizaban la transferencia del saber jurídico con un modelo de mínimos, esto es, de resultados y no de medios sino que sirviéndose de las directivas privilegiaba la doble instrumentalidad del derecho de sociedades a efectos de la integración económica entre los países miembros y de la consolidación del mercado común. Por un lado a través de la eliminación de obstáculos de carácter fiscal y material; por otro y fundamentalmente haciendo de los datos económicos reales la pieza decisiva en los procesos de toma de decisiones dentro del ámbito empresarial con la posibilidad adicional de crear unidades económicas acordes con las dimensiones y características de ese mercado ampliado. Los resultados de este

proceso son sobradamente conocidos: durante los primeros años setenta —para ser precisos, a partir de 1968— tiene lugar una codificación encubierta del régimen de las sociedades de capital con directa incidencia sobre la publicidad formal, tutela del capital, procesos de reestructuración empresarial, contabilidad y auditoría. Una codificación que, pese a estar sometida a las exigencias de una realidad económica en permanente transformación que obliga a adaptar los sectores normalizados a los datos cambiantes del tráfico en un proceso de interacción entre diferentes esferas normativas, mantiene viva una sustancial identidad y una efectividad razonablemente asegurada a través del aparato institucional de la proppia UE.

Esta primera etapa de armonización centralizada trataba tan sólo de asegurar una equivalencia de resultados normativos entre los diferentes ordenamientos jurídicos estatales de tal suerte que quedase garantizada la homogeneidad de aquella red de datos jurídicos nacionales que conforman el marco de actuación de los operadores económicos en un sistema de libre mercado. Además de impedir que la disparidad jurídica se tradujera en un factor de distorsión de la competencia y por tanto de disfuncionalidad del propio mercado, se promovía la creación de un entorno favorable al desarrollo y cooperación económica e internacional entre empresas de distintos países miembros en situación de permanente conflicto con el carácter territorial limitado de sus respectivos derechos nacionales. Tras el fracaso de la Propuesta de Quinta Directiva y la crisis económica e institucional de la Comunidad a mediados de los ochenta se produce una acusada desaceleración del programa armonizador que conduce en los noventa al estancamiento y posterior abandono de este último. Se trata de un proceso de alguna forma distorsionado como consecuencia de barreras técnicas originadas por prácticas de gobierno corporativo diferenciadas y de una amplia batería de mecanismos reguladores del mercado de capitales no siempre iguales y en ocasiones contrapuestos. Este elenco de factores estructurales unido a determinados problemas coyunturales

terminó por imponer en los años noventa una severa dieta de adelgazamiento del derecho comunitario armonizado por vía de directivas y al mismo tiempo la reactivación de los Reglamentos y con ello la creación de estructuras organizativas de carácter estrictamente europeo. En vísperas del nuevo siglo se consolida un clima de ideas que tras su paso por los Estados miembros termina por calar en las instancias comunitarias al amparo de los principios de subsidiaridad y proporcionalidad y las severas restricciones impuestas a los órganos comunitarios en el Tratado de Maastricht.

A finales del siglo pasado se inicia un proceso de nuevo cuño —denominado gráficamente “armonización de la armonización”— con el fin de suprimir las insuficiencias y lagunas normativas con que los ordenamientos nacionales regulan los fenómenos de carácter estrictamente transfronterizo ligados a la difusión de práctica de buen gobierno corporativo, reestructuraciones empresariales, pirámides y grupos o ejercicio transnacional de los derechos del accionista. En este marco se inscriben las llamadas “directivas de segunda generación” que impulsan la aproximación de las legislaciones nacionales por la vía de una nueva, suave y lenta armonización destinada a lograr un entorno jurídico más favorable al marco empresarial y financiero en que las empresas deben operar. Se consolida de esta suerte un proceso de desregulación o autorregulación con transparencia, simplificación normativa y competencia entre legislaciones nacionales.

El Tribunal de Justicia, principal garante del respeto al derecho comunitario europeo y órgano por excelencia de la interpretación y aplicación de este último ha contribuido de forma decisiva a la evolución del derecho europeo de sociedades sirviéndose para ello de muy diversas vías: resolución de cuestiones prejudiciales, vigilancia y control de la adecuación de las normas específicas nacionales a la legislación comunitaria en el ámbito sobre todo de la libertad de establecimiento de las personas jurídicas así como la profundización de la integración europea mediante directrices destinadas a evitar discriminaciones entre sociedades

nacionales y de otros países miembros con un control de la eficacia directa de las disposiciones establecidas en el Tratado. Hasta fechas bien recientes —y todavía hoy— es conocida la renuencia por parte de la jurisprudencia comunitaria a aplicar la *interpretatio abrogans* como forma de remover los obstáculos tradicionales a las operaciones transfronterizas así como el modesto alcance de buena parte de sus *leader cases*. Unas veces por el propio rechazo del Tribunal del Justicia a reconstruir la personalidad jurídica que migra según las leyes del país anfitrión; otras por el juego incontrastado del interés público general como fuente legitimadora de restricciones; otras, en fin, por la ausencia de un espacio registral europeo. El hecho es que los avances en esta materia no han sido los inicialmente previstos.

En mayo de 2003 y con el título “Modernización del derecho de sociedades y mejora de la gobernanza empresarial de la unión europea: un Plan para avanzar” la Comisión remite al Consejo y Parlamento europeo un importante documento de análisis en el que venían recogidas buena parte de las propuestas formuladas en el Informe Winter, un genuino programa de política jurídica para un nuevo diseño del ordenamiento societario. Con el fin de construir un derecho europeo de sociedades de nueva planta en relación tanto con los instrumentos regulatorios como con las nuevas tendencias en materia de gobierno corporativo. Por lo que al primer tema se refiere la Comisión alerta sobre la necesidad de debatir en profundidad las ventajas del modelo USA renovado o, en su caso, de un nuevo sistema de normas básicamente imperativas según la *Model Business Corporation Act*, que la propia Comisión se encargaría de trasladar directamente a los Estados miembros por el cauce de las Recomendaciones. Si se llegara por el contrario a la conclusión de que el derecho europeo precisa en la actualidad de una regulación imperativa, la opción político-jurídica volvería de nuevo a polarizarse entre Directivas y Reglamentos, un viejo debate sobre el que la Comisión ha manifestado ya su propósito de privilegiar este instrumento normativo como mecanismo de

sustitución de las Directivas tradicionales en aras a la simplificación del procedimiento de producción de normas societarias, avalado no solo por el carácter autoejecutivo de los Reglamentos sino sobre todo y fundamentalmente por la necesidad imperiosa de someter a los operadores económicos a iguales disposiciones normativas y hacerlo además a un mismo tiempo. La aprobación del Estatuto de la Sociedad Privada Europea por el cauce del Reglamento y no de la Recomendación-modelo constituye un buen ejemplo de la firme decisión de la Comisión en favor de una “forma jurídica a veinticinco” en lugar de veinticinco formas jurídicas diversas nacidas de otros tantos diferentes procesos de incorporación de las Directivas a los ordenamientos internos.

Un análisis global de las directrices formuladas por la Comisión europea para la modernización del derecho de sociedades permite acotar dos áreas bien definidas. De la primera formarían parte un amplio catálogo de iniciativas político-jurídicas en sectores de particular significación, destinadas sobre todo a aumentar la transparencia informativa, garantizar la *par conditio concurrentium*, evitar la utilización fraudulenta de las normas societarias y de forma especial reforzar la movilidad de las empresas e impulsar la creación de nuevas formas jurídico-societarias. La segunda, de carácter técnico, es la que mayor número de frentes presenta en estos momentos: simplificación de la Segunda Directiva y elaboración de un régimen alternativo a la tradicional noción de capital social; reactivación de la disciplina sobre grupos y mayor y mejor información financiera sobre cuentas consolidadas; intensificación de registro de las redes nacionales y posibilidad de disponer de información electrónica sobre los datos de las empresas; reestructuración y movilidad de las sociedades y, como habrá ocasión de examinar enseguida, reforzamiento de los derechos de los accionistas, reforma del Consejo de administración y niveles superiores de información en relación con la prácticas de buen gobierno. El objetivo último es en todo caso una “estrategia para la simplificación” de los contenidos del dispositivo legal en orden a

la prosecución de los fines superiores establecidos en el artículo 2 TU.

La “competencia entre legislaciones”, que constituye en palabras de la Profesora Roberta ROMANO el rasgo definitorio del *genius* del derecho de sociedades norteamericano, ha pasado a ser en estos momentos, como subraya M. LUTTER, una de las prioridades de la Unión Europea. A ello habría contribuido la capacidad de este proceso para promover un derecho de calidad, entendiendo por tal, como dice PAZ-ARES, aquél que, además de ser “denso” y cubrir numerosas contingencias, es lo suficientemente flexible como para adaptarse a muchos tipos de empresas, cuando en el derecho continental europeo las dinámicas competitivas se han llevado a cabo hasta ahora en el seno del propio ordenamiento nacional y en relación exclusivamente con los tipos societarios “por razón de la flexibilidad organizacional de cobertura contractual de las distintas alternativas posibles y la certeza y complitud de sus normas”.

Con independencia de la dificultad de conciliar este arbitraje regulador con los planteamientos económicos y competenciales de los diferentes Estados miembros y del riesgo ya en estos momentos de prácticas anticompetitivas, cabría preguntarse si tal competencia regulatoria tiene sentido una vez alcanzado por vía de armonización un “mínimo de equivalencia sustancial” en el seno de la Unión Europea. Nuestra mejor doctrina ha denunciado ya los peligros de esta “carrera a la baja” (*race to the bottom*) y, en particular, la igualación del régimen jurídico a partir de los modelos legislativos menos rigurosos, sin perjuicio de la existencia en el mercado de control societario de una propia y específica “*race to the top*” en la que —como claramente ilustra la disciplina de las OPAS— los principales beneficiarios serían los accionistas.

B) NUEVO PARADIGMA SOCIETARIO A LA LUZ DEL MERCADO DE VALORES

En todos los ordenamientos avanzados se ha hecho preciso articular con carácter orgá-

nico un dispositivo —que se pretende ágil y seguro— integrado por normas procedentes tanto del derecho de sociedades como de la legislación del mercado de valores. Se trata de una tarea compleja técnicamente hablando con la finalidad, por un lado, de asegurar las ventajas sociales inherentes a la protección de cuantos comprometen sus ahorros en una sociedad cotizada, que sin embargo no gobiernan; por otro, hacer frente a las insuficiencias del ordenamiento tradicional tanto respecto a la capacidad de autorregulación de los operadores como a la protección judicial actualmente existente para salvaguardar los intereses de este colectivo disperso habida cuenta que el coste y complejidad de los litigios por fraude en los mercados de valores difícilmente puede garantizar la reparación del daño. Lo más grave a mi juicio —lo que a la postre dificulta un tratamiento complejo y coherente de la sociedad cotizada— es la constitutiva incompatibilidad de su estatuto jurídico con el utillaje conceptual y la estructura del derecho de sociedades, concebido desde sus orígenes como un derecho organizativo esencialmente neutro.

El estatuto jurídico de las sociedades cotizadas, en el que confluyen el derecho del mercado de valores y el derecho de sociedades reclamando un esfuerzo de interpenetración difícil no solo en el plano técnico-jurídico sino sobre todo en la esfera dogmática —un subtipo anclado en la existencia de un elevado número de acciones, fungibilidad de la condición de socio y disociación entre propiedad y control— suscita un amplio repertorio de cuestiones sujetas a una permanente controversia debido a las contradicciones internas de su reglamentación jurídica, la casuística con que se presenta en la vida corporativa y la existencia en derecho comparado de una pluralidad de modelos de organización, cuyas normas responden a tipologías y teleologías claramente diferenciadas. Una disciplina reguladora que en lo fundamental viene limitada al funcionamiento del mercado de capitales y al papel asignado al socio como actor en dicho mercado más que como miembro de una corporación de accionistas. En ella cobran particular relevancia no solo los

conflictos de interés y el aprovechamiento de oportunidades de negocio respecto de las que la sociedad haya manifestado sus preferencias sino la determinación misma de la función y contenido de la cláusula de interés social, la caracterización de la minoría y el alto potencial de conflictividad entre mayorías y minorías, grandes accionistas y pequeños inversores así como la existencia de modelos distintos de organizar la administración y la posibilidad de optar entre estructuras diferentes. En torno a esta materia se enuclean cuestiones tan dispares como los cauces destinados a la agrupación de los accionistas, la fijación de porcentajes escalonados a efectos del concepto mismo de minoría o la funcionalidad y publicidad de los pactos parasociales como en materias todas ellas que se encuentran en el “ojo del huracán” del actual debate societario.

No voy a detenerme ahora en el análisis y valoración de problemas a los que la doctrina ha prestado ya una atención pormenorizada. Para los propósitos aquí perseguidos bastará simplemente con recordar el peligro de utilización alternativa del derecho o de fraude de ley cuando para resolver problemas específicos de esta subespecie de sociedad anónima, que es la cotizada, se acuda exclusivamente al dispositivo conceptual y técnico del ordenamiento societario dado el riesgo que en estos casos se corre de traicionar los fines que dan sentido a un determinado aparato institucional (SÁNCHEZ ANDRÉS). La elaboración tanto de elementos técnicos como de un esquema funcional capaz de hacer efectiva la protección del inversor así como la transparencia y el fomento de un mercado de valores eficiente y autónomo son objetivos todos ellos que ponen claramente de manifiesto las limitaciones del tradicional derecho de sociedades y la pérdida de vigencia del modelo legal de la sociedad anónima. Es por ello por lo que es preciso impulsar una actuación más organizada y profesional de los accionistas inversores en su condición tanto de minoritarios como de inversores institucionales en los procesos de toma de decisiones a cuyo efecto se dictan normas específicas sobre *full disclosure* o plena transparencia informati-

va anudada a una supervisión independiente y externa de los mercados, exigencias de eficacia, trato igualitario entre inversores así como protección de la estabilidad de las entidades e intermediarios financieros.

* Esta moderna concepción funcional del derecho de sociedades y sus vinculaciones institucionales y contractuales con el mercado de valores presupone una opción radical por la llamada *cultura de la transparencia* como sistema de tutela de los inversores en los mercados primarios de valores. El primer paso en esta dirección viene dado por la política legislativa tendente a la ampliación del derecho de los accionistas a obtener informaciones sobre el desenvolvimiento y expectativas de la sociedad como correlato del deber de transparencia impuesto a los administradores de las grandes sociedades con un accionariado disperso, especialmente las cotizadas. La intensificación de la política informativa —en el marco de Juntas Generales dotadas de un carácter cuasipúblico y con un alto número de participantes portadores de intereses dispares— resulta plenamente justificada y además deseable siempre que se respeten tanto las exigencias de un desenvolvimiento sin trabas de la gestión como el interés legítimo de la sociedad en mantener reservados ciertos hechos confidenciales, cuya divulgación podría perjudicar su propia posición competitiva.

El derecho de información del accionista como elemento nuclear del sistema societario ha sido desde siempre —no solo en nuestro país sino en la práctica totalidad de los ordenamientos nacionales— un semillero de problemas. Pese a contar con un excelente soporte técnico y a la existencia de criterios jurisprudenciales más o menos consolidados, lo cierto es que esta disciplina sigue siendo un asunto delicado y polémico, en el que permanecen abiertas importantes cuestiones interpretativas que dotan a esta materia de notable complejidad y de una permanente actualidad. Que es un tema polémico se comprende fácilmente con solo decir que lo que se halla sujeto a discusión es en definitiva si el derecho de información del accionista debe abordarse desde

una perspectiva intrasocietaria en el ámbito de las relaciones socio-sociedad y como un derecho individual del accionista. Este último no pasaría de ser una herramienta de fiscalización al convertirse en el cauce ordinario por cuyo conducto accede el accionista individual al control de la gestión de los administradores, quedando por tanto fuera de su tratamiento tanto la información al público inversor como la tutela de los denominados consumidores financieros y de los terceros interesados en la marcha de la empresa. O si por el contrario, tal derecho ha de examinarse a la luz de los deberes de información de la sociedad, esto es, de una política de máxima publicidad informativa inspirada en la llamada “filosofía de la transparencia” del mercado de valores.

Pues bien a partir de esta opción radical no hay en la nueva disciplina de las sociedades de capital punto alguno relacionado con el derecho de información que no resulte controvertido. A las facultades tradicionales de interpe-lación, solicitud de informes y examen de los documentos contables se anuda una política de máxima publicidad destinada a asegurar que la información que circule sea suficientemente veraz y fiable. El derecho de sociedades anónimas no solo amplía en efecto tales instrumentos de información sino que refuerza enérgicamente la fiabilidad material —y no sólo la regularidad formal de las cuentas sociales— merced a una fiscalización independiente realizada en el marco de la Ley de Auditoría bajo criterios de responsabilidad profesional. El dato que con mayor claridad refleja el cambio de modelo en materia de información societaria es la progresiva institucionalización del control social, esto es, la contemplación de intereses transpersonalistas visible, como ya advirtiera SÁNCHEZ ANDRÉS, en aquellas sociedades que recurren al mercado primario de valores o tienen sus valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales o reconocidos; tanto si se trata de sociedades abiertas como de cotizadas en sentido estricto el objetivo fundamental es reforzar los deberes de información de los emisores de valores negociables, a cotizar o ya cotizados. Es justamente a este marco

al que se incorporan registros administrativos especiales tales como el registro de folletos o prospectos, comunicación de participaciones significativas y tenencia de acciones propias o el registro de hechos relevantes.

El dato más característico de las sociedades que hacen pública apelación al ahorro mediante la emisión u oferta de valores de cualquier clase consiste cabalmente en la profundización de tales tareas informativas. No debe por ello extrañar que la LMV obligue a promover la difusión de cuanta información sea necesaria para asegurar, según reza su artículo 13, “la transparencia de los mercados, la correcta información de los precios en los mismos y la protección de los inversores” y que en materia de información relevante se establezcan especiales cautelas que faciliten el conocimiento por parte del inversor, al menos en sus grandes líneas, de la estructura accionarial de la compañía, el seguimiento de los cambios de control con relevancia a efectos de una OPA y la identificación de posiciones que eventualmente pueden dar acceso a información privilegiada. Como ya señalara en su día SÁNCHEZ ANDRÉS la cultura de la transparencia responde a la necesidad de salvaguardar la infinita credulidad de los inversores ante la infinita codicia de los vendedores de productos financieros.

A partir de estos datos —y sin perjuicio del objeto, alcance y límites del derecho a obtener información fidedigna sobre las actividades de la sociedad, en cuyos pormenores no podemos ahora entrar— tiene lugar una permanente difusión y fortalecimiento de la cultura de la transparencia. De ello dan testimonio suficiente, fuera de nuestro país, los Principios Generales de la OCDE 1999, el Combined Code 2002, el Código de Autodisciplina italiano 2002, el alemán de Gobierno Corporativo de esa misma fecha así como el capítulo II del Informe Winter igualmente de 2002. Una tendencia promovida asimismo en el ordenamiento español merced al impulso tanto del Código Olivencia y del Informe Aldama como del Código Conthe.

El tema ha merecido una especial atención en la esfera comunitaria europea. La llamada

Directiva de la Transparencia de diciembre de 2004 sobre armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado —que modifica a la Directiva 2001/34/CE y que en fechas recientes ha experimentado a su vez cambios no irrelevantes tras la aprobación de la Directiva 2007/36/CE— constituye, junto con la Directiva de OPAS, una de las piezas centrales del vigente sistema europeo. De la importancia de su contenido da buena prueba el hecho de sentar las bases para una regulación de los deberes de información de los emisores sobre convocatoria de la Junta General, ejercicio del derecho de representación, empleo de medios electrónicos para hacer llegar la información a los accionistas así como el cumplimiento por los emisores de normas mínimas de calidad para la difusión de la información en toda la Unión Europea mediante procedimientos rápidos y no discriminatorios. Ello significa que la información difundida está disponible de forma centralizada en el Estado de origen y que se favorece la creación de una red europea de datos accesibles a precios razonables para los inversores particulares promoviendo al mismo tiempo la libertad de competencia en la designación de los medios y operadores destinados a la difusión de la información. En la raíz de la publicación de esta directiva se encuentra la vieja aspiración, presente en la formación del derecho europeo, de contar con mercados eficientes, transparentes e integrados como requisito básico para una mejor distribución de capital y la subsiguiente reducción de costes. La prosecución de tales objetivos obliga a los emisores de valores a asegurar el flujo de información pública-periódica que se suministra a los inversores, lo que implica un régimen armonizado de tal dispositivo y una adecuada publicidad en materia de comunicación de participaciones significativas con derecho de voto.

* La elaboración de instrumentos específicos para *incentivar la participación de los socios en la Junta General* y detener el progresivo declive de esta última más allá de los mecanismos

oportunistas en materia de transparencia informativa constituye una de las mayores preocupaciones dentro del actual proceso de reforma societaria. La denominada Ley de Transparencia 2003 incluye entre sus objetivos básicos el reforzamiento de la Junta General y de la posición de los accionistas introduciendo a este respecto eficaces mecanismos de control sobre el gobierno de dichas sociedades con vistas a potenciar la confianza de los accionistas e inversores en el buen funcionamiento de los órganos sociales. Además de establecer derechos reforzados de información obliga a las sociedades cotizadas a elaborar un Reglamento de la Junta y un Informe Anual de Gobierno Corporativo destinados a potenciar el papel de esta última y la participación de los accionistas en los procesos de toma de decisiones mediante la solicitud y obtención de delegaciones de voto, voto por correspondencia como expresión de la participación no integrada, supresión de la prohibición de la representación por los bancos y ejercicio por estos últimos del derecho de voto de los títulos en ellos depositados dando prioridad al denominado principio de transparencia en los términos anteriormente expuestos.

Con el fin de favorecer un mayor compromiso de los socios en los procesos de toma de decisiones por la vía no tanto, o no solo de incentivar su directa participación en la Junta General cuanto de favorecer la agrupación o asociación entre ellos se articula desde mediados de los años noventa un *direct monitoring* de los propios accionistas en cuestiones de gestión social reforzando por esta vía la posición de la Junta General en este ámbito. Más que una ampliación competencial por el juego de la autonomía estatutaria se produce una mayor incidencia de la Junta con un mayor rigor de la disciplina en materia de información. La existencia en todos los ordenamientos de un conjunto de recursos técnicos destinados a suplir el déficit de control de los administradores y a reactivar el funcionamiento de la Junta juega un papel determinante con relación a los inversores institucionales en su doble condición de canalizadores del ahorro privado hacia la in-

versión mobiliaria y garantes de los pequeños accionistas con dificultades para ejercitar los derechos de los paquetes accionariales existentes en su portafolio y sometidos a su control.

Se trata de una preocupación a la que no ha permanecido ajena la Unión Europea. Todos los ordenamientos se dotan de recursos técnicos destinados a reactivar el funcionamiento de la Junta, un proceso laborioso en el que junto a otros elementos han desempeñado un papel determinante sobre todo los inversores institucionales. A esta finalidad responden iniciativas tales como la introducción de fórmulas de representación, en los términos por ejemplo del *Vollmachtstimmrecht* reconocido en la KonTraG a las entidades de crédito depositarias de las acciones; los nuevos incentivos de participación y control de las minorías o los esfuerzos por reequilibrar la natural tendencia del socio al absentismo y potenciar la función directiva de la Junta General en los términos recogidos tanto en el Informe Winter 2002 como en el Plan de acción sobre Modernización del Derecho de Sociedades aprobado por la UE en mayo de 2003. A lo anterior cabe añadir la posibilidad de control de la Junta merced a la existencia de derechos de voto reforzado o a la celebración de esta última por video conferencia tal como se contempla en el Informe Baums de julio de 2001, el Código Crome de 6 de febrero de 2002 y la TransPuG. El elemento más destacado es sin duda la Directiva de julio de 2007. Se trata de una “Directiva de mínimos” que permite profundizar en la democracia accionarial al facultar a los legisladores nacionales para aplicar conforme a los principios de subsidiaridad y proporcionalidad un régimen más favorable a los accionistas y por contra más riguroso a las sociedades cotizadas, introduciendo un catálogo de medidas destinadas a facilitar de forma económica y sencilla el ejercicio de derecho de voto de los accionistas extranjeros (voto transfronterizo).

Objetivo final de este texto normativo es impulsar no solo la participación de los accionistas pequeños e individuales, que integran la base accionarial pasiva de muchas sociedades cotizadas en Europa, sino también de los in-

versores institucionales e intermediarios en la tenencia de acciones legitimados, como es sabido, para reactivar el funcionamiento de estas últimas por vías diversas. Unas veces mejorando el régimen de la convocatoria y de la información preparatoria de la Junta; otras suprimiendo todas las formas de bloqueo de las acciones, sustituyendo las exigencias de depósito o inmovilización por un sistema de registro en una fecha determinada próxima a la celebración de la Junta que no interfiera la intransmisibilidad de aquellas; finalmente favoreciendo la participación electrónica en las Juntas Generales y promoviendo procedimientos sencillos para el voto *in absentia* a través de un dispositivo específico aplicable tanto al ejercicio del voto por cuenta ajena y mecanismos de representación como a la intervención de apoderados, intermediarios y titulares fiduciarios.

Se trata de una directiva de extraordinaria significación que ofrece respuestas útiles tanto a las limitaciones impuestas a los pequeños accionistas transfronterizos individuales interesados en ejercitar su derecho de voto de forma económica y sencilla y a los problemas de reactivación de las Juntas Generales de sociedades cotizadas a raíz de las trabas impuestas a la legitimación anticipada como a las disfuncionalidades provocadas por la relación directa entre la sociedad emisora y el inversor. Este último supuesto reviste especial complejidad en aquellas cadenas de intermediarios que atraviesan distintos Estados y al amparo del sistema de representación de los valores sientan las bases para la tenencia indirecta o fiduciaria de las acciones, originándose con frecuencia conflictos entre el accionista extranjero y la entidad que, al tener las acciones registradas a su nombre en la jurisdicción de la sociedad emisora, se halla legitimada para el ejercicio de los derechos de participación del socio.

De este amplio temario, recogido aquí con carácter puramente enunciativo, relevante es sin duda la disociación entre titularidad económica o real de las acciones que corresponde al inversor extranjero y atribución formal de la condición de accionista o subsiguiente legitimación del mismo para el ejercicio de los

derechos de participación de conformidad con la ley societaria. Un problema nada liviano por cierto dada la diversidad de sistemas de representación de las acciones en los Estados miembros, la opacidad frente la sociedad emisora de las titularidades fiduciarias y el sometimiento a una pluralidad de legislaciones —disparas tanto por la atribución de la propiedad y el ejercicio de los derechos de socios como por la *lex societatis*— de relaciones contractuales de distinta naturaleza, bien entre emisor, que desconoce por lo general quien es el inversor final, y accionista formal, esto es, aquél a quien la legislación de su sede social considera accionista; bien entre accionista formal y cliente depositario de los títulos, que puede ser con frecuencia también un intermediario; bien finalmente entre inversor final y la entidad en que aparece registrado como accionista.

Los llamados Códigos de Buen Gobierno —unos textos que hasta fechas recientes han dado muestras sobradas de la desconfianza en el papel desempeñado por la Junta General, cuya posición institucional ha quedado tradicionalmente oscurecida en un mar de recomendaciones orientadas preferentemente a la tutela del mercado y al control externo de las sociedades cotizadas— han terminado por afrontar el viejo problema del absentismo accionarial, o por decirlo mejor, la dilución de la tradicional relación jurídico-societaria en el ámbito de las sociedades cotizadas. Como más adelante veremos, su objetivo es que los propietarios de la sociedad ejerzan como tales en la doble dirección de sensibilizar al accionista individual —y de forma destacada al pequeño accionista-inversor no sofisticado— y de potenciar el papel de los inversores institucionales.

Aunque a las reglas de buen gobierno haremos referencia en el último epígrafe de este apartado, conviene ya señalar que el Código Conthe, en una dirección análoga a la seguida en otros países, tipifica diversas recomendaciones destinadas a reforzar la transparencia de los mecanismos de delegación de voto de los accionistas y potenciar el funcionamiento de la Junta. A tal fin se uniformizan las tarjetas

de asistencia, se universaliza la creación de un Registro de accionistas, se posibilita con vistas a la concepción del orden del día la inclusión automática de propuestas de los accionistas así como el reparto de votos del accionista entre los distintos candidatos al Consejo de administración en lugar de votar en bloque con todas las acciones a favor o en contra de los mismos y, como aportación destacada, se introducen las Asociaciones de accionistas. La coordinación entre los pequeños accionistas en defensa del interés social —una fórmula dotada de una ya larga experiencia en derecho comparado— constituye en estos momentos una propuesta político-jurídica de primer orden, cuya instrumentación dista empero de ser satisfactoria. Antes de proceder a su reconocimiento generalizado sería conveniente determinar la estructura del capital de las sociedades cotizadas y la particularidad de los mercados españoles con fuerte presencia de inversores institucionales, núcleos duros y una más que peculiar composición de las carteras industriales. Cabría en consecuencia preguntarse si no hubiera sido preferible la orientación anglosajona de responsabilizar al Consejo de administración el diálogo con los accionistas por el juego de la participación de estos últimos en la Junta General merced a la existencia de mecanismos claros de representación y voto o, en su caso, el modelo alemán del Foro electrónico de accionistas. Es claro por otro lado que la tendencia favorable del Código Conthe a las asociaciones de accionistas nada dice todavía sobre su reconocimiento legal. La implantación de esta fórmula exigiría en todo caso hacer pública la participación accionarial en la sociedad cotizada así como facilitar el acceso a la información garantizando el principio de paridad de trato, divulgar esta última sin vulnerar el interés social y crear un estatuto regulador de la elección de representante en la asociación, la sede social, los mecanismos de representatividad en función del número de socios o del porcentaje del capital. Deberían finalmente establecerse los costes del sistema, registros administrativos, competencias y régimen sancionador, catálogo de facultades, legitimación procesal respecto de las decisiones adoptadas por la sociedad y

mecanismos de control y responsabilidad con garantía de solvencia suficiente.

* El *control de los directivos* —uno de los “problemas permanentes” de la vigente disciplina societaria que forma parte del corazón mismo de gobierno corporativo como núcleo institucional básico en las sociedades cotizadas— pone en juego la calidad de los instrumentos de supervisión y con ello el alcance real de la reactivación de la Junta General sin perjuicio de que los mecanismos de control de los administradores, competencia histórica de esta última, se atribuyan a partir de ahora a otros sujetos o instituciones orgánicos o extraorgánicos. La cuestión ya no es tanto la incapacidad de la Junta renovada o no para supervisar la actividad del *management* sino la necesidad de introducir mecanismos de control más eficientes que los que actualmente existen. A esta finalidad responde asimismo el amplio repertorio de incentivos en favor de una gestión profesional tales como la remuneración de los administradores mediante *stock options*, incorporación de consejeros independientes e institucionalización de la función supervisora del Consejo, que deja de administrar y asume el control de la actuación de los gestores en su condición de responsables últimos de la dirección de la sociedad poniendo en primer plano el problema de los *monitoring costs* en los términos que inmediatamente se dirá.

* Haciéndose eco de la creciente difusión de las nuevas tecnologías y de los medios de comunicación a distancia —cuya importancia había sido ya subrayada en el Informe Winter y en la Directiva de Transparencia 2004— se canoniza la participación en Junta con el concurso de medios electrónicos. Ninguna duda parece plantear la legitimidad de los Estados miembros en cuestiones de particular significación como son las relacionadas bien con el proceso decisorio aplicable en las sociedades respecto a la introducción o utilización de cualquier forma de participación de medios electrónicos; bien con el establecimiento de requisitos o restricciones a su utilización por razones de seguridad derivadas de las propias comunicaciones electrónicas y de la verificación de la identidad

de los accionistas, siempre que sean proporcionales a los fines perseguidos. Del catálogo de vías de participación en Junta General por medios electrónicos cabe destacar, por un lado, la emisión de voto electrónico antes o después de la Junta y, por otro, la llamada teleasistencia o interacción simultánea del ausente y los reunidos en la Junta, aspectos todos ellos de los que hay que dejar constancia en la página web de la sociedad, junto con la convocatoria de la Junta. Análoga significación reviste el derecho que asiste a todo accionista a formular en esta última preguntas sobre asuntos comprendidos en la orden del día y la obligación impuesta a la sociedad no sólo de contestar las informaciones solicitadas sino de hacer constar en la página web la existencia de este derecho así como los plazos para su ejercicio. Pese a los términos abstractos en que viene formulado, estamos ante un genuino derecho de información sometido a la legislación de los Estados miembros en aspectos de notable relevancia como son facultar a la sociedad para servirse de medios electrónicos en la formulación de preguntas y en la contestación a las mismas; establecer cauces para el ejercicio del derecho; limitar la aplicación de este último por razones de confidencialidad, interés del emisor o garantía de la identidad de los accionistas así como denegar en su caso la información solicitada en consideración a su carácter superfluo, propósito obstructivo o naturaleza abusiva.

Así como el voto mediante representación y el llamado voto transfronterizo han sido tradicionalmente un semillero de problemas, no puede decirse lo mismo del voto por correo. La Directiva adopta una favorable posición sobre este último en relación tanto a su admisión antes de la Junta General como a la posibilidad de restricciones o condicionantes introducidas por los Estados miembros para garantizar la identificación de los accionistas, siempre que las mismas resulten necesarias y sean proporcionales a tal fin. Otro tanto cabe decir del resultado de las votaciones ya que en este caso la propia Directiva exige de forma inequívoca que el recuento de votos refleje la intención manifestada por los accionistas a la par que

establece medidas de transparencia, una vez celebrada la Junta General, a fin de que para cada resolución, la sociedad determine, como mínimo, el número de acciones respecto de las cuales se han emitido votos válidos, la proporción de capital representado por dichos votos, el número total de votos válidos, el número de abstenciones.

En derecho comparado ofrece un interés especial, por constituir un *leading case*, la Sentencia de la *Court of Appeal* de 21 diciembre de 1989 en el caso *Bying v London Life Assurance Ltd. and another*. En la que se formula por vez primera el principio de que una Junta General celebrada de forma electrónica es válida, con tal de que haya permitido a los socios asistentes participar plenamente en los debates y en la adopción de los acuerdos. A partir de ahí, tanto en el derecho británico como en la práctica norteamericana de la SEC, las comunicaciones electrónicas se toleran en régimen de voluntariedad toda vez que en USA la legislación de los distintos Estados preexistente a la revolución tecnológica de la sociedad de la información que presentaba ya gran flexibilidad en relación con la Junta General. En 1996 la sociedad Bell & Howel celebra por primera vez en la historia una Junta anual de accionistas en Internet, facilitándose a estos últimos, a través de una dirección asimismo en Internet, atender a las discusiones y participar en las mismas transmitidas en tiempo real y por AudioNet aunque en esta oportunidad no fuera posible el ejercicio del voto electrónico.

C) PRINCIPIOS Y REGLAS SOBRE GOBIERNO CORPORATIVO

Dentro del nuevo clima de ideas en torno a la *Corporate Governance*, lo que se discute es justamente el ejercicio del poder dentro de las sociedades abiertas, el modo en que son dirigidas y controladas las sociedades que acuden a los mercados financieros en busca de capital riesgo, dotadas por lo general de un accionariado numeroso y cambiante y con una propiedad altamente dispersa en el público inversor. En las sociedades cotizadas o bursátiles

se hace visible, con particular claridad, la alta concentración de poder en un reducido grupo de consejeros ejecutivos y altos directivos más o menos vinculados a grupos influyentes del capital social, que se mantienen alejados del resto de un accionariado desprovisto casi siempre de especial capacitación profesional y dedicación pero con legítimos intereses de control en defensa de su posición como inversores según los términos expuestos en su día por EISENBERG.

Al formular en estos términos el problema de la gobernabilidad de las empresas cotizadas, estamos ya apuntando algunas cuestiones básicas que versan en lo fundamental sobre la estrategia de lo que se ha dado en llamar “organizaciones corporativas progresivas” o corporaciones de nuevo diseño, en las que los proyectos circulan de abajo a arriba y no al revés y cuyo elemento nuclear se anuda a la eficacia y responsabilidad de los órganos de administración. La eficacia se mide por los resultados: en qué medida el Consejo gestiona bien la empresa y cómo puede armonizando los planes de los gestores y los intereses de los inversores. La responsabilidad es, en buena medida, una cuestión de comunicación de la información y de transparencia; pero también, y sobre todo, del grado de independencia con que actúan los administradores y de una adecuada delimitación de los deberes fiduciarios impuestos a estos últimos poniendo directamente en juego el papel que la captación de fondos financieros desempeña como factor de competitividad de los mercados (COFFEE J. C.).

* Si examinamos el curso del debate teórico de los últimos años, no resulta difícil separar, dentro de los problemas de fondo no resueltos, los que revisten una dimensión político-jurídica de aquellos otros que presentan un carácter prevalentemente técnico. Entre los primeros siguen ocupando un lugar central los argumentos en favor de una regulación menos imperativa en todo lo relativo a la estructura y funcionamiento del órgano de gobierno de la sociedad. Particular interés despierta asimismo la determinación de los objetivos y criterios de actuación del Consejo; aquí se hacen

relevantes no solo una eventual redefinición del interés social sino las ventajas e inconvenientes anudados al modelo gerencial tradicional frente al modelo de supervisión. Si de la vertiente político-jurídica pasamos a los problemas técnicos las discusiones giran sobre la composición cualitativa y funcionamiento del órgano de administración-vigilancia dentro de un sistema monista renovado; integración de consejeros independientes, composición y función de las comisiones internas, funciones de la dirección y funciones de control, derechos-deberes de información de los consejeros, blindajes de sociedades y directivos, deberes fiduciarios y régimen de responsabilidad (ES-TEBAN VELASCO).

Desde hace algunos años en Europa —y en fechas más recientes en España, hasta la publicación de la Ley de Transparencia— el dilema entre regulación y autorregulación se plantea justamente en relación con el gobierno de las sociedades cotizadas. Aunque la tendencia doctrinal dominante parece, en principio, pronunciarse claramente en contra de la función del legislador como “productor de normas” y a favor de las fuerzas del mercado, como factor de modernización del derecho de sociedades, haciendo suyo el brocardo “menos derecho y más mercado”, los recientes episodios de crisis financiera, que han provocado sin temor a exagerar una crisis sistémica, obligarán a replantear buena parte de sus postulados fundamentales. Ello no obsta para que, bajo la presión de los propios operadores económicos y jurídicos, sigan promoviéndose procesos, cuya legitimación descansa en una mayor flexibilidad de las normas, un más intenso estímulo a la innovación en el ámbito de la tecnología organizativa así como un mayor grado de eficiencia como consecuencia de la mejor adaptación de las empresas a los cambios en el entorno tecnológico y de los negocios. Lo que resulta hoy más discutible es que el legislador, como ingeniero social, siga sujeto a un declive imparable, limitándose a intervenciones de carácter puramente residual. La experiencia ha mostrado en toda su dimensión la crisis de los últimos meses amargamente la multiplicidad de intereses

necesitados de tutela y la conveniencia de que el carácter imperativo de determinadas normas legales permanezca inalterado, una orientación adoptada ya en su momento por la *Sarbanes-Oxley-Act* y las normas de desarrollo de esta última dictadas por la SEC.

La necesidad de asegurar el equilibrio entre autorregulación de las compañías, cuyo potencial no puede ignorarse, e intervención del legislador en el doble sentido de reformador de las normas legales y garante de que la regla *complain or explain* constituye uno de los objetivos centrales de la moderna política jurídica canalizada en estos momentos a través de una “autorregulación obligatoria”. Este conjunto de factores, unidos a la nueva dimensión en el plano funcional que asume la microeconomía y la ciencia de las finanzas así como las estrechas relaciones existentes entre *law and finance* hacen de las sociedades cotizadas el campo de aplicación de las normas de buen gobierno y uno de los ejes vertebradores del sistema en un marco de creciente complejidad del entorno empresarial, cada vez más competitivo, y con un recurso permanente a las nuevas tecnologías. Ello no obstante sigue siendo un objetivo irrenunciable la creación de formas de sociedad con estructuras organizativas más simplificadas.

Como no podía ser de otra forma, tanto estos hechos como los cambios operados en la realidad económica y social han desatado en el plano político-jurídico una viva controversia doctrinal que, pese a los años transcurridos, está lejos de remitir. No es posible exponer aquí los términos de este debate teórico ni el estado actual de la discusión doctrinal. Baste tan solo con señalar que las nuevas ideas y las concepciones metodológicas que las sustentan se agrupan en lo fundamental en torno al espacio reservado a la intervención del legislador, la necesidad de nuevas reglas y principios en materia de gobierno corporativo y la posibilidad y límites del moderno derecho de sociedades en los términos que en otros lugares de este trabajo señalamos.

Elemento fundamental de la nueva arquitectura de la *Corporate Governance* es la com-

posición del Consejo. Los distintos Códigos de conducta elaborados en los últimos años —Cadbury, Greenbury, Hampel, Vienot así como el Informe Olivencia publicado en España en mayo de 1998— introducen, con unos y otros matices, siguiendo las pautas establecidas por el ALI, una primera y radical distinción entre consejeros ejecutivos —encargados, como su nombre indica, de la gestión de la sociedad e integrados en un equipo, del que habrá de formar parte necesariamente el primer ejecutivo de la compañía— y consejeros externos, es decir, no ejecutivos, que en los modelos descritos representarían la mayoría de los miembros del Consejo.

Dentro de esta última categoría de consejeros externos ocupan un destacado lugar los llamados consejeros independientes; sin duda una de las novedades más llamativas de estos documentos. Esta terminología de consejero independiente —acuñada en el movimiento de reforma de países como el Reino Unido, USA Francia y Holanda— trata de subrayar la libertad de criterio y actuación con que esta nueva categoría de consejeros actúa al servicio de los intereses de los pequeños inversores no representados en el Consejo de administración. Al margen de que sean o no accionistas, los independientes pasarían a formar parte del Consejo de administración en razón de su alta cualificación profesional y como representantes de los intereses de los accionistas ordinarios, integrantes del denominado “capital flotante”.

La creación de esta categoría especial de consejeros independientes responde —como apuntara en España el Código Olivencia— a la finalidad primordial “de hacer valer en el Consejo los intereses flotantes...”. Ahora bien, debido al peso específico que están llamados a tener en el órgano de gobierno de la compañía, su sola presencia en este último “incrementará su representatividad, ampliará sus puntos de vista y, sobre todo, elevará la disposición y la capacidad del consejo para desarrollar con eficiencia la función de supervisión”. Con la participación mayoritaria de consejeros no implicados en la gestión se persigue en suma la modernización y reestructuración del Conse-

jo, objetivo estrechamente ligado a la atribución de específicas funciones de supervisión. Se trata asimismo de facilitar a este último, de forma preventiva, el cumplimiento de las funciones de control de los consejeros internos que tiene encomendada, en orden sobre todo al cumplimiento de sus deberes de diligencia y lealtad y a la correcta solución de los conflictos de intereses (ESTEBAN VELASCO). Una media que, en su aplicación práctica, permitirá sin duda superar la vieja figura del consejero “dormido o durmiente”, dando paso a un modelo profesionalizado de gestión.

Con independencia de los objetivos anteriormente señalados, la creación de la nueva figura del consejero independiente aparece estrechamente ligada a ciertos planteamientos financieros, brillantemente desarrollados entre nosotros por el profesor PAZ-ARES. Utilizando una expresión que ha hecho fortuna en la literatura anglosajona, este ilustre colega adopta el término “capital reputacional” para designar la apuesta realizada por el mercado a favor de los consejeros independientes, en el sentido de que el incremento del número de estos últimos en una compañía cotizada permite anticipar a los mercados el mensaje de que, a partir de ese momento, la sociedad va a estar más sujeta a supervisión, los costes de agencia van a reducirse, el coste del capital también va a disminuir y, en consecuencia, el buen nombre de la empresa saldrá robustecido en un mercado intermediado por inversores institucionales.

Frente a la idea, ciertamente extendida, de que no existen cautelas ni garantías suficientes que aseguren hoy por hoy la independencia del consejero —cuyo comportamiento se halla vinculado en último término a quien propicia su nombramiento y le remunera y cuya posición se ve debilitada asimismo por la estructura de sus incentivos y la propia configuración organizativa de la sociedad— PAZ-ARES defiende la viabilidad de esta figura en la convicción de que un consejero independiente conocido, dotado de prestigio y solvencia profesional, está llamado a desempeñar un decisivo papel en el gobierno de la sociedad. Por esta vía no sólo se produciría un cambio estructural en las pautas

de organización de las corporaciones dando lugar a una mayor dotación de los presidentes, a una disminución de la legitimación de las medidas anti-opa, sino que el mundo financiero terminará valorando favorablemente la incorporación de estos últimos al consejo y abrirá las vías para la creación de un verdadero “mercado de ejecutivos”.

Merced a este “capital reputacional” y al juego de los independientes, se produciría además un reforzamiento de la legitimidad de la economía de mercado. A partir de ahora las empresas no sólo serían valoradas como instrumentos más eficaces, sino también como estructuras organizativas más abiertas, más transparentes y relativamente más equitativas tanto en su funcionamiento interno como en sus relaciones con el entorno (PÉREZ DÍAZ). Los turiferarios del gobierno corporativo están convencidos, en suma, de que la puesta en práctica de este nuevo código deontológico empresarial está llamada a acrecentar el valor financiero de la empresa y su posición en el mercado. Se trata de un diagnóstico que cabe compartir, si bien con reservas. En efecto, la propia realidad empresarial —a estos efectos tanto española como argentina— dominada por la presencia de sociedades con capital estable y control accionarial, ofrece motivos sobrados para dudar de que, al menos en una primera fase, el mercado de los independientes vaya a alcanzar la difusión esperada. La existencia dentro del Consejo de personalidades desvinculadas del equipo de gestión y de los núcleos accionariales de control que más influyen sobre éste, dotados de experiencia, competencia y prestigio y de un alto grado de independencia de juicio, constituye sin duda un paso decisivo en la modernización del órganos de gobierno de las sociedades cotizadas y sienta las bases para representar con rigor y eficacia los intereses del capital flotante, integrado por accionistas ordinarios y dispersos, desinteresados de la gestión dada la separación de esta última de la propiedad de la empresa.

En España —país que ofrece un interés añadido debido al hondo calado que tiene el movimiento de *Corporate Governance* y al vivo

debate teórico que ha suscitado— tanto el Informe Olivencia como el Reglamento-tipo del Consejo de administración elaborado por la comisión Nacional del Mercado de Valores, tipificaron en su día con razonable claridad los rasgos caracterizadores del consejero independiente. El artículo 21 del Reglamento-tipo establece que “el Consejo de administración y la comisión de Nombramientos y Retribuciones, dentro de su ámbito de competencias, procurarán que la elección de candidatos recaiga sobre personas de reconocida solvencia, competencia y experiencia, debiendo extremar el rigor en relación a aquellas llamadas a cubrir los puestos de consejero independiente previstos en el artículo 8 de este Reglamento”.

Esta exigencia de carácter positivo se completa con una serie de prohibiciones o conductas negativas establecidas en el apartado 2 de este mismo artículo, en virtud de las cuales “el Consejo de administración no podrá proponer o designar para cubrir un puesto de consejero independiente a personas que tengan alguna relación con la gestión de la compañía o se hallen vinculadas por razones familiares, profesionales o comerciales con los consejeros ejecutivos o con otros altos directivos de la sociedad. En particular, no podrán ser propuestos o designados como consejeros independientes: las personas que desempeñen o hayan desempeñado en los dos últimos años puestos ejecutivos en la compañía; los familiares de quien sea o haya sido en los últimos dos años consejero ejecutivo o alto directivo de la sociedad; las personas que directa o indirectamente, a través de sociedades en las que participen de manera significativa hayan hecho o hayan recibido pagos de la compañía que pudieran comprometer que, a juicio de la Comisión de Nombramientos y Retribuciones, puedan mermar su independencia”.

Si no existe dificultad especial en la designación del consejero independiente, no puede decirse lo mismo respecto del ejercicio de las funciones de control y defensa del capital flotante, que le vienen asignados. La objeción más grave en el plano de los principios es que, en el ejercicio de sus funciones, la voluntad del

consejero independiente puede verse no sólo mediatizada por las expectativas puestas en el cargo sino también por la injerencia de quienes propiciaron su designación, procedieron a su nombramiento y le remuneraron (ESTEBAN VELASCO). La gravedad de esta situación se acentúa aun más por la ausencia de eficaces mecanismos de control acerca de si en la práctica su actuación es verdaderamente independiente de la dirección y capaz por tanto de corregir las deficiencias que eventualmente se pongan de manifiesto. La valoración de los mercados, el “capital reputacional”, la formalización de determinados requisitos personales y profesionales no bastan en suma para resolver por sí solos estos graves problemas de legitimación de origen y de ejercicio en la actuación de los independientes. De ahí que deba prestarse una atención especial a su estado jurídico y, en particular, a los mecanismos de reelección, retribución y separación. Por lo que al primero de estos temas se refiere, sólo decir que, en España, los redactores del Informe Olivencia han sido plenamente conscientes de que, si bien la antigüedad en el cargo incrementa la calidad del capital humano puesto al servicio de la empresa, también aumenta el riesgo de que debilite su independencia, ya que favorece un clima de familiaridad y de estrechamiento de lazos personales con quienes deben ser supervisados. No obstante lo anterior, el Informe no cree oportuno limitar la posibilidad de reelección a un solo mandato —lo que podría restar incentivos a la actuación del consejero—, sino aprovechar los beneficios de la experiencia acumulada permitiendo la rotación interna de los mismos en la adscripción a tareas específicas de control.

5. CONSIDERACIÓN FINAL: QUO VADIS IUS SOCIETATIS?

Con ocasión del homenaje a GOLDMAN en 1961 se publicó —con el título que abre ahora este apartado— un libro colectivo que cuestionaba derechamente el alcance y significado del derecho de sociedades diseñado para

la segunda mitad del siglo XX. A la vista de las transformaciones operadas en los dos últimos decenios tanto en el ordenamiento español como en el derecho europeo cabría preguntarse si contamos ya con un suelo firme y un diseño político-jurídico bien definido capaz de asegurar la coordinación entre las distintas figuras societarias dentro de un marco normativo general. La respuesta a tal interrogante ha de ser forzosamente negativa. En el plano legislativo el cuadro actual refleja una notable fragmentación de los materiales normativos, fruto de la superposición de estadios procedentes de distintas épocas y anudados a concepciones diversas así como la ausencia de un diseño global del aparato y de los fines de las sucesivas reformas y de los principios básicos llamados a gobernar esta tarea. Resultan en consecuencia claramente visibles las disfunciones sistemáticas y tipológicas, tanto en la esfera de las sociedades tradicionales como en la reglamentación de tipos especiales, sujetos a notables incertidumbres en cuestiones de carácter general lo que da lugar a una progresiva inadecuación a las necesidades reales de los sectores del derecho de sociedades más utilizados en la práctica.

Baste a este respecto con recordar que el debate en el marco de la reforma actual se centra de forma casi exclusiva en las sociedades cotizadas como tipo distinto de las restantes sociedades —incluida la sociedad anónima tradicional, con la que apenas parece tener algo que ver— sin referencia significativa alguna al resto de las sociedades mercantiles no cotizadas. El dispositivo legal ofrece ejemplos claros al ocuparse no sólo del mantenimiento de un régimen unitario de sociedades anónimas, con independencia de su tamaño o actividad, sino también de la efectividad de su disciplina en asuntos de particular transcendencia tales como el funcionamiento de la Junta General, la protección del capital social, la auditoría legal o el régimen aplicable al órgano administrativo. Análogas dificultades de carácter sistemático se suscitan en relación con las sociedades anónimas cerradas, sociedades de responsabilidad limitada, sociedades profesionales y las llamadas sociedades familiares. Estas últimas obligadas a

abordar, como es sabido, graves problemas de organización, financiación o sucesión sin otro bagaje que el proporcionado por el marco societario general.

No se trata solo de problemas “irritados” que polarizan el debate doctrinal —desmantelamiento de los derechos de socio, del que es buen ejemplo el proceso de acoso y derribo del derecho de suscripción preferente en los aumentos de capital; dudosa eficacia de la arquitectura orgánica de la sociedad anónima cotizada; cuestiones de política-jurídica relacionadas con la elaboración de una nueva tipología societaria o con la canonización del principio “más mercado y menos derecho”—, sino de un sinfín de cuestiones técnicas relacionadas con la significación tipológica del capital, la denominada “sociedad sin socios”, el abuso de la mayoría y la tiranía de la minoría, las inconsistencias legales de las acciones rescatables o de las acciones y participaciones sin voto, la reforma del derecho preferente de suscripción y los problemas derivados de la inscripción registral de las ampliaciones, por poner algunos ejemplos bien conocidos.

Ante la imposibilidad de examinar este temario, haré una escueta referencia, a título puramente ejemplificativo, a la disciplina sobre el capital social como estructura organizativa que permite llevar a cabo decisiones de inversión y de crédito socialmente correctas al constituir una fuente de información que permite a los suscriptores evaluar el riesgo que asumen en el proyecto empresarial y a los acreedores, conocer el importe de los recursos que los socios comprometen en el desarrollo de la empresa social (LLEBOT MAJÓ). Pocas cuestiones han sido objeto de una discusión tan áspera como la relativa a la función del capital —y de los principios ordenadores sobre realidad e integridad del mismo, piedra angular de los ordenamientos continentales europeos y de la Segunda Directiva— y la especial significación del mismo como técnica de protección de los acreedores. En el núcleo del debate se sitúa básicamente la falta de idoneidad del capital para el cumplimiento de garantía patrimonial al tratarse de una disciplina —no solo en la

Segunda Directiva— compleja y costosa que, amén de dificultar la constitución de la sociedad y los aumentos de capital, obstaculiza el reparto de dividendos y se revela claramente insuficiente como mecanismo de tutela de los terceros acreedores.

Examinada a la luz del derecho anglosajón la doctrina no ha dudado en destacar las carencias del requisito del capital en el modelo de las *private companies*, su significado como tecnología regulatoria primitiva con más costes que beneficios para los acreedores debido al carácter universal de su aplicación así como la inadecuación del principio de capital mínimo como límite a la política de dividendos. A ello hay que añadir, en opinión de ALONSO LEDESMA, que el capital social tampoco garantiza una satisfactoria información sobre la solvencia de la sociedad lo que le impide absolver una eficaz prevención de las crisis empresariales. Bien es verdad que ello no obsta para que el concepto jurídico del capital siga siendo relevante en mercados que, como esta autora señala, “discriminan a favor de las reglas tradicionales del capital social” teniendo en cuenta además las dificultades de una alternativa universal a este último —ni la sociedad ni los acreedores son iguales— y la imposibilidad de eliminar en su totalidad por otras vías el riesgo de insolvencia.

El tema no es nuevo. A raíz de las reflexiones críticas de LUCA ENRIQUES y Jonathan R. MARCEY publicadas en la *Cornell Law Review*, la ZHR se planteaba, hace ahora casi dos lustros, la vieja y debatida cuestión de la tutela del capital social con el expresivo título de “quien tutela la función protectora del capital social” (*Werschutz den Kapitalschutz*). El editorialista llamaba la atención sobre la gravedad de que el capital, uno de los rasgos caracterizadores de la constitución financiera de las sociedades de ese mismo nombre y una “prestación cultural de primera magnitud del ordenamiento societario”, según la certera formulación de WIEDEMANN, se encontrara justamente en el banquillo de los acusados. Cualquier estrategia de defensa del capital social obligaba por tanto no solo a identificar a los detractores o

a analizar sus argumentos sino a tratar sobre todo de determinar con razonable seguridad las fortalezas y debilidades de dicho concepto en la regulación tanto de las legislaciones nacionales como del derecho europeo. Una tarea que obliga a reabrir en la literatura y jurisprudencia de la practica totalidad de los países y debate iniciado hace ahora más de un cuarto de siglo por la *Revised Model Corporation Act* que preconizó la pérdida de vigencia y significado del capital social y su tradicional función en relación con las personas jurídicas que operan en el tráfico mercantil. Es a partir de la MBCA 1969 —sujeta a sucesivas modificaciones— cuando en 1987 se elimina las exigencias del capital, del valor nominal y de su función de retención patrimonial (*Debt-Convenants*) como fórmula dotada de mayor garantía para los acreedores con capacidad de negociación.

Desde entonces las limitaciones e insuficiencias de este elemento en la esfera tipológica y conceptual de las sociedades de capital se han ido haciendo cada vez más evidentes. En primer término en el derecho anglosajón pero también en los propios ordenamientos europeos, en los que el requisito del capital mínimo poco o nada dice sobre la solidez financiera de la empresa social y sobre su eficacia y seriedad a la hora de combatir en casos extremos situaciones de crisis o de adecuarse al volumen de la actividad comercial efectivamente desarrollada. La práctica concursal muestra de forma elocuente en qué medida se trata de una exigencia inadecuada para satisfacer los intereses de los acreedores ordinarios en caso de insolvencia de las sociedades sujetas al beneficio de la responsabilidad limitada.

Haciéndose eco de esta tendencia, la doctrina europea ha hecho del *legal capital* como instrumento de protección de los acreedores así como de las propuestas de implantación de sistemas alternativos destinados a favorecer la financiación y desenvolvimiento de las empresas, uno de los focos de atención prevalente en el moderno debate societario. En estos momentos existe en efecto una amplia discusión sobre la función de garantía del capital, la rigidez e imperatividad de su sistema regulador

—y la necesidad de flexibilizarlo con fines de ahorro de costes y de tiempo—, la discutible prohibición tanto de las aportaciones de trabajo en el ámbito de las nuevas tecnologías y de la sociedad de la información como de las emisiones bajo la par. Lo que se discute en definitiva es la oportunidad de abolir directamente el *legal capital* para introducir en su lugar especiales mecanismos de tutela de los acreedores por la vía de nuevos deberes de transparencia informativa, mecanismos de autoprotección o una suerte de *actio pauliana* típica del derecho concursal. Entre nosotros ALONSO LEDESMA, ESPÍN GUTIÉRREZ —y desde una perspectiva distinta aunque complementaria LLEBOT MAJÓ— han examinado este cambio de tendencia así como la opción de la Segunda Directiva reformada en 2006 en favor de una concepción ortodoxa del capital social sin perjuicio de una cierta desregulación, del perfeccionamiento de los mecanismos de garantía y de la introducción de nuevos elementos regulatorios en la disciplina contable, de auditoría y concursal.

En el Editorial del número 20 de la Revista *Derecho de Sociedades* tuvimos ocasión de pasar revista a esta situación poniendo de manifiesto algunos de sus aspectos más notorios. A la naturaleza marcadamente sectorial de las reformas legislativas y a la incapacidad de acometer con seriedad el problema tipológico —elementos ambos que constituyen en la actualidad como en el pasado la clave explicativa de la progresiva inadecuación de las figuras societarias más utilizadas a las necesidades de la práctica— se hace preciso añadir, debido justamente a su falta de adecuación tipológica, las dificultades para precisar correctamente el ámbito de la autonomía estatutaria, la insatisfactoria respuesta al fenómeno de los grupos de sociedades o a las necesidades de protección de los inversores, el recurso a las nuevas tecnologías, la política de información a los socios así como el ancho campo de las operaciones de reestructuración empresarial.

Este complejo temario bascula en lo fundamental sobre tres ejes: el primero hace referencia a la disciplina sobre gobierno corporativo,

que vuelve a ser el hilo conductor de las distintas iniciativas promovidas dentro del debate sobre regulación/autorregulación o, como ya hemos expuesto en las páginas anteriores, entre institucionalismo y contractualismo. Se trata básicamente de determinar qué materias necesitan seguir contando con soporte normativo, abriendo por esta vía el camino a la intervención del legislador y en qué otras áreas de actividad resulta justificado confiar al mercado la tarea de impulsar comportamientos éticos y reformas estructurales a través de normas preferentemente dispositivas plasmadas en Códigos de Buen Gobierno y sujetas a la regla de *complain or explain*. En este marco se inscriben, entre otros, los esfuerzos realizados para reactivar la Junta General a través de mecanismos autorregulatorios destinados, por la vía también del Reglamento de la Junta, a mejorar los instrumentos de tutela de los socios y a facilitar con ello el control de la gestión así como importantes iniciativas relacionadas con la actividad de administración social en el sentido amplio, sector en el que las propuestas de autogobierno corporativo, en su doble dimensión estructural y funcional, se halla empero directamente vinculado al funcionamiento del Consejo de administración de las sociedades cotizadas,

El segundo eje vertebrador aglutina viejos y conocidos problemas sobre la configuración tipológica del derecho de sociedades, el “genio” del derecho de sociedades europeo con su inevitable concurrencia entre los distintos tipos societarios. La aparición de formas de sociedades con estructuras organizativas cada vez más simplificadas, la formación de conglomerados con un tamaño y complejidad hace poco desconocidos, la creación de formas de empresa de carácter comunitario, la controvertida relación entre las distintas modalidades de sociedades de capital, el declive del legislador como ingeniero social y el relevante papel de los operadores económicos en el ámbito de la tecnología organizativa hacen imprescindible una redefinición de los tipos societarios que garantice la coherencia sistemática de los procesos de reforma legislativa sujetos a un intenso

proceso de simplificación y flexibilización. La existencia de un entorno empresarial cada vez más competitivo y la relevante posición asumida por las sociedades cotizadas a caballo entre el derecho contable, el derecho de sociedades y la legislación del mercado de valores plantean derechamente la legitimidad y sobre todo la oportunidad de acometer una reforma global de la legislación societaria que, mediante el expediente técnico de la codificación, garantice la imprescindible coherencia sistemática. No se trata tan solo de la ausencia en estos momentos de un modelo que reordene las formas societarias mercantiles y el espacio reservado a la autonomía negocial en este sector, dentro de una concepción interdisciplinal; se trata fundamentalmente de llenar lagunas en relación con el régimen de las sociedades cotizadas y de los grupos, de afrontar las relaciones entre tipo legal y tipo de empresa o de asegurar en el ámbito de las sociedades no cotizadas un régimen menos intervencionista del que hoy existe, que permita un mayor margen de libertad a los interesados para establecer la estructura societaria que estimen más oportuna para su proyecto asociativo y empresarial.

El tercer eje pone en juego la cuestión nuclear de la posibilidad y límites del moderno derecho europeo de sociedades a caballo, por un lado, de la desregulación y la nueva política de armonización y, por otro, de la creación de formas de empresa de carácter comunitario. Como ya he puesto de manifiesto más arriba, la política de armonización comunitaria de los años setenta y ochenta, anclada en el llamado modelo de “armonización centralizada”, cuyo fracaso ha comportado una fuerte retroacción de este proceso normativo y una creciente resistencia de los Estados miembros a trasponer al ordenamiento interno elementos extraños a su tradición jurídica, ha obligado desde mediados de los años ochenta a adoptar nuevas estrategias de desregulación y simplificación legislativas, acordes con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad formulados en los Tratados de Maastricht y Ámsterdam, que han sentado las bases para una nueva cultura normativa centrada en la “armonización com-

petitiva” y en una más intensa concurrencia entre los ordenamientos nacionales. Tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia vienen contribuyendo de forma decisiva a la creación de nuevas estructuras organizativas de carácter comunitario-nacional y al enriquecimiento del dispositivo técnico y conceptual que integra el moderno derecho de sociedades. Se trata de un cuadro que refleja con fidelidad el programa de trabajo de los estudiosos del derecho de sociedades para los próximos años.

Decía KARSTEN SCHMIDT —al comentar hace ahora casi un lustro las reformas del derecho alemán de sociedades— que la metodología jurídica dedicada hasta ahora a la interpretación de las leyes y al juego de la analogía sobre la base del derecho legislado debería replantearse con rigor y en profundidad. Más aún: debería reescribirse en su totalidad. Pues bien, pese a la radicalidad con que viene formulada, entiendo obligado compartir tal preocupación. La orientación del moderno derecho de sociedades hacia el mercado de capitales y los nuevos principios y normas que gobiernan el régimen de las cotizadas están reclamando desde hace tiempo una nueva óptica y un nuevo instrumentario en el tratamiento de las viejas cuestiones, tradicionalmente irritadas, referidas a la posición del accionista inversor, la naturaleza del interés social, las relaciones entre legislación, gestión empresarial y mercado, el proceso general de revitalización de la Junta General y las relaciones de esta última con el órgano de administración o los problemas ligados al mercado de control societario. Lo que falta es sobre todo un nuevo modelo cultural para interpretar la realidad de las sociedades cotizadas y, en particular, el significado institucional de la Junta General y del Consejo de administración, instrumento este último destinado a solucionar, como ya apuntara en su día ESTEBAN VELASCO, los conflictos entre los diversos grupos de accionistas y entre estos últimos y los ejecutivos a la luz de la teoría de la agencia. Una vez más cobra significación la vieja admonición de EISENBERG de que el objetivo no es acercar el modelo real de sociedad al modelo legal sino

de modificar este último para atribuir a los órganos sociales la función que estos últimos puedan realizar de una manera efectiva en la práctica. A este propósito no me parece del todo ocioso recordar que, al reflexionar sobre la idoneidad de las estructuras de gobierno y de los mecanismos de control del *management* en sociedades de capital disperso tanto la SEC como la *American Bar Association* o el *American Law Institute* han terminado optando por un modelo mixto destinado a armonizar el catálogo de principios dirigidos al legislador y a los tribunales con *Restatements in Law*, cuyos destinatarios son en todo caso las propias sociedades, un proceso de reformas legislativas que permanece abierto y constituye una tarea pendiente.

A la doctrina y al caudal de la experiencia judicial corresponde la delicada tarea de elaborar un nuevo diseño del derecho de sociedades. Así ha sido en el pasado y así lo será también en el futuro. En palabras de PAZ-ARES “bien puede decirse que al ordenamiento de nuestro derecho de sociedades, tanto o más como el Código de Comercio o la Ley de Sociedades Anónimas, pertenecen el manual de GIRÓN o el Comentario de Garrigues-Uria”. Urge no obstante verificar la legitimidad y sobre todo la oportunidad de acometer una reforma global de la legislación societaria que, mediante el expediente técnico de la codificación, garantice la coherencia sistemática —y con ello la combinación entre lo común y lo específico— y permita al mismo tiempo una redefinición de los tipos societarios haciendo posible el establecimiento de un régimen supletorio aplicable a las figuras atípicas. Con independencia de que tal orientación político-jurídica venga finalmente adoptada, uno de los objetivos destacados de tal proceso de reforma legislativa siguen siendo en la actualidad la simplificación y flexibilización del dispositivo normativo vigente, abriendo nuevos espacios a la autonomía estatutaria; sólo en aquellos sectores en que los intereses necesitados de tutela así lo precisen, el carácter imperativo de determinadas normas legales permanecería inalterado.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

A continuación se mencionan algunas publicaciones citadas en el presente trabajo así como otras aportaciones de interés para quienes deseen profundizar en los problemas que las presentes reflexiones suscitan.

-I-

- Alonso Ledesma, C., *La reforma de las sociedades cotizadas*, Revista de derecho de sociedades 12, 1999, pp. 13 y ss.
- Esteban Velasco, G., *El Poder de Decisión en las Sociedades Anónimas*, Fundación Universidad Empresa, Madrid, 1982; *El gobierno de las Sociedades Cotizadas* (Coord. Esteban Velasco), Marcial Pons, Madrid, 1999.
- Girón Tena, J., *Derecho de Sociedades*, Marcial Pons, Madrid, 1976.
- Guerra Martín, G., *El gobierno de las Sociedades Cotizadas estadounidenses*, su influencia en el movimiento de Reforma del Derecho Europeo, Editorial Thomson-Aranzadi, 2003.
- Paz-Ares, C., *¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de Sociedades?*, en *Tratando de la Sociedad Limitada*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997.
- Recalde Castells, *La Reforma de las Sociedades Cotizadas*. Revista de derecho de sociedades 13, 1999-2, p. 172.
- Sánchez Andrés, A., *Sociedad Anónima modelo 1998. Reforma (parcial) y crítica (total) de un texto legislativo reciente*, McGraw-Hill, Madrid, 1999.
- Sánchez Calero, F., *El gobierno de las Sociedades Cotizadas y su control*, Madrid, 1996.

-II-

- Bebchuk, L., *Federalism and The Corporation: The Desirable Limits on State Competition in Corporate Law*, 105, Harvard Law Review, 1992, pp. 435 y ss. The State Competition Debate in Corporate Law, Corporate Law and Economic Analysis, Cambridge University Press, Cambridge, 1990, pp. 151 y ss.
- Berle, A.; Means, G., *The Modern Corporation and Private Property*, Harcourt, Brace & World Inc., New York, 1931.
- Branders, L., *Other's People Money and How the Bankers Use It*. Reimpresión de Arden Library, 1981.
- Cary, W.; Eisenberg, M., *Corporations. Cases and Materials*, The Foundation Press Inc., Westbury, N.Y., 1988.
- Coffee, J., *The Future of Corporate Federalism: State Competition and the New Trend Toward De Facto Minimum Standards*. Cardozo Law Review, 1987, pp. 759 y ss.
- Eisenberg, M., *The Structure of Corporation Law*, 89, Columbia Law Review, 1989, pp. 1461 y ss.
- Fischel, D., *The "Race to the Bottom" Revisited: Reflections on Recent Developments in Delaware's Corporation Law*, 76, N W U. Law Review, 1982, p. 913.
- Klein, W.; Coffee, J., *Business Organization and Finance*, Foundation Press, Westbury, New York, 1996.
- Llebot, O., *La Geometría del Capital Social*, Revista de Derecho Mercantil, 1999, pp. 37 y ss.
- Roe, M., *Strong Managers, Weak Owners: The Political Roots of American Corporate Finance*, 1994.
- Romano, R., *Empowering Investor: A Market Approach to Securities Regulation*, Yale Law Journal, 1998, pp. 2359 y ss.
- Winter, R., *The "Race for the Top" Revisited: A Comment on Eisenberg*, 89, Columbia Law Review, 1989, pp. 1526 y ss.
- Wymeersch, E., *Das Bezugsrecht der alten Aktionäre in der europäischen Gemeinschaft: eine rechtsvergleichende Untersuchung*, 8, Die Aktiengesellschaft, 1998, pp. 382 y ss.

Fecha de recepción: 22 de marzo de 2010

Fecha de aceptación: 29 de marzo de 2010

RESUMEN

El desarrollo de los medios de intercambio de información y su previsible utilización por los sistemas de información territorial, van a influir de forma significativa en la construcción teórica de la figura de la buena fe, basada en la idea de la ignorancia excusable. Por ello se hace precisa una nueva lectura del concepto de buena fe que mantenga su función correctora de los efectos, en ocasiones rigurosos, que genera el formalismo jurídico sin que a su vez constituya una traba para la agilidad en el intercambio de la información territorial.

PALABRAS CLAVE

SISTEMAS FORMALES, BUENA FE, INFORMACIÓN TERRITORIAL, VALOR EN USO, VALOR EN CAMBIO

ABSTRACT

The unstoppable development of the interchange of information mechanisms and their expected use by land information systems will have a significant impact on the theory of constructive notice as far as it is based on the idea of excusable ignorance. Due to these reasons it would seem necessary to reexamine the notion of constructive notice so as to maintain its role as a corrective factor with regard to the effects of legal formalism, but without it becoming a hindrance to the agility of the exchange of land information.

KEY WORDS

FORMAL SYSTEMS, CONSTRUCTIVE NOTICE, LAND INFORMATION, USE VALUE, EXCHANGE VALUE

EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE Y SU RELACIÓN CON LA INFORMACIÓN TERRITORIAL

Luis Jiménez Clar

Notario

Profesor Asociado de Derecho Civil

Universidad de Alicante

Sumario: Primera parte: La implementación teórica del concepto de buena fe. 1. Introducción. 2. La construcción teórica del concepto de buena fe. 3. La delimitación funcional de la buena fe: la mala fe. 4. La delimitación institucional de la buena fe: sus límites. Segunda parte: El papel de la buena fe en los sistemas de información territorial. 1. Introducción. 2. El concepto de contingencia y su influencia sobre la buena fe. 3. Los sistemas formales. 4. La buena fe y el concepto de tercero. 5. El principio de la seguridad del tráfico jurídico. 6. La determinación temporal de la buena fe. 7. A modo de conclusión.

PRIMERA PARTE: LA IMPLEMENTACIÓN TEÓRICA DEL CONCEPTO DE BUENA FE

1. INTRODUCCIÓN

Se dice que vivimos en la Sociedad de la Información. Quizás por ello se haga aconsejable una nueva lectura de uno de los mecanismos de más honda raigambre en nuestro sistema jurídico como es la buena fe, construido sobre el concepto de la ignorancia. Si la ignorancia excusable es en principio susceptible de modular la eficacia derivada de una relación jurídica, será preciso analizar la influencia que las nuevas técnicas de acceso y suministro de información pueden tener sobre la valoración de una conducta diligente, una de las piedras sillares del concepto de buena fe.

El imparable desarrollo que el campo de los medios de comunicación ha experimentado en los últimos tiempos, especialmente en

lo relacionado con la comunicación electrónica, ha influido de manera significativa en la configuración de los sistemas de información. A medida que el sistema adquiere autonomía material a costa del propio contenido de la información, se va produciendo de forma paralela un constante aumento del formalismo, a través del cual la información suple, o al menos condiciona, la realidad de la que se nutre. De este modo el formalismo, de ser una forma de medir y valorar la expresión de la voluntad del individuo, pasa a constituirse en un patrón que moldea el contenido de aquella voluntad. No hay nunca que olvidar que la razón última de ser de los sistemas jurídicos es el servicio de los individuos que integran la comunidad y no al revés, como podría ocurrir con una utilización excesiva del formalismo en la configuración de dichos sistemas.

Para paliar el excesivo rigor de las consecuencias que el formalismo puede acarrear, el ordenamiento implementa una serie de meca-

nismos correctores entre los que se encuentra la buena fe. En este caso, la buena fe, supone la valoración de la conducta de cada sujeto respecto de una determinada relación jurídica, que persigue la finalidad de corregir las disfunciones que un marco excesivamente formalista ejerce sobre la ordenación de las relaciones jurídicas particulares.

La conducta observada por un sujeto en el desarrollo de una determinada relación jurídica permite, no solo valorar o corregir la eficacia que a la misma atribuye el ordenamiento, sino también integrar las lagunas que en dicha relación se hayan podido producir. Estas son las funciones básicas que la buena fe desempeña como principio general del Derecho y de ahí que la aplicación de dicho principio general no obedezca a las mismas reglas en todos los casos. Pero esta circunstancia, impuesta por la propia naturaleza de las cosas, no puede hacernos olvidar que el fundamento básico de la buena fe, la lealtad en las relaciones jurídicas, no puede ser resuelto mediante su fractura en sub-principios autónomos destilados del principio general de la buena fe. Como han subrayado Aienza y Ruiz Manero hay razones para entender que el Derecho no está compuesto solo por reglas, sino también por los valores y propósitos (principios en sentido amplio), explícitos o implícitos, a los que las reglas sirven, y esas mismas razones apoyan a entender que las reglas pueden resultar derrotadas por consideraciones derivadas de los principios¹.

La buena fe, como regla informadora del ordenamiento jurídico es indivisible, en la medida en que permite la inserción en las diversas relaciones jurídicas de un ingrediente ético corrector (y protector) de los excesos del formalismo. Precisamente, uno de los campos donde la aplicación de esta norma general precisa de una profunda revisión es el relativo a los derechos reales y especialmente en materia de sistemas de información territorial.

Un intento de aproximación al concepto de buena fe y a su aplicación específica en el campo de los derechos reales sobre bienes inmuebles requiere, para garantizar alguna esperanza de éxito, no perder de vista dos circunstancias.

De un lado, la eficacia erga omnes que la norma atribuye a los derechos reales como atributo necesario para su operatividad requiere el contrabalance de la posibilidad del conocimiento de su existencia por parte de personas ajenas a su constitución, modificación o transmisión. Admitir la posibilidad de que una determinada relación jurídica pueda afectar a una persona ajena a la misma implica necesariamente establecer los parámetros que permitan delimitar el grado de obligatoriedad que tiene para aquella el conocimiento de dicha situación. En este punto hay que hacer una precisión, tal como se desarrollará más adelante. La ignorancia que subyace bajo la idea de buena fe no se refiere únicamente a la existencia de una determinada relación jurídica sino también al contenido y eficacia que el sujeto atribuye a dicha relación.

Del otro, es admitido de forma unánime por la literatura jurídica que todos los miembros de una comunidad jurídica han de comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones. Deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de dichas relaciones y deben comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos. Este deber de comportarse según los dictados de la buena fe se proyecta a su vez en las dos direcciones en que se diversifican todas las relaciones jurídicas: derechos y deberes². En este sentido, la buena fe es lo que se ha llamado un estándar jurídico, es decir, un modelo de conducta social o, si se prefiere, una conducta socialmente considerada como arquetipo, o también una conducta que la conciencia social exige conforme a un imperativo ético dado³.

2. LA CONSTRUCCIÓN TEÓRICA DEL CONCEPTO DE BUENA FE

A la vista de estas consideraciones, es precisa la adaptación de la especial estructura de los derechos reales sobre bienes inmuebles y

sus sistemas de publicidad al mandato general contenido en el artículo 7,1 del Código Civil: los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. La regla de la buena fe, tal como viene enunciado como criterio inspirador del comercio jurídico, es formulada aparentemente de una manera demasiado amplia para su utilización de forma efectiva en el ámbito de los derechos reales. En esta acepción de principio general de Derecho universalmente reconocido, dice De las Heras⁴, la buena fe debe ser aplicada de oficio por el juzgador por exigencia del *iura novit curia* y su ámbito de aplicación alcanza a todas las partes del ordenamiento. La buena fe es un concepto jurídico, revisable en casación, pero que se funda en conceptos fácticos, inamovibles por tanto en casación⁵.

Esto es así porque el modelo de conducta necesario para delimitar el concepto de buena fe puede ser fundamentado sobre criterios muy diversos. Existen, desde el punto de vista doctrinal, dos concepciones básicas sobre lo que deba entenderse como buena fe. La llamada concepción psicológica de la buena fe se basa en la ignorancia del carácter ilícito o de la contravención del ordenamiento jurídico que con el acto jurídico se lleva a cabo. La buena fe sería de este modo una creencia o una ignorancia. La concepción ética de la buena fe entiende que para que el error o la ignorancia merezcan la protección del ordenamiento jurídico, es preciso además que el comportamiento del sujeto sea valorado como el más adecuado conforme a la diligencia socialmente exigida. La buena fe se funda en un error o una ignorancia que sea excusable o no culpable⁶. Para valorar el grado de diligencia o negligencia es necesario fabricar previamente un modelo de conducta que sirva de patrón para la valoración del comportamiento del sujeto en cada caso determinado.

Aunque el principio de la buena fe es único en cuanto regla conformadora del comportamiento jurídico, la doctrina tuvo presente en la construcción teórica de dicho principio que sus normas de aplicación no iban a ser iguales en lo que se refiere a los contratos de una

parte y a los derechos reales de otra. Para ello es imprescindible detenerse brevemente en el desarrollo que la doctrina ha llevado a cabo respecto del concepto de buena fe.

En este sentido, se ha admitido una clasificación de los supuestos de aplicación de la buena fe basada en dos manifestaciones básicas: la buena fe subjetiva y la buena fe objetiva. Aunque la buena fe es única, se habla de una buena fe subjetiva y una buena fe objetiva, distinción casi aceptada por la totalidad de la doctrina. Incluso las teorías que explican el contenido de la buena fe en relación con un fundamento ético o psicológico, responden al punto de vista de que parten para tomar en consideración la buena fe, situándose la buena fe subjetiva en el campo de los derechos reales y la buena fe objetiva en el propio de los derechos de obligación⁷.

La diferente consideración de la buena fe en objetiva y subjetiva encuentra con esta clasificación general su estructuración como forma jurídica. Su estructuración como principio vinculaba su consideración metodológica como materia, pero es su diferente incorporación al ordenamiento (con carácter subjetivo u objetivo) la que confiere a la buena fe su forma jurídica y por tanto el sentido con que viene utilizada. Dentro de estas dos formas de presentarse la buena fe pueden agruparse todas las aplicaciones que el ordenamiento hace del principio, aunque a veces haya subtipos y variantes⁸.

La buena fe objetiva integra el ordenamiento desarrollando una función normativa mediante el establecimiento de unos modelos de conducta que integran el contenido previsto por la norma para una determinada relación jurídica. El efecto jurídico ya está previsto por ésta y la buena fe delimita su contenido. Así, por ejemplo, en nuestro Derecho serán supuestos de aplicación de la buena fe objetiva aquellos en que este carácter normativo aparece claramente expresado, sirviendo la presencia de la buena fe para modular el contenido de la obligación o del negocio, pero no para hacer nacer la pretensión de la contraparte o de la obligación misma⁹.

Por su lado, la buena fe subjetiva se refiere a la correcta situación del sujeto dentro de la relación jurídica, no al contenido o a los efectos de la misma, refiriéndose a la propia conciencia del sujeto respecto de una determinada relación jurídica. Esta relación ya está fijada, en cuanto a su contenido, por la norma, y la buena fe, en cuanto posición del sujeto, determina el grado de eficacia o de exigibilidad de sus pretensiones en el interior de la relación.

La disputa surgida entre los pandectistas del siglo XIX acerca de cuál debía ser el ingrediente básico de la buena fe tuvo mucho que ver con dicha clasificación. Wachter¹⁰ entendía que la buena fe tiene su origen en un hecho psicológico consistente en la creencia errónea sobre un determinado hecho considerada con independencia de la causa sobre la que descansa. Si la creencia existe, no puede quedar excluida por la clase de error del que proceda. La Ley no puede excluir la buena fe por razón de la inexcusabilidad del error, sino a lo sumo excluir los efectos de la buena fe, porque naturalmente no puede hacerse depender la existencia fáctica de una circunstancia por el modo de originarse la creencia de hecho, sin que puedan darse diversos grados o clases de buena fe¹¹. Por el contrario Bruns¹² defendía que la buena fe tiene que basarse siempre sobre una causa no culposa habida cuenta de que siempre ha de tener un contenido ético. La *fides* ha de ser *bona fides*, un concepto jurídico invariable que recorre todo el Derecho y mantiene en sus configuraciones singulares siempre el sentido de confianza honesta y determinación honrada¹³. La controversia, ya superada, fue fructuosa en varios aspectos.

En primer lugar se admitió la necesidad de un ingrediente ético en la confección de la idea de buena fe. Este aspecto ético permite justificar su función correctora de los efectos rigurosos que podía originar una utilización mecánica o automática de las normas. Tanto Wachter como Bruns coincidían, desde el inicio, en este requisito de la buena fe que excluía de su ámbito de aplicación cualquier conducta *ad turpitudinem*. La delimitación conceptual de la buena fe coincidía también en su carácter

esencialmente positivo, de tal forma que, desde el punto de vista de su naturaleza de regla inspiradora de un comportamiento jurídico, su antónimo no es la mala fe sino la ausencia de buena fe. Es decir, el concepto de buena fe se caracteriza por su concurrencia respecto de una relación jurídica determinada. Si dicho requisito no concurre, la actuación del sujeto no ha de ser necesariamente calificada como comportamiento de mala fe.

En segundo lugar, dicha controversia puso también de manifiesto la circunstancia de que la buena fe en cuanto norma inspiradora de un comportamiento susceptible de protección jurídica, tiene un diferente grado de aplicación y unas consecuencias diversas atendiendo a la naturaleza jurídica de la relación a la que se refiera. Es decir, la norma de la buena fe es un principio único si bien sus aplicaciones concretas revestirán contenidos determinados. Pero al llegar aquí es conveniente hacer una precisión. La definición que el legislador haga de lo que hay que entender como buena fe en un supuesto determinado no implica que dicha enunciación agote el juego de la regla respecto del supuesto en cuestión. Por ello parece demasiado riguroso entender, como hace algún autor¹⁴, que la ley haya preconstituido una valoración concreta de la buena fe, integrándola en ciertos supuestos de hecho normativos, sin dejar ya libertad al intérprete o al juez para sus propias valoraciones. La conversión en axiomas de los supuestos concretos en el que el legislador utiliza el concepto de la buena fe para resolver determinados problemas conlleva implícito el riesgo de sistematizar dicha problemática. La aplicación del modo de pensar sistemático en esta materia puede dar lugar al aislamiento de la regla de la buena fe en una serie de conceptos abstractos, un *mos geometricus*, que finalmente se desligan del problema en relación con el cual fueron desarrollados. Por ello es conveniente utilizar en el análisis de esta materia la tónica como técnica del pensamiento problemático tal como fue desarrollada por Viehweg¹⁵. De este modo se evitan las consecuencias que la utilización exclusiva del modo de pensar sistemático puede tener

para una adecuada comprensión de la cuestión de la buena fe. Como ha escrito Hartmann, el modo de pensar sistemático opera desde el todo. El concepto es lo principal que permanece siempre dominante de tal forma que es inútil buscar un punto de vista. El punto de vista está adoptado desde el principio y desde él se seleccionan los problemas. Si el contenido del problema no se adapta al punto de vista adoptado, se entiende que la cuestión ha sido planteada erróneamente. De este modo se establece de forma previa un marco dentro del cual la solución ha de desarrollarse. La solución al problema siempre queda condicionada a los límites que el concepto previo impone a la misma¹⁶. Esta es la situación que, como se verá más adelante, se produce cuando intenta conectarse el principio de la buena fe con la eficacia de la publicidad registral en la medida en que ésta constituye la manifestación característica de un sistema formal.

En tercer lugar, y sobre la distinción entre buena fe subjetiva como estado intelectual y la buena fe objetiva como concepto vinculado con la eticidad, hay que diferenciar aquella en cuanto posición del individuo de su formalización jurídica, concepto este último distinto de la buena fe objetiva. La buena fe subjetiva supone un estado interno del sujeto que debe ser recabada mediante el análisis de los elementos que el ordenamiento jurídico establece para determinar su exclusión (mala fe), puesto que el ordenamiento impone siempre su presunción. Es decir, dejando inalterado el concepto de buena fe, siempre presumido por el ordenamiento, éste ha de regular el modo en que dicha buena fe se ha de apreciar. E incluso puede establecer unos requisitos mínimos para que la buena fe tenga relevancia jurídica o, si se prefiere, como señala Rubio Garrido¹⁷, que el ordenamiento impida, sin negar su existencia, que tenga relevancia en ciertos casos, cuando esa buena fe no se basa en un error excusable. Se trata de una formalización jurídica de un concepto extrajurídico pero que no puede alterar la propia naturaleza de dicho concepto extrajurídico. El ordenamiento jurídico puede determinar el quantum necesario para la rele-

vancia jurídica de la buena fe en determinadas relaciones, pero no por ello dejará aquella de ser un concepto extrajurídico basado en la posición intelectual del sujeto en dicha relación.

3. LA DELIMITACIÓN FUNCIONAL DE LA BUENA FE: LA MALA FE

Por otra parte no hay que olvidar que el contenido de la buena fe, en cuanto predicado del comportamiento jurídico de una persona, no puede ser agotado por la determinación que haga el legislador de la concurrencia de una específica circunstancia, tal como es el error o la ignorancia, en una específica situación. No es lo mismo aplicar a una norma especial el principio general de la buena fe en relación con un aspecto determinado de una relación jurídica que agotar el contenido de lo que hay que entender por buena fe definiendo de forma exhaustiva el contenido de este concepto cuando se aplique dicha norma.

O lo que es lo mismo, la ausencia del requisito que el legislador califica de buena fe no debe implicar necesariamente que el sujeto implicado haya actuado de mala fe, con las consecuencias que ello conlleva. Aunque así lo parece admitir el Código Civil en algunos preceptos (artículos 433,2 o 364, entre otros). Esta interpretación podría dar lugar a entender, por ejemplo, que el opuesto de la ignorancia excusable, en los casos en que así se defina la buena fe, es el dolo, o, si se prefiere, que la ausencia de buena fe implica siempre la existencia de mala fe.

Es posible llegar a esta interpretación si la buena fe se entiende, a la vista del artículo 7,1 del Código Civil, como un puro supuesto de un elemento de hecho y no como el contenido material de un principio del que surgirán normas en sentido técnico¹⁸. El principio de la buena fe en cuanto norma de conducta derivada de un principio general que consagra la necesidad de la lealtad en el desarrollo de las relaciones jurídicas no puede ser por defini-

ción un concepto unívoco o plurívoco por la sencilla razón de que no es un concepto sino una norma de comportamiento en un contexto determinado.

El innegable componente ético que se predica, con mayor o menor intensidad según cuál sea la posición doctrinal, respecto de la buena fe ha influido en su delimitación conceptual, de forma más acusada cuando se trata de definir la situación contraria, a la que el ordenamiento llama mala fe. La influencia del Derecho canónico intensifica la necesidad del requisito de la buena fe como la necesidad de un obrar siempre honesto de tal forma que en su contraria, la mala fe, se atisba cada vez más su condición de actuación moralmente reprochable, a diferencia de la construcción de este concepto en el Derecho romano y en el Derecho germánico, en los que la mala fe se caracterizaba principalmente por su delimitación negativa en el sentido de ausencia de buena fe. La noción de comportamiento honesto, desde el punto de vista del Derecho canónico tiene carácter integral (es difícilmente comprensible un comportamiento, desde un punto de vista integral, que pueda ser a la vez honesto y éticamente reprochable). La consecuencia inmediata de este punto de vista se deriva en la definición de la mala fe como algo éticamente malo y se confunde la incompatibilidad entre ambas situaciones con la definición, por contraposición, de cada una de ellas. La ausencia de buena fe, que en principio no tiene por qué ser calificada desde un punto de vista ético, se convierte en mala fe, con todas las connotaciones éticas que tiene el adjetivo mala. Ciertamente que en el ámbito delimitado por la ausencia de la buena fe se incardinan situaciones éticamente reprochables pero dichas situaciones no agotan necesariamente el ámbito definido por la ausencia de buena fe.

De los Mozos ha precisado de forma muy atinada la relación entre la buena y la mala fe. Dice este autor que habida cuenta del contenido moral indudable del concepto de buena fe, lo mismo que del concepto de dolo y culpa, hay que precisar la relación entre uno y otro, técnicamente hablando. Si se utiliza un con-

cepto muy amplio de dolo o culpa, haremos coincidir con él a la mala fe, pero técnicamente hablando, en pura dogmática, esta acepción debe ser rechazada; frente al dolo, como elemento tipificador de la conducta delictiva, civil o penal, o la culpa, como negligencia imputable, existe la mala fe, que puede darse, perfectamente, sin que medie dolo o culpa, simplemente por no concurrir la creencia o confianza adecuada para que exista la buena fe, ya que aquella es un concepto puramente negativo¹⁹. Por ello parece más conveniente la utilización del concepto de buena fe como elemento cuya naturaleza ha de ser necesariamente positiva. La falta de dicho requisito no da lugar a la calificación del comportamiento como de mala fe, sino a la imposibilidad de aplicar al supuesto de hecho las consecuencias derivadas de actuación de buena fe²⁰. El siguiente ejemplo²¹ explica de forma gráfica la cuestión que nos ocupa: Si Ticio compra un inmueble para establecer sobre él una casa de juego, con la cual piensa enriquecerse, no obra conforme a la moral; si además verifica la compra con dinero robado, no podrá decirse que tenga buena fe en relación a la totalidad del orden jurídico, pues le consta que no obra conforme a justicia; todo ello no obstará, sin embargo, para que en cuanto poseedor de la cosa, y con arreglo a la especial significación que tiene la expresión en la doctrina posesoria, deba ser considerado poseedor de buena fe. Bastará para ello que ignore que, en su título o modo de adquirir existía vicio que lo invalide.

4. LA DELIMITACIÓN INSTITUCIONAL DE LA BUENA FE: SUS LÍMITES

Por otra parte, la regla de la buena fe está sujeta a unas limitaciones que excluyen su aplicación. No se trata en este caso de supuestos conceptuales distintos sino de una jerarquización de principios que da lugar a la claudicación de la regla de la buena fe frente a otros intereses considerados superiores o de preferente aplicación por el ordenamiento jurídico.

La doctrina ha sistematizado estas limitaciones distinguiendo entre la existencia de unos límites internos y otros de carácter externo.

Hay una esfera, en la limitación de la aplicación del principio de la buena fe, que se puede calificar de limitación interna y que radica en la consideración moral del contenido de la disposición del sujeto que actúa de buena fe, concretándose jurídicamente en la ausencia de dolo o culpa, incompatibles de este modo con la buena fe²². Tanto el concepto de dolo, y mucho más el de culpa, como expresión de la ilicitud dependen del campo concreto en que actúan, y de él dependerá en definitiva su apreciación en relación con la buena fe, sobre todo, en lo referente a la culpa, cuando se aproxima al error no excusable o cuando cabe equiparar el error excusable a error no culposo. Pero esta relatividad de la utilización del concepto de la buena fe no impide que en un plano general y abstracto se pueda afirmar que su aplicación es incompatible con la existencia de dolo o culpa²³. Por ello, la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto excluyen la posibilidad de aplicación de la buena fe.

Junto a los límites internos, el ordenamiento jurídico ha reconocido la existencia de unos principios generales que actúan como límites externos de la buena fe. Se trata de ámbitos de aplicación de la norma en la que ésta no puede ser modulada por la concurrencia de la buena fe en el sujeto actuante. Dice De los Mozos que los verdaderos límites externos de la buena fe se dan cuando, por razón de la materia, interviene la aplicación del principio de orden público, sentido que hay que dar a la imposición que viene determinada por una norma de derecho estricto²⁴. No todo interés público merece la primacía sobre principios tan importantes para la vida de la comunidad como la buena fe, sino solamente un interés jurídico específico para la seguridad del tráfico jurídico y de la administración de justicia puede justificar no ser modificado por el principio de buena fe en un ámbito relativamente estrecho de *ius strictum*. La esfera de este *ius strictum* no se cubre tampoco con normas coactivas o irrenunciables ya que el hecho de que una dis-

posición no pueda ser excluida por las partes no significa que su aplicación no pueda ser modificada por el principio de la buena fe²⁵. La nulidad absoluta de un contrato impide la utilización de la buena fe aunque la conducta de una de las partes pueda ser considerada en sí misma contradictoria.

Este es el sentido en que se pronunció la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2009 sobre la nulidad de una segregación y compraventa, instada por la propia parte vendedora, cuya causa de nulidad radicaba en la infracción de la norma prohibitiva de la división de una finca rústica cuando de la misma se crean parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. La parte recurrente había alegado la mala fe de la parte vendedora, derivada de sus propios actos, pero sin embargo el Tribunal Supremo entendió que la aplicación de principios, como el de la buena fe, y su reflejo en la doctrina de los actos propios, y el del ejercicio abusivo para limitar la legitimación en ciertos casos de nulidad absoluta carecían de operatividad en un supuesto como el que era juzgado, dadas sus características, en relación con la ratio del precepto prohibitivo, de naturaleza urbanística imperativa.

SEGUNDA PARTE: EL PAPEL DE LA BUENA FE EN LOS SISTEMAS DE INFORMACIÓN TERRITORIAL

1. INTRODUCCIÓN

La primera conclusión que puede extraerse de lo expuesto hasta ahora es que no se puede construir un concepto unívoco de buena fe que pueda ser empleado como criterio general para corregir las consecuencias derivadas de la atribución con carácter genérico de eficacia erga omnes a los derechos reales. Aunque es indudable que la doctrina del error está estrechamente vinculada en muchos supuestos a la apreciación de la buena fe, no se puede

identificar, con carácter exclusivo, la una con la otra. O lo que es lo mismo, no conviene encapsular el concepto de buena fe perdiendo de vista la circunstancia de que la regla de la buena fe es una norma conformadora del normal ejercicio de los derechos subjetivos, tal y como viene enunciado por el artículo 7, 3 del Código Civil.

La necesidad de la utilización por el jurista de conceptos abstractos, si bien es útil para elevar el Derecho a la categoría de ciencia, conlleva el riesgo de la unificación artificial de elementos que por su propia naturaleza no pueden ser valorados separadamente de la situación o relación a la que están ligados. Esta es sin duda la miseria y la grandeza del Derecho en cuanto conjunto de normas materiales puesto que el tratamiento igual de los iguales, como postulado indeclinable de la justicia, no garantizará en muchos casos la objetiva previsibilidad de las decisiones. La valoración en cada caso del comportamiento del sujeto, la interacción entre la llamada buena fe psicológica o subjetiva y la buena fe objetiva, determinarán indudablemente los efectos y las consecuencias de dichos comportamientos.

Dentro de la buena fe subjetiva es posible contemplar dos campos de actuación. El primero consiste en la creencia o en la ignorancia de no dañar un interés ajeno tutelado por el Derecho, lo que se manifiesta en las relaciones no solo de los derechos reales, sino también en las más diversas. No obstante, la conducta del sujeto aparece originariamente como propia y adecuada a aquel campo. En todos los supuestos de aplicación se trata de una conducta, o más bien de un acto, que de no mediar la buena fe, sería antijurídico o irregular. El otro campo de actuación de la buena fe se funda en la apariencia jurídica, es decir, la creencia o el error no se refiere a la situación propia, sino a aquella persona con la que el sujeto de la buena fe se relaciona. En todos estos supuestos las normas de adquisición de buena fe sirven a la seguridad de la circulación²⁶. En este supuesto, la ley gradúa en cada caso la medida del cuidado que se debe tener en la averiguación de los hechos para que exista buena fe. Y así, en al-

gunos supuestos, únicamente el conocimiento de la situación verdadera excluye la buena fe; en otros, la ignorancia causada por negligencia grave destruye la buena fe; en otros casos la ley es más severa pues equipara la buena fe al deber de conocimiento²⁷.

La creación de sistemas de publicidad o información territorial, y la utilización del principio de la buena fe en el campo de los derechos reales requiere su articulación con el mecanismo de la eficacia erga omnes y con la configuración que se quiera o pretenda hacer del tráfico jurídico.

El problema que subyace en el fondo de esta cuestión es la necesidad de conciliar la regla fundamental que rige el tráfico jurídico, la autonomía de la voluntad y su corolario el principio del consentimiento con el dispositivo de la eficacia erga omnes de los derechos reales. Aunque los derechos reales, en cuanto modelos económicos de explotación de los bienes, vienen inicialmente definidos en su contenido por el ordenamiento jurídico, su creación y transmisión, que se lleva a cabo casi exclusivamente a través del contrato, éste amparado por la autonomía de la voluntad, da lugar a que en muchas ocasiones no se pueda distinguir con la deseada nitidez los efectos distorsionadores que la contratación produce sobre el modelo del derecho real diseñado por la norma. Si a esto se añade el hecho de que el juego de la buena fe, como regla general de comportamiento, suele operar de manera distinta en uno y otro campo, no es extraño que en muchos casos se pretenda resolver esta problemática mediante la ruptura del concepto de buena fe en trozos autónomos que de esta forma se emancipan del principio originario y pasan a tener una vida jurídica independiente como si de nuevas reglas generales se tratase.

El inconveniente añadido que produce la desmembración conceptual de la noción de buena fe radica en la posibilidad de admitir la existencia de varios tipos autónomos de buena fe relacionados por su remisión formal a un principio de carácter general y ambiguo. Esta forma de entender el requisito de buena fe puede dar lugar a que la definición de la bue-

na fe (y de la mala fe) hecha por el legislador para cada supuesto de hecho concreto agote el contenido de la misma, sin que sea posible la aplicación correctora del principio general en cuanto norma inspiradora del ejercicio de los derechos. Es decir, el carácter unívoco e indivisible que tiene la buena fe, en cuanto considerada como principio general del Derecho, se traslada a los supuestos concretos en que el legislador define la buena fe, de tal forma que, al menos en teoría, impide al juzgador la apreciación de su concurrencia en relación con otros efectos derivados de la misma relación jurídica.

2. EL CONCEPTO DE CONTINGENCIA Y SU INFLUENCIA SOBRE LA BUENA FE

El alto contenido ético con que se dota al requisito de la buena fe, en cuanto expresión de la interna honradez con la que una persona debe actuar, convierte la exigencia de buena fe en un modelo de conducta determinada sin la cual un determinado efecto jurídico no podrá producirse. De esta forma, la buena fe es utilizada como elemento justificante de una determinada opción legislativa que en muchos casos tiene un marcado carácter contingente.

Por esta razón conviene delimitar claramente el concepto de contingencia y su influencia en la aplicación de la regla de la buena fe como criterio inspirador del ordenamiento jurídico. La contingencia, es decir, la posibilidad de que algo suceda o no suceda, se aplica a aquellas normas jurídicas que están basadas en una determinada opción del legislador, más o menos justificada y normalmente basada en criterios políticos, pero que puede ser alterada sin detrimento de la estructura básica de un sistema jurídico. Esto supone que durante un determinado periodo de tiempo la norma establece una solución normativa a un supuesto de hecho, regulación que posteriormente puede ser cambiada por otra diferente. En la legislación

fiscal se aprecia claramente el funcionamiento de este mecanismo cuando los elementos que integran la norma (hecho imponible, cuota, tipo de gravamen, supuestos de exención) son modificados continuamente atendiendo a las respuestas que el grupo político que ostenta el poder quiere dar a las demandas planteadas por la estructura económica de una comunidad en cada momento determinado sin que por ello se resienta la estructura básica sobre la que se apoya el ordenamiento jurídico tributario.

Sin embargo existe un grupo de normas que son consideradas básicas para el funcionamiento de un sistema jurídico y que por tanto deben ser protegidas de la incertidumbre que conlleva la mayor o menor dosis de contingencia de las normas. El contenido de dichas reglas se abstrae hasta el nivel necesario de generalización (y de ambigüedad) para que puedan ser aplicadas sin demasiado esfuerzo a cualquier situación no obstante la contingencia de la norma que regula cada supuesto concreto. Se dice entonces que estas normas inspiran el ordenamiento jurídico en su condición de principios generales, puesto que permiten mantener el marco básico en que desenvuelve su eficacia la norma sin quedar sujetas a los vaivenes que en su contenido van sufriendo las leyes al regular supuestos de hecho determinados a lo largo del tiempo. Pero en algunos supuestos puede ocurrir que la regla inspiradora del juego se utilice para la definición de un caso concreto, de tal forma que pase a formar parte de su contenido material. La contingencia de la norma afectará, como parte de su contenido, a la regla general que se ha incorporado a la misma, convirtiendo el criterio en concepto. La buena fe deja de ser elemento corrector y se transforma en elemento regulador de un supuesto de hecho determinado.

3. LOS SISTEMAS FORMALES

Este fenómeno suele darse con relativa frecuencia cuando el ordenamiento utiliza sistemas formales para regular determinados campos jurídicos. Un sistema formal se ca-

racteriza por el establecimiento de unas reglas determinadas que afectan la eficacia de las relaciones jurídicas que constituyen su efecto pero sin alterar su estructura ni contenido que se siguen rigiendo por normas de carácter material. Los sistemas formales crean un ámbito normativo, mediante un catálogo de modelos de comportamiento, que administra y modaliza los efectos materiales de los derechos subjetivos aunque su eficacia, por regla general, no puede prevalecer sobre éstos últimos. Por esta razón una de las principales características de un sistema formal es el alto grado de objetivización que tienen los modelos de relaciones implementados por el sistema con el fin de conseguir un nivel de predictibilidad eficiente cuando se utiliza el sistema.

El establecimiento de un sistema opera una selección de problemas, de tal forma que la situación de conflicto solo puede ser resuelta a través del propio sistema. Si colocamos el acento en el sistema, el cuadro que resulta es el siguiente: en el caso extremo de que solo existiera un sistema (A), a través de él, podrían agruparse todos los problemas en solubles e insolubles, y éstos últimos podrían ser desechados, como simples problemas aparentes, puesto que una prueba en contrario solo sería posible desde otro sistema distinto (B)²⁸. El sistema es formal cuando el problema solo puede ser resuelto con arreglo a la propia estructura del sistema en orden a alcanzar los efectos previstos por el mismo pero que queda subordinado a otro sistema que funciona de forma paralela y con carácter preferente. Un sistema formal tiene carácter cerrado puesto que los conflictos solo pueden ser resueltos mediante la aplicación de las normas contenidas en el propio sistema, de tal forma que la solución al problema únicamente la puede dar el propio sistema sin que pueda reconocer como válidas las soluciones dadas al mismo problema por un sistema distinto. En este último caso se produce un conflicto sobre qué sistema ha de tener prevalencia respecto a la solución del problema, puesto que éste puede ser resuelto de forma diversa atendiendo al sistema que se utilice. La resolución del conflicto se suele

obtener mediante la preferencia de la solución dada por un sistema determinado, sistema que, por contraposición, se suele denominar sistema material, frente a la solución ofrecida por el sistema formal, a la que únicamente se le reconoce eficacia cuando el problema surge dentro del ámbito limitado en el que opera el sistema formal.

Esta es la situación que se produce, en materia de derechos reales, entre la realidad como sistema de naturaleza material y la publicidad como sistema de naturaleza formal. Por realidad no hay que entender la realidad física sino la realidad jurídica. La realidad jurídica es el sistema compuesto por un conjunto de normas, integradas dentro del ordenamiento jurídico (metasistema) a las que éste le atribuye la ordenación patrimonial de los recursos económicos (derechos reales). La publicidad se configura como sistema formal en cuanto su eficacia está apoyada en su coincidencia con la realidad jurídica (exactitud de la información), de tal forma que la solución ofrecida por ambos sistemas al mismo problema debe ser equivalente.

Esta concepción está presente en la configuración jurídica de la regla de la buena fe en el campo de los derechos reales. Como se ha visto anteriormente, una de las cuadermas maestras sobre las que se construye la estructura del derecho real es la eficacia erga omnes, es decir su aptitud para desenvolverse en el tráfico jurídico con independencia del principio del consentimiento. Por esta circunstancia, se hace preciso articular un mecanismo que permita adaptar las a veces rigurosas consecuencias de la eficacia erga omnes al juego normal del principio de la autonomía de la voluntad, teniendo en cuenta que el contrato y el derecho real se encuentran estrechamente vinculados en el tráfico jurídico.

El estudio del juego de la regla de la buena fe en el campo de los derechos reales ha de hacerse teniendo presente que en esta materia se produce la confluencia (y el choque) entre aguas provenientes de distintas procedencias. De un lado, la influencia que el contrato tiene, de forma directa o indirecta, en la dinámica

de los derechos reales, esto es, en el mercado o espacio económico en que se producen las transacciones relativas a estos derechos. La buena fe que acompaña a esta dinámica es la buena fe que la doctrina ha construido para su aplicación al derecho de obligaciones y que se apoya fundamentalmente en la eficacia inter partes de las relaciones jurídicas. De otro lado, la configuración económica e institucional de los derechos reales se basa en la eficacia erga omnes de los mismos, es decir en su aptitud para afectar a la esfera jurídica de un sujeto sin que sea preciso su previo consentimiento. En este campo del Derecho, la buena fe actúa de forma diferente a la forma en que lo hace en lo relativo a las obligaciones, creando una tipología específica. Además se ha de tener presente la incidencia que en esta materia ejercen los mecanismos de publicidad en cuanto sistemas de naturaleza formal estrechamente asociados a la regulación de la eficacia erga omnes de los derechos reales y relacionados con el fenómeno de la apariencia jurídica. La conclusión inmediata que se puede extraer de esta circunstancia es la de que ambos tipos de buena fe no tienen porqué excluirse necesariamente, ya que su aplicación obedece a causas completamente distintas y su existencia producirá efectos diametralmente opuestos.

La eficacia erga omnes implica la posibilidad de ser inquietado por una relación desconocida para el sujeto afectado por lo que la buena fe se desplaza hacia el conocimiento, o a la posibilidad de conocer, que de dicha relación tuvo el sujeto a quien alcanzan dichos efectos. De esta forma se va aceptando un supuesto específico de buena fe que se caracteriza por dos notas básicas: el concepto de tercero y el principio de la seguridad del tráfico jurídico, entendido éste último como mecanismo para la protección de los adquirentes de derechos.

4. LA BUENA FE Y EL CONCEPTO DE TERCERO

Para determinar su eficacia es necesario delimitar el concepto de usuario (destinatario y

beneficiario) de los sistemas de información territorial. De este modo se lleva a cabo la construcción teórica del concepto de tercero, figura que hasta este momento se había caracterizado por un carácter marcadamente residual. En principio, tercero es todo aquel que no forma parte de una determinada relación jurídica. Para conciliar en alguna medida la eficacia erga omnes de los derechos reales con la figura del tercero, el ordenamiento contemplaba una serie de mecanismos de naturaleza formal que permitían determinar tanto el momento como el hecho de la celebración de un negocio jurídico con transcendencia real. De esta forma se constituía la prueba de la mutación jurídico-real no solo frente a la contraparte sino también respecto de cualquier sujeto que pudiera resultar afectado por la transcendencia real del acto o negocio celebrado. Una de las utilidades de los negocios formales radicaba precisamente en su eficacia como instrumento para la resolución de los conflictos entre pretensiones naturalmente incompatibles como normalmente eran las referidas a derechos reales. Salvo en los casos en que la forma pasaba a formar parte de la estructura negocial como elemento esencial, se desligaba el hecho de la adquisición del derecho de su prueba, rigiéndose esta última normalmente por el mecanismo de la presunción (inversión de la carga de la prueba) de naturaleza eminentemente procesal.

Pero la instauración de un sistema artificial de publicidad tiene que ir más allá. Si se quiere dotar de eficacia al sistema, hay que garantizar la información que suministra para que sus usuarios confíen plenamente en él. El tercero no puede ser un concepto más o menos indeterminado, sino que ha que tener un perfil propio y definido, que a su vez puede recibir diversa gradación: tercero civil, tercero protegido o tercero hipotecario²⁹.

Esta circunstancia trae como consecuencia inmediata que la buena fe, en cuanto elemento integrante de la conducta del tercero, se diversifica atendiendo a la relación jurídica a que se refiera. De esta forma la buena fe cristaliza en supuestos de hecho tipificados que adquieren autonomía desfigurando la regla general

de la buena fe como principio inspirador del ordenamiento jurídico. Cada tipo de tercero requiere un modelo de buena fe diferente de tal forma que la buena fe, en cuanto valoración de la conducta de un sujeto, determina en cierta medida la clase de tercero. No está lejos de esta concepción del tercero la discusión doctrinal entre la configuración del tercero a que se refiere el artículo 32 de la Ley Hipotecaria y el tercero del artículo 34 de la misma Ley.

De ahí a afirmar que el concepto de buena fe en materia de derechos reales no es unívoco y que existen diversas acepciones de la regla de la buena fe en materia de derechos reales no hay más que un paso. Así se afirma que no pueden mezclarse o confundirse las distintas acepciones de la buena fe, ni pueden confundirse la buena fe en el ejercicio de los derechos con la buena fe en la adquisición de los derechos³⁰. Se fundamenta esta opinión en el argumento de que el juez se encuentra con valoraciones ya realizadas por el legislador en el proceso de formación de la disposición legal que, traducidas en definiciones precisas, asumen una larga experiencia ante conflictos típicos. Se dice que en estos preceptos la buena fe ha sido concretada por el legislador y no es un concepto indeterminado que pueda ser precisado por el juez³¹.

5. EL PRINCIPIO DE LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO JURÍDICO

Una de las coordenadas principales que delimitan el concepto de buena fe en sede de derechos reales es el llamado principio de seguridad del tráfico jurídico. Este principio, uno de los más pacíficos y menos cuestionados en relación con la circulación y el intercambio de bienes inmuebles ha sido prácticamente elevado a la categoría de dogma. Como señala Gordillo Cañas, la seguridad del tráfico se convierte en una auténtica exigencia del orden público económico³². El modelo sobre el que se construye el instrumento para la protección del tráfico, el

registro de la propiedad, es el de la economía de mercado, en su formulación más liberal, que organiza el mercado; no en defensa de los derechos de los propietarios, sino de los intereses del capital. Pero para ello hay que salvar la tensión entre el principio de la seguridad jurídica y el principio de la seguridad del tráfico, reglas que tienen la consideración de normas básicas en materia de organización de los derechos reales. O lo que es lo mismo, subordinar el interés del individuo al bien común (este último muy parecido en muchos casos al mercado) entendiéndose que la seguridad jurídica se ha de obtener necesariamente a través de la seguridad del tráfico jurídico, proposición que no es susceptible de formulación inversa.

Todo ello significa que esa seguridad se erige en principio-guía de una serie de soluciones que se apartan de las reglas generales, es decir de la idea de justicia intrínseca al sistema, cuando entran en contradicción los intereses de los que acceden al registro de la propiedad, en cuanto sistema formal, y de aquellos que son titulares de los derechos³³. Se llega a decir que, estando implicadas consecuencias económicas que afectan a la sociedad en su conjunto, es mucho más adecuada la protección de la seguridad del tráfico que la mera protección del derecho subjetivo individual³⁴.

Muchos de los lugares comunes en que se suele incurrir cuando se habla de la seguridad del tráfico jurídico tienen su causa en la visión unilateral que se utiliza del mismo, cuando su análisis puede llevarse a cabo desde puntos de vista muy diferentes. El tráfico jurídico puede ser contemplado desde dos perspectivas muy diferentes atendiendo a lo que ha dado en llamarse la dimensión estática y la dimensión dinámica de los derechos reales.

Se dice que la estática de los derechos subjetivos impone que ningún titular pueda ser privado de ellos sin su consentimiento y que la dinámica de esos mismos derechos impone que el adquirente de un derecho subjetivo no pueda ver ineficaz su adquisición en virtud de una causa que no conoció o no debió conocer al tiempo de llevarla a cabo. Esto quiere decir que el dueño de una cosa no puede perderla a

menos que preste a ello su consentimiento en cualquier negocio traslativo, pero que si por cualquier circunstancia la cosa ha entrado en el tráfico jurídico y un adquirente que merezca ser protegido la ha adquirido de una persona que aparece como dueña, en virtud de un negocio que aparece como legal, este adquirente que ha confiado en lo que la vida ofrece de aparente como razonable base de lo seguro, no puede ser privado de su adquisición, si no pudo o debió saber al tiempo de la adquisición que estaba efectuando una adquisición ineficaz (dinámica del derecho)³⁵.

De esta forma, el principio de la buena fe no solo es un criterio conformador del normal ejercicio de los derechos reales sino que pasa al mismo tiempo a ser empleado como un elemento a tener en cuenta cuando se produzca una situación de conflicto en el seno del tráfico jurídico. Habida cuenta del carácter exclusivo y excluyente del que es necesario dotar al modelo de derecho real para su eficiencia económica, los conflictos en esta materia van a ser normalmente resueltos mediante el sacrificio de un derecho en favor del otro. Y el mismo tráfico jurídico puede ser contemplado, en términos de seguridad, de forma distinta por el titular de un derecho o por el adquirente de un derecho. La seguridad para el titular de un derecho supone la certeza de que no podrá ser despojado del mismo sin su consentimiento, de tal forma que no pueda nunca reconocerse la validez de una transacción cuando el que transmite no es el verdadero dueño. Por el contrario, para el adquirente de un derecho, la seguridad significa que el tráfico jurídico está ordenado por normas que permitan las transacciones en condiciones de predictibilidad, sin que el mecanismo legitimador de la adquisición derivativa actúe de forma mecánica impidiendo la adquisición de los derechos en caso de rotura de cualquier eslabón de la cadena de transmisiones. En este sentido, exagerando el alcance de ambas perspectivas, cabría afirmar que ambas pretensiones de seguridad (la del titular y la del adquirente) son en principio incompatibles, surgiendo así el conflicto entre apariencia y realidad.

El carácter excluyente de los derechos reales da lugar a que la resolución de los conflictos que se puedan producir entre la realidad (seguridad jurídica) y la apariencia (seguridad del tráfico) haya de resolverse sobre la premisa de la incompatibilidad de los derechos en contienda. Esta especial característica de los derechos reales supone que la solución del conflicto conlleva la atribución in natura del derecho (cumplimiento específico) a uno de los contendientes en perjuicio del otro u otros. Pero la atribución in natura no agota los efectos derivados de la colisión de los derechos, pudiendo originarse escenarios de responsabilidad contractual o incluso extracontractual que habrán de ser necesariamente conectados con la buena fe. Por otra parte es preciso cuestionar la primacía absoluta que en ocasiones se pretende reconocer a la seguridad del tráfico jurídico sobre cualquier otro derecho o interés en liza. En la medida en que la seguridad del tráfico se configure como materia de orden público económico, esta categorización influirá, en cuanto límite externo de la buena fe, en la eficacia de ésta como elemento modulador de los efectos de las relaciones jurídico-reales.

Para comprender mejor el alcance de la cuestión es preciso diferenciar, dentro del concepto general de bien inmueble, las dos utilidades básicas que éstos proporcionan: el valor en uso y el valor en cambio. El primero de los dos (valor en uso) está estrechamente vinculado con la naturaleza de bien de primera necesidad que caracteriza a los bienes inmuebles. Cuando en 1948 se alumbró la Declaración Universal de los Derechos Humanos, todos los Estados firmantes reconocieron formalmente la vivienda como componente fundamental del derecho que el ser humano tiene a una adecuada calidad de vida. Como ha puesto de manifiesto Valpuesta, junto al principio de la seguridad jurídica hay que tener presente la existencia de otros principios que informan, según la Constitución, la política social y económica, expresados a través de los derechos sociales³⁶, cuya satisfacción es inherente a la idea de cumplimiento específico. Además, como consecuencia de su doble condición de bienes

escasos y básicos para el ser humano, los bienes inmuebles han ido adquiriendo un marcado carácter finalista de tal modo que los productos inmobiliarios salen al mercado con un uso previamente asignado. Esta circunstancia no carece de importancia, como se verá más adelante, cuando la buena fe quiera ser puesta en conexión con los posibles sistemas de información territorial.

Por su lado, el valor en cambio está íntimamente conectado con la función de garantía que los bienes inmuebles pueden desempeñar y que genéricamente se denomina crédito territorial. Los bienes inmuebles son recursos de capital y por ello traducibles inmediatamente en dinero, subordinándose a este valor en cambio cualquier otro tipo de utilidad que aquellos pudieran proporcionar. Precisamente la reforma hipotecaria que culmina con la Ley de 1861 se articula sobre el valor en cambio de los bienes inmuebles, valor que había sido apartado del mercado por la amortización institucional que se había hecho de los mismos. Sobre esta base conceptual se construye el principio de la seguridad del tráfico jurídico que se consagra como dogma incontestable frente al cual cualquier otra pretensión necesariamente ha de claudicar. La Ley Hipotecaria de 1861 organiza un sistema de información territorial (el registro de la propiedad) dirigido a perfeccionar la incipiente ordenación del crédito territorial iniciada por el sistema de contaduría de hipotecas.

En sus inicios la imposición de un sistema de publicidad registral se justificó en la necesidad de facilitar el crédito territorial como instrumento imprescindible para el desarrollo económico de la sociedad. El naciente capitalismo necesitaba allegar recursos con que financiar el mercado y para ello era imprescindible que se dotara de certeza a las hipotecas que constituían un excelente instrumento para la circulación de capitales³⁷. Es en este momento cuando, debido a la necesidad de asegurar el crédito territorial, se empieza a distinguir entre la exactitud y la fiabilidad de la información, separándose la realidad, basada sobre un sistema de adquisición de derechos de naturaleza

derivativa, de la información, que, en aras de la seguridad del mercado podía en determinados supuestos prescindir de la cadena transmisiva de derechos. Sobre estas premisas se comienza a levantar un sistema de organización del tráfico jurídico fundamentado en la protección de la apariencia que proporciona el sistema de publicidad que va a desarrollar el registro de la propiedad.

Desde esta perspectiva, las normas de protección del tráfico se diseñan para operar en conflictos surgidos en relación con el valor en cambio de los bienes inmuebles en los que la solución se apoya en el principio de la prioridad conectado con la publicidad que el registro de la propiedad proporciona a los derechos reales que no llevan aparejada la posesión de los bienes inmuebles sobre los que recaen (que son fundamentalmente las hipotecas). La buena fe se refiere a las relaciones entre acreedores entre sí y entre acreedores y deudores y versa sobre el valor en cambio de los inmuebles. De esta forma se lleva a cabo una construcción teórica de la buena fe adaptada a este tipo específico de conflictos, que tiene un carácter marcadamente formalista, en la que se equipara el conocimiento efectivo de una relación a su posibilidad de conocimiento a través de los medios de publicidad previstos por el ordenamiento. La buena fe se define, con carácter cerrado, por los propios sistemas formales.

La cuestión se plantea cuando se pretenden aplicar estos modelos a los conflictos relacionados con el valor en uso de los bienes inmuebles, es decir cuando la normativa que integra la ley de hipotecas se quiere extender a la propiedad y a los derechos reales de uso y disfrute. En los casos en que la colisión se produce entre derechos de la misma naturaleza (acreedores hipotecarios entre sí o adquirentes de bienes inmuebles entre sí) las normas instrumentadas por el sistema permiten la resolución del conflicto sin demasiadas complicaciones.

El problema se produce cuando entran en colisión derechos reales de distinta naturaleza que en su proceso de adquisición o transmisión emplean criterios diferentes para la valoración de la buena fe. En estos supuestos, las normas

de conflicto, protectoras a ultranza de la seguridad de la circulación de los bienes inmuebles, provocan una descompensación en la valoración de la buena fe empleada por los sujetos afectados, en la medida en que están diseñadas pensando en el valor en cambio de los bienes inmuebles. De esta forma se da por supuesta la prevalencia al principio de la seguridad del tráfico jurídico sobre otros principios que tutelan derechos básicos del ser humano estrechamente conectados con el valor en uso de los inmuebles, como puede ser el caso de la vivienda, en los que la subrogación del cumplimiento efectivo de la obligación por otros medios de pago puede comportar consecuencias gravemente perjudiciales para el adquirente. Piénsese que por lo general la buena fe exigida al adquirente de un derecho conectado al valor en uso de un inmueble (vivienda) será de mayor intensidad que la que se pueda exigir al adquirente de un derecho relacionado con el valor en cambio del mismo inmueble (hipoteca), ya que la información relativa a éste último normalmente no precisará de una serie de datos de carácter fáctico relativos a la viabilidad del uso pretendido, no cubiertos por la información registral. De esta forma, la utilización de los medios de publicidad como elemento definidor de la buena fe hace quebrar, en perjuicio del valor en uso, la relación de equilibrio pensada inicialmente para el conflicto entre pretensiones relativas al valor en cambio, habida cuenta la constante resistencia, al menos en nuestro país, a incluir el uso del inmueble como dato integrante de la información que los sistemas de información territorial deben suministrar.

6. LA DETERMINACIÓN TEMPORAL DE LA BUENA FE

La transmisión de los derechos reales se ha configurado tradicionalmente como un proceso a través del cual se contrastaba la idoneidad del derecho, tanto desde un punto de vista jurídico como fáctico, para ser transmitido en las condiciones pretendidas por los contratantes. Dentro del proceso de transmisión se distin-

guían por lo general dos partes o fases: la relativa a la condición del derecho del transmitente, comúnmente llamada título, y la referida a la situación de hecho del inmueble o derecho que se pretendía transmitir, cuya constatación se llevaba a cabo normalmente a través de la situación posesoria.

No es éste el lugar indicado para estudiar la evolución de los sistemas de transmisión de la propiedad de los bienes inmuebles y derechos reales pero no hay que perder de vista que siempre se han configurado como un proceso que se desarrolla a lo largo de un determinado lapso de tiempo. La cuestión del *quandum* respecto de la buena fe se configura también como un elemento determinante de su relevancia jurídica. Por ello, un aspecto de especial relevancia en esta materia es la determinación temporal del momento en el que la buena fe ha de ser valorada. El instante a partir del cual la valoración de la buena fe adquiere relevancia jurídica no tiene por lo general carácter puntual o episódico y requiere su permanencia mientras la situación se mantenga en las mismas condiciones.

Por otra parte hay que tener presente que la resolución del conflicto entre derechos reales, habida cuenta de su incompatibilidad institucional, está inspirada en criterios de prioridad cronológica, de tal modo que el primero que ocupa sobre el derecho en cuestión una posición jurídica válida según el ordenamiento para perfeccionar su adquisición, prevalece sobre posteriores pretendientes. Como regla general, la antigüedad de los derechos, a efectos de resolver la colisión, se mide por la fecha en que se hubiera llegado válidamente a cabo el acto constitutivo. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, esa fecha no solo surte efectos entre las partes sino también frente a quien, en relación con dicho acto constitutivo sea rigurosamente un tercero³⁸.

Pero la propia naturaleza de los derechos reales impide que la solución del conflicto se reduzca a un mero problema de fechas o de datación temporal. Ello es así fundamentalmente por dos razones. En primer lugar, porque la adquisición del derecho real se articula en un

proceso integrado por fases sucesivas, la creación del título y la toma de posesión del bien, que pueden estar separadas en el tiempo. Esta es la cuestión a la que se refiere la literatura jurídica como el momento en el que ha de ser valorada la buena fe del adquirente. La existencia de una sucesión temporal de hitos que van señalizando el proceso adquisitivo del derecho real plantea el problema de si la mala fide superveniens perjudica al adquirente atendiendo a cada etapa a través de la cual se desarrolla dicho proceso.

Por otro lado, la actuación de los terceros, cuando entran en conflicto con un derecho real ya adquirido, tiene que ser valorada asimismo utilizando el criterio de la buena fe. En este supuesto, como consecuencia de la eficacia erga omnes atribuida por el ordenamiento a los derechos reales, la apreciación de la buena fe se apoyará de forma significativa en el momento en que el tercero tenga o hubiera podido tener (un matiz no desdeñable como se verá en su momento) de la calidad de la posición jurídica que perjudica sus pretensiones.

Y ello tanto se conceptúe la buena fe como un puro estado psicológico consistente en un equivocado conocimiento de la realidad, como la buena fe entendida como la convicción de una persona de que su actuación no lesiona derechos o intereses ajenos³⁹. Este aspecto en la valoración de la buena fe se refiere al momento en que se ha de predicar la buena fe respecto del tercero que está en conflicto. Desde este punto de vista, se puede entender que la valoración de la buena fe desde un punto de vista temporal, haya de tener en cuenta dos momentos diferentes, cada uno de ellos referido al sujeto que entra en colisión con una pretensión incompatible.

Por lo general, la cuestión que ha constituido el centro de gravedad de la atención de la literatura jurídica en este aspecto se refiere a la relevancia jurídica de la buena fe entre dos momentos temporales determinados.

El primero es el de la celebración del negocio jurídico entre el transmitente y el adquirente. El segundo se refiere al momento en que

la transmisión se ha puesto en conocimiento del resto de la comunidad, esto es, de los terceros a través de los medios de publicidad que cada sistema jurídico instrumenta.

En algunos supuestos, como es el caso de la doble venta, la norma hace coincidir ambos tiempos, conectando el momento de la adquisición del derecho con el de su puesta en publicidad. En otras materias, como en la de la cuestión regulada por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, el ordenamiento distingue entre el momento de la adquisición y el de su publicación.

La literatura jurídica se ha planteado la cuestión de si la buena fe ha de existir solo en el momento en que la adquisición, en cuanto perfecta, es irrevocable, o si bien la buena fe ha de mantenerse hasta el momento en que el derecho adquirido ha sido dotado de la necesaria publicidad que impida un desconocimiento excusable. Con independencia de cuál sea la solución adoptada, es indudable que la buena fe, en cuanto requisito general del ejercicio de los derechos, en el sentido en que lo exige el artículo 7.1 del Código Civil, ha de permanecer presente en todo momento.

El interrogante se puede plantear en aquellos supuestos en los que la protección suministrada por la publicidad requiere que la adquisición, no obstante su perfección de acuerdo con el derecho material, sea a su vez incorporada al sistema de publicidad.

Se trata de supuestos en los que el propio mecanismo de publicidad genera la apariencia que inicia el proceso adquisitivo de tal forma que el concepto de buena fe, como requisito ineludible de la justicia de dicho procedimiento, recibe un tratamiento marcadamente formal para su adaptación a las reglas que rigen el sistema. De esta forma, si la adquisición es a su vez inscrita, el sistema acepta la apariencia conformándola como una adquisición real.

¿Quid si durante el intervalo de tiempo que discurre entre la adquisición de un derecho y su publicación se produce, respecto del adquirente, una situación incompatible con las normas que rigen la aplicación del principio de la buena fe?

Aunque indudablemente habrá de estarse a cada caso concreto, lo cierto es que la buena fe ha de ponerse en contacto con el procedimiento que cada sistema de información territorial haya previsto para la carga de la información. Si el acceso de la información al sistema se produce de forma automática a partir del momento de la adquisición del derecho, no parece aventurado entender que cualquier episodio de *mala fides superveniens* carecerá de relevancia jurídica. Por el contrario, cuando la voluntad del adquirente haya influido en la duración del proceso de puesta en publicidad del derecho, cabría admitir una eventual relevancia al juego de la buena fe, habida cuenta que, a la larga, la falta de apariencia no deja de ser una forma más de apariencia.

7. A MODO DE CONCLUSIÓN

Desde la perspectiva de un sistema formal, tal como son los sistemas de información territorial, la buena fe representa un punto de inflexión en la coherencia interna que el sistema persigue con su estructura de normas cerradas. Puesto que un sistema formal no puede proporcionar por sí mismo soluciones válidas a cuestiones derivadas de la realidad jurídica que afectan directamente a su esquema de funcionamiento, el sistema tiende a formalizar los escenarios en los que la buena fe, por razones básicas de justicia, no puede ser ignorada. El sistema cristaliza los supuestos relevantes de buena fe convirtiendo el juego de un principio inspirador en una norma cerrada. La tendencia del medio es influir en el mensaje con el fin de adaptarlo al formato de comunicación empleado.

Los sistemas de información territorial no son ajenos a este fenómeno en la medida en que su carácter formal establece de antemano las soluciones a los problemas que pueda plantear su funcionamiento.

Tanto los sistemas de información territorial que basan su eficacia equiparando la realidad con la apariencia como los que pretenden

que la información genera una presunción *iuris et de iure* de conocimiento general, tanto de su contenido como respecto de la ausencia de datos contradictorios, tienden en mayor o menor medida, a apropiarse de la realidad jurídica mediante una construcción formalista de la buena fe. Pero, como atinadamente ha subrayado RUBIO GARRIDO⁴⁰, la jurisprudencia, en una de sus contribuciones más espléndidas a la doctrina patria, se puso en jarras y contra viento y marea cercenó loablemente las perniciosas influencias, galas o alemanas que fueran, distinguiendo la buena fe del cumplimiento de meras formalidades⁴¹.

En este sentido, el mecanismo de la buena fe constituye la válvula de seguridad que la realidad jurídica utiliza frente al formalismo jurídico. Quizás ésta sea la razón por la que los sistemas formales intenten paliar los efectos distorsionadores que para un mundo encerrado en sí mismo supone el abrir una ventana a la calle. Bien conformando el concepto de buena fe con el modelo de publicidad elegido bien confinando su eficacia dentro de los límites de la apariencia.

Todo lo antedicho no supone negar en modo alguno la utilidad práctica que los sistemas de información territorial tienen para la configuración del tráfico jurídico inmobiliario. Pero como ha subrayado Irti⁴² es función del sistema jurídico establecer los límites del mercado y no al contrario.

Apariencia y realidad son conceptos con magnitudes proporcionalmente inversas. El incremento de la seguridad del tráfico jurídico, sin la disminución de la garantía que a la larga significa la buena fe, en cuanto conexión con la realidad, pasa necesariamente por el aumento de la exactitud de la información, de tal modo que el margen de diferencia entre su contenido y la realidad, es decir la apariencia, se reduzca o incluso desaparezca. De este modo los mecanismos de información territorial, en cuanto sistemas formales, podrían cumplir una importante misión de apoyo a la seguridad de las relaciones jurídicas. En otro caso habrá que preguntarse como sabían los ciegos que el rey era tuerto.

NOTAS

1. ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel y RUIZ MANERO, Juan: La derrotabilidad y los límites del positivismo jurídico. *Teoría & Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico*. N.º 5/2009. p. 107.
2. DÍEZ-PICAZO, Luis: Prólogo a *El principio general de la buena fe*, de Franz Wieacker (Madrid, 1982). p. 12.
3. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*. Volumen I. (Madrid, 1986) p. 445).
4. DE LAS HERAS, Manuel Ángel: *Estatuto ético-jurídico de la profesión médica*. (Madrid, 2005).
5. Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2007.
6. CHICO Y ORTIZ, José María: *Estudios sobre Derecho hipotecario* (Madrid, 1994) Tomo I, p. 322.
7. DE LOS MOZOS; José Luis: *El principio de la buena fe*. (Barcelona, 1965) p. 39.
8. DE LOS MOZOS; José Luis: *El principio de la buena fe*. (Barcelona, 1965). p. 40.
9. DE LOS MOZOS; José Luis: *El principio de la buena fe*. (Barcelona, 1965). p. 50.
10. WACHTER, C.G.: *Die bona fides bei der Ersitzung des Eigenthums* (Reimpresión Frankfurt, 1970).
11. MIQUEL GONZÁLEZ, José María: “Observaciones en torno a la buena fe” en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*. (Murcia, 1989) p. 500.
12. BRUNS, Karl Georg: *Das Wesen der bona fidei der Ersitzung* (Berlín, 1872).
13. MIQUEL GONZÁLEZ, José María: “Observaciones en torno a la buena fe” en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*. (Murcia, 1989) p. 500.
14. MIQUEL GONZÁLEZ, José María: “Observaciones en torno a la buena fe” en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*. (Murcia, 1989) p. 499.
15. VIEHWEG, Theodor: *Tópica y jurisprudencia*. (Madrid, 1964).
16. HARTMANN, Nicolai: “Diesseits von Idealismus und Realismus” en *Sonderdrucke der Kantischen Studien*, XXIX (Berlín, 1924). pp 160 y ss.
17. RUBIO GARRIDO, Tomás: *La doble venta y la doble disposición*. Barcelona, 1994. p. 70.
18. MIQUEL GONZÁLEZ, José María: “Observaciones en torno a la buena fe” en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*. (Murcia, 1989) p. 498.
19. DE LOS MOZOS; José Luis: *El principio de la buena fe*. (Barcelona, 1965). p. 64.
20. Por esta causa, la definición de la actuación de mala fe que el ordenamiento jurídico realiza en algunos casos (en la regulación de la accesión en el Código Civil, por ejemplo) ha de entenderse más bien como supuestos de ausencia de buena fe.
21. Tomado de ALAS, DE BUEN y RAMOS: *De la usucapión*. (Barcelona, 1916).
22. DE LOS MOZOS; José Luis: *El principio de la buena fe*. (Barcelona, 1965). p. 60.
23. DE LOS MOZOS; José Luis: *El principio de la buena fe*. (Barcelona, 1965). p. 63.
24. DE LOS MOZOS; José Luis: *El principio de la buena fe*. (Barcelona, 1965). p. 69.

25. CLEMENTE DE DIEGO, Felipe: *Instituciones de Derecho civil español* (Madrid, 1931).
26. DE LOS MOZOS; José Luis: *El principio de la buena fe*. (Barcelona, 1965). p. 59.
27. THUR, Andreas von: *Teoría General del Derecho civil alemán*. II (Buenos Aires 1946-48) pp 342 y ss.
28. VIEHWEG, Theodor: *Tópica y jurisprudencia*. (Madrid, 1964). p. 58.
29. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio: *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia* (Barcelona, 1990). p. 67.
30. GARCÍA GARCÍA, José Manuel: *Derecho inmobiliario registral o hipotecario* (Madrid, 1993) Tomo II, p. 302
31. MIQUEL GONZÁLEZ, José María: en *Comentario del Código Civil*. (Madrid, 1991) Tomo I, p. 42. Comentario al artículo 7,1.
32. GORDILLO CAÑAS, Antonio: "Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales: Sistema español". *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 48, N.º 2, 1995, p. 557.
33. VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a Rosario: "Publicidad registral, seguridad del mercado y Estado social". *Anuario de Derecho Civil*. Octubre-Diciembre, 2005. p. 1543.
34. GARCÍA GARCÍA, José Manuel: "La función registral y la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario" en Gómez Gállego, editor, *La calificación registral*. (Madrid, 1996) p. 351
35. DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial III: Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La Posesión* (Madrid, 1995) p. 289.
36. VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a Rosario: "Publicidad registral, seguridad del mercado y Estado social". *Anuario de Derecho Civil*. Octubre-Diciembre, 2005. p. 1510.
37. VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a Rosario: "Publicidad registral, seguridad del mercado y Estado social". *Anuario de Derecho Civil*. Octubre-Diciembre, 2005. p. 1541.
38. DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial III: Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La Posesión* (Madrid, 1995). p. 849.
39. DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial III: Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La Posesión* (Madrid, 1995). p. 458.
40. RUBIO GARRIDO, Tomás: *La doble venta y la doble disposición*. Barcelona, 1994. p. 63.
41. Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1908 citada por RUBIO GARRIDO, Tomás: *La doble venta y la doble disposición*. Barcelona, 1994. p. 63.
42. IRTI, Natalino: "Derecho y Mercado". *Revista de Derecho Patrimonial*, 1999. N.º 3, pp 21 y siguientes.

Fecha de recepción: 20 de noviembre de 2009

Fecha de aceptación: 1 de febrero de 2010

RESUMEN

Este artículo es una reflexión personal, no científica. En él el autor intenta delimitar la perspectiva que he tomado en la investigación de este campo en los últimos diez años, y por qué. Divide este trabajo en tres círculos concéntricos. En los dos primeros, introduce los campos de la inteligencia artificial (IA) y de la inteligencia artificial y el derecho (IA & D). En el tercero introduce la Web Semántica (WS). El lector encontrará en nota el aparato crítico del que se prescinde en el texto. El artículo tiene tres niveles de lectura: el texto llano, la aclaración en nota, y finalmente una bibliografía extensa, por si el lector quiere acudir a las fuentes originales. Puede acceder, de ese modo, al actual estado de la cuestión en IA & Derecho.

PALABRAS CLAVE

INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA), INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DERECHO (IA & D), ARGUMENTACIÓN, RAZONAMIENTO JURÍDICO, SISTEMAS EXPERTOS, COMPUTACIÓN, SISTEMAS MULTI-AGENTE (MAS), INSTITUCIONES ELECTRÓNICAS, TEORÍA DEL DERECHO, GLOBALIZACIÓN, ONTOLOGÍAS JURÍDICAS, WEB 2.0, WEB 3.0, WEB SEMÁNTICA (WS)

ABSTRACT

This article is a personal account, not a scientific one. I will try to delimit the perspective I have taken in research in this field for the last ten year, and why. I will divide this work into three concentric circles. In the first two, I will briefly introduce the Artificial Intelligence (AI) and the Artificial Intelligence and Law (AI & L) fields. In the third, I will introduce the Semantic Web (SW). In the notes at the end, the reader will find the critical support as it does not appear in the text. Therefore, this paper allows three levels of reading: the plain text, further explanation in the notes, and an extensive bibliography (if the reader wants to go to original sources). She can access this way to the present state of the art in AI & Law.

KEY WORDS

ARTIFICIAL INTELLIGENCE (AI), ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND LAW (AI & LAW), ARGUMENTATION, LEGAL REASONING, EXPERT SYSTEMS, COMPUTATION, MULTI-AGENT SYSTEMS, ELECTRONIC INSTITUTIONS, LEGAL THEORY, GLOBALIZATION, LEGAL ONTOLOGIES, WEB 2.0, WEB 3.0, SEMANTIC WEB (SW)

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DERECHO: A VUELA PLUMA

Pompeu Casanovas

Instituto de Derecho y Tecnología
Universitat Autònoma de Barcelona

Sumario: 1. Inteligencia artificial: De palomas y ángeles 2. Inteligencia artificial y derecho: replicar lo insensato. 3 Web semántica y ontologías jurídicas: el arte de pedir lo imposible.

1. INTELIGENCIA ARTIFICIAL: DE PALOMAS Y ÁNGELES

Cada vez que se me ocurre pensar lo inteligentes que somos los humanos, recuerdo que aún no poseemos una definición aceptable de inteligencia. ¿Qué es una conducta “inteligente”? ¿Con qué base podemos delimitar la línea que separa una conducta inteligente de otra que no lo sea?

Depende de la tarea que deba realizarse. Y esto vale también para el uso de la abstracción, que hasta hace poco creíamos patrimonio exclusivo de nuestra especie. Pero no es así: en la tarea de reconocimiento del espacio, por ejemplo, circunscrito por figuras geométricas en tres dimensiones, cualquier paloma es mucho más rápida y precisa que un ser humano (McFarland y Bösser, 1993). Desde el aire, en un vuelo rápido, ésta es una condición esencial para la orientación y el sorteo de posibles obstáculos. Desde este punto de vista, el cerebro de la paloma tiene un comportamiento cognitivo mucho más inteligente que el de los humanos. La paloma y su capacidad de vuelo, más su capacidad de procesamiento de los inputs provenientes del exterior, conforman un sistema.

Esta perspectiva empírica, atenta al contexto y a las condiciones en que se realiza el procesamiento de información, es la que dio lugar al nacimiento de la denominada inteligencia artificial. Obsérvese que es en la perspectiva de las ciencias formales y en las ingenierías, tanto como en el de la filosofía, donde se sitúa su origen¹. No hay ningún “giro lingüístico” en este campo, donde las nociones de sistema, complejidad, inferencia y algoritmo tienen un carácter matemático más amplio.

Ésta es, en el fondo, la respuesta que Simon y Eisenstadt dieron a la crítica de John Searle sobre el hecho de que los ordenadores sean ciegos al significado de sus propias operaciones². La pregunta de si los ordenadores pueden pensar presenta el mismo problema que el de la definición de inteligencia. Plantea un problema que sólo tiene sentido en el terreno de la filosofía del lenguaje o de la ciencia, pero no en el de la ciencia como lenguaje. Interesante, pero fuera del objetivo científico o técnico de las ciencias del diseño o de la computación. Comparte el nivel del estatuto epistemológico del test de Turing³.

Visto desde el sistema resultante de componentes externos e internos —y no como un cerebro— es claro que la habitación china ima-

ginada por Searle puede “pensar”, en el sentido de transformar la información a partir de estadios sucesivos. Pero plantearse la pregunta como un problema de la propia IA, implica cometer una variante de la denominada falacia de la morfología de primer orden: la complejidad del sistema es el reflejo del contexto, no reside en las propiedades de sus mecanismos internos de computación⁴. El producto de la computación no es isomorfo con los mecanismos que lo han generado⁵.

No se trata, pues, de mimetizar o replicar las operaciones mentales tal y como el cerebro humano de hecho las realiza. Se trata más bien de identificar y dejarse sorprender por las operaciones que éste posibilita —información, memoria, comprensión, entendimiento, lenguaje, expresión y razonamiento— e intentar comprender su estructura y funcionamiento en tanto que operaciones abstractas. Y, si es posible, mejorarlas en máquina para volverlas a insertar luego en contextos reales. Aunque parezca una paradoja, la inteligencia artificial ha tenido desde sus inicios un fuerte componente empírico y una marcada orientación práctica.

El modelo, pues, es lo importante aquí, no el objeto analógico del que parte. “Para alcanzar el nivel de la inteligencia humana, se requiere la propiedad de la autoconciencia” —declaraba recientemente John McCarthy (2006) reflexionando sobre el camino recorrido desde el seminario de verano de Dartmouth (1956) donde nació el término inteligencia artificial⁶. Éste no es su objetivo. Al menos para Simon y Newell, la IA se basó desde el principio en cadenas simbólicas recursivas expresables algebraicamente⁷.

Modelos básicos basados en la “inteligencia sin representación” (Brooks, 1991) o en la “in-

teligencia de enjambre” [swarm intelligence] (Bonabeau et al. 1999, Dorigo 2004) o “inteligencia cambriana” (Brooks, 1999) de los insectos, sin módulo central de representación, son también posibles y han sido desarrollados en robótica. Incluso han sido propuestos nuevos modelos de computación más allá de las máquinas de Turing (Wegner y Eberbach, 2004; Goldin y Wegner, 2008). Pero la idea básica de representar el conocimiento mediante la aplicación de lenguajes artificiales permanece incólume⁸.

En años sucesivos, fueron apareciendo nuevas nociones —como las de esquema [schema], red semántica [semantic network], discurso [discourse], contexto [context], o marco [frame]— para capturar la dinámica y la complejidad del procesamiento de información en situaciones reales. Uno de los artículos más citados es “A Framework for Representing Knowledge” (MIT 1974), donde Marvin Minsky anticipa en gran medida el trabajo posterior en lógica no-monotónica, los argumentos cancelables (o “derrotables”) y las redes sociales⁹. El trabajo seminal de H. S. Simon sobre la búsqueda de un nivel de actuación aceptable de la red como un conjunto, en lugar de la optimalidad de un nodo particular, ha sido importante también aquí. Se denomina el criterio de satisfacción [satisficing]¹⁰. La satisfacción constituye la base para la resolución colectiva distribuida de problemas.

Esta perspectiva muestra el impacto de las ciencias cognitivas emergentes en los modelos originalmente propuestos por la IA. De hecho, la historia de la IA y la de las ciencias cognitivas se desarrolla en paralelo y en estrecho contacto entre sí. La convergencia, incluso en fechas, es sorprendente¹¹. La relación interdisciplinar era muy estrecha al principio, tal y como muestra la figura que Georges Miller dibujó en 1978:

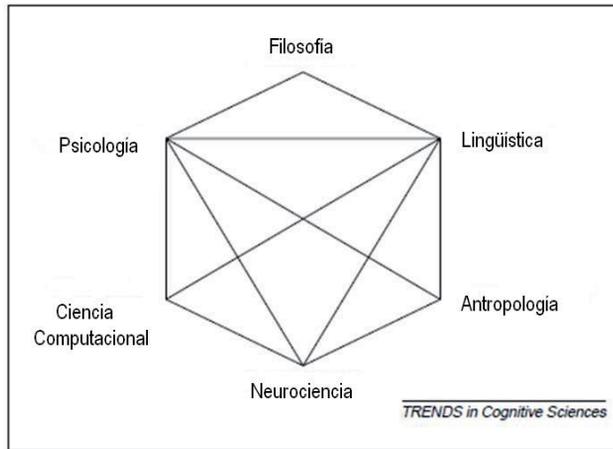


Figura 1. G. A. Miller (2003: 143).

Mapa de las ciencias cognitivas. Cada línea representa investigaciones interdisciplinarias existentes en 1978.

Uno de los desarrollos más prometedores, efectuados por la segunda generación de investigadores, deudores del trabajo de Simon y Newell, es el de los denominados “sistemas expertos”. Es decir, programas que abundan en el contenido del conocimiento, antes que en su forma, y en una pluralidad de tareas. A partir de un conocimiento base, un sistema experto es capaz de responder de forma rápida y efectiva a los problemas planteados desde un dominio determinado.

Esto no es fácil, porque implica dotar, además de su potencia de cálculo y de deducción, de inferencia inductiva a los ordenadores. Edward Feigenbaum, en su memoria personal, califica los años que vieron el desarrollo de DENDRAL y MYCIN —el programa de modelación del conocimiento común de Bruce Buchanan en el Stanford Heuristic Programming Project— de “lucha con el ángel” (1992: 6)¹². Y así era, en efecto, puesto que los sistemas expertos se situaban a medio camino entre el conocimiento extremadamente especializado que pretendían modelar y el conocimiento general del sentido común (empezando por el de la lengua).

Desde los años noventa, el programa original se ha extendido y ampliado¹³. Langley (2006) ha hecho notar que la IA no está tan atenta a los resultados de la psicología cogniti-

va como en su primera época. Probablemente sea cierto, pero esto me parece congruente con el desarrollo de la propia disciplina de una forma más transversal. En realidad, la atención sigue altamente focalizada en los resultados de la ciencia empírica. Sólo que se ha desplazado del antropocentrismo inicial a un contexto de referencia más amplio, donde las ciencias cognitivas siguen siendo centrales, pero en convergencia con la biotecnología, la nanotecnología y otras disciplinas.

Este nuevo paradigma (nano-bio-info-cogno: NBIC) se concibe explícitamente como una “tecnología con rostro humano”, centrada en las necesidades de los individuos y en las posibilidades crecientes de la tecnología aplicadas a fines económicos, sociales, médicos y terapéuticos (Roco y Baimbridge, 2002; Aguiló et al. 2005). Inteligencia social, inteligencia incorporada y computación evolutiva, constituyen el marco cooperativo donde va a moverse la inteligencia artificial en los próximos años¹⁴. Y, naturalmente, como tendremos ocasión de comprobar, en escenarios dominados por la evolución y los problemas de la red.

Hay tres líneas de investigación general que parecen particularmente prometedoras. En atención al derecho, deben tenerse en cuenta: (i) los sistemas multiagentes [Multi-Agent Systems, MAS]; (ii) las instituciones electrónicas

(o “instituciones virtuales”); (iii) los sistemas computacionales dialógicos.

Un “agente” es un programa autónomo que reacciona a un ambiente [environment] y realiza acciones dirigidas a fines¹⁵. Un “sistema multiagente” (MAS) es un sistema compuesto por diversos agentes que interactúan entre sí y se dirigen a finalidades y problemas colectivos (Axelrod, 1997). Típicamente presentan características de auto-organización, coordinación y cooperación. Por ello su ámbito de simulación básico es el de las denominadas sociedades artificiales, donde se producen propiedades colectivas emergentes no programadas en un principio (Gilbert y Conte, 1995).

Los MAS están específicamente diseñados para alcanzar fines colectivos y reproducir características del comportamiento de los grupos humanos. Por ello han recibido últimamente atención algunas de sus propiedades cognitivas que habían sido anteriormente consideradas como no computables —e.g. las emociones,

las intenciones o la capacidad de mentir y engañar (Castelfranchi, 2006).

El interés por las normas sociales y jurídicas se sigue de esta perspectiva. Es lo que los investigadores denominan “sistemas multiagentes regulados” y la consiguiente “programación orientada a las normas” (García Camino et al. 2006)¹⁶. El análisis se basa en la posibilidad de regular las interacciones y, de manera más abstracta, en la “computación como contrato”, una semántica de aplicación exhaustiva de reglas sobre actos de habla emitidos por los agentes¹⁷. La Fig. 2. muestra la estructura de una institución electrónica —en este caso una lonja de pescado— diseñada por Pablo Noriega en el programa del IIIA-CSIC.

Nótese que los agentes inteligentes no se limitan a simulaciones: pueden insertarse en plataformas o parques de servicios para los usuarios. Esta característica los hace particularmente interesantes para el desarrollo de la administración y la justicia electrónicas.

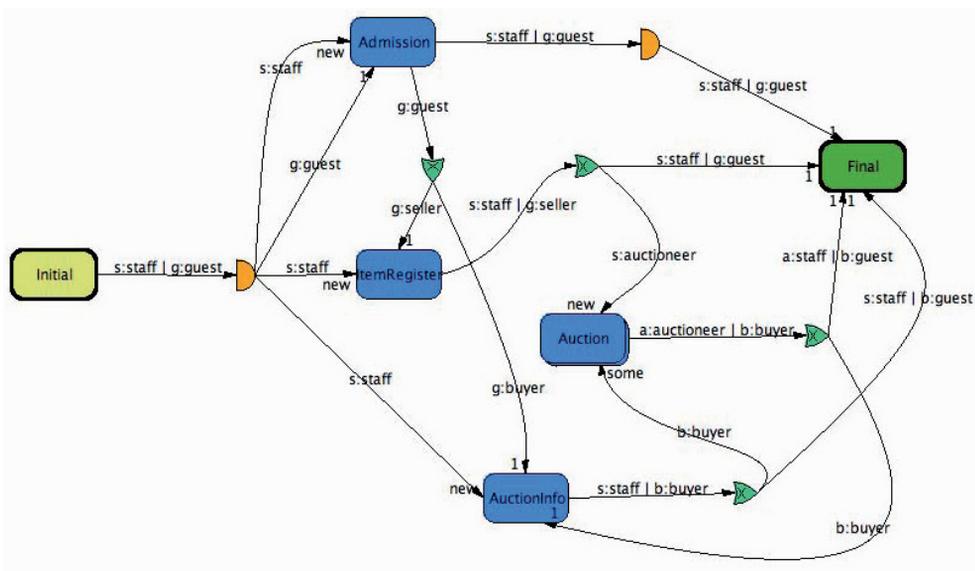


Fig. 2. Estructura de una institución virtual: modelada por Pablo Noriega en el IIIA-CSIC.

La tercera línea de investigación —los sistemas dialógicos— se hallan estrechamente vinculadas con la perspectiva anterior y, de hecho, se encabalga con el trabajo realizado

en los últimos años en Inteligencia Artificial y Derecho (IA & D). Describiré, pues, esta línea en la última parte de la siguiente sección.

2. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DERECHO: REPLICAR LO INSENSATO

Desde el principio, la IA & D nació con el objetivo de solucionar un conjunto de problemas específicos que se plantean en el ámbito jurídico. Algunos de estos problemas son conocidos y persisten hasta hoy: la organización de las grandes bases de datos, la clasificación y ordenación de textos jurídicos que varían con el tiempo (leyes, reglamentos, sentencias...), el interfaz con los distintos tipos de usuarios, la modelación de las operaciones realizadas por los agentes políticos (legística) y jurídicos (razonamiento judicial, razonamiento por casos, resolución de problemas), la modelación de determinados ámbitos del conocimiento jurídico (especialmente en derecho financiero y en cálculo de tasas e impuestos), la modelación de la argumentación razonable en función de normas o de precedentes...¹⁸

Con el nacimiento de las grandes bases jurídicas de datos, privadas o públicas, en los años setenta y ochenta, el interés por los sistemas de clasificación en bases relacionales se incrementó. Los precedentes son muchos y distintos en cada país. En los años sesenta, este campo se denominó jurimetría¹⁹. En los años setenta y ochenta empezó a ser conocido como informática jurídica²⁰. Las técnicas de IA han ocupado desde entonces una posición central en su desarrollo (Sartor, 1990), como recogen también los manuales más recientes²¹.

Pero, más allá de la documentación y de la archivística, que se enfrentan por cierto a problemas que están siendo retomados hoy por la investigación semántica, la IA se centró casi desde el principio en los problemas planteados por la modelación del conocimiento, los conceptos, la argumentación y el razonamiento jurídicos. Empezando por su contenido, forma y representación. En 1990, Edwina Rissland definía la IA como “el estudio de los procesos cognitivos utilizando los marcos conceptuales y los instrumentos de la ciencia computacional” (1990: 1957)²².

Sus precedentes se remontan a la lógica griega, a la tópica y retórica latina y medieval, y al formalismo de Pascal y Leibniz. Quizás podríamos restringir un poco más el ámbito si limitáramos la investigación a la modelación y automatización del discurso jurídico *qua* discurso. Es decir, a la modelación de la racionalidad subyacente a los textos, funciones, procesos y operaciones jurídicas.

Aun así puede comprenderse la dificultad del intento. Especialmente durante los años que sucedieron a las expectativas abiertas por los primeros sistemas expertos en derecho, y que acabaron en cierta decepción práctica. Resulta ya típica la educada reacción académica de filósofos, juristas y científicos sociales ante las obras que provenían del campo de la computación. Dicho con cierta rudeza: intelectualmente brillantes, desgraciadamente inútiles.

An Artificial Intelligence Approach to Legal Reasoning (1987), la publicación de la tesis de Anne Gardner, fue saludada por la *Harvard Law Review* en 1988 como un libro “escrito exclusivamente para sofisticados estudiantes de inteligencia artificial”²³. Con más preocupación fue recibida la transcripción lógica que realizó Marek Sergot (1986) de la British Nationality Act de 1981. Y aun tan tarde como en 2001, un autor nada sospechoso de prejuicios, Cass Sunstein, negaba que el programa de Kevin Ashley, HYPO, pudiera realizar correctamente un razonamiento jurídico por analogía, “como un auténtico jurista”, puesto que no podía realizar juicios valorativos²⁴. Es una equivocación típica.

Quizás el lector se haya dado cuenta ya de que detrás de este tipo de críticas se halla, por un lado, además del correcto reconocimiento de la dificultad de la tarea, el desconcierto inicial que suele acompañar a los cambios tecnológicos. Pero, por otro, está también la misma falacia mimética —la falacia del isomorfismo de primer orden— que ha perseguido a la IA desde sus inicios: no se trata de que ningún programa razone “como un jurista” o “como un juez”, sino de que sus resultados puedan incardinarse de forma inteligente en las tareas cotidianas que realizan los jueces y abogados.

Es cierto que se ha debatido mucho sobre el juez artificial, la posibilidad de que sea un programa, y no una persona humana, quien dicte sentencia. Pero este tipo de programas sobre el “juez autómatas”, que tanta literatura ha generado, estaban ya fuera de discusión cuando nació la *International Association for Artificial Intelligence and Law* (IAAIL) en 1992 (Berman y Hafner, 1989), el mismo año que apareció el primer volumen de *Artificial Intelligence and Law*²⁵. Como las múltiples aplicaciones a la sanidad y a la medicina han demostrado, no se trata de sustituir el criterio del médico (o del juez) por un programa, sino de ampliar y reforzar su capacidad de diagnóstico.

La organización de un ámbito propio en 1992 constituyó un punto de llegada²⁶. Empezaron también (hasta hoy) los dos grandes encuentros anuales (JURIX)²⁷ y bianuales (ICAIL)²⁸. Pero las relaciones de IA con el derecho son más antiguas, y se remontan a los inicios de los años cincuenta, puesto que este campo constituyó uno de sus ámbitos específicos de aplicación. Pamela Gray (1996: 68) ha ordenado en años y etapas los sucesivos logros de estas aplicaciones que siguen en paralelo los avances de las corrientes principales de IA. Los temas se replican unos a otros, incorporándose a su vez al desarrollo del tema siguiente: (1) lenguaje jurídico, (2) lógica deóntica, (3) procesamiento por reglas, (4) procesamiento por casos, (5) estratificación del razonamiento, (6) razonamiento procedimental, (7) coordinación de tareas múltiples.

Hace unos diez años, esta IA que entraba en la reflexión jurídica “políticamente virgen” (ibid.) había desarrollado programas de investigación como HYPO (Rissland y Ashley 1987), CABARET [*Case-Based REasoning Tool*] (Skalak y Rissland, 1991), GREBE (Branting, 1991), TAXMAN (McCarty, 1991), CATO [*Case Argument Tutorial*] (Alevy y Ashley, 1997; Ashley, 2000), CATO-Dial (Ashley et al., 2002), PROSA [*PROblem Situations in Administrative law*] (Muntjewerff y Groothuismink, 1998), PROLEXS (Oskamp et al. 1991). La mayoría se basaban en el razonamiento por casos para modelar analogías y precedentes judiciales, y

han tenido hasta la fecha una aplicación pedagógica. Su fundamento es el de los sistemas expertos y el del razonamiento basado en casos [*Case-based reasoning*, CBR] (Susskind, 1986), aunque algunos programas se desarrollaron sobre la base de redes neuronales. Es el caso de MARILOG, un sistema para la aplicación de ordenanzas municipales de control de los niveles de ruido (Bochereau et al. 1991), y de SCALIR [*Symbolic and Connectionist Approach to Legal Information Retrieval*] (Rose y Belew, 1989).

Desde entonces, la revolución ha llegado no solamente de la mano de la filosofía o de la ciencia, sino también del cambio social provocado por el propio desarrollo de la tecnología. La extensión de la globalización económica y cultural, la convergencia de las tecnologías de la información y de la comunicación en Internet, más la generalización del ordenador personal durante toda la década de los noventa creó las condiciones para el actual desarrollo de la red (Castells, 1996, 2001).

Esto a su vez ha condicionado los escenarios posibles imaginados por los desarrollos de la AI & D. Voy a retomar aquí el hilo anterior, porque hay tres líneas de investigación abiertas que redimensionan de otro modo las relaciones del derecho con la tecnología, y ésta con campos de estudio tradicionales como la argumentación jurídica, la lógica y la filosofía del derecho. Las dos primeras son los sistemas multi-agentes (instituciones virtuales) —ya expuestos— y la teoría de la argumentación basada en sistemas dialécticos. La tercera, más abierta, viene constituida por las investigaciones vinculadas a la Web Semántica, a la que me referiré en la última sección del artículo.

En el actual desarrollo de la argumentación es visible el influjo de la denominada “lógica informal” en los años ochenta y noventa, y del trabajo intenso de Douglas Walton (1995, 2000) en la recuperación de los sistemas dialécticos, basados en la calidad de los argumentos contradictorios enunciados en un proceso dialógico (entre dos interlocutores)²⁹. Los nuevos modelos son procedimentales, retoman el modelo argumentativo de Toulmin y aceptan

la distinción de Walton entre *esquemas de argumentación* [*argumentation* o *argument schemes*] y *reglas de inferencia lógica*. Los esquemas de argumentación son una reformulación de la antigua tópica: formas argumentales que capturan pautas e inferencias de razonamiento material en múltiples dominios.

Aunque, a diferencia de los autores clásicos de la argumentación, como Perelman o el propio Toulmin, la noción de lógica y la de estructura argumentativa no responden a criterios de verdad epistémicos distintos. Dicho de otro modo, la lógica se concibe *sólo* como instrumento (y no como modelo epistémico) para modelar la forma de los argumentos, incluidos los esquemas de argumentación y la estructura inductiva de las inferencias del modelo de Toulmin³⁰. La lógica es entendida, entonces, como no-monotónica³¹, y los argumentos como “derrotables” o “cancelables”³².

Este rasgo convierte a esta aproximación no sólo en particularmente apta para el derecho, sino también para los agentes que interaccionan entre sí en sistemas multi-agentes (MAS) que negocian, cumplen o no cumplen obligaciones y generan expectativas sobre el comportamiento esperado de otros agentes. Argumentación y computación son en la actualidad dos campos mutuamente convergentes, con el común denominador de la formalización y su aplicabilidad en sistemas de IA³³.

Obsérvese que, en relación a las formulaciones teóricas en IA & D, estas investigaciones siguen en mayor o menor medida la vía de la argumentación inserta en la razón práctica derivada de la influyente obra de Robert Alexy (1979, 1989)³⁴. Habría que distinguir aquí entre las distintas versiones de la argumentación ofrecidas desde el razonamiento basado en casos y la IA (Bench-Capon, 2002), filosofía del derecho y la IA (Sartor, 2000), la lógica en derecho y la IA (Prakken, 1997), la “lógica jurídica” (Hage, 2005), el procedimiento jurídico y la IA (Gordon, 1995) y la propia teoría argumentativa y la IA (Lodder, 1999).

Aunque muy similares entre sí, las posiciones son distintas, y la formalización y los

resultados resultantes, también. La posición de Bench-Capon, e.g., se basa en algoritmos de computación sobre los pasos necesarios para la reconstrucción de la racionalidad del resultado en determinados casos, mientras la de Prakken se basa en cálculos instrumentales exclusivamente lógicos. La posición de Hage, e.g. se decanta por una “lógica jurídica de la justificación” racional³⁵, mientras la de Sartor se halla más orientada a la intencionalidad del diálogo y a la validez jurídica del acuerdo, con un mayor peso de la cognición o del “derecho como tecnología cognitiva” (Sartor, 2005). La obra pionera de Gordon no permitía ni se planteaba la naturalidad del diálogo entre las partes, mientras el juego entre locutor e interlocutor de Lodder busca conscientemente este objetivo.

Sea como sea, los distintos tipos de diálogo, la modelación de controversias, los sistemas dialécticos de argumentación, constituyen hoy una de las líneas sólidas de investigación, que resume, además, el trabajo hecho en IA & D sobre generación de argumentos en los programas ya construidos (CABARET, CATO etc...)³⁶.

3. WEB SEMÁNTICA Y ONTOLOGÍAS JURÍDICAS: EL ARTE DE PEDIR LO IMPOSIBLE

He descrito hasta aquí algunas de las tendencias dominantes en IA & D. No son las únicas. Voy a intentar responder en este último apartado, y necesariamente en forma breve, mi particular lucha con el ángel. Las formas que éste toma son múltiples: pedir lo imposible, encontrar sin buscar, o ganar porque se pierde.

El problema fue perfectamente formulado por McCarthy (1987: 1030): “[...] *nadie sabe cómo construir una base de datos general del sentido común que pueda ser usada por cualquier programa que necesite el conocimiento. [...] En mi opinión, obtener un lenguaje para expresar*

el conocimiento de sentido común para incluirlo en una base de datos es el problema central de la generalidad en IA.”

En otras palabras, el problema del modelo —y esto no es contradictorio con lo que he dicho en la primera sección de este artículo— es la complejidad del objeto del que parte. En el caso de la IA, es el *conocimiento*. Pero ¿de qué? y ¿cómo se obtiene?

Es importante volver a las lecciones aprendidas en la construcción de los sistemas expertos. Ed Feigenbaum denominó a este problema “*knowledge acquisition bottleneck*”. En realidad, en 1973, se refería a la obtención y uso del conocimiento base (Feigenbaum, 1992: 13-14). Pero la expresión hizo fortuna porque ponía de manifiesto uno de los problemas de los sistemas expertos: ¿de qué modo adquiere el ingeniero el núcleo de conocimiento que va a modelar? ¿Existe este núcleo, o sucede más bien que el conocimiento es un conjunto dinámico que crece mediante un sistema no regular de innovación y extensión?

En un extremo, se requiere el conocimiento lo más preciso posible de un ámbito concreto³⁷; en el otro extremo, como McCarthy formulaba, se requiere escalar al conjunto material de habilidades conocidas por “sentido común” o conocimiento material para que las consultas a un sistema experto tengan sentido y se realice la correspondencia [*matching*] entre problemas y soluciones. Es decir, para que las respuestas encuentren a sus preguntas.

Bien: en esto consiste Internet. Visto desde este punto de vista, Internet es una enorme base de bases de datos, que ahora pueden ser ya vinculadas de objeto a objeto (y no solamente mediante los vínculos a páginas Web). Y el fragmento, aquí, es tan importante como

el conjunto. La clave está en la semántica y los lenguajes de anotación, un aspecto al que la IA ha estado particularmente atenta desde las redes semánticas de los años setenta. Estos intentos de modelar un conocimiento base de naturaleza lingüística más amplia han resultado en la proyección pública de las ontologías y la denominada *Web Semántica* (WS)³⁸.

Las ontologías provienen del tratamiento del problema de Feigenbaum. Una “ontología” es el modo de formalizar el contenido conceptual del conocimiento humano socialmente compartido, de tal forma que pueda ser comprendido, compartido y gestionado por máquinas también³⁹. La metodología de construcción jurídica conceptual en la WS se lleva a cabo mediante las denominadas *ontologías jurídicas*, es decir, las estructuras editadas que delimitan el alcance de los conceptos, relaciones e instancias de un determinado campo del derecho, y permiten que los programas lo extiendan y apliquen a partir de inferencias consideradas válidas o razonables⁴⁰.

La Web Semántica, consiste en una serie de lenguajes distribuidos por capas (Fig.3), que permiten la gestión de los objetos de conocimiento y su tratamiento como datos, a partir de lenguajes de anotación semántica —como RDF [*Ressource Description Language*] y OWL [*Ontology Web Language*]—. Son lenguajes basados en XML [*eXtended Mark-up Language*]. RDF permite describir; OWL, razonar (al menos dentro de ciertos límites). El resultado es la gestión de la información: el vínculo de hipertextos, la conexión de objetos, y la recuperación de información de la red no a partir de palabras clave (términos), sino a partir de conceptos, es decir, del lenguaje natural mediante el que los usuarios de Internet o de las grandes bases de datos se expresan normalmente⁴¹.

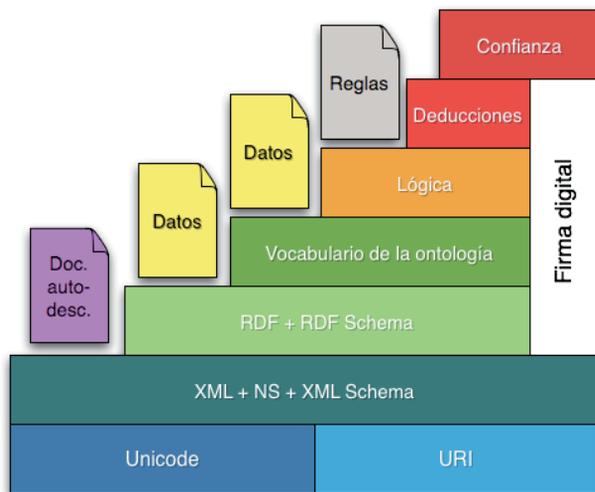


Fig. 3 Capas de la Web Semántica (según T. Berners-Lee).
Versión de G. Antoniou y F.v. Harmelen, 2008, cap. 1)

¿Qué impacto puede tener este planteamiento en los estudios jurídicos? ¿Y dónde encuentra aplicación?

Es pronto para evaluar su impacto. Ha habido ya algunos proyectos europeos de investigación del VI y VII Programa Marco para su desarrollo⁴². Pero no hay duda que en la gestión del conocimiento jurídico tiene una aplicación inmediata, puesto que permite una mejor descripción, clasificación, y gestión de los contenidos jurídicos en las grandes bases de datos, y un acceso más fácil a los datos jurídicos diseminados por Internet.

En segundo lugar, igualmente las operaciones de redacción de textos legislativos (legística), las de redacción, almacenamiento y búsqueda de sentencias, y las de redacción de contratos pueden gestionarse mejor a partir de lenguajes semánticos. Las funciones y tareas de los operadores jurídicos —legisladores, jueces, magistrados, fiscales, abogados...— pueden añadir complejidad inicial a su realización para reducir luego sus costes de almacenamiento, recuperación y transformación. La semántica normativa, e.g., es decir, la redacción de normas con un enriquecimiento semántico, no solamente es aplicable en cuanto documento, sino en cuanto sistema normativo también,

puesto que resulta mucho más fácil, así, el control de su consistencia al añadir nuevas normas o abrogar redacciones antiguas⁴³.

En tercer lugar, donde resulta imprescindible su uso es en la gestión del conocimiento (y de la regulación) de y a través de Internet. La administración, el comercio, los mecanismos de resolución de conflictos en línea (ODR), el fácil acceso a la justicia y la propia relación política de los ciudadanos —no solamente a través del voto electrónico— presentan hoy en día la misma dimensión semántica que los buscadores como Google han empezado ya a implementar.

En efecto, la Web 3.0 se basa casi enteramente en la organización, clasificación e interconexión semántica de datos, con resultados esperanzadores en proyectos de aplicación social, política y jurídica (gestión de redes sociales, educación, seguridad, gestión de conflictos, control de la criminalidad...). Últimamente este tipo de desarrollos ha despertado un interés creciente entre los juristas especializados en tecnología⁴⁴. Y ha dado lugar también, por ejemplo, a aplicaciones jurídicas y modelos más basados en la negociación que en el etiquetaje de normas y textos legales⁴⁵.

La distinción básica entre IT Law y IT for lawyers, que originó en los años noventa la división del campo entre juristas especializados en derecho de las TICs (e.g. patentes, propiedad intelectual y nombres de dominio) y científicos de la computación especializados en la modelación jurídica (propriadamente el campo de la IA & D)⁴⁶, tiende hoy en día a atenuarse hasta casi desaparecer en algunos casos. Los retos de la organización del conocimiento causados por la evolución de la red son técnicamente demasiado complejos como para seguir manteniendo una división estricta.

Para la construcción de prototipos, plataformas, motores de búsqueda, agentes inteligentes... que funcionen en situaciones reales, es esencial la implicación y cooperación mutua entre ingenieros del conocimiento, expertos del dominio, gestores de plataformas jurídicas, proveedores de servicios, proveedores de contenidos, editores y usuarios finales⁴⁷. Este es asimismo el objetivo del *Free Legal Information Movement* (FLIM), que aglutina a algunos de los servidores de contenido jurídico más importantes (Canadá, Cornell y Australasia, entre otros), y han empezado ya a incorporar semántica a sus datos⁴⁸.

Sin embargo, aun así, después de algunos años de construcción de ontologías, y de presencia en el desarrollo de la WS⁴⁹, se impone alguna precaución en relación al logro de sus objetivos. De hecho, en las previsiones de la segunda generación de la WS, más centradas en parques de servicios y en las necesidades concretas de los usuarios que la primera, el derecho ocupa un lugar más bien secundario, para ser suaves⁵⁰. La única tecnología propiadamente semántica que ha surgido del campo jurídico y ha llegado a comercializarse (sólo en USA) es el denominado e-discovery⁵¹. Se trata

de asegurar, proteger, ordenar y disponer fácilmente de la información jurídica almacenada para finalidades procesales.

Las técnicas utilizadas para “la búsqueda de conceptos” [concept search] no se basan solamente en semántica, sino en un conjunto híbrido de técnicas estadísticas — clustering, NLP [Natural Language Processing] y minería de datos. Las ontologías juegan un papel más bien menor (de guía y clasificación) en relación a los algoritmos. Y la razón es clara: los problemas de reusabilidad, herencia, escalabilidad y tiempo de computación que conlleva su uso. Esto último vale también para los esquemas de argumentación o razonamiento: las inferencias semánticas, cuando se enfrentan al procesamiento de miles (o cientos de miles) de documentos pierden su utilidad inmediata. Por no hablar de las dificultades de mantenimiento y de la “brecha semántica” [semantic gap] que existe aún en la construcción de ontologías para multimedia. Creo que Dan Hunter (1999) tenía razón al advertir tempranamente sobre las dificultades de la IA clásica (y de la semántica) —frente a las redes neuronales— para operar a nivel subsimbólico.

Esto no debe sorprender a nadie, puesto que la IA, hoy como ayer, es un campo propicio para sueños y predicciones, materializados en realidad mucho más tarde. Lo que deseo poner de manifiesto es que su vuelo es de largo alcance: estos sueños aparentemente irrealizados guían la investigación y fijan sus objetivos. Y los objetivos de la Web Semántica son los mismos que los de la IA: “*menos servidumbre en el lugar de trabajo, industrias y viajes más seguros, y decisiones más inteligentes para hacer que este planeta siga siendo habitable*” (Buchanan, 2005). No nos queda más remedio, pues, que seguir luchando con el ángel.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco Anne Gardner, Kevin Ashley, José Juan Vallbé, Núria Casellas y especialmente a Pablo Noriega la ayuda y los comentarios recibidos. Proyectos: e-Discovery (TSI-020110-2009-39); ONTOMEDIA (CSO-2008-05536-SOCI) (TSI-020501-2008-131); SNS (TSI-020110-2009-374); NEURONA (TSI-020100-2008-134).

REFERENCIAS⁵²

- AIKENHEAD, M. "A Discourse on Law and Artificial Intelligence", *Law and Technology Journal* vol. 5, n. 1, 1996, <http://www.law.warwick.ac.uk/ltj/5-1c.html>
- AGUILÓ REGLA, J. *Informática jurídica, lenguajes documentales y técnica legislativa*, Universidad de Alicante, 1989.
- AGUILÓ, J. (Coord.). *Tecnologías Convergentes NBIC. Situación y Perspectiva 2005*. CSIC, 2005.
- ALEVEN, V. and ASHLEY, K.D. "Teaching Case-Based Argumentation Through a Model and Examples", *Proc. 8th World Conf. AI in Ed. Soc.* IOS Press: Amsterdam, 1997, pp. 87-94.
- ALEXY, R. *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung* (1979). Traducción castellana de Manuel Atienza e Isabel Espejo, *Teoría de la Argumentación Jurídica: Teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- ANTONIOU, G.; van HARMELEN, F. *A Semantic Web Premier* (2004), New Haven, The MIT Press, 2008, 2ª ed., traducción castellana de N. Casellas y M. Atencia, *Manual de la Web Semántica*, Ed. Comares, Granada, 2010.
- ASHLEY, K.D. "Designing Electronic Casebooks that Talk Back: The CATO Program", 40 *Jurimetrics Journal*, 2000, pp. 275-319.
- ASHLEY, K.D.; DESAI, R.; LEVINE, J.M. "Teaching Case-Based Argumentation Concepts using Dialectic Arguments vs. Didactic Explanations", in S.A. Cerri, G. Gouardères, F. Paraguaçu. (eds.) ITS 2002, LNCS 2363, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, 2002, pp. 585-595.
- ATIENZA, M.; RUIZ MANERO, J. *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Ed. Ariel, Barcelona, 1996.
- ATTFIELD, S.; BLANFORD, A. E-discovery viewed as integrated human-computer sensemaking: The challenge of 'frames', 2008, <http://eprints.ucl.ac.uk/9135/1/9135.pdf>
- AXELROD, R. *The complexity of cooperation: agent-based models of competition and collaboration*. Princeton studies in complexity. Princeton University, New Jersey, 1997.
- BARABUCCI, G.; CERVONE, L.; PALMIRANI, M.; PERONI, M.; VITALI, F. "Multi-layer markup and ontological structures in Akoma Ntoso", en P. Casanovas et al. (Eds.), *AI Approaches to the Complexity of Legal Systems (AICOL I-II) The Semantic Web, multilingual ontologies, multiagent systems, distributed networks*, Lecture Notes in Artificial Intelligence (LNAI), Heidelberg, Berlin, Springer Verlag, 2010 (en prensa).
- BAYÓN, J.C. "Why is legal reasoning defeasible?", in A. Soeteman, *Pluralism and Law*, Dordrecht, Kluwer, 2001, pp. 327-346.
- BENCH-CAPON, T.; FREEMAN, J.B.; HOHMANN, H.; PRAKKEN, H. "Computational Models, Argumentation Theories, and Legal Practice", en C. Reed y T.J. Normn (eds.) *Argumentation Machines: New Frontiers in Argument and Computation*, Kluwer A.P., Amsterdam, 2003, pp. 85-120.
- BENCH-CAPON, T.J.M.; DUNE, P. "Argumentation in AI and Law: editors' introduction". *Artificial Intelligence and Law*, vol. 13, n.1, 2005, pp. 1-8.
- BENJAMINS, V.R.; CASANOVAS, P.; BREUKER, J.; GANGEMI, A. *Law and the Semantic Web. Legal Ontologies, Methodologies, Legal Information Retrieval, and Applications*, LNAI 3369, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, 2005.
- BERMAN, D.; HAFNER, C. "The Potential of Artificial Intelligence to Help Solve the Crisis in Our Legal System", *Communications of the ACM*, vol. 32, n. 8, 1989, pp. 928-938.
- BERNERS-LEE, T. The Mobile Web Initiative at the World Wide Web Consortium. WC3. 2005, www.w3.org/2005/Talks/1103-sb-mit-mwi/
- BOER, A.; van ENGERS Tom M.; WINKELS, R. "Using Ontologies for Comparing and Harmonizing Legislation", *ICAIL 2003*, pp. 60-69.
- BOCHEREAU, L.; BOURCIER, D.; BOURGINE, P. "Extracting Legal Knowledge by Means of a Multilayer Neural Network Application to Municipal Jurisprudence", *Proceedings of the Third International Conference on Artificial Intelligence and Law*, ACM, NY, 1991.
- BONABEAU, E.; DORIGO, M.; THERAULTZ, G. *Swarm Intelligence. From Central to Artificial Systems*. Santa Fe Institute Studies in Sciences of Complexity, 1999.
- BOURCIER, D. (P.CASANOVAS, ed.), *Inteligencia artificial y derecho*, UOC, Barcelona, 2003.
- BRANTING, K. "Reasoning with Portions of Precedents". *Proc. 3rd Intl. Conf. on Artificial Intelligence and Law*, 145-154. ACM Press, New York, 1991.
- BREUKER, J. "Constructing a legal core ontology: LRI-Core" <http://www.ws.onto.ufal.br/Papers/brazil-2004-ontology-ws.pdf>
- BREUKER, J.; CASANOVAS, P.; KLEIN, M.C.A.; FRANCESCONI, E. (Eds.) *Law, Ontologies and The Semantic Web. Channelling the Legal Information Flood*. IOS Press, 2009.
- BROOKS, R.A. "Intelligence without representation", *Artificial Intelligence* 47, 1991, pp. 139-159.
- BROOKS, R.A. *Cambrian Intelligence: The Early History of the New AI*. Mass., The MIT Press, 1999.

- BUCHANAN, B. G. "A (Very) Brief History of Artificial Intelligence. *AI Magazine* 26, n. 4, 2005, pp. 53-60. <http://www.aaai.org/AITopics/bbhist.html> [17/2/2007]
- CASANOVAS, P. (Ed.) *Internet y pluralismo jurídico. Formas emergentes de regulación*. Ed. Comares, Granada, 2003.
- CASANOVAS, P. "La argumentación en derecho: supuestos pragmáticos y cognitivos para la construcción de sistemas inteligentes", en C. Lozares (ed.), *Interacción, redes sociales y ciencias cognitivas*, Ed. Comares, Granada, 2008, pp. 313-344.
- CASANOVAS, P.; SARTOR, G.; CASELLAS, N.; RUBINO, R. (Eds.) *Computable Models of the Law. Languages, Dialogues, Games, Ontologies*, LNAI, 4884, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, 2008.
- CASANOVAS, P.; POBLET, M. "Justice via the Internet: Hopes and Challenges of Law and the Semantic Web", G. Peruginelli, M. Ragona (eds.), *Law via the Internet. Free Access, Quality of Information, Effectiveness of Rights*, European Press Academic Publishing, Florence, 2009, pp. 347-359.
- CASANOVAS, P. "The Future of Law: Relational Law and Next Generation of Web Services", Fernández-Barrera M. et al. (Eds.) *The Future of Law and Technology: Looking into the Future. Selected Essays*. European Press Academic Publishing, Florence, 2009, pp. 137-156.
- CASANOVAS, P.; PAGALLO, U.; AJANI, G; SARTOR, G. (Eds.) *AI Approaches to the Complexity of Legal Systems (AICOL I-II) The Semantic Web, multilingual ontologies, multiagent systems, distributed networks*. LNAI, Heidelberg, Berlin, Springer Verlag, 2010 (en prensa).
- CASANOVAS, P.; CASELLAS, N.; VALLBÉ, J.J.; FERNANDEZ-BARRERA, M. *Web Semántica y Ontologías Jurídicas*. Ed. Comares, Granada, 2010 (en preparación).
- CASELLAS, N. *Modelling Legal Knowledge Through Ontologies. OPJK: the Ontology of Professional Judicial Knowledge*, Doctoral Dissertation, UAB, 2009. <http://nuriacaseallas.blogspot.com/>
- CASELLAS, N.; FRANCESCONI, E.; HOEKSTRA, R.; MONTEMAGNI, S. Proceedings of 3rd Workshop on Legal Ontologies and Artificial Intelligence Techniques (LOAIT-2009), Barcelona June 8, 2009, IDT Series volume 2, pp. 19-28 <http://www.huylgens.es/site/service4.html>.
- CASTELFRANCHI, C. "Symposium on Cognition and Rationality: Part I. Relationships between rational decisions, human motives, and emotions". *Mind & Society* 5, 2006, pp. 173-197.
- CASTELLS, M. (1996). *The Information Age: Economy, Society, and Culture. 1. The Rise of the Network Society* (revised edition 2000), Oxford, Blackwell.
- CASTELLS, M. *The Internet Galaxy: Reflections on the Internet, Business, and Society*. Oxford University Press, 2001.
- DAVENPORT, E. "Social intelligence in the age of networks", *Journal of Information Science*, vol. 26, num. 3., 2000, pp. 145-152.
- DAVIES, J.; STUDER, R.; WARREN, P. (Eds.) *Semantic Web Technologies. Trends and Research in Ontology-based Systems*. John Wiley & Sons, Chichester, UK, 2006.
- DE ANDRÉS RIVERO, J.; HERNÁNDEZ MARÍN, R. "Cronolex: sistema para la representación de cuerpos legales", (número sobre XML legislativo: representación y organización de la información jurídica a través de la tecnología XML) *Scire: representación y organización del conocimiento*, vol. 15, n. 1, 2009, pp. 133-148.
- DORIGO, M.; BIRATTORI, M.; BLUMAR, C.; GAMBARDELLA, L.M.; MONDADA, F.; STÜTZLE, T. (Eds.) "Ant Colony, Optimization and Swarm Intelligence", *4th International Workshop ANTS 2004*, LCNS 3172, Springer Verlag, Heidelberg, Berlin, 2004.
- DOYLE, J.; DEAN, T. "Strategic Directions in Artificial Intelligence", *ACM Computing Surveys* vol. 28, n., 1996, pp. 653-670.
- ENGLE, E. "Smoke and Mirrors or Science? Teaching Law with Computers —A Reply to Cass Sunstein on Artificial Intelligence and Legal Science", *Richmond Journal of Law and Technology* 9, 2003, pp. 1-16.
- ENDESHAW, A. "Web Services and the Law: a Sketch of Potential Issues", *International Journal of Law and Information Technology* 11, 2003, pp. 251-273.
- FEIGENBAUM, E.A. "A Personal View of Experts Systems: Looking Back and Looking Ahead", Knowledge System Laboratory, Report n. 92-41 KSL, Stanford, 1992.
- FELTOVITCH, P.J.; BRADSHAW, J.M.; JEFFERS, R.; SURI, N.; USZOK, A. "Social Order and Adaptability in Animal and Human Cultures as Analogues for Agent Communities: Toward a Policy-Based Approach", A.Omicini, P. Petta, J. Pitt (Eds.), *ESAW-2003*, LNAI 3071, 2004, pp. 21-48.
- FETERIS, E. "A Survey of 25 Years of Reserach on Legal Argumentation", *Argumentation*, n. 11, 1997, pàgs 355-376.
- FETERIS, E.; PRAKKEN, H. *Introduction: Dialectical legal Argument: Formal and informal models*, "Artificial Intelligence and Law", n.8, pp. 107-113.
- FORSYTH, D. E.; BUCHANAN, B., "Knowledge Acquisition for Expert Systems: Some Pitfalls and Suggestions", *IEEE Transactions on Systems, Man, and Cybernetics*, vol. 19, n.3, 1989, pp. 435-442.
- FRENCH, R.M. "The Turing Test: the first 50 years", *Trends in Cognitive Sciences*, vol. 4, n. 3. pp. 115-122.

- GALINDO, F.; ROVER, J. *Derecho, gobernanza y tecnologías de la información en la sociedad del conocimiento*, Series LEFIS, n.7, Universidad de Zaragoza, 2009.
- GARCÍA CAMINO, A.; NORIEGA, P.; RODRÍGUEZ AGUILAR, J.A. "Implementing Norms in Electronic Institutions", *International Conference on Autonomous Agents Proceedings of the fourth international joint conference on Autonomous agents and multiagent systems*, The Netherlands, ACM, NY, 2005, pp. 667-673.
- GARCÍA CAMINO, A.; Rodríguez Aguilar, J.A.; Sierra, C.; Vasconcelos, W. "A Rule-based Approach to Norm-Oriented Programming of Electronic Institutions", *ACM SIGecom Exchanges*, Vol. 5, n. 1, 2006, pp. 33-40.
- GARDNER A. L. *An Artificial Intelligence Approach to Legal Reasoning*. Bradford Books/MIT Press, Cambridge, MA, 1987.
- GILBERT, N.; CONTE, R. (eds.). *Artificial Societies. The Computer Simulation of Social Life*. Routledge, London and New York, 1995.
- GOLDIN, D.; WEGNER, P. "The Interactive Nature of Computing: Refuting the Strong Church-Turing Thesis", *Minds & Machines*, vol. 18, 2008, pp. 17-38.
- GONZÁLEZ TABLAS, R. *La informática jurídica: una aproximación experimental desde la filosofía del derecho*, Universidad de Sevilla, 1987.
- GRUBER, T. "A Translation Approach to portable ontologies", *Knowledge Acquisition*, vol. 5, n. 2, 1993, pp. 199-220.
- HAGE, J. *Studies in Legal Logic*, Springer, Berlin, Heidelberg, 2005.
- HENDLER, J.; FEIGENBAUM, E.A. "Knowledge is Power: The Semantic web Vision", N. Zhong et al. (Eds.) *WI 2001*, LNAI, 2198, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, pp. 18-29.
- HITCHCOCK, D., VERHEIG, B. "The Toulmin Model Today: Introduction to the special issue on Contemporary Work using Stephen Edelston Toulmin's Layout of Arguments". *Argumentation* 19, 2005, pp. 255-258.
- HUNTER, D. "Out of their minds: Legal theory in neural networks", *Artificial Intelligence and Law* 7, 1999, pp. 129-151.
- KOWALSKI, R. A. "The Early years of Logic Programming", *Communications of the ACM*, 31, n. 1, 1988, pp. 38-43.
- LEE, J.A.N. "History in the Computer Science Curriculum", *SIGCSE Bulletin* 28, n. 2, 1996, pp. 15-20.
- LEE, J.A.N. "History in the Computer Science Curriculum", *SIGCSE Bulletin* 29, n. 2, 1997, pp. 12-13.
- LODDER, A.R. *DiaLaw. On Legal Justification and Dialogical Models of Argumentation*, Kluwer A.P., Amsterdam, 1999.
- LODDER, A.R.; ZELEZNIKOW, J. "Developing an On-line Dispute Environment: Dialogue Tools and Negotiation Systems in a Three Step Model", *The Harvard Negotiation Law Review* 10, 2005, pp. 287-338.
- LOZARES, C. (Ed.) *Interacción, redes sociales y ciencias cognitivas*, Ed. Comares, Granada, 2007.
- MCCARTHY, J.; MINSKY, M.L.; ROCHESTER, N.; SHANNON, C.E. "A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project in Artificial Intelligence", <http://www-formal.stanford.edu/jmc/history/Dartmouth/Dartmouth.html>, 1955.
- MCCARTHY, J. "History of LISP", *ACM SIGPLAN Notices*, vol. 13, n.8, 1978, pp. 217-223.
- MCCARTHY, J. "LISP. Notes on its Past and Future", *Conference Record of the 1980 (LISP) Conference*, ACM, Stanford University, 1980, pp. v-viii.
- MCCARTHY, J. "Generality in Artificial Intelligence", Turing Award Lecture, *Communications of the ACM*, vol. 30, n.12, 1987, pp. 1030-1035.
- MCCARTHY, J. "John Searle's Chinese Room Argument" <http://www-formal.stanford.edu/jmc/chinese.html>, 2006.
- MCCARTHY, J. et al. *AI@50, The AI Dartmouth Conference: The Next Fifty Years*, 2006, <http://www.dartmouth.edu/~ai50/homepage.html>
- MCCARTY, L. T. *On the Role of Prototypes in Appellate Legal Argument*, ICAIL-91, Oxford, ACM, 1991, p.p. 185-190.
- McFARLAND, T. BÖSSER. *Intelligent Behavior in Animals and Robots*, Bradford Book, The MIT Press, Cambridge, Mass., 1993.
- MILLER, G. A. "The cognitive revolution: a historical perspective", *TRENDS in Cognitive Sciences*, vol. 7, n. 3, March 2003, pp. 141-144.
- MINSKY, M. "A Framework for Representing Knowledge", MIT-AI Laboratory Memo 306, June, 1974. Reprinted in P. Winston (ed.) *The Psychology of Computer Vision*, McGraw Hill, 1975.
- MUNTJEWERFF, A.J.; GROOTHUISMINK, J. "PROSA. A computer Program as Instructional Environment for Supporting the Learning of Legal Case Solving", *JURIX-2008*, IOS Press, 1998.
- NORIEGA, P. Agent-Mediated Auctions: The Fishmarket Metaphor. Ph.D. thesis, Universitat Autònoma de Barcelona (UAB), 1997, IIIA monography Vol. 8.
- NORIEGA, P. "Regulating virtual interactions", en P. Casanovas, P. Noriega, D. Bourcier, F. Galindo (Eds.), *Trends in Legal Knowledge: the Semantic Web and the Regulation of Electronic Social Systems*. European Publishing Academic Press, Florence, 2007, pp. 55-77.

- NORMAN, T.J.; CARBOGIM, D.; KRABBE, E.C.B.; WALTON, D. "Argument and Multi-Agent Systems", en C. Reed y T.J. Norman (eds.), *Argumentation Machines: New Frontiers in Argument and Computation*, Kluwer Academic Publishers, Amsterdam, 2004, 15-54.
- PALMIRANI, M. "Model Regularity of Legal Language in Active Modifications", en P. Casanovas et al. (Eds.) *AI Approaches to the Complexity of Legal Systems (AICOL I-II) The Semantic Web, multilingual ontologies, multiagent systems, distributed networks*, LNAI, Heidelberg, Berlin, Springer Verlag, 2010 (en prensa).
- PÉREZ-LUÑO, E. *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987.
- PERUGINELLI, G.; RAGONA, M. (Eds.) *Law via the Internet Free Access, Quality of Information, Effectiveness of Rights*, EPAP, Florence, 2009.
- PFEIFER, R.; ILIDA, F. "Embodied Artificial Intelligence: Trends and Challenges", in F. Ilida et al., *Embodied Artificial Intelligence*, LNAI 3139, Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, 2004, pp. 1-26.
- PINAR, A.S.; CICECLI, I.; AKMAN, V. "Turing Test: 50 years later", *Minds and Machines*, vol. 10, pp. 463-518, 2000.
- POBLET, M.; CASANOVAS, P.; LÓPEZ-COBO, J.M.; CABRERIZO, A.; PRIETO, J.A. "Mediation, ODR, and the Web 2.0: A Case for Relational Justice", *AI Approaches to the Complexity of Legal Systems (AICOL I-II) The Semantic Web, multilingual ontologies, multiagent systems, distributed networks*, LNAI, Heidelberg, Berlin, Springer Verlag, 2010 (en prensa).
- POLLOCK, J.L. "Defeasible reasoning", *Cognitive Science*, n. 11, pp. 1987, 481-518.
- POLLOCK, J.L. "Justification and Defeat", *Artificial Intelligence*, n. 67, 1994, pp. 377-407.
- POLLOCK, J.L. *Cognitive Carpentry. A Blueprint for How to Build a Person*. The MIT Press, Cambridge, Mass. 1995.
- PRAKKEN, H. *AI & Law*, "Logic and Argument Schemes", *Argumentation* 19, 2005, pp. 303-320.
- PRAKKEN, H. *Logical Tools for Modelling Legal argument. A Study of Defeasible Reasoning in Law*, Kluwer A.P., Amsterdam, 1997.
- OSKAMP, A.; WALKER, R.F.; SCHRIKS, J.A.; VAN DEN BERG, P.H. "PROLEXS, DIVIDE and RULE: a legal application", *ICAIL-89*, ACM, 1989, pp. 54-62.
- REED, C.; NORMAN, T.J. "A Roadmap of Research in Argument and Computation", *Argumentation Machines: New Frontiers in Argument and Computation*, Kluwer Academic Publ., Amsterdam, 2003, pp. 1-13.
- RISSLAND, E.L.; ASHLEY, K. D. "A Case-Based System for Trade Secrets Law". *Proc. 1st Intl. Conf. on Artificial Intelligence and Law*, 61-67. ACM Press, New York, 1987.
- RISSLAND, E. "Artificial Intelligence and Law: Stepping Stones to a Model of Legal Reasoning", *Yale Law Journal*, vol. 99, 1999, pp. 1957-1981.
- RISSLAND, E.; ASHLEY, K.; LOUI, R.P. "AI and Law: A fruitful synergy", *Artificial Intelligence* 150, 2003, pp. 1-15.
- ROCO, M.C., BAINBRIDGE, W.S. *Converging technologies for Improving Human Performance. Nanotechnology, Biotechnology, Information technology and Cognitive Science*. Arlington (Virginia): USA National Science Foundation/DOC-sponsored report. 2002, http://wtcc.org/ConvergingTechnologies/Report/NBIC_report.pdf
- ROSE, D.E.; BELEW, R.K. "Legal Information Retrieval: A Hybrid Approach", in *Proceedings of the Second International Association on Artificial Intelligence and Law*, ACM, NY, 1989.
- SÁNCHEZ-MAZAS, M. *Obras Escogidas. Vol. II. Lógica, Informática y Derecho*. Universidad del País Vasco, Donostia, San Sebastián, 2003.
- SARTOR, G. *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, A. Giuffrè Ed., Milano, 1990.
- SARTOR, G. *Intelligenza artificiale e diritto. Un'introduzione*. A. Giuffrè Ed., Milano, 1996.
- SARTOR, G. *Legal Reasoning. A Cognitive Approach to the Law*. Treatise. Vol. V. Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, 2005.
- SARTOR, G. "Fundamental legal concepts: a formal and teleological characterisation", *Artificial Intelligence and Law* 14, 2006, pp. 101-142.
- SARTOR, G. *Corso de informatica giuridica. Vol. 1. L'informatica giuridica e le Technologies dell'informazione*, G. Giappichelli Ed., Torino, 2008.
- SEARLE, J.R. "Minds, Brains and Programs", *Behavioral and Brain Sciences*, 3, 1980: 417-457.
- SEARLE, J.R. *The Construction of Social Reality*. Simon and Schuster, New York, 1995.
- SERGOT, M.J.; SADRI, F.; KOWALSKI, R.A.; KRIWACZEK, F.; HAMMOND, P.; CORY, H.T. "The British Nationality Act as a Logic Program". *Communications of the ACM*, vol. 29, n. 5, 1986, pp. 370-386.
- SHABOLT, N.; HALL, W.; BERNERS-LEE, T. (2006). "The Semantic Web Revisited". *IEEE Intelligent Systems*. May/June: 96-101.
- SCHUMACHER, M.; OSSOWSKI, S. "The Governing Environment", en D. Weyns, H. Van Dyke Parunak, and F. Michel (Eds.), *E4MAS 2005*, LNAI 3830, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2006, pp. 88-104.
- SIERRA, C.; NORIEGA, P. "Towards layered dialogical agents", *Intelligent Agents III Agent Theories, Architectures, and Languages ECAI'96 Workshop (ATAL) Budapest, Hungary, August 12-13, 1996 Proceedings*, LNCS 1193, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, 1997, pp. 173-188.

- SIMON, H.A. *The Sciences of the Artificial* (1996). The MIT Press. Spanish version by P. Noriega, *Las ciencias de lo artificial*, Ed. Comares, Granada (Spain) 2006, reprinted for the SMIA, México, 2006.
- SIMON, H.A.; EINSESTADT, S.A. "A Chinese Room that Understands", en J. Preston, M. Bishop, *Views into the Chinese room: New essays on Searle and artificial intelligence*. Oxford: Clarendon Press, 2002, pp. 95-108.
- SLALAK D B, RISSLAND E. L. "Argument moves in a rule-guided domain". *Proc. 3rd Intl. Conf. on Artificial Intelligence and Law*, 1-11. ACM Press, New York, 1991.
- SLOMAN, A. (2005) "AI in a New Millenium: Obstacles & Opportunities", <http://www.cs.bham.ac.uk/axs/23/10/2006/>
- SUSSKIND, R.S. *Expert Systems in Law*, Clarendon Press, Oxford, 1987.
- TAUBERER, Y. "What is RDF", *XML.com*, <http://www.xml.com/pub/a/2001/01/24/rdf.html>, 2001.
- THAGARD, P. *Conceptual Revolutions*, Princeton University Press, 1992.
- VALENTE, A. "Types and Roles of legal Ontologies", in V.R. Benjamins, P. Casanovas, J. Breuker, A. Gangemi, *Law and the Semantic Web LNAI 3369*, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, 2005, pp. 65-76.
- WALTON, D. "The Place of Dialogue in Logic Computer Science, and Communication Studies", *Synthese* 123, 2000, pp. pp. 327-346.
- WALTON, D. *The New Dialectic. Conversational Context of Argument*, The University of Toronto Press, Toronto, 1995.
- WARREN, P.; STUDER, R.; DAVIES, J. "Introduction", in Davies et al. *Semantic Web Technologies*, Wiley & Sons Chichester, 2006, pp. 1-8.
- WEGNER, P.; EBERBACH, E. "New models of computation", *The Computer Journal*, vol. 47, n. 1, 2004, pp. 4-9.
- WILKES, M.V. "Artificial Intelligence as the Year 2000 Approaches", *Communications of the ACM*, vol 35, n. 8, 1992, pp. 17-20.
- WINOGRAD, T. "From Computing Machinery to Interaction Design", in P. Denning, R. Metcalfe (eds.) *Beyond Calculation: The Next Fifty Years of Computing*, Heidelberg, Berlin: Springer-Verlag, 1997, pp. 149-162. Revised version: <http://hci.stanford.edu/winograd/acm97.html>
- YAO, X. "Evolutionary computation comes of age", *Journal of Cognitive Systems Research* 1, 1999, pp. 59-64.
- ZELEZNIKOW, J.; BELLUCCI, E. Family-Winner: Integrating Game Theory and Heuristics to Provide Negotiation Support, Proceedings of the Sixteenth International Conference on Legal Artificial Intelligence, ICAIL '03, 2003, p. 21-30.

NOTAS

1. La idea de retroalimentación y control proviene de la cibernética (N. Wiener); la de red neuronal distribuida proviene de la biología y la ciencia cognitiva (W. Pitts, W. R. Ashby, W. McCulloch); la de información, de la ciencia matemática de la comunicación (C. Shannon); la de programa y organización, de la teoría de la mente como procesador de información (A. Newell, H. Simon); la de jugada o movimiento, de la teoría matemática de juegos (O. Morgenstern, J.v. Neumann); la de corpus y frecuencia simbólica, de la estadística avanzada (I.J. Good, G.K. Zipf); la de generación, de las estructuras de la lingüística generativa (N. Chomsky). La filosofía tiene un papel importante, pero en su vertiente lógica y matemática (A. Turing y A. Church). Cfr. Buchanan (2005: 56).

2. Searle (1980) plantea el experimento mental de la "habitación china" para mostrar que los ordenadores no pueden en realidad razonar. Su argumentación se basa en dos aserciones: (i) los cerebros son causa de las mentes, y (ii) la sintaxis no es suficiente para la semántica. Searle distingue entre "AI en sentido débil" y "AI en sentido fuerte". El primero se refiere a la AI solamente en cuanto a su poder instrumental de computación. No habría problema con esto. Pero la AI en sentido fuerte sostiene la tesis que la AI no sólo simula, sino que replica el pensamiento. El experimento mental propuesto es el siguiente. Alguien se halla encerrado en una habitación con una lista de símbolos chinos, pero no habla ni lee ese idioma, sólo inglés. Recibe del exterior una segunda lista con caracteres chinos al mismo tiempo que un conjunto de reglas (en inglés) que correlacionan los símbolos de la primera lista con los de la segunda. Finalmente recibe una tercera lista de caracteres chinos junto con un conjunto de instrucciones (también en inglés) indicándole cómo correlacionar estos con los de la primera y segunda lista: cómo servir determinados caracteres contenidos en las dos listas anteriores en respuesta a símbolos contenidos en la tercera. La primera lista contiene un *guión* [los *scripts* de Abel y Schank]; la segunda una "historia"; la tercera, "preguntas". El conjunto de reglas que recibe son, pues, un "programa". La AI en sentido fuerte, según Searle, sostiene la tesis que el ordenador programado puede "comprender" las historias y que el programa en cierto modo explica (o da cuenta de) la comprensión humana. Puesto que los símbolos que procesa el ordenador carecen de semántica (no tienen "sentido"), no pueden tener estados mentales intencionales (con "sentido"). Un ordenador no piensa ni razona.

3. En su famoso artículo en la revista MIND de 1950, Turing denominó *el juego de la imitación* lo que hoy denominamos “el test de Turing”. Imaginemos a un hombre y a una mujer que se hallan en habitaciones separadas y se comunican con un experimentador por medio de un teletipo. El interrogador debe identificar correctamente al hombre y a la mujer y, para ello, puede plantear cualquier pregunta. El hombre intenta convencer al experimentador de que es la mujer, mientras ésta intenta convencerle de su identidad real. En un determinado momento, el hombre es sustituido por una máquina. Si el interrogador es incapaz de distinguir la mujer de la máquina, ésta habrá pasado el test, y diremos entonces que es “inteligente”. Para una síntesis de la historia posterior del test, cfr. R.M. French (2000), Pinar et al. (2000).

4. Simon se refirió muchas veces a esta falacia, que ejemplificó en el ejemplo del camino de la hormiga en la playa. La complejidad de su marcha no depende de la modularidad (inexistente) de sus procesos internos de computar la información, sino de los obstáculos externos que tiene que sortear y a los que reacciona. No por ello el organismo y su ambiente dejan de constituir un sistema. En mi opinión, la respuesta de Simon a Searle se basa en el mismo argumento.

5. Simon y Einsestadt (2002) distinguen entre una “AI Empíricamente Fuerte” (SAI-E) y una “AI Lógicamente Fuerte” (SAI-L). La tesis de Searle se refiere a la segunda. En cambio, es posible elaborar un test que valga igual para humanos y programas en términos de “comprensión” (*understanding*), con la ventaja de que en el caso de los ordenadores somos capaces de examinar completamente sus partes internas. Esta noción de comprensión es empírica, y se refiere a la capacidad de traducir lenguas naturales, e.g. Desde este punto de vista existe una noción de “comprensión” y “razonamiento” que humanos y máquinas comparten.

6. Vid. La propuesta original del Seminario de Dartmouth en <http://www-formal.stanford.edu/jmc/history/Dartmouth/Dartmouth.html>; cfr. con la revisión reciente de sus resultados en AI@50, <http://www.dartmouth.edu/~ai50/homepage.html>

7. Los programas se diseñaron para gestionar no solamente información, sino también los procesos y operaciones cognitivas antes señalados: memoria, comprensión, expresión, planificación y razonamiento. Hasta entonces, estas funciones cognitivas habían sido consideradas como exclusivas de los seres humanos (o de los mamíferos y primates). Pero John McCarthy, Herbert A. Simon, Allen Newell, Claude E. Shannon, Marvin Minsky y otros pioneros de la IA imaginaron la forma de considerarlas en sí mismas, como procesos que conducían a la resolución de problemas que podían ser planteados y resueltos con éxito por programas de ordenador. “El deseo de construir un lenguaje de procesamiento de una lista algebraica para el trabajo de inteligencia artificial sobre el ordenador IBM 704 surgió en el verano de 1956 durante el Proyecto de Investigación de Verano de Dartmouth, que fue el primer estudio organizado de IA. Durante este encuentro, Newell, Shaw y Simon, describieron IPL2, un lenguaje de procesamiento de lista para el ordenador JOHNNIAC [John v. Neumann *Numerical Integrator and Automatic Computer*] de la Rand Corporation, donde implementaron su programa *Logical Theorist*. Hubo una leve tentación de copiar IPL, porque su forma estaba basada en un *loader* de JOHNNIAC al que tenían acceso, y porque la idea de FORTRAN de escribir programas en una forma algebraica resultaba atractiva. Se hizo evidente de forma inmediata que las subexpresiones arbitrarias de las expresiones simbólicas podían obtenerse mediante la composición las funciones que extrayeran subexpresiones inmediatas, y esto parecía una razón suficiente para acudir a un lenguaje algebraico” (McCarthy 1978: 217).

8. Los años posteriores a la guerra fueron cruciales. Entre 1945 y 1950 aparecieron la teoría matemática de la información, la teoría de la computación y la teoría de juegos. ENIAC (Electronic Numerical Integrator And Computer), se construyó en 1946 para cálculos de balística. La Association for Computing Machinery (ACM) fue fundada en 1947 (Lee, 1996, 1997). El desarrollo de la IA simbólica y los lenguajes de programación en las décadas de los sesenta y setenta (i.e. FORTRAN, LISP o PROLOG) permitieron una mejor formulación de problemas como encontrar técnicas efectivas para el aprendizaje y encontrar métodos heurísticos para controlar la *búsqueda por ensayo y error* [*trial-and-error search*] (Buchanan 2005). Sobre la historia de LISP, vid. McCarthy (1978, 1980); sobre los orígenes de PROLOG, vid. Kowalski (1988).

9. “Ésta es la esencia de la teoría: cuando alguien se encuentra con una situación nueva (o se produce un cambio sustancial en el planteamiento del problema), selecciona de su memoria una estructura denominada Marco [*Frame*]. Este es un cuadro recordado para ser adaptado a una realidad mediante el cambio de detalles particulares si es necesario. Un *Marco* es una estructura de datos para representar una situación estereotípica, como hallarse en un cierto tipo de sala de estar, o ir a una fiesta infantil de cumpleaños” (Minsky 1974) <http://web.media.mit.edu/~minsky/papers/Frames/frames.html>. Cfr. sobre el estado actual de la investigación en redes sociales, Lozares (2007).

10. En la versión castellana (2006) de *The Sciences of the Artificial* (1969, 1981, 1996), Pablo Noriega ha propuesto traducir el concepto de *satisficing* por el término *satisfacción* para subrayar su oposición a la noción económica de *optimalidad*.

11. George G. Miller (2003: 142) ha escrito retrospectivamente: “Newell y Simon tenían razón en subrayar la importancia del año 1956, que no solo resultó crucial en su desarrollo sino en el de todos nosotros. Puedo ser incluso más preciso. Fecho el nacimiento de la ciencia cognitiva el 11 de Septiembre de 1956, el segundo día del simposio organizado por el ‘Grupo de Interés Especial en Teoría de la Información’ en el Massachussets Institute of Technology. Entonces, naturalmente, nadie se dio cuenta de que había sucedido algo especial ni nadie pensó que necesitaba un nombre; esto ocurrió mucho más tarde.”

12. “La inteligencia artificial es normalmente potente en capacidad deductiva, pero es mucho más débil en la inductiva. Sin embargo, en el crisol de la inteligencia de la vida cotidiana, la inferencia inductiva es ciertamente uno de sus ingredientes más significativos. Una forma de plantear el problema es que necesitamos programas que en un determinado sentido sean capaces de inducir internamente ‘modelos de ambientes externos’ almacenados. ... Planteado de otra manera, éste es el *problema de formación de hipótesis por parte de la máquina* [subrayado P.C.]” E. A. Feigenbaum, ([1961] 1992:4).

13. A mediados de los noventa, Doyle and Dean (1996: 654) dividían la investigación en el campo en diez áreas primordiales interconectadas entre si: (i) representación y articulación del conocimiento; (ii) aprendizaje y adaptación; (iii) deliberación, planificación y actuación; (iv) habla y procesamiento del lenguaje natural; (v) comprensión y síntesis de imágenes; (vi) manipulación y localización; (vii) agentes autónomos y robots; (viii) sistemas multiagentes; (ix) modelación cognitiva; (x) y fundamentación matemática.

14. Vid. sobre la noción de “inteligencia social”, Davenport (2000); sobre “inteligencia artificial incorporada (o encapsulada)” [*embodied artificial intelligence*], Pfeifer e Ilida (2004); sobre “inteligencia incorporada” y robótica, Brooks (1999); sobre la noción de “computación evolutiva” [*evolutionary computing*], Yao (1999). “En síntesis, podemos comprobar que el paisaje ha cambiado sustancialmente: mientras que originariamente la inteligencia artificial era claramente una disciplina computacional, dominada por las ciencias de la computación, la psicología cognitiva, la lingüística y la filosofía, ahora se ha convertido en un campo multidisciplinar que requiere la cooperación y el talento de muchos otros campos como la biología, la neurociencia, la ingeniería (electrónica y mecánica), la robótica, la biomecánica, las ciencias de materiales y los sistemas dinámicos. Y esta comunidad nueva y transdisciplinar se denomina ahora *inteligencia artificial incorporada*” (Pfeifer e Ilida, 2004: 10).

15. “Concebimos a los agentes como entidades computacionales que exhiben un comportamiento racional complejo cuando actúan en un sistema multi-agente”. C. Sierra, P. Noriega, (1995: 173); un “agente autónomo” es “un sistema situado en (y como parte de) un determinado ambiente que percibe [*senses*] este ambiente y actúa temporalmente sobre él persiguiendo sus propios objetivos, de manera tal que afecta lo que puede percibir en el futuro”, M. Schumacher y S. Ossowski (2006: 88).

16. “Una posición normativa [Sergot] es la ‘carga social’ asociada con agents individuales, esto es, sus obligaciones, permisos y prohibiciones. Dependiendo de qué es lo que los agentes hagan, su posición normativa puede cambiar —por ejemplo, los permisos/prohibiciones pueden ser revocados o las obligaciones, una vez cumplidas, pueden ser eliminadas. Idealmente, las normas, una vez capturadas vía algún formalismo apropiado, deberían ser ejecutadas directamente, realizando así un ambiente normativo computacional donde interactúan los agentes. Esto es lo que entendemos por una ‘programación orientada a las normas’ [norm-oriented programming].” García-Camino et al. (2006: 34).

17. “La semántica de nuestro formalismo define un tipo de sistema de producción donde las reglas son exhaustivamente aplicadas a un estado de cosas, llevando al siguiente estado de cosas. Las posiciones normativas se actualizan mediante reglas, dependiendo de los mensajes que mandan los agentes” (Ibid.: 40).

18. Cfr. D. Bourcier (2003); G. Sartor (1990, 1996, 2008).

19. En 1959, la *American Bar Foundation* (ABA) fundó la revista *Modern Uses of Logic in Law*, que a mediados de los sesenta, justamente por el desarrollo de las técnicas de computación, cambió su nombre por el actual: *Jurimetrics. Journal of Law, Science, and Technology*.

20. En España, la informática jurídica tuvo un desarrollo temprano, de la mano de E. Pérez-Luño (e.g. 1987) y de la obra lógica de M. Sánchez Mazas (vid. esp. 2003, y el programa *Ars Judicandi*, 1987). Ambos autores muy vinculados a las orientaciones de filosofía del derecho de Bolonia y, especialmente el segundo, al Instituto de Documentación Jurídica del CNR de Florencia, fundado por A. A. Martino. Hubo dos tesis sobre este tema, R. González Tablas (1987) y J. Aguiló Regla (1989).

21. Ibid. Bourcier, Cap. 1; vid. También G. Sartor, ibid.

22. El conocimiento jurídico presenta rasgos que lo convierten en idóneo para ser modelado. Rissland (1990: 1958) señalaba los siguientes (referidos al *common law*): 1. El razonamiento jurídico es multi-modal, e incluye el razonamiento con casos, reglas, leyes y principios; 2. El razonamiento por casos posee un estilo y un standard de razonamiento y justificación explícito: *stare decisis*; 3. El conocimiento jurídico especializado está bien documentado y puede obtenerse de fuentes diversas; 4. El derecho es autoconsciente y autocrítico, y tiene una tradición bien establecida de examen de sus procesos y presupuestos. 5. El carácter de las respuestas jurídicas tiene características diversas de las de otras disciplinas: son mucho más un asunto de grado que no de un tipo sí-o-no neto, y pueden cambiar además con el tiempo. 6. El conocimiento usado en el razonamiento jurídico es diverso, y va desde el sentido común hasta el conocimiento jurídico especializado, variando enormemente en estructura, carácter y uso. Vid. Una continuación de estos argumentos en Rissland et al. (2003).

23. La reseña era un poco más perversa. Según la *Harvard Law Review* la profesora Gardner había escrito “un programa que puede identificar temas de un examen típico sobre contratos en el primer año de carrera”. Cfr. HLR 1988, n. 101, p. 1080.

24. Sunstein (2001) también distinguía entre una versión fuerte y una versión débil de la IA. El hecho de recuperar información, por casos, ordenados en función de los argumentos, convierte a HYPO útil como Westlaw o Lexis-Nexus. Pero ello no es suficiente para razonar jurídicamente a partir del programa. Cfr. con la respuesta crítica de Engel (2003) a este juicio: Sunstein no tiene en cuenta la diferencia entre programas estáticos (con reglas de producción fijas) y programas dinámicos (con capacidad de aprender). Estos últimos desarrollan reglas y principios sobre casos existentes, y pueden, por lo tanto, emitir juicios de valor sobre nuevos casos también. Las inferencias inductivas son justamente la base de los sistemas expertos y una de las funciones típicas de las redes neuronales. Vid. también sobre este punto, Aikenhead (1996).

25. La editorial del primer número (1992: 1-2) definía los objetivos de la revista: (i) representar los conceptos normativos y su interacción con otros conceptos del sentido común como acción, intención y causalidad; (ii) definir los conceptos de textura abierta a través de ejemplos y/o prototipos, y razonar con conocimiento definido de esta manera; (iii) desarrollar modelos de los argumentos del proceso contradictorio, y la manera en que este proceso da soporte a la toma de decisiones; (iv) crear aplicaciones innovadoras de IA para el dominio jurídico; (v) descubrir y resolver problemas técnicos que surgen al crear sistemas de IA para el dominio jurídico; (vi) casos de estudio o experimentales de los intentos (con o sin éxito) de implantar sistemas de IA en el ámbito del derecho; (vii) evaluar el impacto de los sistemas de IA sobre la eficiencia y transparencia del sistema jurídico, y sobre los derechos de los ciudadanos.

26. Un buen estado de la cuestión online, con referencias históricas se encuentra en <http://www.aai.org/AITopics/pmwiki/pmwiki.php/AITopics/Law> (16/02/2010).

27. JURIX: <http://www.jurix.nl/> Se trata de la Asociación holandesa de computación y derecho, se celebra desde 1988, y desde 1991 las Actas son publicadas por IOS Press.

28. ICAIL: se celebra desde 1987 (Boston) <http://www.iaail.org/>, <http://www.informatik.uni-trier.de/~ley/db/conf/icaail/index.html>; en último, en 2009 (Barcelona) <http://idt.uab.cat/icaail2009/> Las Actas se publican por la ACM, NY.

29. “La argumentación es uno de los temas candentes de la actual investigación en IA y derecho. El tema común es que el razonamiento jurídico se realiza generalmente en un contexto de debate y desacuerdo, donde un ponente y un oponente a una demanda argumentan sobre la sustentabilidad de la misma” (Feteris y Prakken, 2000:107) He descrito los sistemas dialécticos aplicados a la argumentación jurídica en otro lugar. Cfr. Casanovas (2006).

30. Esto significa que ni la deducción, ni la función de verdad son consideradas esenciales. “La lógica es sólo acerca de la *forma* de un argumento: la única cosa que hace es relacionar premisas con conclusiones; la cuestión de si las premisas son aceptables cae completamente fuera de la lógica. Incluso si la conclusión es aceptable no es una cuestión de lógica: si

la conclusión de un argumento válido se ve como falso por cualquier otra razón, no contenida en las premisas, entonces nada impide en teoría lógica un cambio en las premisas; la lógica no se ocupa de encontrar respuestas correctas, sino de utilizar las reglas correctas de inferencia” (Prakken, 1997: 23).

31. La deducción usada en lógica requiere que la información sea completa, precisa y consistente. Pero en la argumentación en contextos reales nos encontramos con información incompleta, inexacta y muchas veces inconsistente. En esto consiste el “sentido común”. Una lógica es monotónica si la verdad de una proposición no cambia al añadir información nueva (axiomas) al sistema. Una lógica es no-monotónica si la verdad de una proposición puede cambiar al añadir información nueva al sistema (axiomas) o al eliminar información que exista previamente. Véase: <http://cs.wvc.edu/~aabyan/Logic/Nonmonotonic.html>

32. Es visible aquí el influjo de filósofos como J.L. Pollock (1987, 1994, 1995), psicólogos como P. Thagard (1992) y, en menor medida, la reformulación de J.R. Searle de los actos sociales (1995). Especialmente la obra de J.L. Pollock (1940-2009) es importante aquí, aunque él no aceptase nunca la interpretación de la filosofía jurídica sobre su obra. Vid. <http://oscarhome.soc-sci.arizona.edu/ftp/publications.html>

33. Cfr. Feteris (1997); para un buen estado de la cuestión actualizado, véase Read y Norman (2004); sobre agentes y argumentación, Norman et al. (2004).

34. En España, la orientación de la racionalidad práctica de Alexy ha dado lugar a formulaciones originales en esta misma línea, como la clasificación en árbol de los enunciados jurídicos efectuada por M. Atienza y J. Ruiz Manero (1996). Que yo conozca, sin embargo, esta perspectiva no ha sido formalizada con técnicas de IA.

35. Desde la filosofía del derecho, Hage discute el concepto de razonamiento jurídico derrotable con J.C. Bayón (2001).

36. Vid. el útil cuadro comparativo realizado por Bench-Capon et al. (2003: 113-14) de generación y selección de argumentos sobre los programas ya existentes.

37. Por eso D. E. Forsythe y B. G. Buchanan (1989) recomendaban al final retornar a los métodos de la antropología y de la sociología cualitativa para evitar las simplificaciones en los modelos y garantizar su usabilidad. Proponían la distinción entre “adquisición de conocimiento”, y “*elicitación* de conocimiento” para referirse a las conversaciones, entrevistas y procesos de comunicación necesarios entre el equipo de ingenieros de conocimiento y el equipo de expertos en el dominio. Por experiencia: la distinción sigue siendo válida.

38. James Hendler —uno de los creadores de la idea de Web Semántica junto con Tim Bernes-Lee— y Ed Feigenbaum (2001) han recordado el camino que une las investigaciones semánticas vinculadas a los sistemas expertos con la WS: (i) EDR [*Electronic Dictionary Research*]; (ii) CYC [*de enciclopedia*] el proyecto industrial de Doug Lenat sobre la codificación del sentido común empezado en 1984 (hasta hoy: contiene más de un millón de aserciones) [desde 2009, OPENCYC]; (iii) WordNet, la base de datos léxica sobre las lenguas iniciado en Princeton para el inglés en 1985 por G. Miller (hasta hoy) [para las lenguas europeas existe Euro-WordNet, incluyendo los *synsets* y gramáticas del castellano y catalán] <http://www.illc.uva.nl/EuroWordNet/>; cfr <http://www.pcb.ub.es/homePCB/live/es/p616.asp>; (iv) HPKB [*High-Performance Knowledge Base*] y RKF [*Rapid Knowledge Formation*], los proyectos de DARPA.

39. La definición más popular es la de Tom Gruber (1993): “una especificación formal explícita de una conceptualización compartida de un determinado ámbito de interés.” Una ontología comprende conceptos (clases), relaciones (propiedades), instancias y axiomas. Una definición más sucinta, debida a Studer y Staab (2003) y Warren, Studer, Davies (2006: 4) es la siguiente: “un 4-tuplo $\langle C, R, I, A \rangle$, donde C es un conjunto de conceptos, R un conjunto de relaciones, I un conjunto de instancias y A un conjunto de axiomas”.

40. Las ontologías jurídicas suelen dividirse en ontologías nucleares y de dominio, aparte de las *upper* o *top ontologies* de carácter más general (como DOLCE+). Cfr. Casellas (2009) para una explicación extensa actualizada de las ontologías jurídicas más importantes. Cfr. Valente (2005), Breuker et al. (2009) para un repaso sintético de LRI-Core, LKIE, OPJK etc. Los Seminarios en JURIX o ICAIL que se ocupan de este tema llevan el título de LOAIT, vid. el último en Casellas et al. (2009).

41. Téngase en cuenta que esta figura de la WS ha sido reproducida hasta la saciedad, y no constituye un esquema fiel de su forma de operar. Cfr. Tauberer (2001). La mejor introducción técnica se debe a G. Antoniou y F.v.Harmelen (2008), recientemente vertida al castellano por N. Casellas y M. Atencia (2010).
42. El lector puede consultar los programas de investigación dedicados a IA y derecho en Casanovas et al. (2008). Los principales han sido e-POWER, SEKT, ALIS, ARGUGRID, DALOS, ESTRELLA y OPENKNOWLEDGE. Han sido elaborados modelos de documentos jurídicos, conceptos, casos, normas, e interacciones. Aparte del conocimiento práctico argumentativo, también se ha modelado el legislativo (DALOS) y judicial (SEKT). En la Universidad de Zaragoza, Fernando Galindo ha organizado la red académica europea y latinoamericana LEFIS (<http://www.lefis.org/>).
43. Vid. sobre este punto, De Andrés y Hernández Marín (2009). CRNOLEX controla la dinámica del sistema normativo, y ha sido uno de los puntos de inspiración del programa de análisis de la Universidad de Bolonia AKOMANTOSO, sobre la clasificación de textos legislativos de los parlamentos africanos. Cfr. Barabucci et al. (2010), Palmirani (2010).
44. Cfr. Galindo y Aries (2009); Fernández-Barrera et al. (2009).
45. Cfr. e.g. el modelo argumentativo de A. Lodder y J. Zeleznikow (2005) y FAMILY WINNER, un programa de cálculo de intereses y alternativas en casos de divorcio (Zeleznikow y Bellucci, 2003).
46. En Europa, e.g., compárese el contenido de revistas como *AI & Law* y los *International Journal of Law and Information Technology* (desde 1993) (<http://ijlit.oxfordjournals.org/>) y el *Journal of Information, Law & Technology (JILT)* (desde 1996) (<http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/>). Hasta hace relativamente poco, las revistas de derecho y tecnología (comprendiendo las clásicas de las universidades americanas de Harvard, Stanford y Berkeley), y las revistas de IA mantenían una distancia prudencial, puesto que se dirigían a comunidades profesionales distintas.
47. Cfr. Casanovas (2009), Casanovas y Poblet (2009), Poblet et al. (2010).
48. Vid. los artículos de M.. Greensleaf, T. Bruce y D. Poulin sobre los orígenes y evolución del movimiento en Peruginelli y Ragona (2009). Por poner sólo un ejemplo, la plataforma australiana (*Australian Legal Institute*) aglutina 1.155 bases de datos, que tienen 100.000 visitas diarias. NO tienen un modelo de negocio único (basado e.g. en la publicidad), sino que permiten el libre acceso debido a los acuerdos entre usuarios, proveedores de servicio y proveedores de contenido.
49. Cfr. Benjamins et al. (2005), Breuker et al. (2009), Casanovas et al. (2010a), Casanovas et al. (2010b). El lector puede encontrar los proyectos internacionales y nacionales realizados en este campo en <http://idt.uab.cat/projects/projects.htm>.
50. Me he ocupado de ello y de la denominada “segunda generación de web semántica” para parques de servicios jurídicos en Casanovas (2009).
51. Hay ya un cierto número de empresas y proveedores de servicios exclusivamente para este objetivo. Vid. los Workshops DESI, el último: http://www.law.pitt.edu/DESI3_Workshop/. Cfr. Attfield y Bladford (2008).
52. El lector interesado puede encontrar una bibliografía de unos 2.500 títulos sobre la historia de la IA hasta el año 2003 en el Proyecto Building a Future for Software History de la Universidad de Iowa, <http://www.cbi.umn.edu/research/shbib.pdf> [consulta: 21/02/2010]

TEMAS DE HOY

La regulación de los contenidos audiovisuales: presente y futuro

Beatriz Belando Garín y Gonzalo Montiel Roig

La mediación y los conflictos de familia a la luz de la Ley Andaluza de
Mediación Familiar

Carmen Sánchez Hernández

RESUMEN

Los medios de comunicación audiovisuales cumplen un importante papel en las sociedades actuales, pero también generan riesgos sociales y políticos. En este contexto existe un debate abierto sobre el papel del Estado en el control de los mismos, que se traslada también al control del contenido de sus mensajes. El artículo examina esos riesgos y analiza las soluciones propuestas en el caso concreto de los contenidos audiovisuales.

PALABRAS CLAVE

MEDIOS DE COMUNICACIÓN, INTERNET, TELEVISIÓN, ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES, AUTORREGULACIÓN; CORREGULACIÓN; CÓDIGOS DEONTOLÓGICOS

ABSTRACT

The mass media develop an important task in present societies but also create political and social risks. In this context there's a current discussion about the role of national states in their supervision and also about the supervision of their messages. This article analyzes these risks and the solutions to them.

KEY WORDS

MASS MEDIA; TELEVISION; INTERNET; INDEPENDENT REGULATORY COMMISSIONS; SELF-REGULATION, REGULATION, CO-REGULATION; DEONTOLOGICAL CODE

LA REGULACIÓN DE LOS CONTENIDOS AUDIOVISUALES: PRESENTE Y FUTURO

Beatriz Belando Garín

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universitat de València

Gonzalo Montiel Roig

Profesor Asociado. Departamento de Filosofía y Sociología
Universtiat Jaume I de Castelló

Sumario: 1. Una reflexión previa en torno al objeto regulado: los medios de comunicación audiovisuales. A) Una reflexión tecnológica: la digitalización de los medios. B) Una reflexión social: efectos e influencia de los medios. C) Una reflexión político-económica: el reto de la globalización 2. Modalidades regulatorias en el supuesto de los contenidos audiovisuales. A) Aproximación terminológica. B) La situación actual en relación al control de contenidos audiovisuales. C) El modelo regulatorio propuesto en el Proyecto de Ley de 2009. 3. Conclusión.

1. UNA REFLEXIÓN PREVIA EN TORNO AL OBJETO REGULADO: LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUALES

El análisis de los modelos de regulación de los contenidos audiovisuales requiere, previamente, ubicar las reflexiones en un espacio en el que entran en juego aspectos de orden sociológico y jurídico fruto de la complejidad del objeto que nos ocupa. El debate sobre la regulación de los medios de comunicación implica, en este sentido, una aproximación jurídica y sociológica a la regulación de la comunicación audiovisual de masas y a los aspectos sociales, tecnológicos y político-económicos implicados.

En concreto, nos referiremos inicialmente a tres aspectos o factores implicados en la delimitación de un modelo de regulación. El primer elemento a tener en cuenta es el peso que el factor tecnológico tiene en la evolución y el desarrollo de las formas de comunicación audiovisual. El factor tecnológico está presente en la historia de la comunicación humana, y su concurso ha sido determinante para sus avances y transformaciones; sin embargo, el desarrollo de la digitalización de las señales y el conjunto de cambios relacionados con las nuevas tecnologías de la comunicación han profundizado su influencia en los cambios sociales. El segundo aspecto tiene que ver con la creciente influencia que los medios de comunicación audiovisuales tienen en la sociedad actual, y que nos obliga a hacer una reflexión sobre la función social de los sistemas y las estructuras de comunicación audiovisual

de masas. En tercer lugar, para comprender la importancia de estos medios y el peso de cualquier decisión que incida en su regulación, es necesaria una reflexión que sitúe las medidas que se propongan en un determinado marco de reflexión político-económica. Una breve aproximación a estos tres aspectos, nos aportará una serie de pautas previas a la definición de los diferentes modelos de regulación que en la actualidad se plantean para el sector audiovisual y, en lo que aquí interesa, en relación a los contenidos audiovisuales.

A) UNA REFLEXIÓN TECNOLÓGICA: LA DIGITALIZACIÓN DE LOS MEDIOS

La transformación del modelo de capitalismo, vinculado a un nuevo estadio de la globalización económica y cultural¹ y a la digitalización de los productos de las industrias culturales, influye de manera determinante en los modelos de organización social y en la manera en la que cada sociedad gestiona el tiempo y el espacio, su ocio y sus modos de socialización².

El desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación y el proceso de convergencia tecnológica³, obliga a definir los mecanismos de regulación del sector audiovisual a partir de un nuevo marco tecnológico y de consumo⁴. Los cambios en la difusión y el consumo de los productos audiovisuales se hacen evidentes en numerosos síntomas, como la digitalización de las señales audiovisuales, los nuevos formatos audiovisuales adaptados a la convergencia tecnológica, el desarrollo de la telefonía móvil como vía de comunicación y de recepción de productos⁵, las posibilidades de la adaptación de los formatos televisivos a su acceso a través de la red Internet, la extensión de las redes inalámbricas o la extensión de la Web 2.0⁶, entre otros.

Todo ello hace que los modelos de regulación que hasta ahora han servido para definir la supervisión del papel de los medios audiovisuales en la sociedad tengan que ser reformulados. La directiva europea de *Servicios de medios*

audiovisuales sin fronteras (2007/65/CE) ya dio un paso para adaptar el marco regulador a este nuevo escenario y establece un marco normativo de regulación que se sustenta sobre este nuevo papel que juega el desarrollo tecnológico en la comunicación social, al tiempo que hace hincapié sobre la necesidad de redefinir el modelo de regulación audiovisual para ajustarlo a un nuevo tipo de relaciones entre los medios de comunicación y la sociedad⁷.

Hay que tener presente además que el desarrollo tecnológico de los medios facilita nuevas formas de globalización en la transmisión y difusión de sus productos y convierte a los medios, no sólo en un elemento fundamental del nuevo modelo de desarrollo económico de las sociedades, sino también en el impulsor de numerosos cambios sociales y culturales. Sin embargo, este mismo proceso de globalización se convierte en una de las principales dificultades para el establecimiento de medidas de control y de regulación sobre los flujos de información y comunicación. En última instancia, esta situación es reflejo de un problema de regulación más profundo⁸. Los avances científicos y tecnológicos se convierten, en sí mismos, en una fuente de inseguridades y dudas: la misma tecnología desde la que se impulsa la generación de riqueza y se extiende el acceso a la cultura y los conocimientos, genera nuevas dudas e incertidumbres sobre las consecuencias sociales de su desarrollo y expansión⁹. Desde esta perspectiva, el desarrollo tecnológico, en un contexto de completa desregulación, puede ser vehículo de transmisión para nuevos desequilibrios sociales y culturales y facilitar la reproducción de modelos de representación simbólica injustos difícilmente controlables mediante procesos de autorregulación y de "autoestabilización"¹⁰. Se hace necesario reflexionar, no sólo sobre el riesgo que conlleva la falta de control y regulación sobre los contenidos mediáticos para las sociedades, sino también sobre la necesidad de analizar, sin caer en posturas tecnóforas, las consecuencias de los nuevos procesos tecnológicos de difusión y consumo audiovisual.

En el desarrollo de las tecnologías vinculadas a la comunicación, en el marco de la evolución de la Sociedad de la información y en los diferentes estadios históricos de su desarrollo, se puede percibir la existencia de dos tendencias enfrentadas a la hora de abordar la gestión del profundo cambio social que implica la generalización de las TIC. Como explica A. Mattelart¹¹, por una parte se detecta el intento de regular el desarrollo científico y tecnológico, y disponer de mecanismos para poner este desarrollo al servicio de la sociedad y de los ciudadanos por encima de los intereses de la industria tecnológica y del desarrollo científico. Por otra, se percibe una corriente de reflexión tendente a defender el libre flujo de información, la liberalización de los medios de comunicación, de las redes de telecomunicación y del intercambio de productos culturales. Estas dos posturas han estado presentes de manera permanente a la hora de debatir la relación entre tecnologías y desarrollo social y también a la hora de establecer el tipo de actuación que los Estados y los organismos internacionales adoptan frente al desarrollo de la Sociedad de la información y de los medios audiovisuales. En este debate, A. Mattelart¹² toma partido y aboga por la necesidad de articular un “pacto social” que permita establecer un modelo de desarrollo tecnológico regulado y accesible, con medios de comunicación democráticos y mecanismos de participación y formación que aporten al desarrollo tecno-mediático parámetros de convivencia y de ciudadanía.

B) UNA REFLEXIÓN SOCIAL: EFECTOS E INFLUENCIA DE LOS MEDIOS

El principal motivo que impulsa desde los inicios las investigaciones empíricas sobre comunicación en la tradición del *Mass Communication Research* y, junto a ellas, el debate sobre su regulación es la preocupación por los efectos sobre los receptores de los mensajes mediáticos a corto, medio o largo plazo. Pero, más allá de la preocupación de los efectos, los medios de comunicación son una pieza esen-

cial en las relaciones sociales. La intervención sobre ellos depende del modelo de sociedad que se pretenda construir o a la que se aspira. Los medios son, en este sentido, un elemento esencial del sistema funcional de las sociedades modernas y, desde esa perspectiva, la definición de las funciones y disfunciones que operan en su ajuste social establecen un primer marco de regulación¹³. A partir de este enfoque, aportado esencialmente por la tradición de la sociología funcionalista, y sobre la base de que el sistema es capaz de ajustar cada uno de los elementos de su estructura a partir de su desarrollo funcional, se justifican y se sostienen las dinámicas de autorregulación sin intervención externa de los elementos de la estructura social. Desde esta perspectiva, la autorregulación del sistema audiovisual debe funcionar como mecanismo de ajuste de las disfunciones que se producen en su seno¹⁴.

Desde la perspectiva que representa el funcionalismo, para que esa ilusión de mercado libre de contenidos y de medios autorregulados cobre sentido como discurso político-económico y como modelo social, es necesario que ocupe todas las esferas de la economía y de la vida social, y para ello, el papel a jugar por la estructura de la comunicación de masas aparece como esencial. Es decir, sólo en la medida en que la libertad que se espera del mercado y del acceso a las mercancías de consumo se traslade al funcionamiento de las empresas de la comunicación y al desarrollo de las tecnologías de comunicación masiva, sólo en esa medida será posible el desarrollo ajustado y funcional de una verdadera sociedad de mercado. En este sentido, aquellas posturas que consideran poco relevante el debate sobre la regulación de los medios, o directamente lo han considerado residual, en realidad están tomando partido de manera más o menos expresa por un modelo de liberalismo económico y de libre mercado que requiere de un contexto de desregulación. Bajo este prisma, el valor de cambio y la mercantilización de la producción de los bienes como base de las relaciones económicas lo domina todo y termina abarcando también el espacio de la comunicación¹⁵. Pero la cul-

tura y la información no son sólo productos mercantiles, sino también el caldo de cultivo imprescindible para la constitución del espacio público en el que se generan los intercambios y en el que los medios de comunicación reproducen y ejercen de correa de transmisión de la representación simbólica de un proyecto social. En la medida en que se toma conciencia de que los mensajes no son meras mercancías y se asume la importancia de que los ciudadanos establezcan una relación democrática con el modelo y la estructura de comunicación en la que se encuentran sumergidos, el papel del enfoque económico político cobra una importancia esencial a la hora de regular y definir la relación entre sociedad y *mass media*.

Frente al posicionamiento funcionalista-liberal, la aportación esencial de la perspectiva de la sociología crítica se sustenta en la sociología clásica (Marx, Weber, Durkheim) y toma partido por el desarrollo de un Estado moderno capaz de regular el desarrollo económico y tecnológico, e incide en el papel que el desarrollo tecnológico y los medios de comunicación de masas pueden jugar en el desarrollo de la autonomía del individuo y en su capacidad de emancipación frente a las manipulaciones de las estructuras de poder del mercado y del capitalismo desregulado¹⁶. La tradición de la sociología crítica y de la Escuela de Frankfurt¹⁷ no se ha limitado a escrutar y definir aquellos efectos perniciosos que pueden ser puestos bajo control mediante mecanismos de autoajuste del sistema, sino que pone el acento sobre los mecanismos que hacen de los *mass media* correas de transmisión institucionalizadas de las formas y estrategias de control social, reproductores de la violencia simbólica que reproduce las estructuras y relaciones de desigualdad social, y, en definitiva, herramientas del poder político-económico que detentan posiciones de superioridad en los conflictos materiales que subyacen en toda sociedad.

Desde esta perspectiva, la necesidad de regular los medios de comunicación forma parte de un proyecto de democratización del espacio público con el objetivo de evitar la manipulación social en los procesos de difusión masi-

va y tecnológicamente avanzada de mensajes. Precisamente, en ese desarrollo tecnológico, como ya hemos visto, radica un elemento esencial de la reflexión crítica sobre la capacidad de los medios de influir en la sociedad. El desarrollo tecnológico obliga a un nuevo modelo en la definición y regulación de los medios como consecuencia de la ampliación de las posibilidades en la recepción y consumo, y de la revolución en la elaboración de contenidos, géneros y modos de representación; pero, al tiempo, introduce también la necesidad por parte de los consumidores o receptores de disponer de nuevas habilidades o capacidades para ejercer un consumo “emancipado”, plural y responsable.

C) UNA REFLEXIÓN POLÍTICO-ECONÓMICA: EL RETO DE LA GLOBALIZACIÓN

La actual crisis del sistema financiero ha vuelto a poner en evidencia las debilidades de un sistema de libre mercado que, sin mecanismos de regulación eficientes, termina tensionando las relaciones de intercambio y provocando la intensificación de los desequilibrios sociales. Los medios de comunicación de masas, como herramientas esenciales de la estructura de la comunicación social, juegan un papel esencial en las crisis que azotan el sistema capitalista. En las últimas décadas, el protagonismo de la comunicación y las tecnologías de la información se ha acrecentado, y, de manera concreta, ha estado presente en el modo en el que se ha fraguado la reciente crisis del sistema económico y en la debacle de los mercados financieros¹⁸.

La mundialización de un modelo de relaciones sociales y económicas ligadas exclusivamente al libre mercado y la apuesta en todos los ámbitos socio-económicos por un modelo de autorregulación sin intervención o supervisión estatal o supraestatal ha supuesto y supone, implícitamente, la apuesta por un modelo en el que los intercambios queden ajenos a cualquier tipo de regulación efectiva: desde este punto de vista, el Estado es el problema y

el mercado la solución. Frente a este enfoque liberal, en un sistema económico y comunicativo cada vez más globalizado, el desarrollo, e incluso la definición de mecanismos de regulación se hace cada vez más difícil de ejecutar.

Como consecuencia de los ciclos de crisis del sistema de libre mercado, debería derivarse una reformulación real, y no un simple maquiillaje, de las estructuras de relación y regulación que hagan compatible la libertad de empresa con la preocupación por el impacto de la estructura de la comunicación sobre la sociedad. Para ello, para afrontar esa reflexión, es necesario tener en cuenta varios aspectos que revelan la especificidad actual de los medios de comunicación de masas y de la estructura de comunicación social en el marco de las nuevas tecnologías.

La intervención e influencia en la forma en la que los medios generan la “realidad mediática” es una necesidad de las economías y las sociedades desarrolladas. En este sentido, el Estado no sólo debe velar por la libertad de expresión y la libertad de empresa, sino también por la necesaria función social de los medios de comunicación. Por tanto, la intervención del Estado no puede limitarse a la licitación de concesiones o licencias audiovisuales; se hace necesario el establecimiento de mecanismos que regulen aspectos como la concentración de medios de comunicación y la difusión de contenidos. Nos identificamos con el enfoque de Díaz Nosty al afirmar que la necesidad de regulación de los medios ha de tener como objetivo intervenir en la construcción social de la realidad desde las garantías y objetivos de que nos dotamos con el objeto de no delegar en las “oligarquías económicas” el monopolio de los medios de comunicación y de su desarrollo y control¹⁹.

Desde este punto de vista, la conciencia de que los medios determinan la percepción de la realidad, es un punto de partida para establecer el peso de la acción de las políticas públicas. Renunciar a mecanismos que permitan a los ciudadanos participar en el desarrollo del sistema audiovisual y limitar su capacidad de actuación en defensa de sus derechos como

usuarios y consumidores comporta entregar el espacio público de los medios de comunicación en manos de la lógica mercantilista de los agentes del mercado y entregarse a una negociación permanente con al industria mediática y cultural en la que terminan pesando mucho más los factores económicos.

2. MODALIDADES REGULATORIAS EN EL SUPUESTO DE LOS CONTENIDOS AUDIOVISUALES

El fenómeno audiovisual como ha podido apreciarse plantea importantes retos a los poderes públicos y les obliga a tratar de armonizar intereses públicos en ocasiones contrapuestos (libertad de empresa, libre información, protección a la infancia, etc). Los problemas son diversos y, por tanto, también sus soluciones jurídicas; abordarlas todas (concesión versus licencia como técnica de acceso al mercado; control público de las concentraciones de medios audiovisuales, etc) desbordaría el objeto de un trabajo de reflexión como este, por lo que nos hemos limitado a examinar las distintas propuestas vertidas en torno al control de los contenidos audiovisuales.

La respuesta pública a cómo controlar dichos contenidos puede ser la tradicional, centrada en una amplia regulación pública completada con la supervisión y la sanción de su cumplimiento a cargo del aparato del Estado, solución que no se ha aplicado nunca en el ámbito audiovisual. La razón estriba en que en este sector no sólo están presentes cuestiones económicas, sino elementos esenciales en un Estado democrático tales como la libertad de información (con la consiguiente prohibición de censura previa). El hecho de que la intervención pública no se haya traducido en una regulación pormenorizada, no quiere decir en ningún caso que los poderes públicos se hayan desentendido de las implicaciones que el desarrollo del mercado audiovisual podía tener en

otros ámbitos dignos de protección jurídica: la infancia, la lucha contra la discriminación por razón de sexo, raza o religión, etc., sino que aquí, en el control de contenidos, se ha partido siempre de la necesaria implicación de los agentes del sector. La intensidad con la que éstos se han involucrado en esta labor varía según los países y los contextos jurídicos y sociales, pero en todos ellos la premisa es la consecución de estos intereses públicos a través de la participación del sector privado.

A) APROXIMACIÓN TERMINOLÓGICA

Con carácter previo al examen de la situación de la regulación de los contenidos audiovisuales en nuestro país, es necesario delimitar algunos términos jurídicos puesto que sobre ellos giran las distintas propuestas realizadas sobre esta cuestión.

En primer lugar, es necesario examinar los conceptos de “autorregulación” y “co-regulación”. Es habitual en los textos que aluden a esta cuestión, la utilización de la expresión “co-regulación”, para destacar ese papel activo de los agentes del sector en su control. Sin embargo, dicha idea no encaja con la utilizada en el ámbito europeo. Así ante el problema de legitimación del Derecho, el Libro para la Gobernanza europea de 2001 se refiere a la co-regulación como *“un mecanismo que combina acciones legislativas y reglamentarias vinculantes y medidas adoptadas por los agentes más interesados, sobre la base de experiencia práctica”*²⁰. Concepto amplio que no casaba con otros textos de la Comisión europea, por lo que la Comisión y el Consejo acordaron un único concepto de co-regulación en el *Interinstitucional Agreement on Better Law Making* (IIA). En dicho acuerdo el concepto de co-regulación fue definido como un mecanismo donde el legislador se limita a marcar los objetivos públicos que deben seguir las partes implicadas (operadores económicos, operadores sociales, etc.), quedando en manos del sector su concreción. Así descrito, el término recoge únicamente una modalidad de colaboración; esto es, la que se

caracteriza por una definición a priori por los poderes públicos de los objetivos a seguir, sin una participación posterior²¹. La co-regulación es apreciada además como método alternativo a la regulación pública que debe ser utilizado subsidiariamente.

Frente a esta caracterización, el concepto de co-regulación es utilizado de una manera más restrictiva cuando se alude a los medios audiovisuales. En concreto, se abre a la posibilidad de que esta colaboración se produzca, no sólo antes, fijando los objetivos a seguir, sino también en un momento posterior (verificando los códigos aprobados por el sector); o con una combinación de los dos, esto es, control previo (supervisión pública de los códigos de autorregulación) y posterior (control y sanción pública de los códigos). En definitiva, alude a una de las variantes de autorregulación que recoge la doctrina administrativa, la autorregulación vinculante, y que a continuación analizaremos.

La co-regulación, por tanto, en el contexto audiovisual implica una colaboración más intensa entre el sector público y el privado en orden a la protección de ciertos bienes jurídicos, y así lo han reflejado diversos autores²².

Frente al concepto de co-regulación se sitúa el de autorregulación, término igualmente complejo, porque en él confluyen dos tradiciones distintas, la anglosajona y la continental. Desde la perspectiva anglosajona, la autorregulación es la forma habitual de ordenar y controlar ciertos sectores sociales, que aunque presenta diversas variantes, tiene como nota característica la consideración del papel residual del control público de dichas conductas. Son los sectores empresariales y profesionales afectados, los encargados de adaptar las medidas necesarias para un buen desarrollo de su actividad. El papel de los poderes públicos es siempre secundario y limitado frente al protagonismo absoluto de los agentes de cada mercado. Sólo muy recientemente, la autorregulación ha sido considerada como una alternativa a la regulación pública conectada con la idea de mejorar la eficacia de las normas públicas.

Por el contrario, en el ámbito continental, el fenómeno de la autorregulación está conectado directamente con las deficiencias hace tiempo detectadas en la regulación pública, principalmente su eficacia²³. La reglamentación administrativa es una actividad dirigida a corregir los “fallos del mercado²⁴”, a lograr la satisfacción del interés público partiendo de la insuficiencia de la actuación de los agentes económicos para conseguirlo; pero en la situación actual de desarrollo del Estado Social de Derecho, a la regulación, ya sea legal o reglamentaria, se le exige, no sólo estar dirigida a un objetivo público sino además, ser capaz de alcanzarlo al menor coste posible. Así lo ha expresado CALSAMIGLIA con relación a la regulación legal²⁵: “Una buena ley no sólo es aquella que establece unos objetivos justos sino que además los consigue (...). Una condición importante que debe (sic) tener presente un buen legislador es que incentive a los ciudadanos a su cumplimiento y que en la realidad social se cumpla (la eficacia). Otra condición es que el medio sea adecuado para alcanzar el fin (efectividad). Por último este medio debe ser el que cueste menos (eficiencia)”. En este contexto, la autorregulación de ciertos sectores es considerada una alternativa eficaz para suplir las deficiencias de las normas públicas.

Además de garantizar la colaboración de los sectores afectados, la autorregulación también permite suplir una deficiencia tradicional de la regulación y control públicos, su carácter nacional. En un contexto de globalización económica, las herramientas estatales chocan con una limitación intrínseca, su carácter territorial. Frente a este obstáculo, la autorregulación permite se aplicación a los operadores más allá de las fronteras nacionales.

Al margen de las bondades que pretendan buscarse a la autorregulación²⁶ no hay que olvidar, como destaca la profesora Darnacullea²⁷, que la autorregulación que interesa en el contexto continental es la que sirve a los fines públicos previamente definidos por el Estado (la “autorregulación regulada”). Es decir, una concreta forma de ordenación mediante la cual el Estado hace posible la autorregulación

y fija las estructuras y procesos en los que ésta debe de desarrollarse. Con esta técnica se pretende que, a través de un concreto engranaje entre la regulación y la autorregulación, pueda alcanzarse la satisfacción de concretos fines públicos²⁸.

Partiendo de esta idea, es conveniente sintetizar las distintas modalidades que presenta la autorregulación para poder determinar, primero, cuál es la tradicionalmente utilizada en nuestro Derecho, y segunda, cuál es la que propone recientemente el legislador en el Proyecto de Ley General de la Comunicación Audiovisual presentado en el Congreso el 23 de octubre de 2009²⁹. Para ello es muy útil la clasificación realizada por Julia Black³⁰ partiendo del contexto norteamericano: en primer lugar, la autorregulación vinculante, en la que un grupo de sujetos privados es designado para dictar y aplicar normas dentro de un marco general establecido directamente por los poderes públicos (*mandated self-regulation*); la autorregulación “aprobada” en los que los estándares son elaborados por sus destinatarios, pero adoptados finalmente por los poderes públicos (*sanctionated self-regulation*); la autorregulación “compelida”, que se caracteriza porque los estándares son adoptados de manera autónoma ante la amenaza de una eventual intervención normativa pública (*coerced self-regulation*); y la autorregulación voluntaria, en la que no hay intervención de ningún pública dirigida a imponer o fomentar, directa o indirectamente, la autorregulación (*voluntary self-regulation*).

Dentro de la autorregulación vinculante también se pueden distinguir diferentes niveles³¹:

- 1) desde la delegación de potestad normativa a los sujetos afectados (*devolved self-regulation*)
- 2) La ejecución de estándares aprobados por los poderes públicos por parte de los agentes privados (*delegated self-regulation*)
- 3) La autorregulación cooperativa, donde los poderes públicos y el sector afectado cooperan en la elaboración y ejecución

de los estándares correspondientes (*co-operative self-regulation*)

La profesora DARNACULLETA³², propone además otra clasificación partiendo de la realidad normativa de nuestro país y atendiendo al grado de intervención pública en la regulación. Así distingue, entre una intervención indirecta, donde la autorregulación se fomenta, y el legislador invoca a la responsabilidad de los particulares comprometiéndose a no regular determinados aspectos (del comercio en Internet, o los contenidos de la publicidad o de los medios de comunicación), a cambio de que se garanticen ciertos bienes públicos. En realidad podríamos afirmar que en estos casos la autorregulación es examinada por el legislador como alternativa eficaz a la ordenación pública en orden a la protección de ciertos bienes jurídicos. Esta además ha sido la posición tradicional del legislador español ante la necesidad de proteger la infancia, la libertad de expresión, el pluralismo político, la igualdad entre hombres y mujeres, etc. en los medios de comunicación de masas, cuyas consecuencias luego analizaremos. Junto a ella, la autora destaca una segunda modalidad, donde la autorregulación es objeto de una intervención más intensa al otorgarle determinados efectos jurídicos tales como: el inicio de la actividad, consecuencias sancionadoras, etc. Este criterio es significativo en el ámbito del control de contenidos audiovisuales dado que recoge algunas de las manifestaciones de autorregulación presentes en el Proyecto de Ley General de medios audiovisuales.

Atendiendo a la integración en el Derecho penal o del Derecho Administrativo sancionador de alguna de las manifestaciones de la autorregulación, Adán Nieto Martín³³ también distingue entre una intervención *ex ante*, con el fin de fijar las líneas maestras que debe seguir el sistema autorregulador, como *ex post* para comprobar si la autorregulación tiene el grado de calidad necesario. A diferencia del control público tradicional dirigido a verificar el cumplimiento del destinatario de la norma con la ley, aquí se trata de centrar la actividad de la administración en la calidad y eficacia del

sistema de autorregulación interno. Dentro de este modelo se encontraría el buen gobierno corporativo, por ejemplo. Este modelo (*ex ante* o *ex post*) se complementaría además con otras dos modalidades de control, bien con coacción estatal, de forma que hablaríamos de autorregulación coaccionada, donde los incumplimientos de los instrumentos de autorregulación implican una respuesta sancionadora pública, bien con mecanismos disuasorios, como la transparencia sobre los grados de cumplimiento de los códigos, etc.

B) LA SITUACIÓN ACTUAL EN RELACIÓN AL CONTROL DE CONTENIDO AUDIOVISUALES

La regulación de cualquier sector permite, como hemos podido apreciar, distintas variantes: regulación pública, co-regulación, autorregulación así como las diversas modalidades de las mismas. La cuestión estriba ahora en dibujar la situación actual de nuestro país en relación al control de los contenidos audiovisuales partiendo de lo anterior.

En principio, podemos calificar a nuestro sistema como de autorregulación, al fundamentarse principalmente en los códigos deontológicos de los miembros del sector. La dispersa normativa relacionada con los contenidos audiovisuales no hace sino incidir en este punto, dado que, salvo contadas excepciones, se limita a establecer meros principios dejando su desarrollo a los citados códigos. De otro lado, también la sanción de los mismos es fundamentalmente privada, a cargo de los propios agentes del sector.

Si examinamos la normativa existente, lo primero a destacar es la existencia de obligaciones concretas en todos los operadores del sector con independencia de su condición de concesionarios de servicios públicos. Estas imposiciones, derivadas de la aplicación de la Directiva de Televisión sin fronteras y más recientemente, por ejemplo, de la LO 1/2004, integral contra la violencia de género, suponen el deber de respeto a ciertas prohibiciones³⁴, obligaciones de hacer³⁵ o principios³⁶, por par-

te de cualquier agente, público o privado, que desarrolle la actividad audiovisual. Estas limitaciones a la libertad de información (art.20.1.d) CE, expresión (art. 20.1.a) CE) o de creación artísticas (art. 20.1.b) CE), pretenden proteger determinados bienes jurídicos considerados relevantes en este sector: la infancia, la igualdad entre hombres y mujeres, etc., y se han generalizado al margen de la problemática cuestión de las concesiones de servicio público. Esta es la razón por la que no nos parezca oportuno entrar en el interesantísimo debate de la liberación del sector y el abandono de la técnica concesionaria en el Proyecto de Ley de 2009³⁷, dado que el control de los contenidos audiovisuales es una cuestión que supera los limitados márgenes de la concesión administrativa.

Centrándonos en las limitaciones a los contenidos impuestas en las normas públicas, hay que destacar el protagonismo de las normas que imponen principios; esto es, de normas que enuncian principios de general respeto en el sector, pero cuyo concreción a cada empresa o sector audiovisual se deja en manos de los propios agentes a través de la elaboración de los correspondientes códigos. Este es el caso, por ejemplo³⁸, de lo previsto en el art. 13.2 de la LO 1/2004, donde se establece que la Administración pública “*debe promover acuerdos de autorregulación que contribuyan al cumplimiento de la legislación publicitaria*”; o el art. 39.2 de la Ley 3/2007, que establece que las Administraciones públicas deben promover en los medios de comunicación de titularidad privada la adopción de acuerdos de autorregulación que contribuyan al cumplimiento de la legislación en materia de igualdad entre hombres y mujeres; art. 37.2 y 38.2 de la ley 3/2007, que establece la obligación para la corporación RTVE y la agencia EFE, de adoptar códigos de conducta tendentes a transmitir el contenido del principio de igualdad), etc.

La situación que se describe encaja con lo que la profesora DARNACULLETA califica de intervención indirecta donde la autorregulación se incentiva para lograr la finalidad pública en cuestión: igualdad, erradicación de la violencia de género, etc.; o siguiendo a Julia Black estaría-

mos ante lo que ella califica de autorregulación “compelida” (*coerced self-regulation*). En cualquier caso, la intervención estatal básicamente se limita a establecer principios cuya concreción y sobre todo su supervisión y sanción se deja en manos de los agentes.

Al margen de las normas fundadas en principios, en el caso de las pocas normas que imponen obligaciones de hacer en materia de contenidos (p. ej. cuota de obras europeas), la cuestión se centra en determinar quién vigila y sanciona a quien incumple dichas obligaciones.

La segunda nota que caracteriza el sistema estatal, al menos en el contexto actual, es la práctica inexistencia de control público sobre los contenidos. No porque no existan limitaciones sobre los mismos, sino porque la Administración ha mantenido una actitud pasiva ante los incumplimientos de los agentes del sector. A ello ha contribuido sin duda la inexistencia de una Administración con poderes relevantes para supervisar el sector; lo que exige hace tiempo el Consejo de Europa y que sin embargo, ha tenido en nuestro país una resistencia inexplicable por parte de los agentes del sector. En concreto, en la recomendación del Consejo de Europa de 20 de diciembre de 2000 se instaba a los Estados a crear autoridades reguladoras del sector de la radiodifusión. Las directrices que facilita el Consejo de Europa sobre estas autoridades se engloban en dos categorías,

1. De tipo organizativo. Se insiste en la necesidad de que estas autoridades, sean independientes tanto del gobierno como de los grupos empresariales. Para ello se requiere financiación autónoma, nombramientos transparentes, mandatos irrevocables, etc.
2. De tipo competencial. Se exige que las mismas estén dotadas de competencias en materia de control de contenidos, con potestades reglamentarias y sancionadoras.

En el ámbito estatal hubo un primer intento fallido de lograr una Autoridad independiente, contemplada en un Proyecto de Ley en

2004, que no vio la luz. Sin embargo existen varias autoridades autonómicas como el Consejo Audiovisual de Cataluña o el Consejo Superior Andaluz del Audiovisual que poseen potestades sancionadoras, consultivas, etc. La atribución de este tipo de potestades a una Administración pública no es una cuestión unánimemente admitida. Entre la doctrina se han levantado reputadas voces (Andrés Betancor³⁹ o Joaquín Tornos⁴⁰) contrarias a atribuir a la Administración la vigilancia sobre la corrección constitucional de los contenidos audiovisuales. Entre los argumentos utilizados se encuentra la configuración vaga e imprecisa de los límites que se establecen, lo que de facto supone permitir a la Administración un amplio ámbito de discreción con el riesgo cierto de convertir el control administrativo en un supuesto de censura. En el caso de la LO 1/2004, integral contra la violencia de género, ésta habla por ejemplo de: “conductas favorecedoras de situaciones de desigualdad”, “tratamiento discriminatorio”, conceptos que la propia Ley no define dejándolo así en manos de la Administración, lo que implica que el contenido de un derecho fundamental corresponde en una medida importante a la Administración. En definitiva, apuestan porque el control lo realicen los jueces, no la Administración, al igual que ocurre en el caso de los derechos individuales.

Al margen de la polémica, la situación actual supone de facto la inexistencia de control público sobre el cumplimiento de las limitaciones impuestas en la Ley a los contenidos audiovisuales, con lo que implica de autocontrol privado de las conductas trasgresoras.

C) EL MODELO REGULATORIO PROPUESTO EN EL PROYECTO DE LEY DE 2009

Un panorama completamente diferente es que el pretende diseñar el Proyecto de Ley de 23 de octubre de 2009, y al que le deseamos la mejor de las fortunas posibles.

En cuanto a la concreción de los principios establecidos en las normas, la Administración adopta un papel más activo, y no se limita ya a

“fomentar” la autorregulación, sino que la impone. Es cierto que la obligación de establecer esos códigos no se realiza de forma clara, dado que se habla del “derecho a aprobar códigos” (art. 12), pero cabe deducirla sin problemas de las obligaciones que se imponen a la autoridad audiovisual en relación a los mismos: verificar su respeto a la normativa vigente (art. 12.2), supervisión de la misma y sanción por incumplimiento del mismo. Evidentemente, las consecuencias que acarrea la falta de respeto del código de autorregulación no puede quedar reducido a quien ha decidido voluntariamente elaborarlo, sino que, por el contrario, es la consecuencia lógica de considerar la elaboración del código como un derecho/deber.

Al margen de la imposición del deber de autorregularse, esta intervención se produce ex ante (estableciendo los objetivos a alcanzar) y ex post (verificando la adecuación de los códigos a estos objetivos). Ejemplos del control ex ante se aprecia por ejemplo en el art. 8.5 del Proyecto, donde se establece la obligación de que todos los productos audiovisuales posean una clasificación por edades y dejando su determinación en manos del “Código de Autorregulación de Contenidos Televisivos e infancia”; o en el art. 4.2 que establece que la “comunicación audiovisual debe respetar el honor, la intimidad y la propia imagen de las personas (...); “no debe incitar al odio o a la discriminación por razón de género o cualquier circunstancia personal o social y debe ser respetuosa con la dignidad humana y los valores constitucionales, con especial atención a la erradicación de conductas favorecedoras de situaciones de desigualdad de las mujeres” (..), etc.

En cuanto a las manifestaciones del control ex post, lo encontramos en el art. 12.2 in fine donde se afirma “cuando un prestador apruebe un código por sí sólo, en conjunto con otros prestadores, o se adhiera a uno ya existente, lo comunicará además de a las autoridades audiovisuales (...) la autoridad audiovisual verificará la conformidad con la normativa vigente y de no haber contradicciones dispondrá su publicación”.

Como se comprueba, este doble control ex ante y ex post es uno de los previstos por Adán Nieto⁴¹, y se encuentra reforzado con la coacción pública. Así, se considera infracción grave (art. 57.12): “El incumplimiento de los códigos de conducta a que se refiere el art. 12 de esta Ley”.

Si los códigos de autorregulación van a poseer unos efectos jurídicos tan significativos como la posibilidad de articular sanciones administrativas por su incumplimiento, es necesario incidir en el procedimiento de elaboración de los mismos para garantizar que se respeten los intereses privados afectados. Una de las cuestiones que la doctrina especializada ha puesto especialmente énfasis al analizar la autorregulación con efectos jurídicos, es cómo suplir la ausencia de legitimidad democrática que presentan las normas privadas, que no pueden alegar para sí la legitimación democrática de la Administración en base a su posición vicarial frente a la Ley. Este déficit, que ha sido desde el principio el caballo de batalla de la autorregulación (especialmente en el marco de la normalización técnica), se pretende cubrir con una intervención pública que garantice el acceso de todos los interesados a la estructura de la organización generadora de las normas, la transparencia en el procedimiento de adopción de éstas, etc. En este sentido, creo que hay que entender la referencia del art. 12 del Proyecto al “derecho de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual al aprobar códigos de conducta propios”, o bien adherirse voluntariamente a otros preexistentes. Al establecer libertad para decidir crear o adherirse a un código previo, se garantiza el respeto de los intereses de todos los sujetos eventualmente afectados por la imposición de la autorregulación por el legislador.

Al margen de la polémica sobre la legitimación democrática de estas normas privadas, lo cierto es que la autorregulación diseñada en el Proyecto posee importantes consecuencias jurídicas y no sólo sancionadoras. La eficacia pública de los códigos también está presente, por ejemplo, en el art. 9.3 del Proyecto al afirmar: “Cuando el contenido audiovisual con-

tradiga un código de autorregulación suscrito por el prestador, la autoridad requerirá a éste la adecuación inmediata del contenido a las disposiciones del código o la finalización de la emisión”, esto es, el incumplimiento del código de autorregulación habilita a la autoridad audiovisual a requerir el cese de su emisión.

Tras lo examinado hasta el momento podemos apreciar el cambio de situación que dibuja el Proyecto de ley de 2009. Frente a una autorregulación voluntaria aunque fomentada o impuesta indirectamente, nos encontramos ante una autorregulación impuesta, controlada, supervisada y sancionada por el poder público. Esto es, una autorregulación regulada.

En este modelo, y como complemento necesario al mismo, cobra protagonismo la Autoridad audiovisual, como Administración que centraliza en el ámbito estatal las principales competencias sobre el control de contenidos audiovisuales.

3. CONCLUSIÓN

La regulación de los medios audiovisuales ha generado un amplio debate cuyas ramificaciones políticas, sociales y económicas hemos descrito someramente. En el caso concreto del control de los mensajes que dichos medios producen y emiten, la polémica ha girado en torno al alcance del papel de los Estados en su supervisión, para lo que se han propuesto soluciones que van desde la mera autorregulación de los agentes del sector hasta una supervisión antes, durante y con posterioridad de la emisión de dichos mensajes.

En el caso concreto de nuestro país, estamos en un proceso de reelaboración de la respuesta pública sobre el control de los contenidos audiovisuales, plasmada en el Proyecto de Ley general de medios audiovisuales de 23 de octubre de 2009, de cuya aprobación y desarrollo esperamos mejores resultados en el terreno de la regulación pública de los medios que los conseguidos hasta ahora con la dispersa legislación actual.

NOTAS

1. A este respecto, y de manera más extensa se puede consultar las obras de Manuel CASTELLS, *La era de la información. Economía sociedad y cultura. Vol. 1 La sociedad red.*, Alianza, Madrid, 1996 y BERNARDO PANIAGUA, J.M., *El sistema de la comunicación mediática. De la comunicación interpersonal a la comunicación global*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
2. Zigmunt BAUMAN ha estudiado y reflexionado con extensión sobre los cambios que las nuevas tecnologías han provocado en el proyecto de Modernidad en Occidente en *La modernidad líquida*, FCE, México, 2003 y en *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*, Siglo XXI, Madrid, 2003.
3. Para comprender la importancia de la reestructuración tecnológica y la convergencia de tecnologías de la comunicación en los cambios del sistema audiovisual se puede consultar el texto de FERNÁNDEZ BEAUMONT, J., “La refundación del sector audiovisual”, en DÍAZ NOSTY, B., (dir.), *Medios de Comunicación. Tendencias 2006. El año de la Televisión*, Fundación Telefónica, Madrid, 2006.
4. Enrique BUSTAMANTE ha analizado con profundidad los cambios que la digitalización provoca en el sistema audiovisual y en las industrias culturales, con mención especial a artículo “Televisión digital: globalización de procesos muy nacionales”, en BUSTAMANTE, E. (coord.), *Hacia un nuevo sistema mundial de comunicación. Las industrias culturales en la era digital*. Gedisa, Barcelona, 2003. En esta misma línea que activa el debate sobre las expectativas de futuro en las que se mueven las sinergias entre sociedad y desarrollo tecnológico da la comunicación cabe citar la obra colectiva coordinada por FRANCÉS I DOMÉNECH, M., *Hacia un nuevo modelo televisivo. Contenidos para una Televisión Digital*, Barcelona, Gedisa, 2009.
5. Los terminales de telefonía móvil y las redes inalámbricas, que han sido responsables de un cambio radical la comunicación interpersonal y en la transferencia de datos, están protagonizando una nueva revolución en las formas de consumo audiovisual que ha sido analizada con extensión por Manuel CASTELLS, *Comunicación móvil y sociedad. Una perspectiva global*, Ariel, Barcelona, 2007.
6. En este sentido, Dennis MCQUAIL, en *Introducción a la teoría de la comunicación de masas*, Paidós, Barcelona, 2000, p. 214 se refiere a cinco factores de orden tecnológico que han de estar presentes en cualquier intento de regulación del sistema audiovisual: *el desarrollo tecnológico* a partir de la digitalización de las señales y de la codificación de los mensajes; *la proliferación del fenómeno de la convergencia* entre los medios a partir de las tecnologías que habilitan para la recepción de mensajes y señales; *la proliferación de medios de comunicación transnacionales o inter-estatales* que eliminan las fronteras legales y también las culturales; *la tendencia a la creación de conglomerados empresariales* multimedias que atraviesan fronteras y generan fuertes vinculaciones industriales y empresariales; y, finalmente, la incorporación de las tecnologías a los medios de comunicación a partir del *desarrollo económico del mercado del consumo audiovisual* o cultural, de manera que el desarrollo de los medios se desvincula del consenso social respecto al concepto de función pública o de servicio público.
7. La Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007 por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva tiene, de hecho, muy en cuenta las consecuencias de los cambios tecnológicos sobre la producción difusión y consumo de medios audiovisuales. Así, en la primera de las consideraciones iniciales de la citada directiva se indica que: “[...] las nuevas tecnologías incorporadas a la transmisión de servicios de comunicación audiovisual hacen necesaria una adaptación del marco regulador que refleje los efectos de los cambios estructurales, la difusión de las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC) y la evolución tecnológica en los modelos de negocio (...)”, Párrafo 1º del “Considerando”.
8. La implantación de la Televisión Digital Terrestre es un reciente y buen ejemplo de la interconexión entre modelos de regulación y proceso de implantación de tecnologías de la comunicación. A este respecto, Enrique BUSTAMANTE analiza con detalle el cruce de interés que conecta estos dos procesos y los complejos factores que afectan a nivel mundial en la implantación de estándares de tecnología Digital en “Modelos internacionales de TDT: la política y los lobbies pueden frustrar las expectativas de diversidad”, Diálogos de la comunicación, nº. 77, 2008. Por otra parte, el mismo E. BUSTAMANTE en “Amenazas y posibilidades del sistema audiovisual europeo en la era digital”, Cuadernos de información, nº. 23, 2008, pp. 82-95 se refiere al intento desde intereses económicos por reconstruir nuevas formar de dominio y de control a partir del proceso de implantación de la TDT, incluso a costa de la implantación de productos y tecnologías no adecuadamente testeadas.

9. Este aspecto es analizado en profundidad por BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 2002, pp. 25-26.
10. Vid. HABERMAS, J., *Ciencia y técnica como "ideología"*, Editorial Tecnos, Madrid, 1994, p. 106.
11. A este respecto Vid. MATTELART, A., *La mundialización de la comunicación*, Paidós, Barcelona, 1998 y *Historia de la sociedad de la información*. Paidós, Barcelona, 2002.
12. MATTELART, A., *La mundialización...*, op. cit, p. 105.
13. Ver a este respecto WRIGHT, C.R., "Functional Analysis and Mass Communication", en BLUMLER, J.G/ KATZ, E., (comps.), *The Uses of Mass Communications*, Sage Publications, London, 1974, pp. 197-212.
14. Mauro Wolf pone en conexión el modelo de análisis socio-comunicativo con el proyecto de desarrollo social que se traslada haciendo hincapié en el marco histórico-económico en el que se desarrollan los enfoques teóricos en *La investigación de la comunicación de masas*, Paidós, Barcelona, 2000, pp. 72 y ss.
15. A este respecto son interesantes las apreciaciones de DE FRANCISCO, A., *Sociología y cambio social*, Ariel, Barcelona, 1997.
16. Ver en este sentido ÁLVAREZ-URÍA, F./VARELA, J., *Sociología, capitalismo y democracia*, Ediciones Morata, Madrid, 2004, pp. 370-371.
17. Textos que de referencia para la comprensión del pensamiento crítico sobre los medios de comunicación son ADORNO, T./HORKHEIMER, M., *Dialéctica de la Ilustración*. Trotta, Madrid, 2003; MARCUSE, H., *El hombre unidimensional*, Ariel, Barcelona, 1998; y HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa. Crítica de la razón funcionalista*, Taurus, Barcelona, 1998.
18. Manuel CASTELLS en su reciente trabajo *Comunicación y poder*, Madrid, Alianza, 2009, analiza las transformaciones que se han producido en la industria global de los medios de comunicación y el papel que los medios han tenido en los acontecimientos más recientes que han afectado de manera global al planeta en el siglo XXI, su papel perverso en muchos momentos promoviendo la desinformación y la manipulación social.
19. Díaz Nosty indica en este sentido que: "El desarrollo de la comunicación en la última década ha pasado de una etapa de seducción e ilusión tecnológica a otra de naturaleza económico-especulativa. El asentamiento de un modelo sostenible, en términos de mercado y de su ubicación en una sociedad democrática avanzada, pasa necesariamente por la producción de contenidos y servicios para los nuevos soportes. Y es en este estadio donde deben crearse interfaces entre el mercado y la sociedad civil, lógicamente a través de las instituciones del Estado de derecho, de modo que la tendencia oligopolística en el sector de la explotación digital no acentúe la aparente tendencia al secuestro de derechos que, inequívocamente, pertenecen al plano cívico de los consumidores de los medios", en "La nueva oligarquía digital. Algo más que concentración económica", *Temas*, nº. 67, 2000, p. 40.
20. COM (2001) 428 final, 23.
21. Sobre este punto vid. VERBRUGGEN, P., "Does co-regulation strengthen EU legitimacy?", *European Law Journal*, vol. 15, nº 4, Julio de 2009, pp. 425 y ss.
22. Una extensa recopilación de los mismos en el estudio realizado para la Comisión Europea por el Hans Bredow Institute for Media Research, "Study of Co-regulation Measures in the Media Sector", Final Report (2006), pp. 20 y ss.
23. ATIENZA, M., *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997, p. 28, delimita cinco niveles de racionalidad en la ley: una racionalidad lingüística, referida al mensaje; una racionalidad jurídico-formal "pues la ley ha de insertarse armónicamente en el ordenamiento"; una racionalidad teleológica, pues la "ley tendría que alcanzar los fines sociales perseguidos" y una racionalidad ética, que presupone una serie de valores que debieran de ser objeto de justificación ética. La referencia que en este punto se realizan en cuanto a la eficacia de la regulación, viene referida precisamente a lo que este profesor califica de racionalidad teleológica, es decir, la capacidad de lograr los objetivos sociales.
24. VIETOR así lo ha manifestado: "La regulación es una solución política para el fracaso de los mercados y de las instituciones para servir al interés público", en la obra de HAYES, S.L, *Wall Street and regulation*, Harvard Business School Press, Boston, MA, 1987, p. 53.

25. CALSAMIGLIA, A, “Justicia, eficiencia y optimización de la legislación”, DA, nº 218, 1989, pp. 113 y ss.
26. Eva Hüpkes las ha sintetizado en: flexibilidad, rapidez, carácter técnico (“expertise”), aceptación, relación coste-beneficio y su aplicación más allá de las fronteras nacionales, vid. “Regulation, Self-Regulation or Co-regulation?”, *Journal of Business Law*, nº 5, 2009, p. 429.
27. DARNACULLETA I GARDELLA, M., “La autorregulación y sus formas como instrumentos de regulación de la economía”, *RGDA*, nº 20, 2009, p. 18.
28. DARNACULLETA I GARDELLA, M., “La autorregulación y sus...”, op. cit., p. 16.
29. Al cierre de este artículo el Proyecto de Ley comentado acababa de ser remitido al Senado para su aprobación.
30. BLACK, J., “Constitutionalising self-regulation”, *The Modern Law Review*, nº 59, 1996, p.24 y recogida entre otros por DARNACULLETA I GARDELLA, M., “La autorregulación y sus...”, op. cit., p. 16; ARROYO JIMÉNEZ, L. /NIETO MARTÍN, A., *Autorregulación y sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 26-27.
31. ARROYO JIMÉNEZ, L. /NIETO MARTÍN, A., *Autorregulación y sanciones*, op. cit., p. 27.
32. DARNACULLETA I GARDELLA, M., “La autorregulación y sus...”, op. cit., p. 23 y *Autorregulación y Derecho público: autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 396 y ss.
33. NIETO MARTÍN, A., “Autorregulación, compliance y justicia restaurativa”, en *Autorregulación y sanciones*, op. cit., p. 88-89.
34. Entre ellas se encontrarían por ejemplo, la previsión contenida en el art. 17.2 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, más conocida como televisión sin fronteras, que establece de manera taxativa que las emisiones de televisión no incluirán programas o mensajes de cualquier tipo que puedan perjudicar el desarrollo físico o mental o moral de los menores, a no ser que se emitan entre las 22 horas y las 6 horas del día siguiente.
35. Entre estas por ejemplo, la prevista en el art. 5 de la Ley de televisión sin fronteras que obliga a reserva el 51% de la emisión anual a la difusión de obras europeas.
36. En el caso de la violencia de género, la ley integral contra la violencia de género ha establecido principios que han de orientar la labor de los medios. Un ejemplo, lo constituye el art. 14 de la Ley en relación al tratamiento informativo de la violencia de género que establece: “La difusión de informaciones relativas a la violencia sobre la mujer garantizará, con la correspondiente objetividad informativa, la defensa de los derechos humanos, la libertad y dignidad de las mujeres víctimas de violencia y de sus hijos. En particular, se tendrá especial cuidado en el tratamiento gráfico de las informaciones”.
37. A esta cuestión ha dedicado el profesor Andrés BOIX PALOP, significativas aportaciones, entre otras por ejemplo: “Transformacions en l’ecosistema mediàtic i noves pautes de regulació administrativa del fet audiovisual”, *Quaderns del CAC*, nº. 29, 2007 (Ejemplar dedicado a: Regulació i canvi en l’audiovisual), pp. 35-49 o “La traslación de pautas de control público al nuevo audiovisual de proximidad”, *RGDA*, nº 14, 2007, a las que nos remitimos.
38. Ejemplos tomados de MONTIEL ROIG, G., “Qué contenido generan violencia y desigualdad de género? Una aproximación a la regulación y la autorregulación de los medios de comunicación”.
39. En “¿Están justificadas las autoridades administrativas de control del contenido de las emisiones? La experiencia norteamericana”, *Revista Catalana de Dret Public*, nº 34, 2007, pp. 68 y ss.
40. *Autoridades de regulación de lo audiovisual*, Marcial Pons, Barcelona, 1999.
41. NIETO MARTIN, A., “Autorregulación, compliance, ...”, op. cit.

Fecha de recepción: 28 de enero de 2010

Fecha de aceptación: 1 de febrero de 2010

RESUMEN

La mediación se ha convertido en los últimos tiempos en el mecanismo más idóneo para la resolución de los conflictos de familia. Los conflictos que en el ámbito privado surgen entre los miembros de una familia son objeto de regulación en la Ley Andaluza de Mediación Familiar. No obstante, esta norma pone una vez más de manifiesto que la ausencia de criterios comunes en esta materia y la consideración de la mediación como mecanismo global de solución de conflictos reclaman una Ley Nacional de Mediación, no centrada exclusivamente en el ámbito familiar.

PALABRAS CLAVE

CONFLICTOS DE FAMILIA, MEDIACIÓN FAMILIAR, RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS, EL MEDIADOR, CONTRATO DE MEDIACIÓN, PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN, ACUERDO DE MEDIACIÓN

ABSTRACT

Mediation has in recent times become the most appropriate mechanism for resolving family conflicts. Conflicts that arise in private among family members is regulated by the Andalusia Family Mediation Act (Ley Andaluza de Mediación Familiar). However, this regulation makes clear once again that the absence of common criteria in this matter, and consideration of mediation as a global mechanism for conflict resolution, calls for a National Mediation Act, not focused exclusively on the family.

KEY WORDS

FAMILY CONFLICTS, FAMILY MEDIATION, CONFLICT RESOLUTION, THE MEDIATOR, MEDIATION AGREEMENT, MEDIATION PROCEEDINGS, MEDIATION AGREEMENT

LA MEDIACIÓN Y LOS CONFLICTOS DE FAMILIA A LA LUZ DE LA LEY ANDALUZA DE MEDIACIÓN FAMILIAR

Carmen Sánchez Hernández

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Málaga

Sumario: 1. La mediación como sistema de resolución de los conflictos de familia en Andalucía. 2. El concepto de mediación familiar en la Ley Andaluza. 3. El objeto de la mediación familiar. 4. Los sujetos de la mediación: A) Las partes en conflicto; B) La figura del mediador: a) El mediador entre la actuación formal y material; b) El mediador como profesional especializado; c) El mediador en LAMF. 5. El contrato de mediación. 6. Duración del procedimiento de mediación. 7. El acuerdo de mediación. 8. La mediación familiar a análisis. 9. Cuestiones fundamentales a examen.

1. LA MEDIACIÓN COMO SISTEMA DE RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE FAMILIA EN ANDALUCÍA

La familia tradicional y los nuevos modelos son fuentes de conflictos que superan el ya clásico y estricto ámbito de las habitualmente denominadas crisis familiares y de pareja¹. El modelo tradicional de familia, caracterizado por las notas de estabilidad y continuidad, ha dado paso a otro en el que los cambios profundos y acelerados han provocado importantes modificaciones que afectan a las formas de familia y a sus elementos estructurales; lo que perfila la propia naturaleza del conflicto, el cual es consustancial a las relaciones humanas y de familia². Sin embargo, en todos ellos está presente un elemento: la necesaria continui-

dad de las relaciones entre los miembros que constituyen la familia, en su nueva estructura organizativa.

Prueba de ello es la reciente Ley Andaluza de Mediación Familiar (LAMF) en la que se defiende un concepto amplio de conflictividad en el seno de la familia. En efecto, en ella se admite que la mediación familiar no es sólo un instrumento para gestionar y solucionar los conflictos derivados de las situaciones de separación, ruptura de pareja o divorcio, sino que existen otras situaciones que generan también conflicto en el seno de la estructura familiar³. Los distintos tipos de familia generan diferentes situaciones y problemáticas conflictuales; lo que va a derivar en diversas actuaciones por parte del profesional en mediación. La fórmula genérica utilizada por la LAMF da cabida, a diferencia de otras normas autonómicas, a

todos los conflictos que en el seno de una familia pueden plantearse, ya se trate de familias típicas o atípicas⁴.

Muchos de estos conflictos quedan en la actualidad fuera del ámbito de los hasta ahora existentes procedimientos de familia, los cuales han demostrado reiteradamente su escasa virtualidad práctica respecto de los casos legalmente previstos por estar basados en el clásico esquema del culpable-inocente⁵. El mecanismo que trate de solucionar los llamados conflictos de familia debe adaptarse a las necesidades derivadas de la naturaleza de la propia familia, tal y como hoy en día debe ser ésta entendida en sus diferentes formas y modalidades. Nunca la familia debe ser sometida al sistema de resolución judicial, razón por la cual, la mediación como fórmula flexible de resolución de conflictos es el medio idóneo para dar solución a muchos de los conflictos que en este ámbito se plantean.

Incluso los conflictos de familia que cabe calificar como “tradicionales” entre padres e hijos, es decir, los derivados del ejercicio de la responsabilidad parental adquieren hoy en día una nueva dimensión. Tal es el caso de la responsabilidad que de hecho es asumida por los miembros de parejas reconstituidas respecto de los hijos de sus cónyuges. Como bien es sabido, la Ley del divorcio supuso el reconocimiento jurídico de matrimonios sucesivos en los que los hijos conviven con personas que no son sus padres ni madres biológicas.

Por su parte, la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, y que constituye el fortalecimiento de la autonomía de la voluntad de los particulares⁶, ofrece nuevas soluciones en aras a superar este modelo y entre ellos se encuentra la mediación⁷. Esta aparece como un sistema de gestión y resolución pacífica de conflictos que debemos hacer extensivo no sólo a los conflictos familiares derivados de las crisis matrimoniales o de pareja, sino a todos los que pueden suscitarse en su seno, en la medida en que toda situación de convivencia es generadora de controversias⁸. Sin embargo, la citada

Ley en su preámbulo introduce la mediación familiar “con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia” intentado “mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor”, configurándola “como recurso voluntario alternativo de resolución de los litigios familiares por vía del mutuo acuerdo, con la intervención de un mediador imparcial y neutral”⁹.

La oportunidad de suspender el proceso porque las partes soliciten al juez el sometimiento de su caso a mediación y que el juez en el auto en el que resuelve la petición no pueda rechazarla, alegando que la causa es desconocida o que entiende que el motivo por el que se pide es subjetivamente no procedente¹⁰, debe ser valorado como un paso importante en aras a la promoción y consolidación de la mediación en nuestro país¹¹, que ahora cuenta con un reconocimiento expreso por parte del Estado.

No obstante, se ha dicho que, la reforma introducida por esta norma en materia de mediación “se queda corta”¹², en la medida en que el recurso a este procedimiento condiciona la voluntad de las partes y no la discrecionalidad del juez¹³. Por ello, se ha defendido que es necesaria una interpretación generosa, que sea acorde con la experiencia internacional y los principios europeos, sugiriendo al menos la obligatoriedad de una sesión informativa, la cual no lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 C.E.), sino que lo potencia, al posibilitar una solución “justa” para las partes¹⁴.

Sin embargo, todas las medidas legislativas y materiales adoptadas hasta el momento, como son el incremento del número de juzgados, la inversión en edificios, así como en medios materiales y humanos, no han encontrado respuesta en una sociedad que por naturaleza tiende al litigio¹⁵.

Podemos decir que la sociedad española no es consciente de su propia capacidad para dar solución, sin necesidad de un juicio, a muchos de los conflictos o problemas que se suscitan

diariamente por razones de convivencia. Y menos aun, de lo inadecuada que es esta vía cuando de cuestiones de familia se trata.

Es necesario desarrollar una cultura, en la que el ciudadano sea consciente de que los tribunales no son el medio habitual o natural en el que los conflictos deben dirimirse. A ellos deben ser conducidos exclusivamente aquellos conflictos que no puedan tener una solución razonable, siendo imprescindible someterlos a una decisión judicial en proceso contradictorio¹⁶. Pero, para ello deben confluír una serie de circunstancias:

1ª. El ciudadano debe ser consciente de su poder de autorregulación, es decir, de su capacidad para resolver conflictos.

2ª. La articulación de una serie de medios adecuados que eviten tener que acudir a la función jurisdiccional.

3ª. El conocimiento por parte del ciudadano de la existencia de estos medios.

4ª. La toma de conciencia de que la solución que a través de estos medios se puede lograr es tan justa, si no más, que aquella que se obtendría mediante una resolución judicial.

Este proceso tendría como consecuencia dejar a la función jurisdiccional, exclusivamente, aquellos conflictos en los que existan:

1º. Una verdadera discrepancia en la apreciación de los hechos.

2º. Importantes diferencias de criterio en el proceso de interpretación y aplicación del Derecho¹⁷.

Asimismo, hay que tener presente que los llamados conflictos de familia en la actualidad deben ser analizados atendiendo, sobre todo, a los nuevos elementos que se han introducido:

- a) Por el cambio en la propia estructura de la familia, la cual no responde al esquema clásico de matrimonio heterosexual con hijos.
- b) Por la incorporación de variables sociales: la integración de la mujer en el mundo laboral y la consiguiente reducción de tiempo y asistencia a la prole y

vida familiar en general, la mayor intervención de los familiares y ajenos en la educación y asistencia de los hijos, la influencia que las nuevas tecnologías, utilizadas en principio como medio de distracción, ejercen en la formación de los hijos.

- c) Por la configuración y forma de entender actualmente el Derecho de Familia, en el que se otorga una mayor capacidad de autoorganización a los sujetos en orden a gestionar sus intereses familiares.

En consecuencia, cuando se defiende la virtualidad práctica de la mediación como mecanismo de resolución de los conflictos de familia, es necesario tener presentes todas estas realidades y no circunscribir la mediación a los estrictos problemas de pareja o como mecanismo alternativo al proceso contencioso. Este es uno de los ámbitos en los que la mediación es el sistema adecuado, pero los conflictos de familia abarcan más que los exclusivamente derivados de la ruptura de una pareja, ya sea matrimonial o de hecho¹⁸.

Cuando se hace referencia a estos conflictos de familia no tradicionales, hay que destacar que entre las peculiaridades de algunos de ellos se encuentra la situación de desequilibrio de poderes. Piénsese, por ejemplo, en los supuestos de violencia doméstica y de género¹⁹ y los conflictos intergeneracionales (personas mayores y en situación de dependencia).

En cualquier caso, aun cuando los llamados conflictos de familia participan de las características propias o definitorias de cualquier controversia, sí el perfil de las relaciones familiares las dota de algunas notas singulares²⁰:

1ª. El conocimiento recíproco de los miembros de la familia permite tener herramientas para construir relaciones positivas o negativas.

2ª. Los conflictos familiares tienen en común una historia compartida.

Los conflictos que puedan surgir entre los “miembros de una familia o grupo convivencial” son motivados por los recursos y las necesidades psicológicas, pudiendo ser bien in-

terpersonales (entre los miembros de la pareja) o intragrupales (entre los miembros de una familia)²¹

Ahora bien, la desjudicialización del conflicto no puede ser entendida como un actuar al margen de lo que sea legalmente correcto, sino como un actuar fuera de los Tribunales conforme a lo legalmente correcto. Sin embargo, estimo que en la actualidad la interrelación entre Administración de justicia y mediación es excesiva.

2. EL CONCEPTO DE MEDIACIÓN FAMILIAR EN LA LEY ANDALUZA

La cuestión de definir qué se entiende por mediación ya ha sido catalogada como una “tarea no sencilla”²², sobre todo cuando se circunscribe exclusivamente al ámbito familiar. Mucho se ha escrito ya sobre este tema en nuestro país a raíz de la publicación de las diferentes Leyes o normativas autonómicas, centradas hasta ahora en la mediación familiar²³, salvo la reciente Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de la Generalitat de Catalunya, la cual tiene un ámbito de aplicación mucho más amplio, ya que se aplica tanto a los conflictos familiares, como a conflictos privados que puedan conocerse en un proceso judicial²⁴ y que se caracterice porque se haya roto la comunicación personal entre las partes, si estas deben mantener relaciones en el futuro (art. 2.2)²⁵.

Habitualmente, cuando se intenta definir la mediación, es posible acudir a un concepto bien legal o doctrinal (jurídico o psicológico), pero si se pretende considerar la mediación como materia interdisciplinar, alejada de perfiles profesionales, es preciso admitir que no es más que un mecanismo cuyo principal propósito es favorecer la prevención, la gestión y la resolución pacífica de conflictos. En concreto, la mediación no es más que una manera o forma de gestionar o intentar resolver un conflicto²⁶.

Las dificultades para encontrar un concepto, lo que por otro lado tampoco es del todo necesario e imprescindible, derivan de la naturaleza interdisciplinar de la materia o institución, la influencia que a la hora de ofrecer un concepto general de la misma pueda llegar a tener la profesión de la cual se proceda²⁷, así como de los diferentes modelos de mediación existentes —tradicional de Harvard, narrativo y transformativo—²⁸.

Por lo que, y en el concreto ámbito familiar, al intentar definir la mediación no debe ser entendida como un mecanismo subordinado al servicio de la separación o del divorcio, sino como medio de resolución de cualquier tipo de conflicto familiar, en el que se busca potenciar el bienestar del grupo familiar, atendiendo al interés de las personas menores de edad y en situación de dependencia (art. 7 LAMF).

La Ley de Mediación Andaluza define en su artículo 2 la figura diciendo que: “*a efectos de la presente Ley, se entiende por mediación familiar el procedimiento extrajudicial de gestión de conflictos no violentos que puedan surgir entre miembros de una familia o grupo convivencial, mediante la intervención de profesionales especializados que, sin capacidad de decisión sobre el conflicto, les asistan facilitando la comunicación, el diálogo y la negociación entre ellos, al objeto de promover la toma de decisiones consensuadas en torno a dicho conflicto*”²⁹. Se trata de una definición esencialmente descriptiva, que gira en torno a la figura del mediador, en consonancia con la recogida en otros textos legislativos autonómicos³⁰.

La finalidad de la mediación es “la gestión de conflictos no violentos que pueden surgir entre miembros de una familia o grupo convivencial”. Utiliza, por lo tanto, una fórmula amplia, por genérica del tipo de conflicto susceptible de ser sometido a mediación familiar, olvidando viejos modelos centrados en las crisis de pareja o familiares.

De este precepto cabe deducir los elementos que integran, no definen, la mediación:

1º. La mediación es un procedimiento extrajudicial.

2º. La mediación parte de la existencia de un conflicto, el cual debe ser “no violento”.

3º. La mediación exige la intervención de un tercero profesional especializado.

4º. El tercero asiste a las partes en conflicto para facilitar:

- a. la comunicación
- b. el diálogo
- c. la negociación

5º. El tercero promueve la toma de decisiones consensuadas (acuerdos).

Delimitada como procedimiento, exige su desarrollo en diversas fases, tendentes a facilitar, no a perseguir incondicionalmente, la toma de acuerdos, mediante la intervención del agente mediador que ayuda a las partes a resolver y gestionar el conflicto de forma consensuada, lo que pone de manifiesto su clara intención de evitar el inicio de los procesos judiciales de naturaleza contenciosa o, en su caso, dar por terminados los que ya han sido iniciados. El hecho de que la mediación sea configurada como “proceso o procedimiento”, términos no del todo correctos, dotada de una estructura concreta, no es obstáculo para la defensa de la flexibilidad por la que toda mediación, y sobre todo en temas familiares, debe estar presidida. En este “procedimiento” no hay plazos procesales, es un procedimiento informal, susceptible de ser adaptado a las necesidades reales de las partes en conflicto, a la naturaleza de cada caso en particular y en este sentido debe ser interpretada la limitación temporal del procedimiento de 3 meses (art. 24 LAMF). De ahí la posibilidad de que en mediación quepa hablar de un tiempo cronológico, susceptible de ser medido o no, y de un tiempo psicológico, condicionado por las características o peculiaridades de las partes en conflicto.

La figura del mediador, entendido como un profesional especializado, no aparece como la pieza clave del proceso, sino como sujeto que asiste a las partes en conflicto, que son al fin y al cabo, los verdaderos protagonistas del proceso, con la exclusiva finalidad de promover la toma de acuerdos consensuados, ya sea

de la totalidad de los conflictos o de parte de ellos, no siendo esto último un dato relevante de cara a la evaluación positiva o negativa de la mediación practicada. En este art. 2 no se hace referencia a las características que debe reunir el mediador, salvo en lo referente a su profesionalidad, lo que pone de manifiesto la importancia de la regulación administrativa de la actividad de la mediación por parte de sujetos que acrediten su formación específica en estos temas.

Asimismo, insiste en el carácter no violento del conflicto, cuestión esta del todo criticable, pues no se debe, en materia de violencia doméstica y de género, mantener con carácter general la exclusión de la mediación como medio de intervención para el restablecimiento del equilibrio y la igualdad³¹.

El objeto de la mediación se centra en los conflictos que puedan surgir entre los “miembros de una familia o grupo convivencial”, lo que, a diferencia de otras normativas autonómicas, provoca una ampliación del campo de actuación de la mediación, extendiéndola a conflictos no estrictamente de pareja (matrimonial o de hecho).

La mediación familiar para la Ley Andaluza es un procedimiento extrajudicial de gestión de conflictos no violentos que surgen en el ámbito familiar o grupo convivencial, mediante la intervención de un profesional especializado, libremente elegido por las partes y que les ayuda en el ejercicio de su autonomía de la voluntad a tomar decisiones. Con la expresión “ayuda” se pone de manifiesto que la mediación no es una fórmula caracterizada por un mayor o menor grado de eficacia, sino que a través de la misma lo que se pretende es “asistir, apoyar o favorecer” para que las partes realicen un recorrido en el que redefinan un conflicto irresoluble como resoluble, reconociéndose a sí mismas como sujetos competentes para ello. Tomar decisiones no tiene por qué implicar un acuerdo; basta que las partes en conflicto hayan aprendido a reajustar sus propias creencias, expectativas y las relaciones que deben seguir manteniendo dentro del lugar que ocupan en la estructura organizativa de la familia;

lo que supone, además, una garantía de cara a la resolución de conflictos futuros de una forma autónoma, independiente y eficaz, sin intervención del mediador.

La mediación regulada por la LAMF, centrada en el ámbito de los conflictos familiares, es una mediación jurídica por las siguientes razones:

1ª. Es una mediación definida por ley.

2ª. Los mediadores (profesionales especializados) son miembros de colegios profesionales legales.

3ª. Los jueces deben aprobar los acuerdos alcanzados en la mediación.

4ª. Los abogados de las partes en muchas ocasiones intervienen en las sesiones de la mediación, sobre todo, cuando la misma es intrajudicial.

5ª. La mediación viene obligada por un contrato o promesa de mediación³²

6ª. La mediación establece la titularidad de uno o varios derechos³³.

En cualquier caso, a partir de las definiciones ensayadas por las diferentes legislaciones autonómicas, es posible deducir que sí existe una unidad en torno a los siguientes elementos que ayudan a definir este mecanismo:

1º. Parte de la existencia de un conflicto.

2º. Que nace entre personas.

3º. En el cual interviene un tercero que no toma decisiones.

4º. Tercero que facilita los acuerdos entre las personas participantes en el conflicto.

El conflicto existe cuando las partes perciben que sus intereses o necesidades parecen incompatibles. La mediación es un sistema de negociación asistida, mediante el cual las partes involucradas en el conflicto intentan resolverlo por sí mismas con la ayuda de un tercero imparcial, que actúa como conductor de la sesión, ayudando a las personas que participan en la mediación a encontrar una solución que sea satisfactoria para ambas partes.

Cuando escuchamos el término conflicto tendemos a considerarlo como algo negativo que hay que evitar y en muchos casos eludir. Sin embargo, el conflicto es un rasgo inevitable de las relaciones sociales, por lo que resulta más idóneo admitir que todo conflicto puede adoptar un curso constructivo o destructivo y que por lo tanto la cuestión estriba no tanto en eliminarlo o prevenirlo, sino en saber asumirlo y enfrentarse a él con los recursos suficientes para que todos los sujetos involucrados en el mismo salgan lo más enriquecidos posible de él³⁴.

Ante todo, y para afrontar el tema de la resolución de conflictos, es necesario partir del principio de que todo conflicto tiene funciones y valores positivos. No solamente evita los estancamientos, estimula el interés y la curiosidad, sino que es la raíz del cambio personal y social, ayudando a establecer las identidades tanto individuales como grupales. Ayuda a aprender nuevos y mejores modos de responder a los problemas, a construir relaciones mejores y más duraderas así como conocernos mejor a nosotros mismos y a los demás. Cuando el sujeto llega a experimentar los beneficios de una resolución de conflictos positiva, aumenta la probabilidad de que alcance nuevas soluciones positivas en los que se susciten en el futuro³⁵.

Sin embargo, hay que ser conscientes de otra realidad, a saber, el conflicto también puede adoptar derroteros destructivos, que conducen a círculos viciosos que perpetúan las relaciones antagónicas.

A raíz de esto, la cuestión que hay que plantearse es la siguiente: ¿qué influye en que un conflicto adopte un camino u otro? Para aprender del conflicto y cambiar patrones es necesario, como bien ha reiterado en numerosas ocasiones ALZATE SÁEZ de HEREDIA³⁶, cuatro cosas:

1ª. Tomar conciencia.

2ª. Buena disposición.

3ª. Habilidades.

4ª. Apoyo consistente.

3. EL OBJETO DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

La mediación familiar puede ser utilizada como mecanismo para la gestión de aquellos conflictos que dentro del ámbito familiar permitan el juego del principio de la autonomía de la voluntad de las partes³⁷. Sin embargo, no basta con ello. En efecto, puede acontecer que, tratándose de conflictos susceptibles por su naturaleza de ser sometidos a mediación, en el caso concreto, por el perfil y características del conflicto específico, no sea este el medio más idóneo de resolverlo. Se trata de precisar el campo específico de la mediación, diferente del asesoramiento jurídico, de la orientación y la terapia familiar³⁸.

Por lo tanto, ante un conflicto hay que tener presentes dos cuestiones fundamentales:

1ª. Si es susceptible de ser sometido a mediación, atendiendo al ámbito de aplicación del principio de autonomía de la voluntad, es decir, la disponibilidad del objeto, pues las partes pueden alcanzar un acuerdo común, que no les vincula, precisamente porque el objeto del acuerdo es indisponible.

2ª. Si las características del conflicto concreto permiten la viabilidad de la mediación como mecanismo para la resolución, ya que, de no ser así, tratándose de un conflicto mediable, el medio de intervención no es el adecuado.

El ámbito material de aplicación de la mediación familiar en la Ley Andaluza es objeto de desarrollo en el art. 3, en el que no solamente se especifican los conflictos susceptibles de ser sometidos a mediación, sino que exige que deben ser cuestiones sobre las que las partes tengan poder de decisión, es decir, la mediación solamente puede recaer sobre materias de derecho disponible, por lo que únicamente en aquellos sectores en que los particulares tienen la posibilidad de regular sus propios intereses, es en donde la mediación puede ser efectiva, siendo excluidas de la misma todas las cuestiones de naturaleza imperativa que están vedadas a la autonomía de la voluntad de las

partes y respecto de las cuales los particulares no pueden adoptar una decisión contraria al mandato legal³⁹.

De lo anterior se infiere que, para saber en torno a qué cuestiones pueden o no los particulares, actores del conflicto, tomar sus propias decisiones es necesario tener un exhaustivo conocimiento del Derecho de Familia. De no ser así, se puede llegar a un acuerdo en torno a una materia de derecho imperativo, que aunque se trate de una decisión consensuada será contrario al mandato legal, por lo que no podrá ser, en su caso, objeto de homologación judicial.

En concreto, el art. 3 LAMF enumera las cuestiones que pueden ser derivadas a mediación, ofreciendo una lista de materias que podemos interpretar como abierta en la medida en que la norma habla de *“conflictos que en el ámbito privado surjan entre los sujetos”* legalmente establecidos en la propia norma y *“siempre que guarden relación con los siguientes asuntos”*:

- a. Los procedimientos de nulidad matrimonial, separación y divorcio⁴⁰.
- b. Las cuestiones relativas al derecho de alimentos y cuidado de personas en situación de dependencia.
- c. Las relaciones de las personas menores de edad con sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, personas tutoras o guardadoras.
- d. El ejercicio de la patria potestad, tutela⁴¹ o curatela.
- e. Los conflictos derivados del régimen de visitas y comunicación de los nietos y nietas con sus abuelos y abuelas.
- f. Los conflictos surgidos entre la familia adoptante, la biológica y la persona adoptada en la búsqueda de orígenes de ésta.
- g. Los conflictos surgidos entre la familia acogedora, la biológica y la acogida.
- h. La disolución de parejas de hecho.

Como características propias o comunes a todos estos conflictos, unidos por la peculiaridad

dad de “ser familia”, junto con el conocimiento cotidiano de los miembros de la familia que permite tener herramientas suficientes para construir relaciones positivas o para destruir de un modo extremo, dada la información privilegiada que se tiene y por el hecho de tener en común una historia compartida, se pueden mencionar las que siguen⁴²:

1ª. Las partes tienen necesidades psicológicas particulares y los desencadenantes del conflicto no suelen estar relacionados con el problema básico subyacente que es la auténtica causa del conflicto.

2ª. La percepción del conflicto y el papel de los participantes no implicados son también importantes parámetros de los conflictos familiares e interpersonales.

3ª. El conflicto familiar es el que más perdura a lo largo del tiempo, aunque se transforme en su estructura, pero las personas que lo componen cambian y los ciclos que atraviesa la familia también.

4ª. Los conflictos familiares pueden recaer tanto sobre elementos tangibles, como intangibles, afectando las disputas tanto a las necesidades personales como a las sociales, a las necesidades psicológicas, no sólo de los sujetos en disputa, sino de los otros afectados por la disputa, como pueden ser los demás miembros de la familia.

Las peculiaridades de los conflictos de familia permite pensar, asimismo, que atendiendo al tipo de controversia así será la intervención en mediación. Pensemos, por ejemplo, en la mediación familiar en sede de adopción. En este caso concreto, la mediación familiar no inicia ningún tipo de acción de averiguación de la filiación, es decir, no cumple funciones de investigación, sino que la preparación de las partes queda vinculada exclusivamente al hecho del encuentro⁴³

En términos generales cabe considerar que las materias sometidas a mediación, siempre y cuando sean disponibles, generarán, en su caso, pactos que tengan bien un alcance personal (ya afecten a los cónyuges, hijos o parientes); o bien, aquellos que tienden a regular

aspectos económicos (pensión alimenticia, uso de la vivienda familiar, pensión compensatoria, liquidación del régimen económico, cambio de vivienda, obligaciones fiscales, etc.).

Por último y en relación al ámbito objetivo de la LAMF es preciso constatar la ausencia de referencia alguna a la reconciliación como uno de los resultados que se pueden alcanzar con la mediación familiar⁴⁴.

La cuestión de la reconciliación como objeto de la mediación familiar ha sido objeto de debate⁴⁵. Los que se oponen a ella alegan que la reconciliación es una materia ajena a la mediación y que la identificación de ésta con la búsqueda de la reconciliación como primer objetivo puede empañar su imagen, quedando comprometida la posición esencialmente no-directiva de los mediadores; si se anima a la pareja a dar otra oportunidad a su matrimonio, por el bien de sus hijos o de la sociedad, la mediación puede llegar a convertirse en un medio de control político o social⁴⁶.

Sin embargo y desde mi punto de vista, la reconciliación⁴⁷ puede derivar o ser un efecto de la mediación⁴⁸. No obstante, identificar mediación y reconciliación podría desvirtuar la imagen de la mediación, cuya finalidad no es ésta. La reconciliación pertenece más al ámbito de la orientación, el asesoramiento o la terapia familiar. A través de la mediación se pretende que las partes acuerden soluciones en torno a sus problemas actuales y de cara a un futuro, una vez que la ruptura se ha producido, lo que no excluye una posible reconciliación. Cumpliendo una función preventiva del conflicto familiar no tiene que tener como fin la reconciliación.

4. LOS SUJETOS DE LA MEDIACIÓN

Cuando se analiza el proceso de mediación, es evidente que hay que estudiar las partes intervinientes en el mismo. Con ello, se está haciendo referencia a los llamados “sujetos de la mediación”. Así, podemos encontrar dos

bloques bien diferenciados de sujetos que intervienen, cada uno en su papel, en el citado proceso:

- a) Las llamadas partes en conflicto o personas legitimadas para promover el procedimiento de mediación y, en su caso, quedar vinculadas por el acuerdo.
- b) El mediador o mediadores, cuando se trabaja en equipos.

También hay que tener presente que la mediación igualmente se va a ver condicionada por la situación social de las partes en conflicto, es decir, cada sociedad tiene una formación previa en la manera de solventar los conflictos y es sensible a los problemas de una forma diferente⁴⁹.

A) LAS PARTES EN CONFLICTO

Las “partes en conflicto”, atendiendo al ámbito de aplicación de la LAMF, son los miembros de una familia entre los cuales por las diferentes causas previstas en el art. 1.2 existe un conflicto.

Todas las situaciones conflictivas definidas en el citado art. 1.2 LAMF tienen una nota en común: la posibilidad de ser puestas en manos del sistema legal. No obstante, recurrir al mismo en situaciones de esta naturaleza puede suponer una pérdida de la riqueza de los intereses comunes a los miembros de la familia en conflicto, quedando reducidos a los legalmente contemplados. En este caso, los protagonistas de la disputa no son ya actores en busca de su propia solución, sino simples cumplidores de la adoptada por un tercero ajeno y con un interés dictado abstractamente por la norma. La decisión adoptada judicialmente, en la cual los sujetos en conflicto no han tomado parte, adolece además de un alto índice de posibilidades de incumplimiento, pues habitualmente el proceso judicial habrá acrecentado el grado de conflictividad entre las partes.

Por el contrario, solventar esas mismas situaciones de conflicto familiar mediante el instituto de la mediación puede ayudar a la búsqueda del auténtico interés común de

los miembros de la familia involucrados en el mismo, garantizando un mayor grado de cumplimiento de los posibles acuerdos que se logren alcanzar y permitiendo que las partes tengan una visión del proceso legal diferente, como medio de validación del acuerdo por ellos adoptado, no como órgano que intenta vislumbrar cuáles son sus intereses comunes, conforme al contenido de la norma, y cuáles las posibles soluciones atendiendo también a ésta.

En consecuencia, podemos afirmar que la función de la mediación en los conflictos de familia es doble: por un lado, permite que las partes en conflicto se conviertan en auténticos protagonistas de la solución que en torno al mismo debe adoptarse una vez manifestadas las respectivas necesidades familiares de las partes enfrentadas, sin carga legal alguna; y por otro lado, inculca a las partes en conflicto una visión diferente del proceso judicial, al cual ven como un mecanismo de legalización de lo que ellos han decidido, y no como el órgano encargado de solventar y ofrecer las soluciones que la norma de forma general y sin atender a los intereses particulares de las partes prevé⁵⁰.

B) LA FIGURA DEL MEDIADOR

a) El mediador entre la actuación formal y material

Como se ha apuntado con anterioridad, el concepto de mediación ofrecido por la LAMF se centra en la figura del mediador como sujeto esencial en el procedimiento. En la intervención del mediador cabe diferenciar dos aspectos fundamentales:

1º. Desde el punto de vista procedimental, el mediador desarrolla una serie de actuaciones formales, concretadas en el deber de informar previamente a las partes en conflicto, conducir el procedimiento y redactar, firmar y entregar a las partes el documento de aceptación, las actas y los justificantes de la celebración y asistencia a las reuniones (art. 16).

2º. Desde el punto de vista material, el mediador debe intervenir en el procedimiento

desarrollando las funciones que le son propias como profesional especializado:

- a. Hacer posible la comunicación
- b. Propiciar el diálogo
- c. Favorecer la negociación
- d. Posibilitar la toma de decisiones consensuadas⁵¹.

La tarea del mediador consiste fundamentalmente en impulsar un proceso y en remover los obstáculos que impiden su avance; en ofrecer, en definitiva, un camino por el que las partes se aproximen a la resolución de su conflicto. Sin embargo, y pese a la imparcialidad y neutralidad que debe presidir toda actuación del mediador, éste comparte con las partes en conflicto el camino que conforma el proceso de mediación, pues él lo recorre junto con estas durante una parte del proceso cuando el conflicto finaliza ante los tribunales (ej.: divorcio, ejecución de medidas, etc.). Mantener el modelo tradicional de mediación en el que la persona mediadora no ejerce ningún tipo de influencia en los acuerdos, no es del todo correcto, pues cabe entender⁵² que el “resultado final”, integrado por todos los contenidos pactados por las partes en conflicto, se encuentra construido en relación a ese mediador que “indudablemente” tiene su propia participación en lo que se decide. Esta participación debe ser entendida en términos de “co-construcción y no de persuasión o manipulación” para lo cual se sirve de una serie de técnicas y habilidades personales⁵³.

La actuación de la persona o personas mediadoras en el procedimiento de mediación debe estar presidida por una serie de principios:

a'. La imparcialidad y neutralidad (art. 8 LAMF).

La persona mediadora, como tercera imparcial debe ayudar a que las partes alcancen acuerdos mutuamente satisfactorios, sin tomar partido por ninguna de ellas. La imparcialidad se concreta, asimismo, en el art. 17 al regular como causa de abstención para intervenir como persona mediadora “el haber realizado

actuaciones profesionales relacionadas con las titulaciones especificadas en la norma, a favor o en contra de alguna de las partes”.

La persona mediadora no puede imponer soluciones o medidas concretas, debiendo tener presente los intereses de quienes intervengan en el proceso, respetando los diferentes puntos de vista y la igualdad de las partes en la negociación⁵⁴.

Imparcialidad y neutralidad son dos principios diferentes, mientras el primero se articula como una exigencia referida a las relaciones del mediador con las partes en conflicto. La neutralidad se articula como característica referida a la actuación del mediador.

No obstante, la imparcialidad no debe ser interpretada en términos de pasividad, pues el mediador tiene el deber de involucrarse activamente en el proceso. Al respecto resulta interesante el concepto de multiparcialidad⁵⁵, entendido en términos de que es mejor tomar partido por todos que no hacerlo por nadie.

b'. Confidencialidad (art. 9 LAMF).

La ley impide al mediador desvelar, durante el proceso de mediación o concluido el mismo, cualquier dato, hecho o documento del que conozca relativo al objeto de ésta, salvo que medie autorización expresa de todas las partes que hayan intervenido en el procedimiento. Se sobreentiende que la referencia a partes lo es a los sujetos en conflicto, sin perjuicio que de la información obtenida en el proceso se infiera la existencia de hechos delictivos o de amenazas para la vida o la integridad física de sujetos involucrados o no en el proceso o que la información obtenida sea utilizada con fines de investigación y formación bajo determinadas condiciones de consentimiento (especialmente cuando se trate de menores de edad) y anonimato.

Al respecto cabe apuntar la escueta regulación de este principio bajo el título de “*Confidencialidad de la mediación familiar y secreto profesional de la persona mediadora*”. La confidencialidad en la LAMF es exigida a la persona mediadora, no a las partes en conflicto; cuestión ésta que puede soslayarse mediante la

inclusión en el contrato de mediación pertinente⁵⁶.

c'. Protección del interés del menor y de las personas en situación de dependencia (art. 7).

Como ya se indicó, los nuevos modelos de familia son fuentes de conflictos que superan ya el clásico y tradicional ámbito de las crisis familiares y de pareja. En cualquier caso, todo conflicto familiar conlleva la implicación de personas, que por su situación constituyen el punto de partida desde el que poner en marcha el proceso de mediación: menores, discapacitados e incapacitados judicialmente⁵⁷, y personas en situación de dependencia.

La LAMF, a diferencia de las de otras Comunidades, otorga el valor de principio el respeto a los intereses de los menores⁵⁸, discapacitados, incapacitados judicialmente y personas mayores dependientes⁵⁹, en todo procedimiento de mediación que tenga por objeto la solución de los conflictos de familia en los que las mismas puedan verse involucradas⁶⁰.

La mediación familiar asume el objetivo general de solventar la crisis familiar sin que existan adicionales costes emocionales para estos sujetos, de tal manera que, existiendo por ejemplo hijos menores de edad, *“tanto la posible prevención como la reparación del conflicto planteado deberá tener como norte y meta la atención de los mismos, lo que determinará que el procedimiento de mediación se asiente sobre el concepto normativo de su interés”*⁶¹. La presencia de estos sujetos en el proceso de mediación exige el desarrollo del mismo teniendo presente ciertos comportamientos o instrumentos que permitan facilitar su desenvolvimiento⁶².

El interés de los menores, discapacitados, incapacitados judicialmente y personas mayores en situación de dependencia debe ser objeto de un proceso de valoración por parte del mediador, de forma que sea posible la individualización de las circunstancias concretas del caso con el fin de precisar el interés específico de los mismos en la situación susceptible de ser sometida a mediación⁶³.

Así, la audiencia del menor en el ámbito de la mediación familiar debe ser valorada aten-

diendo al grado de discernimiento y madurez del mismo y en función de las circunstancias concretas del caso, debiendo ser escuchados tanto por el órgano judicial, como por los padres en conflicto⁶⁴. La participación de los padres, tutores o guardadores⁶⁵ en la toma de decisiones sobre los intereses personales del menor adquiere especial relevancia en el proceso de mediación, ya que no se ve afectada por la intervención judicial en la medida en que las decisiones adoptadas se ajusten al interés del mismo, quedando ésta reducida a la homologación del acuerdo de mediación alcanzado.

d'. Flexibilidad (art. 12).

El procedimiento de mediación debe desarrollarse de manera flexible, adaptándose a la situación concreta a tratar, si bien respetando las normas mínimas establecidas en la Ley como garantía de calidad.

El proceso de mediación como procedimiento exige su desarrollo en diversas fases (art. 23 LAMF), tendentes a facilitar, no a perseguir incondicionalmente, la toma de acuerdos. No obstante, y como ya ha sido puesto de manifiesto anteriormente, el hecho de que sea configurada como “proceso o procedimiento”, términos no del todo correctos, dotada de una estructura concreta, no es obstáculo para la defensa de la flexibilidad por la que toda mediación, y sobre todo en temas familiares, debe estar presidida.

El principio de flexibilidad preside la actuación del mediador, quien puede llevar a cabo el ejercicio de su actividad dentro de un marco de funcionamiento sin excesivos condicionamientos previos que, en todo caso, son conocidos y aceptados por las partes en conflicto⁶⁶.

e'. Inmediatez y carácter personalísimo (art. 10).

La asistencia a la mediación no puede ser objeto de delegación, no son posibles las sesiones a través de representantes, las partes en conflicto son las que deben acudir a las reuniones de mediación.

La LAMF no da opción a participar en el proceso de mediación a través de intermediarios o representantes. En efecto, establece que

todas las personas participantes en el proceso de mediación (partes en conflicto y mediador/es) están *obligadas* a asistir personalmente a las sesiones⁶⁷.

Sin embargo, la citada norma prevé en el art. 14 la intervención en mediación por medio de equipos con el objetivo de fomentar la colaboración interdisciplinar entre profesionales, sin perjuicio de la necesaria actuación individual de un profesional en cada procedimiento concreto, ya que los demás que integran el equipo no tienen relación con las partes en conflicto; solamente prestan apoyo, si es preciso, al que ha asumido el proceso. Este precepto debe ser interpretado en el sentido de que la persona mediadora puede recibir apoyo, lo cual es resultado de las nuevas tendencias profesionales que defienden un trabajo de mediación compartido o en equipo.

La inmediatez adquiere en esta norma categoría de principio, dado que aparece entre los enumerados al señalar aquellos que deben ser observados en el desarrollo del procedimiento de mediación.

La presente norma no realiza previsión alguna para los supuestos en los que alguna de las partes en conflicto, por minoría de edad⁶⁸ o incapacitación, tiene limitada su capacidad de obrar, en cuyo caso sería pertinente la intervención del representante legal⁶⁹.

f'. Voluntariedad

La elección por los sujetos en conflicto de un mediador pone de manifiesto su inicial intención de intentar resolverlo, lo cual no debe ser interpretado en términos de igualdad entre ambas partes del conflicto, ya que las mismas no acuden al “proceso” en idénticas condiciones. La voluntariedad pasa por diversas fases en las cuales las partes van superando desequilibrios y resistencias, para convertirse en autores convencidos de la resolución de sus desacuerdos⁷⁰.

En consecuencia, la voluntariedad debe ser analizada desde una doble perspectiva:

a. Desde las partes en conflicto, respecto de las cuales pone de manifiesto su intención

previa de resolver el conflicto, superando desacuerdos.

b. Desde la figura del mediador, ya que se permite su intervención consensuada por las partes en conflicto, poniendo en marcha el “proceso” de mediación y pudiendo suspender el mismo cuando lo estime pertinente.

El recurso a la mediación puede responder bien a la voluntad de las partes en conflicto, de forma espontánea, o a la indicación del juez (pensemos en los casos de crisis matrimonial o de pareja), antes de iniciar los trámites judiciales o en cualquier momento de la tramitación en la que se vislumbre la posibilidad de alcanzar un acuerdo; de ahí que se hable de una mediación voluntaria o preceptiva⁷¹.

Así, la LAMF en su art. 6 proclama la voluntariedad de la mediación de tal manera que *“las partes podrán acceder libremente al procedimiento de mediación para la resolución de aquellos conflictos que se encuentren al margen de actuaciones judiciales. Asimismo, podrán comenzar el procedimiento de mediación cuando libre y voluntariamente así lo decidan todas las partes en conflicto, ya sea antes de la iniciación de las actuaciones judiciales, en el curso de las mismas o incluso una vez finalizadas. Igualmente, podrán desistir de la mediación en cualquier fase del procedimiento”*.

Frente a otras normas Autonómicas⁷², la LAMF no hace referencia alguna a la mediación por indicación de la autoridad judicial, aunque de la posibilidad de que este proceso se inicie durante la tramitación de las actuaciones podemos deducir que será procedente por indicación del Juez. Lo que sí queda claramente constatado es que la mediación familiar en Andalucía proclama la voluntariedad absoluta⁷³.

La LAMF, a diferencia de la Ley Canaria, no contempla el principio de rogación en virtud del cual el procedimiento solamente puede iniciarse a instancia de todas las partes en conflicto. Nuestra Ley de Mediación Familiar permite que el procedimiento se ponga en marcha bien a petición de todas las partes en conflicto o a instancia de una de ellas con acreditación del consentimiento de la otra parte u otras.

En consecuencia, cabe decir que la mediación en Andalucía es voluntaria y no preceptiva, susceptible de ser iniciada a petición de todas las partes o de una sola pero con el consentimiento fehaciente del resto de sujetos involucrados en el conflicto.

No obstante, la posibilidad de una mediación preceptiva, sobre todo en determinados conflictos de familia, tales como los derivados de crisis matrimoniales, es considerada como una medida bastante acertada, siempre que sea observada como un procedimiento previo al judicial contencioso o voluntario⁷⁴.

g'. Buena fe

La buena fe es exigida tanto a la persona mediadora, entendemos también que este requisito es exigible a los equipos de personas mediadoras, como a las partes en conflicto. En la LAMF aparece recogido en el art. 11 donde se establece que la actuación de los sujetos del proceso de mediación se “ajustará a las exigencias de la buena fe”, que estimamos debe referirse al concepto de buena fe consagrado en el art. 7 C.c.

Asimismo, esta exigencia de actuar conforme a la buena fe se hace extensiva al compromiso de colaboración con la persona mediadora durante todo el desarrollo del proceso; lo que llamamos una intervención colaborativa, así como al cumplimiento del acuerdo que finalmente sea adoptado, siempre que el acuerdo no sea contrario a derecho.

Por último, y ser elevados a la categoría de principios, el mediador tiene un deber de información a las partes, no así uno de aconsejarlas. El poder del mediador, como bien ha apuntado BOLAÑOS CARTUJO⁷⁵, radica en saber adquirir el control del proceso definiéndose como alguien con permiso para provocar cambios en las posiciones recíprocas de aquellos. El mediador va a utilizar el conflicto como oportunidad para que las reacciones positivas del mismo puedan producirse. Actúa como catalizador que provoca la consideración de realidades alternativas, con la difícil habilidad de permitir que éstas surjan de las propias personas implicadas en el conflicto.

La función básica de la información es contribuir a la clarificación del proceso que las partes en conflicto están viviendo; pero el mediador también informa sobre el proceso de mediación y sus características. El mediador trata de integrar ambas vertientes de forma que mediación y proceso familiar se fundan en una nueva vía de transformación y de cambio.

b) El mediador como profesional especializado

Como ya se ha apuntado, la LAMF se refiere al mediador como “profesional especializado”, el cual debe ser, primeramente, un profesional con una titulación específica, lo que exige formación universitaria en disciplinas de Derecho, Psicología, Psicopedagogía, Sociología, Pedagogía, Trabajo Social o Educación Social, o cualquier otra homóloga de carácter educativo, social, psicológico o jurídico, referencia esta última que da entrada a la profesión de mediador a titulaciones que en otras normativas autonómicas no han tenido cabida, tales como los Graduados Sociales⁷⁶.

Hablar de “profesional especializado” implica plantear temas relacionados con la formación y capacitación del mediador como tal, lo cual nos conecta a su vez con dos órdenes de cuestiones diferentes:

1ª. La formación de mediadores y, en concreto de mediadores familiares, que a raíz de la normativa existente se ha convertido en una demanda por parte de los diferentes sectores involucrados en el ejercicio de esta profesión.

2ª. El futuro de la mediación depende de la cualificación de los sujetos que desarrollen el ejercicio de esta actividad; de ahí la importancia de la formación y capacitación de los futuros mediadores. No se debe olvidar que el nivel de información que tengan los clientes sobre la mediación, la reputación del mediador y el vínculo de éste con otros profesionales que le deriven los casos son factores que influyen directamente en la elección del mediador⁷⁷.

La formación y capacitación del mediador como “profesional especializado” supone, ade-

más, adentrarse en el campo de batalla que ha supuesto el delimitar en las diferentes Comunidades Autónomas, quiénes pueden ser mediadores, quién debe asumir la competencia en materia de formación, el número de horas teórico-prácticas necesarias, el papel de los diferentes colegios profesionales involucrados, la creación y gestión del Registro de mediadores (auxiliar y central), etc. Sin embargo, siempre se olvidan, quizás porque no es tema que pueda ser objeto de desarrollo legislativo, de las cualidades que debe reunir el sujeto para ser mediador, de la idoneidad de unas pruebas previas para determinar si el aspirante a mediador reúne cualidades personales para el desempeño de tal función; es decir, establecer ciertos criterios de selección con el fin de evaluar el grado de motivación de los candidatos a la formación y su capacidad para afrontar ésta, y el futuro desempeño de una actividad de esta naturaleza. Cuestión ésta de vital importancia en la medida en que hacemos depender el futuro de la mediación en nuestro país de que las personas que desarrollen esta actividad estén idóneamente capacitadas y tengan aptitudes para ello⁷⁸.

Asimismo, formar al mediador como “profesional especializado” supone hablar de contenidos. Todo programa de formación en mediación, ya sea familiar o de cualquier otro ámbito exige una formación previa en materias centradas en los aspectos psicológicos (gestión de conflictos, negociación, técnicas de comunicación, técnicas de resolución de conflictos, etc.), así como, en los aspectos jurídicos, pues hay ámbitos de la mediación con una clara trascendencia legal y, aunque el mediador pueda pedir asistencia jurídica, debe tener una capacitación mínima en estas materias.

Con ello no se está descubriendo nada nuevo; tan solo se pretende precisar e insistir en que toda formación y capacitación de los mediadores si, como dice la norma, ha de ser un “profesional especializado”, debe estar presidida por unos objetivos, los cuales son el formar dentro de un espíritu interdisciplinar y de cooperación⁷⁹.

c) El mediador en LAMF

La LAMF dedica el Capítulo III a las que denomina “personas mediadoras y equipos de personas mediadoras”, así como al Registro de Mediación Familiar de Andalucía.

El mediador en la LAMF debe ser un profesional con una titulación universitaria o título de previo grado, que acredite la formación específica o la experiencia en mediación familiar que reglamentariamente sea, en su momento, exigida, e inscrita en el Registro de Mediación Familiar de Andalucía.

Del análisis de la Ley es necesario, en relación con el tema que tratamos, destacar en principio cuatro cuestiones fundamentales:

1ª. La norma no distingue entre servicio público y privado de mediación familiar, por lo que entendemos que queda sometida a dicha Ley toda la actividad de mediación familiar de Andalucía.

2ª. La Ley exige para ser reconocido como persona mediadora a los efectos de la misma y atendiendo al requisito de la capacitación específica, dos posibles formas de acceso: la formación específica o la experiencia en mediación familiar, a diferencia de otras normativas en las que son necesarios ambas condiciones.

Por lo que aquellas personas que quieran ser reconocidas como mediadoras deben cumplir tres requisitos:

- a. Titulación universitaria o de grado en las disciplinas legalmente reconocidas.
- b. Formación específica “o”, no “y”, experiencia en mediación familiar⁸⁰.
- c. Inscripción en el Registro de Mediación Familiar de Andalucía.

3ª. La norma hace una referencia expresa a los “equipos de personas mediadoras”, lo que supone una apuesta importante por la co-mediación, tantas veces cuestionada, pero de tanta virtualidad práctica⁸¹. Sin embargo, el tenor literal de la norma nos hace dudar si la LAMF se está refiriendo realmente a la intervención en régimen de co-mediación o al llamado colaborador del mediador. En principio, el art. 14.4 se

refiere a la intervención mediante el equipo de personas mediadoras, pero cuando la persona considerada como mediadora interviniente en el proceso concreto lo hace, el resto de profesionales que integran el referido equipo no tendrán relación alguna con las partes en conflicto, limitándose a prestarle su apoyo, no teniendo derecho a exigir a las partes en conflicto honorarios o percepción económica alguna (art. 14.5).

En mi opinión, el “equipo de personas mediadoras” de la LAMF (art. 14) se encuentra más cerca de la figura del equipo de colaboradores, en los que un mediador interviene, pero hay un equipo al que acude como apoyo o colaborador. Su intervención no es en régimen de co-mediación, prevista principalmente cuando se trata de mediaciones entre más de dos partes o desarrolladas por profesionales de formación mixta (abogado/psicólogo), sino individualizada.

4ª. La Ley reconoce un escaso papel a los Colegios profesionales, a los cuales les otorga exclusivamente competencias de colaboración en la gestión del Registro de Mediación Familiar adscrito a la Consejería competente en materia de familia mediante la creación de registros auxiliares⁸².

A la vista del escaso papel atribuido a los Colegios profesionales y del silencio legal, a diferencia del reconocimiento expreso previsto en otras legislaciones autonómicas⁸³, cabe interpretar que, en Andalucía la formación y capacitación de los profesionales de la mediación no queda en manos de los distintos Colegios profesionales, lo que habría supuesto la promoción y creación de tantos ciclos formativos como colegios profesionales sean reconocidos con competencia para ello⁸⁴.

Desde mi punto de vista, y en la medida en que abogamos porque la formación y capacitación en mediación debe estar presidida por un espíritu interdisciplinar y de cooperación, esta competencia debe ser asumida por los centros universitarios. Y ello, sin perjuicio de que, en su caso, se puedan articular instrumentos de colaboración mediante convenios de cooperación académica y científica con los diferentes

Colegios profesionales, con el único fin de ofrecer una formación homogénea de fácil y rápida homologación.

Asimismo, la Ley exige a la persona mediadora que en el ejercicio de la actividad de mediación familiar debe respetar las normas deontológicas del colegio profesional al que pertenezca (art. 16, c) LAMF). Por su parte, el poder sancionador, salvo delegación reglamentaria, recae, en principio, sobre la persona titular de la Consejería competente en materia de familia (art. 35 LAMF). Sin embargo, atendiendo al contenido de otras normativas autonómicas, es posible que tras el desarrollo reglamentario sean reconocidas a los colegios profesionales potestades sancionadoras respecto de aquellas infracciones que le sean imputables a sus colegiados.

Cuando la norma habla de la sumisión de la persona mediadora a las normas deontológicas del colegio profesional al que pertenezca de una forma genérica, entendemos que se está refiriendo claramente a aquellas que han de regir la conducta de los mediadores, lo cual cabe deducir del contenido del art. 16 LAMF donde se recogen expresamente los “deberes de la persona mediadora”. En cualquier caso, el Código deontológico del mediador recoge el “buen hacer profesional del mediador”, ya que, como bien dice la norma, éste debe “ejercer la actividad mediadora conforme a la buena fe y a la adecuada práctica profesional”.

Por lo que a la designación de la persona mediadora se refiere y atendiendo al contenido de la norma, se realizará de común acuerdo por las partes en conflicto de entre el listado de personas mediadoras que solicitarán al Registro de Mediación Familiar de Andalucía, salvo que se trate de una mediación gratuita al menos para alguna de las partes, en cuyo caso es el órgano encargado del Registro el que realiza la designación por turno de reparto para la localidad donde se vaya a realizar el proceso de mediación (arts. 4, e) y 21.2 LAMF). A falta de acuerdo entre las partes, la persona mediadora será designada, según el art. 21.1 LAMF), si así lo deciden las partes, de forma análoga al caso de que cualquiera de las partes

en conflicto tuviera reconocido el beneficio de mediación familiar gratuita; es decir, por el órgano encargado del Registro, el cual nombrará como persona mediadora a aquella a quien igualmente corresponda por turno de reparto para la localidad donde se vaya a realizar el proceso de mediación.

En lo referente al Registro de Mediación Familiar, de la norma deducimos que su función se reduce a la de dejar constancia de que ciertos profesionales acreditados están inscritos (art. 18.2 LAMF). Sin embargo, cabe esperar que en el desarrollo reglamentario (art. 18.4 LAMF) de lo relativo a la organización y el régimen de acceso se aclaren dudas tales como cuál es la finalidad real de la inscripción, si la de publicitar meramente quiénes son mediadores familiares en Andalucía o la de dar publicidad a quiénes están habilitados para desarrollar actividades de mediación familiar en nuestra comunidad.

También se prevé en la norma, D.A. única, la creación del llamado “Órgano de participación”, encargado, como su propia denominación indica, de la participación y colaboración en el desarrollo de las actuaciones de mediación familiar en Andalucía, remitiendo al desarrollo reglamentario todo lo referente a la creación, fines, composición, denominación y régimen de funcionamiento. En relación con este tema sería deseable que el futuro desarrollo reglamentario tomara como modelo la regulación catalana que ha creado un Centro de Mediación Familiar en la Comunidad.

Por último señalar que, la referencia expresa al mediador como “profesional especializado”⁸⁵, conlleva el planteamiento de la mediación como profesión independiente. No obstante, esta es una cuestión que debe ser resuelta por la Ley Nacional de Mediación⁸⁶.

5. EL CONTRATO DE MEDIACIÓN

La LAMF no prevé, a diferencia de otras normas autonómicas⁸⁷, el llamado “contrato

de mediación familiar”. Mediante este contrato las partes “*acuerdan el inicio de la mediación y se comprometen a realizar todas las actuaciones necesarias con el fin de solucionar la crisis planteada*”⁸⁸. Sin embargo, la LAMF prevé en el desarrollo del procedimiento (art. 23.1º) que, una vez efectuada la primera reunión, en la cual se informa a las partes en conflicto de sus derechos y deberes, de los principios rectores de la mediación, de las características del procedimiento, de su duración y de los honorarios profesionales, en su caso, se proceda al levantamiento de un acta inicial, donde debe constar el lugar y fecha de la celebración, las personas que hayan participado, el objeto de la mediación y la aceptación por las partes de los principios y deberes de la mediación, siendo firmada por las partes y el mediador como prueba de entendimiento y aceptación de las condiciones de la mediación.

En cualquier caso, tanto el contrato de mediación, respecto del cual no se exige forma alguna (art. 1255 C.c.), como el acta inicial deben constar por escrito.

Las partes (mediador y mediados) deben tener capacidad general para obligarse. En principio, en el momento de la perfección del contrato es posible la actuación a través de representante. No obstante, la ejecución del contrato exige la intervención directa de las partes.

El objeto del contrato lo constituye la prestación de los servicios por el mediador/es y el pago del precio (honorarios) por parte de los sujetos en conflicto. Los servicios del mediador deben ser prestados en cumplimiento de lo establecido en la norma (art. 16 LAMF), teniendo siempre presente los principios establecidos en la misma. Por lo que al pago se refiere, debe ser fijado de mutuo acuerdo o atendiendo a los honorarios orientativos fijados por los colegios profesionales, salvo que se trate de mediación gratuita (art. 15 LAMF).

Por lo que al contenido del contrato se refiere y ante el silencio expreso de la LAMF, es necesario exigir como contenido mínimo el que sigue⁸⁹:

1º. Identificación de las partes intervinientes en el contrato (nombre, apellidos, D.N.I., edad, lugar de residencia habitual, estado civil, la circunstancia de constituir pareja estable, de hecho o grupo convivencial; régimen económico matrimonial o de la pareja⁹⁰, de las partes en conflicto, así como las circunstancias personales del mediador familiar y su número de registro, detallando los datos de identificación si pertenece a un centro de mediación de un colegio profesional o de una entidad pública o privada⁹¹.

2º. Consentimiento expreso de las partes de someterse al procedimiento de mediación.

3º. Aceptación por la partes de los principios y deberes de la mediación, de los cuales han sido previamente informados (art. 22 LAMF).

4º. El objeto de la mediación, es decir, la determinación del conflicto y cuestiones por las cuales se otorga el contrato.

5º. La planificación y duración previsible del procedimiento y las sesiones, haciendo constar si el mediador va a ayudarse de otros profesionales, y si su actuación es en régimen de co-mediación. Así como la posibilidad de acogerse a un periodo de prórroga previo consentimiento de las partes y en caso de necesidad para la consecución del acuerdo.

6º. La reserva y confidencialidad de toda la información, recogida en el desarrollo del procedimiento, salvo que de ésta se infera la existencia de hechos delictivos o de amenazas para la vida o la integridad física de alguna de las partes o de cualquier otra persona que tenga o haya tenido algún tipo de relación, aunque no sean partes del proceso.

7º. Renuncia por parte de los mediados a solicitar la presencia del mediador ante cualquier organismo ni tribunal. Por su parte el mediador debe renunciar, igualmente, de ofrecer a las personas en conflicto sus servicios fuera del campo de la mediación familiar o ejercer, con las mismas personas, otra función distinta de la mediación.

8º. El deber de aportar los documentos que sean necesarios.

9º. La obligación de no iniciar la vía judicial hasta que el procedimiento se haya concluido. Si hubiese sido ya incoado el proceso judicial, deben comprometerse a paralizar las actuaciones.

10º. El derecho de desistimiento de las partes en conflicto y de abandono del mediador cuando exista causa que lo justifique⁹².

11º. Los honorarios o cuantías económicas que correspondan a la persona mediadora.

Por último, el contrato de mediación puede extinguirse por las siguientes causas⁹³:

1ª. Muerte o incapacitación de la persona mediadora o por suspensión o inhabilitación en el ejercicio de la mediación.

2ª. Muerte o incapacitación de alguna de las partes en conflicto.

3ª. Acuerdo mutuo de las partes en cualquier momento de la vigencia del contrato, el cual debe constar por escrito firmado por cada uno de los sujetos que intervienen en la relación contractual.

4ª. Decisión unánime de todos los sujetos de la parte familiar en conflicto, debiendo comunicarse de forma fehaciente a la persona mediadora.

5ª. Desistimiento de alguno de los familiares en conflicto, mediando buena fe.

6ª. Renuncia de la persona mediadora, existiendo justa causa, y comunicándose por escrito a la otra parte.

7ª. Imposibilidad apreciada por la persona mediadora de llegar a un acuerdo entre los miembros en conflicto.

6. DURACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

El procedimiento de mediación tendrá la duración que la naturaleza, complejidad y conflictividad de las cuestiones objeto de mediación planteadas por las partes en conflicto determinen. Sin embargo, tal y como estable-

ce la LAMF (art. 24), la persona mediadora, teniendo en cuenta la situación conflictiva sometida al procedimiento, debe realizar una “previsión razonable de su duración”, que no podrá exceder de tres meses, a contar desde que se levante el acta inicial.

Este plazo coincide con los sesenta días hábiles fijados en la L.e.c. (art. 19.4) como término máximo de suspensión del proceso contencioso en curso para el desarrollo de la mediación, así como el establecido, de forma general, por las diferentes leyes autonómicas vigentes.

La cuestión del plazo ha generado ciertas preocupaciones derivadas de las posibles demoras que por la inserción de este sistema pudieran presentarse en el proceso. La solución ofertada, en principio, por el citado art. 19.4 L.e.c., ha sido considerada como suficiente⁹⁴, siempre que por los servicios de soporte judicial en la materia se arbitren mecanismos eficaces de designación de mediadores, citación de las partes e inicio, sin demora, del proceso de mediación, en la medida en que esta metodología no precisa de un plazo mayor.

No obstante, cabe estimar, que la configuración del procedimiento de mediación como fórmula flexible de resolución de conflictos nos lleva a ser contrarios a la fijación de rígidos plazos legales. Como ha sido ya referido con anterioridad, se trata de un procedimiento informal, susceptible de ser adaptado a las necesidades reales de las partes en conflicto, a la naturaleza de cada caso en particular, para lo que se contempla la posibilidad de una prórroga no superior a tres meses siempre que se “aprecie la necesidad de ampliar el plazo previsto” inicialmente para la consecución del acuerdo. Al respecto, cabe estimar que la solicitud de prórroga del plazo por el tiempo máximo de tres meses, debe ser interpretada en términos de prórroga del plazo estrictamente necesario para tal fin. Asimismo, y por lo que a la solicitud de la prórroga se refiere, al hablar la norma de la posibilidad de la misma cuando se “aprecie la necesidad de ampliar el plazo”, entiendo que la referida necesidad debe ser apreciada por las partes en conflicto y el mediador, que-

nes solicitarán el nuevo plazo necesario para la consecución del acuerdo⁹⁵.

En lo referente al momento en el que cabe iniciar el procedimiento de mediación, atendiendo al contenido del art. 19 LAMF, es posible iniciarlo antes del comienzo de un proceso judicial, en el curso del mismo o una vez concluido por resolución judicial firme. Admite, pues, la norma tanto la mediación extrajudicial, cuando la misma tiene lugar antes del comienzo de un proceso, cuando se refiere a conflictos de familia que no son objeto de intervención judicial o cuando ya haya finalizado, como la mediación intrajudicial, cuando se están tramitando algunos de los procesos de nulidad, separación o divorcio.

7. EL ACUERDO DE MEDIACIÓN

La mediación no puede ser entendida como la vía de solución para todas las situaciones conflictivas; pero sí puede ser utilizada como medida previa, pues supone la introducción de una lógica positiva para afrontar los problemas en que las partes asumen el compromiso y la voluntad de la autodeterminación⁹⁶.

La mediación, entendida como un proceso, puede finalizar sin acuerdo, ya que éste no es el fin de la institución, ni el objetivo de la misma⁹⁷. Pero cabe también la posibilidad de que este proceso termine en acuerdo, respecto del cual hay que tener presente que el mediador no ostenta responsabilidad alguna a efectos de imponer su cumplimiento, ni de su ejecución⁹⁸.

Los acuerdos resultantes del proceso de mediación tienen una eficacia exclusivamente inter-partes, siempre y cuando reúnan los requisitos necesarios para la validez de los contratos (art. 26 LAMF)⁹⁹. La norma autonómica andaluza, nuevamente, como en otras ocasiones, no soluciona el problema, pues la normativa procesal, como bien sabemos, es competencia exclusiva del Estado y puesto que no puede establecer el reconocimiento de ejecutividad a

los acuerdos mediados, se contenta con hacer referencia a la obligatoriedad entre las partes de los mismos cuando reúnan determinados requisitos.

Estos acuerdos pueden ser totales o parciales, en la medida en que pueden afectar a la totalidad de los conflictos llevados al proceso o solamente a parte de los mismos. En cualquier caso, deben versar sobre materias de derecho dispositivo y para que tengan valor ejecutivo deben ser objeto de la homologación judicial pertinente. No obstante, si las partes en conflicto no desean la homologación pueden lograr la citada efectividad mediante la intervención de un Fedatario Público¹⁰⁰.

Normalmente, estos acuerdos, dependiendo del tipo de conflicto objeto del proceso de mediación, serán revisados por los abogados de las partes, sobre todo en aras a garantizar la legalidad de los mismos, dotar de mayor efectividad su cumplimiento y prever posibles problemas derivados de un supuesto incumplimiento¹⁰¹.

Los acuerdos alcanzados en todo procedimiento de mediación serán resultado de:

- a. Mediación intrajudicial, desarrollada en el marco de la tramitación de un procedimiento judicial.
- b. Mediación extrajudicial, desarrollada antes y al margen de cualquier procedimiento judicial o una vez concluido el mismo en virtud de sentencia judicial firme.

El problema en la práctica, como se ha referido antes, es cómo dotar de legalidad y oponibilidad frente a terceros a estos acuerdos. Ante esta situación caben varias posibilidades:

1ª. Si los acuerdos resultan de una mediación extrajudicial y las partes no desean o por la naturaleza del conflicto no es necesaria la intervención del Juez, pero requiere de homologación judicial, cabe acudir a un Fedatario Público¹⁰².

2ª. Si los acuerdos resultan de una mediación extrajudicial antes de iniciar el proceso de separación o divorcio, éstos pueden acompa-

ñar al convenio regulador y ser homologados por el Juez¹⁰³.

3ª. Si los acuerdos resultan de una mediación intrajudicial, bien a iniciativa de las partes o por indicación del propio Juez, estos pueden acompañar igualmente al convenio regulador y ser, en su caso, homologados por el Juez¹⁰⁴.

El problema real se plantea cuando la mediación es utilizada como procedimiento de resolución de los conflictos que surgen en los ámbitos de las relaciones sociales que gozan de protección por parte de la Ley, como los conflictos generacionales, pero que escapan a un posible control judicial, siendo necesario que queden garantizados los derechos de orden público, mediante un sistema adecuado de homologación: judicial o notarial.

En cualquier caso, las cuestiones que pueden ser objeto de mediación familiar y por lo tanto, contenido de los acuerdos, se encuentran sometidas a los límites del art. 1.255 C.c., es decir, la ley (imperativa), la moral y el orden público¹⁰⁵.

8. LA MEDIACIÓN FAMILIAR A ANÁLISIS

El desarrollo y popularidad que en los últimos años ha alcanzado la mediación como medio de gestionar o resolver un conflicto es fácilmente constatable. Son muchas las Comunidades Autónomas que tienen Ley de Mediación Familiar y muchos los juzgados que ya han tenido sus primeras experiencias piloto¹⁰⁶.

Estamos en camino de considerar la mediación no como una mera técnica, sino como una "filosofía"¹⁰⁷, una nueva forma de afrontar los conflictos en general.

Las iniciativas legislativas autonómicas en materia de mediación familiar, si bien están ayudando a difundir este modelo o forma de gestionar conflictos, están también generando un panorama práctico que debe ser objeto de una evaluación.

El análisis de las ventajas e inconvenientes de las intervenciones en mediación familiar resulta de gran ayuda en un momento como el actual en el que todavía no tenemos una Ley Nacional de Mediación. Un estudio de la situación de la mediación familiar en nuestro país no debe ser nunca entendido como una crítica, sino como una ayuda en el desarrollo de esta institución, así como una herramienta útil al servicio del mediador, en cuyas manos se encuentra el éxito de la misma.

El estudio actual en materia de mediación debe ir enfocado a la permanencia y grado de cumplimiento de los acuerdos logrados en situaciones conflictuales sometidas hace ya cierto tiempo al proceso de mediación. Pues hay que tener presente que, en los primeros tiempos tras la mediación, el cumplimiento de lo acordado es más factible. Lo habitual es que, pasado un periodo de tiempo, vuelvan a plantearse los conflictos; momento en el que resulta idóneo valorar si las partes han sido capaces por sí mismas, sin intervención del mediador, de dar solución al mismo y si el “acuerdo” impuesto por sentencia intimida más a las partes y tiene un mayor grado de cumplimiento. En concreto, se trata de analizar:

1º. Grado de cumplimiento del acuerdo mediado y tiempo de permanencia del mismo.

2º. Grado de cumplimiento de la sentencia y tiempo de permanencia de la misma.

3º. Si las partes han aprendido algo del proceso de mediación originario.

Se trata de estudiar los resultados, a medio y largo plazo, ocasionados por las intervenciones en mediación, en relación a los producidos por la solución judicial del conflicto.

Estudios realizados en otros países ponen de manifiesto que las intervenciones en mediación familiar ya realizadas arrojan los siguientes resultados:

1º. Los casos de divorcio acordados en mediación llegan menos al Tribunal en fases posteriores. La razón estriba en que los acuerdos han sido elaborados por ellos, por lo que son más detallados y precisos.

2º. El tipo de custodia acordada es la paternidad compartida.

3º. La mediación logra un alto grado de satisfacción en las necesidades y deseos de los padres.

4º. La mediación ha ayudado a componer la controversia entre las partes originarias: los cónyuges o pareja de hecho. Situación de solución del conflicto que tiene un efecto expansivo, pues todos sabemos de las implicaciones familiares colaterales ante un caso de crisis de pareja.

5º. La mediación ha ayudado, en general, a mejorar las relaciones familiares entre todos los miembros de la familia, no solamente entre los de la familia origen del conflicto, sino entre los demás miembros: abuelos, nuevas parejas, etc.¹⁰⁸.

No obstante, estimo que el éxito de la mediación en todos sus ámbitos se encuentra en manos de los mediadores; de ahí la importancia de la formación y actitud del mediador. No todo el mundo puede ser mediador, pues no todos tenemos cualidades y actitudes para ello.

Un mediador activo, que desarrolla un proceso bien estructurado que genera diálogo y confianza en las partes, que ayuda a resolver problemas concretos y se muestra de forma flexible adaptándose a las necesidades de los mediados, pero sin perder el control, puede obtener mejores resultados y colaborar al desarrollo y fomento de la mediación.

El mediador debe ser consciente de que la mediación no es la única forma de resolver conflictos, ya que hay algunos que no se pueden resolver por este sistema. Lo importante en todo proceso de resolución de conflictos son el propio conflicto y las partes; de ahí la importancia de la flexibilidad del modelo de resolución. Que las partes acudan voluntariamente no garantiza el éxito del proceso; es el primer paso, pues es posible que el conflicto, en última instancia, no pueda ser objeto de mediación¹⁰⁹.

Por ello, estimo conveniente un estudio evaluativo cuya finalidad no sea otra que comprobar si la mediación familiar está obtenien-

do los resultados que en principio se propuso, tales como:

- a) Desjudicializar los asuntos de familia.
- b) Acabar con el colapso de los juzgados.
- c) Lograr una mayor efectividad y grado de entendimiento mediante el acuerdo entre los miembros de una familia en conflicto.

Otro elemento a tener en cuenta en el futuro éxito de la mediación es la labor de los abogados. Hay que ser conscientes de que, habitualmente, ante el conflicto se suele acudir en primer lugar al abogado. La formación del letrado en mediación, lo que no significa que tenga que actuar como mediador, es fundamental, ya que en tanto éste crea en la mediación derivará el caso a la misma, no teniendo que interpretarlo como la pérdida de un caso o cliente. Un conflicto de pareja o de familia llevado a mediación hace que el cliente vuelva al letrado de otra forma, con otro ánimo. La mediación debe ser objeto de una mayor legitimación social entre los profesionales del derecho que en su mayoría desconfían de este método. Aunque quizás esa desconfianza devenga de la práctica de la mediación intrajudicial.

Estimo evidente que el grado de conflicto es mayor cuando las partes enfrentadas, tras acudir al abogado, inician un proceso judicial. Un proceso de mediación previo y, por lo tanto, extrajudicial, puede suavizar o disminuir el grado de conflictividad. Es difícil, en mi opinión, la compatibilidad entre la mediación familiar y la derivación por parte del Tribunal (a instancias del Secretario Judicial, quien realiza la oportuna recomendación al juzgador), aunque sean los propios jueces los que más involucrados se encuentran en mediación.

9. CUESTIONES FUNDAMENTALES A EXAMEN

1º. La mediación como mecanismo de resolución de conflictos es un fenómeno social

global, que debe ser contemplado, no como una medida alternativa que sustituya al sistema judicial, sino como un complemento al mismo en muchos tipos de conflictos que, por su naturaleza, exigen una progresiva desjudicialización derivada del carácter privado de las relaciones existentes.

La mediación no puede ser entendida siempre como un sustitutivo del sistema tradicional, sino como un medio que puede colaborar con el mismo. Planteamientos que podemos considerar ya como “tradicionales” y que hablan de la mediación como alternativa al sistema judicial porque la Administración de Justicia ha estado y está colapsada, suponen un obstáculo que quita protagonismo y méritos a la mediación, la cual solamente hay que situarla en su propio contexto y otorgarle un rumbo y eje propios: la mediación es en la actualidad una demanda de la sociedad que pretende dar respuestas reales, en unidades temporales correctas y a personas reales¹¹⁰. La mediación en los conflictos de familia puede conseguir objetivos de una forma más efectiva.

La mediación no puede seguir siendo entendida como un “sistema alternativo” al poder judicial, pues esto supone trasladar al ámbito de la misma el modelo de competencia judicial ganador/perdedor. Mediación y justicia deben actuar de forma que permitan la resolución más adecuada y justa al conflicto planteado, pues ambas tienen un objetivo común: la resolución del conflicto. No deben ser confundidas sus identidades, sino redefinir ante el caso concreto la idoneidad de un medio u otro¹¹¹.

En cualquier caso, hay que analizar si debe ser utilizada como sustituto de los tribunales o como sistema paralelo¹¹² o complementario del sistema judicial, partiendo siempre de su consideración como procedimiento autónomo de resolución de conflictos, basada en la libertad de los ciudadanos.

2º. La mediación como vía de solución a posibles situaciones conflictivas, sobre todo en el seno de la familia, se encuentra en consonancia con la nueva concepción de las relaciones familiares y, en consecuencia, con el

perfil de los conflictos que se desarrollan en las mismas.

3º. La mediación exige una reinterpretación del papel de los operadores jurídicos:

- i. Especialmente de los que integran el poder judicial
- ii. Los ciudadanos solicitantes de justicia.

4º. Debe fomentarse la mediación extrajudicial, ya que el alejamiento del juzgado favorece el desarrollo de la actividad mediadora conforme a los principios que rigen la misma. Lo “ideal” es que sea promovida desde el ámbito privado y subvencionada y controlada desde la Administración Pública¹³.

5º. Es necesario favorecer la expansión y utilización de la mediación, en general, y de la mediación familiar, en particular, la cual ha llegado, por ahora, más a los profesionales que a los potenciales usuarios. Se trata de crear la llamada cultura de mediación, para lo que es fundamental la publicidad y difusión de las actividades y servicios de mediación ofertados, mediante la edición y difusión de documentos (dípticos), publicidad en prensa, institucional, páginas webs. Pues hay que ser conscientes de que el usuario utiliza y pide el producto, en este caso, el servicio, si lo conoce.

6º. La mediación como medio de solución de controversias o conflictos de familia debe extenderse a otros ámbitos y no circunscribirse mayoritariamente a los conflictos originados por la disolución de la pareja; prueba de ello es el ámbito de aplicación más extenso previsto en la LAMF y la propia terminología utilizada “conflictos de familia”. Un paso más es descubrir el espacio en el que la mediación es útil como vía de solución de los conflictos (empresas, colegios, comunidades de propietarios, universidades, asociaciones de alumnos, de padres, etc.). La mediación como fenómeno social global no puede ser utilizada como vía de solución a conflictos sociales parciales. Hablar de mediación familiar no es circunscribir este medio de solución de conflictos a un aspecto concreto de los conflictos de familia, sino a todo tipo de conflictos que surjan dentro de ésta. Cuestión diferente es la especialización

de los mediadores dentro del ámbito genérico de los conflictos de familia (ej. mediadores especializados en temas de adopción, patrimoniales, internacionales, personas mayores en situación de dependencia, búsqueda del origen biológico, etc.).

7º. Es también necesario eliminar la confrontación que existe entre los diferentes sectores profesionales que, siendo sensibles y partidarios de la mediación, mantienen y defienden la conservación monopolística de la misma adoptando una actitud competitiva respecto de aquellos que consideran como intrusos o ajenos a la materia¹⁴. Se trata de evitar el sectarismo profesional, para lo cual deben ser adoptadas una serie de medidas fundamentales:

- a) Creación y fomento de la cultura de mediación, como ya se ha referido, entre los potenciales usuarios de la misma como sujetos involucrados en un conflicto de cualquier clase, desde edades tempranas en los centros educativos o en los espacios comunitarios de encuentro existentes en los municipios para adultos.
- b) La formación académica interdisciplinar y específica en materia de mediación de los llamados profesionales de la mediación, con cursos de reciclaje en los que debatir con otros mediadores con el fin de aprender de las experiencias, positivas y negativas de los demás, es decir, una formación continuada.
- c) La creación de un sistema de supervisión de las mediaciones realizadas, con el fin de revalidar la formación del mediador cada cierto periodo de tiempo.

El enfoque interdisciplinar de la mediación desarrollada a través de los equipos de mediación reviste crucial importancia. Prueba de ello es la referencia expresa que a los mismos hace la LAMF. No puede atribuirse a un solo colegio profesional el ejercicio de la mediación, por más que los colegios traten de hacer de la mediación una competencia exclusiva, debido a dos razones fundamentales: el intrusismo profesional y el interés de mercado¹⁵. La existencia en los Colegios Profesionales de

secciones de mediación e incluso de centros de mediación vinculados a los juzgados para ofrecer estos servicios es una práctica que puede generar no solamente una mala praxis profesional, sectorizada y contraria a la interdisciplinariedad, sino generadora de confusión en la población con las graves consecuencias que esto tendría para el futuro de la mediación en Andalucía.

La mala práctica de la mediación en Andalucía puede tener consecuencias nefastas, sobre todo si el servicio de mediación se vincula a un único colegio profesional, excluyendo el ejercicio de la misma a través de equipos interdisciplinarios, cuando ésta es una práctica reconocida por la LAMF por primera vez. Una propuesta viable sería la creación de un Colegio Profesional de Mediadores que pondría fin a la actual disputa entre los diferentes Colegios que agrupan a los distintos colectivos de profesionales.

8º. Los profesionales de la mediación, como sujetos formados, deben fomentar, en el ejercicio de la actividad de mediación, el poder de autorregulación y responsabilidad de las partes en conflicto, en aras a garantizar en un futuro no solamente un mayor grado de cumplimiento de los acuerdos adoptados, sino un aumento de las posibilidades de resolución futura de los conflictos de familia sin necesidad de acudir, ni al proceso de mediación¹¹⁶, ni al sistema judicial, lo que favorecerá el desarrollo de la autonomía personal de los miembros de la familia de cara a la resolución de sus conflictos futuros.

9º. Una vez más es necesario reclamar una Ley Nacional de Mediación (sin limitarse al ámbito familiar), que “ponga un poco de orden”, o mejor dicho, dote de uniformidad y homogeneidad a esta actividad en cuestiones fundamentales que ayude a consolidar el modelo, tales como: concepto de mediación¹¹⁷, ámbito objetivo y subjetivo de aplicación, el estatuto profesional del mediador, título universitario de acceso¹¹⁸, formación específica del mediador, delimitación de la función del mediador (el mediador no propone soluciones —ej. ley gallega), así como el número de ho-

ras que requiere para ello, fomento y regulación de la co-mediación a través de equipos interdisciplinarios, el contenido del contrato de mediación, régimen de homologación de los acuerdos, derechos y deberes de las partes del proceso de mediación, régimen disciplinario, etc. La ley nacional debe ofrecer un conocimiento exacto de lo que es la mediación, con el fin de acabar con la confusión imperante en relación con otras instituciones, así como tendente a fomentar la mediación en sí, como un servicio seguro y de prestación con garantías. La ley debe favorecer la mediación y acabar con la disparidad legislativa imperante que lo que hace es actuar en contra de la institución en sí¹¹⁹.

La diversidad legislativa si bien es cierto que impulsa la mediación como institución, dificulta su conocimiento ante la ausencia de criterios comunes que la consoliden y eviten posibles desigualdades territoriales. No crea más que inseguridad generando desconfianza por parte del ciudadano hacia el nuevo procedimiento sobre el que tantas expectativas y esperanzas se han depositado¹²⁰.

Sin embargo, hay que ser conscientes de que la nueva ley estatal conllevará las pertinentes reformas en el ámbito sustantivo y procesal. No obstante, puede ayudar a afirmar su propia identidad con el fin de diferenciarla de otros servicios afines.

10º. La competencia en materia de formación debe ser asumida por los centros universitarios, es necesaria una formación reglada concreta para mediadores al nivel más alto (posgrado oficial), y que otras instituciones (tales como, colegios profesionales, ayuntamientos, administraciones, etc.) se encarguen de su promoción, trabajando de forma colaborativa con la Universidad, ya que de otra manera estaremos relegando esta cuestión a una enseñanza extraoficial de rango inferior, caracterizada por la falta de homogeneidad, oficialidad y sobre todo, carente de garantías.

11º. Por lo que a la LAMF se refiere, considero que se dejan para un futuro desarrollo reglamentario cuestiones esenciales, tales como:

- i. Los criterios determinantes para la cualificación del mediador.
- ii. Años de experiencia que serán exigidos para poder desarrollar la actividad mediadora en nuestra comunidad.
- iii. Número de horas que debe tener la formación específica y quién tiene competencia para impartirla.

12º. El escaso papel reconocido a los Colegios profesionales en la LAMF ¿será objeto de nuevo tratamiento en el reglamento?

13ª. El contrato de mediación familiar ¿un olvido intencionado del legislador andaluz? Como ya hemos referido, la LAMF no prevé, a diferencia de otras normas autonómicas¹²¹, el contrato de mediación familiar.

NOTAS

1. La Exposición de Motivos de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía, pone de manifiesto esta realidad, constatando la pluralidad de formas o modalidades de los llamados “conflictos de familia”: “la ruptura de pareja (...) siendo frecuentes los referidos a las pensiones alimenticias y las visitas del progenitor o progenitora no custodio, que afectan directamente al bienestar de las personas menores de edad; los conflictos intergeneracionales (...), afectando no solo a padres y madres y personas educadoras, sino a la sociedad en general; el deseo de los hijos e hijas adoptados de buscar sus orígenes”.

2. Como notas a tener en cuenta en la configuración actual de las relaciones familiares y, en consecuencia, de los conflictos de familia hay que mencionar, entre otras, las que siguen: 1ª. La familia en la actualidad se compone normalmente por la pareja y dos hijos, imponiéndose la existencia de un solo hijo cuando la pareja vive en ambientes urbanos; 2ª. El crecimiento y consolidación en las áreas urbanas de las familias monoparentales y unipersonales; 3ª. El desarrollo de la cohabitación como forma de vida familiar; 4ª. Una disminución de las tasas de fecundidad, frente a un aumento del número de hijos derivados de las técnicas de reproducción asistida (sobre todo en mujeres de más de cuarenta años) y de las adopciones. Resulta de interés al respecto el estudio realizado por RUÍZ CORBELLA. “La familia en el contexto español y europeo”, en *Mediación y Orientación Familiar*. Henri Bouche/Hidalgo (Directores). Madrid 2008, Vol. II, pp. 9-29.

3. Conflictos derivados de la ruptura matrimonial o de pareja, con los hijos derivados de la ruptura matrimonial o de pareja, con las segundas parejas de los progenitores y eventuales hijos de ésta o nacidos de la nueva unión, de violencia doméstica o de género, intergeneracionales, entre hermanos por las responsabilidades derivadas de la necesaria asistencia a padres mayores, hermanos disminuidos física o psíquicamente, por herencias, adopciones, etc.

4. Sobre el particular, vid. MATA de ANTONIO. “La mediación familiar ante las formas familiares atípicas”. *Acciones e Investigaciones Sociales*. Marzo 2004, n.º 19, pp. 85-126.

5. Al respecto cabe decir que el sistema tradicional de resolución de conflictos, ya sea en el campo matrimonial o familiar, se encuentra lejos de favorecer una atenuación de las discrepancias. En la mayoría de los casos se convierte en el medio idóneo para incrementarlas hasta puntos dramáticos y de larga duración en el tiempo (pensemos por ejemplo en el tan denunciado impago de la pensión alimenticia). Esta realidad permite poder afirmar que el sistema jurídico de resolución de conflictos en el ámbito del Derecho de familia no se encuentra inspirado en fórmulas adecuadas a la naturaleza de los conflictos de familia y lo que los mismos conllevan.

6. La libertad individual como principio reconocido en dicha norma coloca al sistema español entre los más avanzados del planeta, pues consagra que el mismo principio de libertad que impregna la opción individual de contraer matrimonio, persiste durante toda la unión, pudiendo ser causa suficiente en cualquier momento para la separación o la disolución del vínculo. En este sentido, ORTUÑO MUÑOZ. *El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial*. Navarra 2006, p. 9.

7. La mediación, junto con la eliminación de la acreditación y necesaria alegación de la causa en base a la cual se pone fin al matrimonio y la equiparación de la separación con el divorcio, han servido para paliar las graves consecuencias que hasta el momento se ha demostrado que produce la judicialización de los llamados “conflictos de familia”. La mediación familiar es introducida en el derecho procesal a través de tres preceptos: 1º. El art. 770.7ª L.e.c. en el cual se establece que “las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el art. 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación”; 2ª. El art. 777.2º donde se determina que “al escrito por el que se promueva el procedimiento se acompañará (...), incluyendo, en su caso el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de

mediación”; 3ª. Y por último, la Disposición Final Tercera de la Ley 15/2005, proclama la existencia de una futura Ley de mediación en la medida en que establece que “el Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de Ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas”.

8. En el caso concreto de las rupturas de pareja, los conflictos y desacuerdos contienen tanto aspectos emocionales y afectivos, como aspectos legales y económicos, que deben ser contemplados para una adecuada solución. Sobre el particular, vid. ROMERO NAVARRO. “La mediación familiar. Un ejemplo de aplicación práctica: la comunicación a los hijos de la separación de los padres. El papel del mediador”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 40, p. 32.

9. Con esta previsión legislativa se produjo, en palabras de ORTUÑO MUÑOZ —*El nuevo régimen jurídico de la crisis...* cit., p. 112—, “un paso importante en la implantación de esta metodología en el ámbito intrajudicial, dotando de rango legal en el ámbito procesal a las prácticas forenses que, amparadas por el impulso de determinados gobiernos autonómicos, se estaban desarrollando”. En cualquier caso, y pese al recurso a la mediación intrajudicial es preciso fomentar la mediación extrajudicial, como paso final y total hacia la desjudicialización de los asuntos o conflictos de familia.

10. Sobre el particular, vid. PRATS ALBENTOSA. “Entrevista a Lorenzo Prats”, en *Situación de la mediación familiar en España*. Detección de necesidades. Desafíos pendientes. García Villaluenga/Bolaños Cartujo. Madrid 2007, p. 283.

11. “Intentar solventar el litigio recurriendo a mediación es una causa objetiva legítima para la suspensión del proceso, y si el juez quiere denegar o deniega la petición, debe motivar por qué no acepta la petición”. Cfr. PRATS ALBENTOSA. *Ibidem*, p. 283.

12. Vid al respecto, ORTUÑO MUÑOZ. *El nuevo régimen jurídico de la crisis...* cit., pp. 108 y 109.

13. En este sentido se pronuncia la LAMF en el art. 19 donde reconoce que “**sin perjuicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva**, el procedimiento de mediación familiar podrá iniciarse antes del comienzo de un proceso judicial, en el curso de éste o una vez concluido por resolución judicial firme”. Igualmente el art. 20 del citado texto establece que “el procedimiento de mediación familiar **se iniciará a petición de todas las partes en conflicto o a instancia de una de ellas...**”.

14. La reunión inicial aparece regulada en la LAMF en el art. 22 donde se dispone que “la persona mediadora designada convocará a las partes en conflicto a una reunión inicial, en la cual les informará de sus derechos y deberes, de los principios rectores de la mediación, de las características del procedimiento, de su duración y de los honorarios profesionales, en su caso”.

15. Sobre la importancia actual de la mediación, vid. BALLARÍN MARCIAL. “La mediación”. *Revista Jurídica del Notariado*. Abril-junio 2003, p. 11.

16. “Sólo debe llegar al juzgado el conflicto que humanamente no ha sido posible resolver”. Cfr. PÉREZ MARTÍN. “La carrera hacia la mediación familiar”. *Lex Nova* abril-junio 2002, p. 18.

17. En este sentido, HINOJAL/ORTUÑO/PÉREZ SALAZAR. *La mediación familiar*. La mediación penal y penitenciaria. El estatuto del mediador. Un programa para su regulación. Sáez Rodríguez (Coord.). Navarra 2008, p. 14.

18. “La mediación ha comenzado por el ámbito que de modo más fácil ha sido posible percibir su utilidad por parte de los ciudadanos y de las instituciones. Sin embargo, he de decir que la mediación no admite calificativos. Es una técnica, y esa técnica se puede trasladar de modo objetivo de un tipo de conflicto a otro. El objeto que puede ser tratado a través de esta técnica es variado, con lo que el hecho de que sea matrimonial no ha de afectar a la técnica, si a caso al mediador, pues el conocimiento del tipo de problema puede permitirle afrontar mejor su actividad profesional. Lo que ocurre que en este momento inicial, el calificativo “mediación familiar” permite que la técnica se utilice en un campo que identificamos socialmente como muy tenso, o hasta la fecha muy tenso”. Cfr. PRATS ALBENTOSA. “Entrevista a Lorenzo Prats... cit.”, p. 284.

19. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ. “La mediación en la violencia doméstica y de género: un camino hacia el restablecimiento del equilibrio y la igualdad”. *La Feminización del Derecho Privado. Una propuesta para el siglo XXI*. (en prensa).
20. Sobre el particular, ALZATE SÁEZ de HEREDIA. “Dinámicas del conflicto en el entorno familiar”. *Mediación Familiar*. Soria/Villagrana/Armadans (Coords.). Barcelona 2008, pp. 21 y ss.
21. Sobre el particular, ALZATE SÁEZ de HEREDIA. Ídem, p. 44.
22. Vid. al respecto, LLOPIS GINER. “La mediación: concepto y naturaleza”, en *Estudios sobre la Ley Valenciana de Mediación Familiar*. Valencia 2003, p. 11.
23. Sirva a modo de ejemplo la explicación que sobre la mediación familiar, en concreto, ofrece el Tribunal de Montreal, el cual la considera “como una intervención en un conflicto o una negociación por parte de una tercera persona aceptable a las partes, imparcial y neutral sin ningún poder de decisión y que pretende ayudarles a que ellos mismos desarrollen un acuerdo viable, satisfactorio y capaz de responder a las necesidades de todos los miembros de una familia, en particular las de los hijos e hijas”. Cfr. RIPOL-MILLET. *Familias, trabajo social y mediación*. Barcelona 2001, p. 44.
24. Primera respuesta autonómica a las novedades introducidas por la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.
25. La Ley se aplica a cualquier conflicto surgido en la convivencia ciudadana, social y familiar. En este sentido, SERRANO ROMERO. “La mediación en Cataluña, tras el Proyecto de Ley de Mediación en el ámbito del derecho privado de 27 de mayo de 2008”. A.C. febrero 2009, n.º 4, p. 388.
26. Como apunta, HIDALGO MENA —“Ámbitos de aplicación de la mediación familiar”, en *Mediación y Orientación Familiar...* cit., p. 192—, mediar “es un instrumento de la familia —y no un conjunto de técnicas— para la resolución de conflictos, donde se incorpora un tercero con quien los litigantes, mediante el intercambio de información, crean un nuevo marco de relaciones, una nueva forma de estructurarlas, para llegar a resolver las diferencias que las mantiene en conflicto”.
27. BOQUE TORREMORELL —*Cultura de mediación y cambio social*. Barcelona 2003, p. 21—, refiriéndose a la mediación en general, ha precisado que “tratar de definir la mediación no es en modo alguno una pretensión trivial”, pues supone entrar en un discurso teórico complejo que se origina en ámbitos interdisciplinarios discordantes que se ve engrosado por un cúmulo de prácticas aún más inconexas, si cabe, y que acumula el agravante de que en los textos sobre mediación no siempre figura una definición explícita de este fenómeno.
28. Una definición que contemple las diferencias entre los distintos sistemas podría ser la propuesta por SUARES —“Mediación: gestión de conflictos y cultura de paz”. Monográfico X Jornadas Menores, mediación y drogas. Revista de la Asociación Proyecto Hombre. Junio 2008, n.º 66, p. 5—, para quien “la mediación es un método de resolución adecuada de disputas (RAD), en la cual el tercero neutral, asiste a las partes para que a partir de conversaciones, negociando colaborativa y distributivamente, los participantes lleguen a un acuerdo y/o a una modificación de la relación actual”.
29. La reciente Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, de la Generalitat de Catalunya, sí define qué es la mediación en su artículo 1 como: “el procedimiento no jurisdiccional de carácter voluntario y confidencial que se dirige a facilitar la comunicación entre las personas, para que gestionen por ellas mismas una solución a los conflictos que les afectan, con la asistencia de una persona mediadora que actúa de modo imparcial y neutral”.
30. Cumple así con la imagen que el legislador occidental actual tiene de la institución de la mediación. En este sentido, PUY MUÑOZ. “La expresión “mediación jurídica”. Un análisis tópico”, en *Mediación y solución de conflictos*. Habilidades para una necesidad emergente. Soletto Muñoz/Otero Parga (Coords.). Madrid 2007, p. 24.
31. Sobre el particular, vid. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ. “*La mediación en la violencia doméstica y de género...* cit.”. (en prensa).

32. La LAMF no regula el contrato de mediación, razón que cabe admitir como insuficiente para negar su naturaleza jurídica.

33. Sobre el particular, PUY MUÑOZ —“*La expresión “mediación jurídica”. Un análisis tópico... cit.*”, pp. 30 y 31—, quien considera que toda mediación es jurídica por razones fundamentales: 1º. Los conflictos son siempre conflictos de posesión de Derechos; 2º. La idea de la mediación penetra toda la experiencia jurídica, y especialmente sus dos provincias centrales, que son la Legislación y la Jurisdicción.

34. En este sentido, ALZATE SÁEZ de HEREDIA. “La dinámica del conflicto”, en *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*. Soleto Muñoz/Otero Parga (Coords.). Madrid 2007, p. 37. Vid. también, GARCÍA GARCÍA. “En los conflictos familiares ¿por qué deberíamos recurrir a la mediación? La mediación como alternativa en la resolución de conflictos familiares y matrimoniales (I)”. *Revista de Derecho de Familia*. Marzo 2002, nº 14, pp. 66 y 67.

35. ALZATE SÁEZ de HEREDIA. *Análisis y resolución de conflictos. Una perspectiva psicológica*. Bilbao 1998.

36. “La dinámica del conflicto... cit.”, p. 41.

37. Cuando una norma de carácter civil desarrolla los derechos reconocidos por la Constitución debe propugnar que los ciudadanos hagan uso de su libertad; esto implica fomentar el ejercicio de su autonomía, de conformidad con los valores y principios superiores del Ordenamiento jurídico español. En este sentido, PRATS ALBENTOSA. “Bases de la nueva regulación del derecho matrimonial español” en *El nuevo Derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*. Navarra 2006, p. 14.

38. Como ha referido MERINO —“Entrevista a Merino”, en Situación de la mediación en España. García Villaluenga/ Bolaños Cartujo. Madrid 2007, p. 259—, “reducir a qué concepto o qué ámbito de mediación es el que nos va a permitir desarrollar el resto, creo que es el ámbito de la mediación comunitaria y, desde ahí, se podrían ir desarrollando el resto de los ámbitos. Desde mi punto de vista se ha comenzado al revés, por un interés y, a veces por una precipitación, porque la prioridad, quizá, era poner un resultado o poner un buen fin a un conflicto familiar, y entonces es el ámbito familiar al que más nos hemos dedicado”.

39. Cfr. ALGABA ROS. “La mediación: un método eficaz de solución de conflictos familiares”, en *Mujeres y protección jurídica*. Liñán García/ De la Fuente Núñez de Castro (Coords.). Málaga 2008, pp. 160 y 161. En este sentido, vid. también, MUÑOZ GARCÍA. “Aspectos jurídicos de la mediación familiar”. *R.D.P.* marzo/abril 2003, p. 260.

40. El único caso en el que el legislador permite que los actores del conflicto regulen las consecuencias del mismo es en los procesos consensuales de separación, nulidad y divorcio, por lo que el acuerdo de mediación solamente podrá tener por objeto aquellas materias en las que el legislador civil permite la autorregulación de las consecuencias de la crisis en los procesos judiciales. El art. 90 C.c. establece el contenido mínimo del convenio regulador de los efectos de la separación, nulidad y divorcio. Sobre el particular, vid. TORRERO MUÑOZ. “El acuerdo de mediación familiar”, en *Estudios sobre la Ley Valenciana de Mediación familiar*. Valencia 2003, p. 90.

41. En estos casos, la intervención en mediación no resulta fácil de entender en la medida en que, a pesar de que la tutela se equipara en su estructura y en sus fines a la institución familiar, los supuestos conflictos derivados de esta situación provienen de relaciones de difícil encaje entre las normas de derecho dispositivo, siendo la intervención judicial muy activa.

42. Cfr. ALZATE SÁEZ de HEREDIA. “Dinámicas del conflicto en el entorno familiar”. Conferencia pronunciada en las Jornadas sobre mediación, organizadas por el Ayuntamiento de Vitoria, mayo 2003; GARCÍA VILLALUENGA. “La mediación en sede de adopción”. Los menores en protección. Serrano Ruiz-Calderón (Coord.). Madrid 2007, pp. 528 y ss.

43. En este sentido, GARCÍA VILLALUENGA. Ídem, p. 574.

44. Posibilidad prevista en el art. 4.1 de la Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Galicia, cuando dispone que pueden promover la mediación familiar las personas unidas por vínculo matrimonial a los efectos de “buscar soluciones a las situaciones de conflicto que puedan plantearse entre ellas en cualquier momento anterior a la incoación de un proceso judicial sobre su situación de crisis familiar, mediante ofre-

cimiento de propuestas de solución que eviten llegar a la ruptura del vínculo o que sirvan para solucionar el conflicto en la vía judicial”. Otros ejemplos los encontramos en la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana, que establece en su Exposición de Motivos que “la eficacia de la mediación familiar se vislumbra especialmente en los casos de crisis de convivencia, dejando en manos de la pareja la posibilidad de reconciliarse o acordar su separación o divorcio...”, aunque en el desarrollo de su articulado no hace referencia expresa a la reconciliación; la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar de Canarias, en cuya Exposición de Motivos reconoce que “la mediación familiar supone, pues, una fórmula para resolver conflictos familiares, recomponiendo la propia familia desde dentro, en un clima de cooperación y respeto mutuo”.

45. SASTRE PELÁEZ. “Principios generales y definición de la mediación familiar: su reflejo en la legislación autonómica”. *Diario La Ley*, nº 5478, viernes 8 de febrero de 2002, p. 7; SÁNCHEZ DURÁN. “La regulación de la mediación familiar en España: análisis comparativo de las leyes autonómicas”, en Parkinson. *Mediación Familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*. Barcelona 2005, p. 317; PARKINSON. *Mediación Familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*. Barcelona 2005, pp. 82 Y 83.

46. Cfr. PARKINSON. *Ídem*, p. 83.

47. ESPÍN ALBA —“La mediación familiar en Galicia”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*. Derecho Civil. Derechos Reales. Derecho de Familia. Madrid 2003, Tomo III, p. 4583—, estima que “no rige para la mediación familiar el principio del *favor matrimonii*, pues la postura neutral e imparcial del mediador no podría dirigir las técnicas de negociación hacia la recuperación de las relaciones rotas”.

48. ESPÍN ALBA —*ibídem*, p. 4583—, considera que “no se puede descartar *a priori* que el resultado de una mediación familiar sea una reconciliación, pues aunque ésta no es la finalidad en sí misma del proceso, el clima de comunicación y el equilibrio establecido puede generar en las partes el convencimiento de que la mejor solución para su crisis matrimonial es recuperar la convivencia, aunque a lo mejor bajo otros paradigmas de relación”.

49. Pensemos en la sociedad vasca, que desde un principio y, pese a no tener Ley de mediación, es considerada como experiencia relevante en el ámbito de la mediación. Resultan ilustrativas al respecto las palabras de PRATS ALBENTOSA —“Entrevista a Lorenzo Prats... cit.”, en Situación de la mediación familiar en España... cit., p. 281-, quien estima que “si tenemos en cuenta la realidad del País Vasco, su propia situación tensa, por razones de todos conocidas, no genera una sociedad débil, al contrario es una sociedad muy preocupada en cómo superar las situaciones de conflicto en las que puedan encontrarse, incluso en el ámbito comunitario. Lo que les lleva a crear, a tejer, puntos de aproximación y encuentro. Esta observación permite comprender y valorar la existencia de una profunda cultura de construcción de la paz en el País Vasco. Hay colectivos ciudadanos, empresas, e instituciones públicas y privadas, preocupadas por cultivar esta cultura de paz en el País Vasco, y, a este efecto, intensifican sus relaciones, de forma que interactúan entre ellas a fin de afrontar la solución de aquellos problemas concretos que se les plantean, tanto de carácter comunitario, como personal”.

50. Como bien ha dicho, BOLAÑOS CARTUJO —“El medidor familiar”, en *Mediación y Orientación Familiar*. Henri Bouche/Hidalgo (Directores). Madrid 2008, Vol. II, p. 165—, “la importancia del proceso de mediación radica en conseguir un hilo de continuidad y de poder en el control de la situación por parte de los miembros de la familia. En esta dinámica, los abogados, el juez y el propio mediador son convidados de excepción, humildes contribuidores a la necesaria autogestión familiar”.

51. Vid. al respecto, CARRAMOLINO GÓMEZ. “Los sujetos de la mediación”, en *Estudios sobre la Ley Valenciana de Mediación Familiar*. Valencia 2003, p. 151.

52. Cfr. BOLAÑOS CARTUJO. “El mediador familiar”, en *Mediación y Orientación familiar...* cit., p. 158.

53. La Sentencia 132/2007, de 21 de febrero AP de Barcelona —JUR 2007/204550—, reconoce que “es importante resaltar que en la práctica de la mediación en conflictos familiares los mediadores, aun cuando posean una formación específica respecto de las instituciones jurídicas objeto de negociación, su función no es la de asesorar (tarea reservada a los abogados de las partes). De hecho pueden proceder de otras licenciaturas o disciplinas, y no obstante ser excelentes profesionales que pueden ayudar a las partes a alcanzar acuerdos muy positivos para sus vidas y la de sus hijos. Mas en lo que se refiere a los aspectos jurídicos, tanto sustantivos, como en el caso de autos (...), como formales o fiscales, el mediador no es un asesor legal, por lo que no puede garantizar que la redacción de los pactos sea la idónea. Esta es la razón por la que acuerdo de mediación y Convenio Regulador son cosas distintas. Aquél es mucho más amplio, puede

que mucho más genérico o más específico, pero desde luego, no puede asimilarse su régimen jurídico al del convenio regulador”.

54 La imparcialidad “significa no tomar partido e implica una actitud de equidistancia que no impide tratar de reequilibrar las diferencias de poder entre las partes”. Cfr. SÁNCHEZ DURÁN. “La regulación de la mediación familiar en España: análisis comparativo de las leyes autonómicas”, en Parkinson. *Mediación Familiar...* cit., p. 322.

55. DIEZ/TAPIA. *Herramientas para trabajar en mediación*. Barcelona 1999, p. 108.

56. Como bien ha referido, GARCÍA PRESAS —*La mediación familiar. Una alternativa en el proceso judicial de separación y divorcio*. Madrid 2009, p. 194—, “el aspecto en el que existen matices diferenciadores entre las distintas legislaciones autonómicas en esta materia tiene que ver con la obligatoriedad de las partes a asumir la confidencialidad. Debe reseñarse, en este sentido, que lo más conveniente es que dicho principio obligue también a las partes, ya que, de este modo, se facilita, en cierta medida, no sólo el procedimiento, sino que éste consiga los deseables acuerdos”.

57. La LAMF no hace referencia expresa a los mismos.

58. Sobre el interés del menor, RIVERO HERNÁNDEZ. *El interés del menor*. Madrid 2007, 2ª edic., p. 54; De TORRES PEREA. *Interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar*. Madrid 2008, pp. 267 y ss.

59. Diferenciación de situaciones que nos parece más acorde con la realidad.

60. Sentencia 49/2007, de 26 de enero AP de Tarragona —JUR 2007/127650—; Sentencia 406/2004, de 28 de junio AP de Barcelona —JUR 2004/211563—.

61. CASTILLO MARTÍNEZ. “El interés del menor como criterio prevalente en la mediación familiar”. *Estudios sobre la Ley Valenciana de Mediación Familiar...* cit., p. 26;

62. GARCÍA PRESAS —*La mediación familiar...* cit., p. 363—, propone que las sesiones se realicen de modo privado o reservado entre ellos y los mediadores, para conseguir un diálogo más fluido con la persona en cuestión, alejada de posibles presiones, probables tendencias a la inhibición, o simple temor parental que no le permita intervenir con plena libertad. Es necesario crear un clima de confianza y empatía con el mediador, en la medida en que la interlocución con estos colectivos en muchas ocasiones no es fácil, para lo cual defiende la intervención con carácter preceptivo de un profesional especializado en materia psico-pedagógica con el fin de favorecer la comunicación.

63. Sobre el particular, Sentencia 190/2006, de 14 de mayo AP de Lleida —JUR 2008/205165—, en la cual se establece que “en el caso concreto lo que se persigue es la protección de los intereses de los menores en cuanto a titulares de su derecho a la estabilidad familiar, al equilibrio en su desarrollo psico-afectivo lo que, a su vez, incluye los colaterales derechos a la relación parental y al armónico desenvolvimiento de las mismas, conforme al artículo 9 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño. Por lo tanto, y como se encarga de poner de manifiesto la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (R 160/2007) “lo que se pretende mediante dicho tipo de protección es desalentar comportamientos parentales en los que los menores sean víctimas de un proceso de “cosificación”, de conversión en instrumentos arrojados de la propia situación de crisis familiar o personal que contextualiza la relación, en este caso, entre los progenitores. El mantenimiento de la paz en las relaciones familiares en crisis se pone al servicio del interés superior del menor, lo que exige, necesariamente, el respeto a los cauces jurídicos para resolver los conflictos cuando ello no sea posible por el simple acuerdo entre las partes”; Sentencia 1048/2002, de 17 de octubre AP de Barcelona —JUR 2004/3755—; Sentencia 355/2006, de 19 de mayo AP de Barcelona —JUR 2006/272097—; Sentencia 1/2007, de 5 de enero AP de Lugo —JUR 2007/133416—; Sentencia 32/2006, de 18 de enero AP de Valencia —AC 2006/669—. Vid. también, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ. “Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del libre ejercicio de los derechos de la personalidad”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luís Díez-Picazo*. Derecho Civil. Parte General. Madrid 2003, Tomo I, pp. 951 y ss.

64. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ. “Un caso de secuestro internacional de menores por parte del titular de la guarda y custodia: el interés del menor como criterio de decisión”. A.C. 1999, 1, p. 307.

65. Vid. al respecto, Sentencia 2006/2037, de 17 de mayo AP de Cádiz.

66. GARCÍA PRESAS —*La mediación familiar...* cit., p. 207— estima que “el propio hecho de que exista un punto de partida acordado, en relación con el procedimiento a seguir, supone que, en cierto modo, existe un formalismo que, por

la levedad de su estructura y del compromiso adquirido en lo que a su desarrollo se refiere, puede llegar a considerarse con la denominación de “antiformalismo” siendo, en realidad, el origen mismo de la flexibilidad que distingue, entre otras características, a la mediación familiar”.

67. La LAMF no prevé, en circunstancias excepcionales que hagan imposible la presencia simultánea de las partes, la posible utilización de medios técnicos que faciliten la comunicación a distancia, garantizando los principios de la mediación (art. 8.1 de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de la Generalitat de Catalunya).

68. La Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de la Generalitat de Catalunya, considera que se encuentran legitimadas para participar en un procedimiento de mediación los menores de edad, si tienen suficiente juicio e incluso incluso en ciertos supuestos, y, en todos los casos, los mayores de doce años (art. 4.2).

69. Sobre esta situación en la anterior Ley Catalana de Mediación Familiar, vid. VILLAGRASA ALCAIDE/VALL RIUS: “La mediación familiar en Catalunya: análisis sistemático de la Ley 1/2001, de 15 de marzo”. *La Ley* nº 5 (2001), pp. 1744 y ss. La Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de la Generalitat de Catalunya, permite cuando exista contradicción de intereses que los menores participen asistidos por un defensor o defensora (art. 4.2).

70. “La voluntad es si cabe la gran herramienta de los actuantes, para abordar la resolución de los conflictos en el seno familiar” (...) “lo que lleva a considerar la mediación como un acto familiar, derivado de la dimensión que adquiere la voluntad en actos trascendentales en la vida de todo individuo cuando tiene que superar una situación de conflicto, porque en la familia esto adquiere un especial significado habida cuenta que afecta de forma determinante a la propia historia configurando nuevos mapas relacionales, donde las emociones y los afectos tienen su marco central”. Cfr. HILDALGO MENA. “La mediación familiar. Un acto familiar”, en *Mediación y Orientación familiar...* cit., p. 236.

71. En este sentido, LÓPEZ SAN LUÍS. “Aspectos generales de la mediación familiar”. *Tendencias actuales del Derecho de Familia*. López San Luís/Pérez Vallejo (Eds.). Almería 2004, p. 49.

72. Vid. Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana (art. 13.3) y la Ley 5/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar de Canarias (art. 4.3 y 12.1).

73. La mediación preceptiva es contraria a la mediación como institución y, en concreto, al principio de voluntariedad. Es adecuado diferenciar entre el carácter preceptivo de la mediación, como medio obligatorio al que recurrir para solucionar un conflicto y el carácter preceptivo u obligatorio de una previa sesión informativa, con el fin de que las partes puedan conocer las ventajas de este mecanismo de resolución de conflictos. Esta medida es correcta en tanto que en la actualidad todavía no existe en España una cultura de mediación consolidada de igual forma en todas las Comunidades Autónomas.

74. En este sentido, LLOPIS GINER. “La mediación: concepto y naturaleza”. *Estudios sobre la Ley Valenciana de Mediación familiar...* cit., p. 15; Vid. tb. MARTÍN CASALS. “La mediación familiar en el Derecho Comparado: algunas de las propuestas de regulación en España a la luz de las tendencias europeas”. *Jornadas Internacionales de Mediación Familiar*. 2000, pp. 43 y ss.; LÓPEZ SAN LUÍS. “Aspectos generales de la mediación...” cit., p. 50.

75. “El mediador familiar”, en *Mediación y Orientación Familiar...* cit., p. 155.

76. La Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de la Generalitat de Catalunya, al referirse a las personas mediadoras en el artículo 3.1, exige los siguientes requisitos: 1º. Que se trate de una persona física; 2º. Que se encuentre en posesión de un título universitario de carácter oficial; 3º. Que acredite una formación y capacitación específicas en mediación, debidamente actualizadas de acuerdo con los requisitos establecidos reglamentariamente; 4º. Que esté colegiada en el colegio profesional correspondiente, o debe pertenecer a una asociación profesional del ámbito de la mediación, acreditada por el departamento competente en materia de derecho civil, o debe prestar servicios como mediador o mediadora para la Administración Pública. La nueva Ley catalana amplía el círculo de personas que pueden ser mediadoras, sin circunscribirlo a ninguno en particular.

77. Sobre el particular, HAYNES. *Fundamentos de la mediación familiar*. Madrid 2000, 2ª edic., p. 13.

78. Como ha referido MERINO —Situación de la mediación familiar en España...cit.—, p. 262—, “cualquier persona que quiera formarse en mediación tiene que empezar por una formación de su propio carácter, es decir, un proceso de formación personal para formarse como profesional mediador”.

79. Tal y como se estableció en el Foro Europeo de Mediación Familiar.

80. Nuevamente en la DT se hace referencia a las personas mediadoras con experiencia en mediación familiar, pues prevé que “aquellos/as profesionales que a la entrada en vigor de la presente Ley vengan realizando actuaciones de mediación familiar podrán ser habilitados para el ejercicio de la misma, a través del procedimiento que se establezca reglamentariamente”.

81. La Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de la Generalitat de Catalunya, hace también alusión en su artículo 3.2 a dos tipos de figuras: a. Los “co-mediadores”; b. Los “colaboradores con el mediador”, como técnicos expertos.

82. A diferencia de lo que contempla la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de la Generalitat de Catalunya, en cuyo artículo 22 se reconocen las amplias funciones a los colegios profesionales que integran a los profesionales que hacen mediaciones, tales como: a. Gestionar el registro de personas mediadoras que estén colegiadas y comunicar las altas y bajas al Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña; b. Proponer al Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña la persona mediadora cuando las partes se dirijan a un colegio profesional; c. Llevar a cabo la formación específica y declarar la capacitación de las personas mediadoras; d. Cumplir la función deontológica y disciplinaria respecto a los colegiados que ejercen la mediación; e. Comunicar al Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña las medidas adoptadas como consecuencia de los expedientes disciplinarios abiertos a personas mediadoras; f. Colaborar con el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña en el fomento y difusión de la mediación; g. Introducir, en el ámbito de la formación especializada que lleven a cabo, el estudio de las técnicas de mediación, negociación y resolución alternativa de conflictos; h. Elaborar propuestas y emitir los informes sobre los procedimientos de mediación que le pida el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña; i. Elaborar una memoria anual de las actividades del colegio profesional en el ámbito de la mediación, que debe enviarse al Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña; j. Llevar a cabo formación de capacitación en materia de violencia en el ámbito familiar, para detectar e identificar situaciones de riesgo, prestando una especial atención a las que afectan a personas en situación de dependencia.

83. A diferencia de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de la Generalitat de Catalunya (art. 22.c, g, j).

84. Pensamos en los Colegios profesionales de: Abogados, Psicólogos, Trabajadores Sociales, Graduados Sociales, etc.

85. Vid. art. 2 LAMF.

86. Al respecto, ha resultado bastante desalentador el actual contenido del artículo 14 del Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles de 19 de febrero de 2010, el cual al regular las condiciones para actuar de mediador establece que “podrán ejercer funciones de mediador las personas naturales que se hallen en el pleno disfrute de sus derechos civiles, siempre que la legislación no lo impida o que estén sujetos a incompatibilidad, que posean, como mínimo, el título de grado universitario de carácter oficial o extranjero convalidado u que se encuentren inscritas en el Registro de mediadores y de instituciones de mediación”.

87. Ley 18/2006, de 22 de noviembre de Mediación Familiar de las Islas Baleares (Título I).

88. Cfr. PÉREZ GIMÉNEZ. “La mediación familiar: perspectiva contractual”. Westlaw BIB 2006/2785, p. 4 (Aranzadi Civil nº 22/2006, Estudio). El art. 4 de la Ley de Mediación Familiar de las Islas Baleares establece que “mediante el contrato de mediación, una persona denominada mediador familiar se obliga a prestar los servicios de información, orientación y asistencia, sin facultad decisoria propia, a cuenta y por encargo de los sujetos que, perteneciendo a una misma familia o grupo convivencial, están en conflicto y que se obligan a retribuir sus servicios con la finalidad de llegar a acuerdos”.

89. Sobre el particular, vid. LÓPEZ SAN LUÍS. “Aspectos generales de la mediación familiar”. *Tendencias actuales en el Derecho de Familia...* cit., p. 65; PÉREZ GIMÉNEZ. “La mediación familiar: perspectiva contractual...” cit., p. 5; GARCÍA GARCÍA. *Mediación familiar. Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*. Madrid 2003, pp. 33 y ss.

90. Art. 9.1º, a) de la Ley de Mediación Familiar de las Islas Baleares.

91. Art. 9.1º, b) de la Ley de Mediación Familiar de las Islas Baleares.
92. Las partes pueden desistir previo aviso y en las condiciones que sean pactadas, en cualquier momento. Asimismo el mediador puede abandonar el procedimiento, previa comunicación a las partes cuando exista falta de voluntad por alguna de las partes, imposibilidad manifiesta para llegar a un acuerdo, o cuando concurra cualquier otra circunstancia que haga inviable el procedimiento.
93. Art. 24.1º Ley de Mediación Familiar de las Islas Baleares.
94. En este sentido, ORTUÑO MUÑOZ. “*El nuevo régimen jurídico de la crisis... cit.*”, p. 110.
95. Recordemos de la importancia del tiempo cronológico y psicológico en todo proceso de mediación.
96. Cfr. BERNAL SAMPER. —“Mediación extrajudicial”. Mediación y protección de menores en *Derecho de Familia*. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid 2005, p. 48. En la Sentencia 158/2007, de 5 de marzo, AP Barcelona —JUR 2007/120785—, en la cual se cuestiona la determinación del régimen de visitas en un caso de divorcio, en el Fundamento Jurídico 2º queda reconocida la prevalencia de los acuerdos que en cada momento puedan alcanzar las partes por sí mismas con ayuda de sus letrados o en proceso de mediación familiar, estableciendo el carácter subsidiario de la sentencia en defecto de acuerdo.
97. Sobre los negativos efectos de esta situación, los cuales son en cualquier caso cuestionables, vid. GUILARTE GU-TIÉRREZ. “La mediación: panacea cuestionable”. *Revista de Derecho de Familia*. Enero 2000, nº 6, p. 41.
98. El acuerdo de mediación debe ser considerado un negocio jurídico de Derecho de Familia, por las siguientes causas: 1ª. Es una manifestación de la autonomía de la voluntad, pues las partes en conflicto autorregulan las consecuencias del mismo; 2º. El objeto de la mediación, según la LAMF son los conflictos de familia; 3ª. Tiene eficacia entre las partes, siempre que reúna los requisitos necesarios para la validez de los contratos y respeten los límites del art. 1255 C.c. En este supuesto es donde el acuerdo de mediación se acerca al convenio regulador pendiente de homologación judicial. En este sentido, TORRERO MUÑOZ. “El acuerdo de mediación familiar”. *Estudios sobre la Ley Valenciana... cit.*, p. 93.
99. El art. 19 de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de la Generalitat de Catalunya, diferencia entre: a. Propuestas: cuando los acuerdos afecten a materias y personas que necesitan de una especial protección, así como los de orden público que determinen las leyes, necesitando para su eficacia la aprobación de la autoridad judicial; b. Acuerdos.
100. En estos términos, LÓPEZ SAN LUÍS. “*Aspectos generales de la mediación... cit.*”, p. 58; VILLAGRASA ALCALDE. “El papel de la mediación familiar en la solución de los conflictos”, en *La protección de la personas mayores*. Lasarte Álvarez (Dir.). Madrid 2007, p. 142.
101. Vid. Sentencia 132/2007, de 21 de febrero AP de Barcelona —JUR 2007/204550—, en la cual las dos partes en conflicto se imputan haber incumplido. Al respecto en el Fundamento Jurídico 2º se establece que “La resolución que se impugna no otorga fuerza vinculante al acuerdo previo alcanzado, tras el examen crítico del contenido de lo convenido, aun cuando respecto a algunos de los complejos pactos en él previstos las partes han procedido a su cumplimiento parcial (...)”.
102. Como bien ha apuntado, PÉREZ VALLEJO —“EL proceso de mediación familiar y los “acuerdos mediados”, en Tendencias actuales en el *Derecho de Familia*. López San Luís/Pérez Vallejo (Edics.). Almería 2004, p. 93—, este mecanismo es más económico y sencillo, dotando de un reconocimiento explícito a los acuerdos alcanzados tras un proceso de mediación familiar que, por excelencia, es extrajudicial, procediéndose a su inscripción en los Registros correspondientes y elevándose a la categoría de título ejecutivo.
103. La Sentencia 132/2007, de 21 de febrero AP de Barcelona —JUR 2007/204550—, destaca que según “la doctrina civilista no puede equipararse el acuerdo de mediación, cuya naturaleza jurídica es singular y típica, con ninguna categoría contractual, ni tampoco —mucho menos—, con el convenio regulador, que es un instrumento procesal específico del procedimiento de familia consensuado (...)”. “El derecho comparado pone de relieve que la mediación, como metodología, es en gran parte ajena al derecho, con importantes elementos incorporados de otras ciencias sociales, como la psicología y la teoría social de la gestión positiva de los conflictos, por lo que los acuerdos que se generen y que son producto de esta metodología, también son de una naturaleza mixta, puesto que en la mayor parte de los casos pueden contener una gran parte de elementos extrajudiciales que los distinguen de cualquier régimen contractual.

Respecto a su naturaleza, es esencial la impronta que les imprime la intervención del mediador, que confiere al acuerdo una serie de características singulares. En relación con los contratos privados, en la mediación la igualdad e equilibrio entre las partes ha sido garantizada de forma más efectiva por la intervención del mediador neutral e imparcial por lo que cabe presumir que el análisis de los conflictos y las soluciones alcanzadas han sido asumidas como ventajosas por las dos partes. En cuanto a la libertad de forma que es consustancial con el proceso de racionalización que caracteriza todo acuerdo de este tipo, que su eficacia quede condicionada por un periodo de revocabilidad que las propias partes suelen pactar, dentro del cual los intervinientes en el acuerdo tienen la oportunidad de sopesar todas las circunstancias concurrentes, principalmente las de trascendencia jurídica, que deben ser objeto de asesoramiento específico por los abogados de las partes, como condición necesaria para garantía de sus derechos. Junto a los anteriores elementos, el acuerdo de mediación puede contener manifestaciones de voluntad, expresiones de propósitos, menciones o intervenciones de terceras personas. También el acuerdo puede referirse a una gran variedad de negocios posteriores que no se perfeccionan con el acuerdo de mediación, sino que deberán ser objeto de puntual contratación o concertación posterior, incluso con la intervención de terceros o las actuaciones en entidades mercantiles, con personalidad jurídica diferenciada. En definitiva, que tales pactos o acuerdos de mediación son del todo punto extraños a los instrumentos jurídicos clásicos. De lo hasta ahora analizado resulta que no puede confundirse el acuerdo de mediación alcanzado por las partes, con el Convenio Regulador del artículo 90 del Código Civil (...). Este es un instrumento definido en sede procesal, propio del procedimiento matrimonial de mutuo acuerdo, bien sea con carácter originario o sobrevenido, y su alcance viene determinado en su sentido jurídico, por un específico contenido legal de carácter obligatorio, suscrito siempre por los cónyuges, y exclusivamente por ellos, respecto del cual cualquier adición, declaración, intervención de tercera persona o condición, es extraña al mismo. El acuerdo de mediación, a diferencia del Convenio regulador, no es un instituto procesal y tampoco está vinculado a los procedimientos del artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Puede ser anterior a la judicialización del litigio, posterior al mismo, puede referirse únicamente a aspectos parciales del litigio o insertarse en un proceso contencioso, sin que sea obstáculo para que, respecto al resto de las cuestiones a resolver en una crisis matrimonial, se mantenga la controversia judicial contenciosa". Vid. al respecto, MUÑOZ GARCÍA. "Aspectos jurídicos de la mediación familiar... cit.", p. 272.

104. Sobre los acuerdos mediados, vid. PÉREZ VALLEJO. "El proceso de mediación familiar y los "acuerdos mediados"... cit.", pp. 75 y ss.

105. Orden público familiar que actúa como límite a la autonomía de la voluntad de las partes en conflicto, en los casos relacionados con los hijos y solamente en los supuestos en los que, con el pacto que concierten los padres, se les pueda causar una lesión o un perjuicio.—Cfr. PÉREZ VALLEJO. Ídem, p. 81—. Planteamiento extensible también a los supuestos en los que el contenido de los acuerdos pueda atentar contra el bienestar de las personas dependientes, discapacitadas o incapacitadas judicialmente (art. 26 LAMF).

106. Sobre el particular cfr., "Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación", en *Estudios de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Sáez Valcárcel/Ortuño Muñoz (Dirs.), Madrid 2007, pp. 25 y ss.

107. Cfr. LOPES y SERRANO. "Un modelo de evaluación general de la mediación familiar". p. 1493.

108. Vid. TAMANZA/GENNARI. "Éxitos y fracasos en la mediación familiar. Factores de eficacia y análisis del procedimiento". *Revista Interdisciplinaria de mediación y resolución de conflictos*. La trama, octubre 2003, n.º 7, pp. 1 y ss.

109. En este sentido, ALZATE SÁEZ de HEREDIA. Conferencia de Clausura del II Máster en Mediación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, 11 de diciembre de 2008.

110. LLOVERAS/LUC —"Mediación: perspectiva Argentina". *Revista General de Derecho Procesal* 18 (2009), p. 22—, defienden que la mediación es una buena fórmula para aplicar al conflicto no sólo como un método alternativo, ni tan siquiera como un complemento de la jurisdicción, sino como "un medio independiente de acceso a la justicia con un fin de pacificación social basado en la libertad de los ciudadanos". "Es una intervención pacífica y de respeto, por eso su utilización e incorporación a nivel social desde el ámbito específico de la resolución de conflictos, transmite su efecto pacificador trasladando nuevos modelos de interacción y comunicaciones capaces de crear una sociedad más armónica y democrática".

111. Cfr. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ. "La mediación en la violencia doméstica y de género: un camino hacia el restablecimiento del equilibrio y la igualdad... cit." (en prensa).

112. En estos términos, LARRAURI PIJOÁN. “Justicia restauradora y violencia doméstica”. Hechos post-delictivos y sistema de individualización de la pena. Asúa Batarrita/Garro Carrera (Edcs.). Bilbao 2009, p. 141; GARCÍA GARCÍA. “En los conflictos familiares ¿por qué deberíamos acudir a la mediación? La mediación como alternativa en la resolución de conflictos familiares y matrimoniales (II)”. *Revista de Derecho de Familia*. Abril 2002, nº 15, p. 49.

113. BERNAL SAMPER —“Mediación extrajudicial... cit.”, p. 42—, estima que las características propias de la mediación sugieren que un lugar adecuado para situar los servicios de mediación está en la adopción de una fórmula mixta donde la atención personalizada y de calidad esté unida a la gratuidad o bajo costo del servicio. La independencia de la institución favorece la implicación de las partes en el proceso, la imparcialidad del mediador, la confidencialidad del proceso, la informalidad y la rapidez, evitando la burocratización. La mediación realizada dentro de otra institución, aunque no sea judicial, es volver otra vez a la institucionalización.

114. Como bien ha dicho, SUÁREZ RODRÍGUEZ —“Aspectos psicológicos y psiquiátricos en situaciones de crisis conyugal”. Mediación y protección de menores en Derecho de familia. *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid 2005, p. 91—, “el trabajo de los profesionales que desde diferentes campos, psicológico, jurídico, social, se ocupan de la familia, es hoy día de una complejidad que precisa lentes nuevas de comprensión y formas acorde de abordaje”.

115. MERINO —“Entrevista a Merino”, en Situación de la mediación familiar en España... cit.”, pp. 266 y 267—, ha admitido que en el desarrollo de la mediación en España existe un “peligro fundamental” que es “verlo como un negocio, como algo que funciona con la ley de mercado, de esto es mío y no es tuyo... el perder de vista la actitud colaborativa, que es precisamente lo que se requiere en un proceso de mediación, y el que las personas profesionales de la mediación nos estemos olvidando de ello y tratemos de acapararlo y llevarlo a nuestro terreno, a nuestro colegio profesional, es hoy por hoy el principal peligro”. (...) “Asimismo, el pretender legislar la mediación de tal manera que un procedimiento de mediación sea un procedimiento “pseudojudicial” de segunda categoría, equiparable a un procedimiento judicial por lo protocolarizado y rígido que se defina, y se pierda esa autonomía de la voluntad, que es imprescindible al considerar la mediación como un proceso que devuelve el poder a las partes a la hora de tomar decisiones”.

116. Se produce el llamado proceso de “deuteroaprendizaje” que permite reajustar las propias creencias desde las cuales mejorar la capacidad de resolver los conflictos. Cfr. HIDALGO MENA. “Ámbitos de aplicación de la mediación familiar...cit.”, p. 194.

117. Un concepto que delimite bien la figura o institución de la mediación, diferenciándolo de otras figuras afines, con el objetivo exclusivo de dar por terminada la confusión imperante en las diferentes leyes autonómicas trasladables, en última instancia, al ciudadano.

118. Unificación de las licenciaturas y diplomaturas que permiten acceder al desempeño de esta actividad, formación específica posterior —especialista, experto o máster— y, en su caso, la creación de un título universitario específico de naturaleza interdisciplinar que habilite para el desempeño de dicha actividad, número de horas de formación, homologación de estudios y órgano competente para ello.

119. Sin embargo, como el actual Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles de 19 de febrero de 2010 sea finalmente aprobado, nuevamente muchas de estas cuestiones quedarán sin resolver.

120. Es necesaria una Ley de mediación nacional que regule al menos los principios generales, ya que “si faltan esas directrices generales, puede caerse en el error de que cada autonomía regule independientemente la mediación familiar y, como sucede actualmente con los proyectos y anteproyectos, dependiendo de quien haya impulsado el proyecto —abogados, psicólogos, etc.— la ley tenga una determinada orientación sectorial”. Cfr. PÉREZ MARTÍN. “La carrera hacia la mediación familiar... cit.”, p. 18.

121. Ley 18/2006, de 22 de noviembre de Mediación Familiar de las Islas Baleares (Título I).

Fecha de recepción: 22 de marzo de 2010

Fecha de aceptación: 29 de marzo de 2010

VARIA

Discurso sobre las penas contrahido á las leyes criminales de España,
para facilitar su reforma

Manuel de Lardizábal y Uribe

Crítica bibliográfica: Luis Greco, Lebendiges und Totes in Feuerbachs
Straftheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grun-
dlegendiskussion

Jacobo López Barja de Quiroga

DISCURSO SOBRE LAS PENAS CONTRAHIDO Á LAS LEYES CRIMINALES DE ESPAÑA, PARA FACILITAR SU REFORMA

Manuel de Lardizábal y Uribe

Se transcriben algunas de las reflexiones de Lardizábal sobre las penas, en las que cabe destacar su insistencia en que sólo deben imponerse las que sean absolutamente necesarias, su exigencia de proporcionalidad y su recomendación de benignidad como muestras de la política criminal racional propugnada por la Ilustración.

Con ello se pone de manifiesto que la tendencia actual al endurecimiento constante y desmesurado de la pena carcelaria (en un país como España, con la mayor población reclusa por 100.000 habitantes de Europa y entre los de menor delincuencia relativa) es fruto del triunfo mediático y político de una indeseable y retrógrada contrailustración.

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

CAPITULO II

DE LAS QUALIDADES Y CIRCUNSTANCIAS, QUE DEBEN CONCURRIR EN LAS PENAS, PARA SER ÚTILES Y CONVENIENTES

1. De lo dicho en el número 5 del capítulo antecedente resulta, que toda sociedad se compone precisamente de dos principios diametralmente opuestos, que son el interes particular de cada individuo, y el general de toda la comunidad, los cuales están siempre en un continuo choque y conflicto, y se destruirian en breve, destruyendo al mismo tiempo la sociedad, si por una feliz combinacion no se conciliasen estos dos intereses opuestos, y se impidiese la destruccion del uno, disminuyendo la actividad del otro.

2. Este es puntualmente el fin y objeto de las leyes criminales, tan antiguas por esta razon, como la misma sociedad, y de las cuales, como se ha dicho, depende inmediatamente la justa

libertad del ciudadano, y por consiguiente su verdadera felicidad. Mas para que estas leyes consigan tan saludable fin, es necesario, que las penas impuestas por ellas se deriven de la naturaleza de los delitos: que sean proporcionadas á ellos: que sean públicas, prontas, irremisibles y necesarias: que sean lo ménos rigurosas, que fuere posible, atendidas las circunstancias: finalmente que sean dictadas por la misma ley.

3. Si las penas no se derivaren de la naturaleza de los delitos, si no tuvieren cierta analogía con ellos, se trastornarán todas las ideas y verdaderas nociones de la justicia: se confundirán las personas con las cosas, la vida del hombre con sus bienes: se apreciarán estos tanto ó mas que su honra: se redimirán con penas pecuniarias las violencias y delitos contra la seguridad personal: inconveniente, en que cayéron muchas de nuestras leyes antiguas dictadas por el espíritu feudal, y que debe evitarse en toda buena legislación, como se dirá despues.

4. Triunfa la libertad, dice el Presidente Montesquieu, quando las leyes criminales sacan las penas que imponen de la naturaleza particular de cada delito, porque entónces cesa todo arbitrio, y la pena no se deriva de la voluntad, ó del capricho del legislador, sino de la naturaleza de la misma cosa, y así no es el hombre el que hace violencia al hombre, quando se le castiga, sino sus mismas acciones: reflexiones que habia hecho Ciceron mucho tiempo ántes.

5. Todos los delitos, que pueden cometerse, se reducen á quatro clases: contra la religion, contra las costumbres, contra la tranquilidad, y contra la seguridad pública, ó privada. Los delitos contra la religion (no los que turban el uso, ó exercicio de ella, porque estos, segun sus circunstancias, pertenecerán á la tercera ó quarta clase; sino los que son puramente contra la religion y el repeto debido á ella, como juramentos, blasfemias, &c.) deberian castigarse, para que la pena se derive de la naturaleza del delito, con la privacion de las ventajas y beneficios que ofrece la misma religion á los que la respetan y reverencian, como es la expulsion de los templos, la privacion de la sociedad de los fieles, &c.

7. Del mismo modo los delitos contra las costumbres se deben castigar con la privacion de las ventajas y beneficios que ofrece la sociedad á los que conservan la pureza de ellas. La vergüenza, el oprobrio, el desprecio, la expulsion del lugar serán penas correspondientes: así como lo serán para contener los delitos que perturban la tranquilidad, privar á los delinqüentes de la misma tranquilidad, ya quitándoles la libertad, ya expeliéndolos de la sociedad que perturban. Por la misma razon debe rehusarse la seguridad al que perturba la de los otros, castigándole con penas corporales, pecuniarias, ó de infamia, segun que él perturba la seguridad de la persona, de los bienes, ó de la honra de sus conciudadanos.

8. Pero hay algunos delitos, que correspondiendo por su naturaleza á una clase, las circunstancias hacen que pertenezcan á otra. El juramento, por exemplo, que por su naturaleza es contra la religion, y pertenece á la primera clase, si de él se siguiere perjuicio de tercero, segun fuese este perjuicio, corresponderá á la tercera ó quarta. El rapto, el estupro, que son contra las costumbres, y pertenecen á la segunda, por la violencia que causan, y la seguridad que perturban, corresponden ya á la quarta, y así deberán castigarse con las penas correspondientes á ellas.

9. Sucede tambien algunas veces, que las penas, que se derivan de la naturaleza de los delitos, ó no son bastantes por sí solas para escarmentar al delinqüente, ó no se pueden imponer. Las penas religiosas, por exemplo, podrán tal ve no ser bastantes para contener á los sacrílegos; entónces es necesario usar de penas civiles. El que invade los bienes de otro sin perjudicarle en su persona, deberia ser castigado con penas pecuniarias; pero si no tiene bienes, como sucede muchas veces, no debe quedar el delito impune. En todos estos casos y otros semejantes es necesario imponer otras penas; pero procurando siempre apartarse lo ménos que sea posible de la analogía que debe haber entre la pena y el delito: regla que no se ha observado en algunas de nuestras leyes.

10. Disputan los Jurisconsultos sobre la proporcion que debe guardarse en la imposi-

cion de las penas. Comunmente dice, que la geométrica, á distincion de los contratos, en los quales debe guardarse la aritmética. Pero esto no es tan constante, que muchas veces no se observe lo contrario. En el contrato de sociedad, por exemplo, se distribuyen las ganancias con proporcion geométrica, y para resarcir el daño causado por un delito se usará de la aritmética. Bodino de la mezcla de estas dos proporciones formó otra tercera, que llamó armónica, que es la que, según él, debe guardarse en la imposicion de las penas, y que le impugnan otros autores.

11. Pero prescindiendo de esta disputa, cuya decision no es necesaria para nuestro asunto, lo cierto es, que entre la pena y el delito debe haber cierta igualdad, á cuya regulacion contribuyen todas las circunstancias que constituyen la naturaleza del delito, de las que se tratará en su lugar correspondiente. Esta igualdad es la que llamamos proporcion entre la pena y el delito, y la que es absolutamente necesaria, por ser el alma y el principio nervio de toda buena legislacion criminal, la qual, faltándole esta proporcion, se destruirá por sí misma, á manera de un vasto edificio, en el qual los pesos menores se cargasen sobre las mas fuertes columnas, y los mas enormes sobre las mas débiles.

12. La razon misma dista, que el delito grave se castigue con mas severidad que el leve. Si la ley no hace esta justa distincion en las penas, los hombres tampoco harán diferencia entre los delitos, y de esta injusta igualdad resulta una muy singular contradiccion, qual es, que las leyes tengan que castigar delitos, que ellas mismas han ocasionado, á la manera que el Domiciano refiere Zonáras, que imponia la pena de adulterio á las mugeres de que él mismo habia abusado.

13. Las leyes, por exemplo, que imponen pena capital indistintamente al ladron que roba y asesina en un camino, y al que se contenta solo con robar, ¿quantos asesinatos habrán causado, aunque contra su intencion, que no se habrian cometido, si se hubiera guardado la debida proporcion en las penas? El ladron que sabe, que mate ó no mate, ha de sufrir la pena

capital por solo el hecho de haber robado en un camino, quita la vida al que roba, porque este es un medio de ocultar su delito y evitar el castigo, ó á lo menos de dificultar y dilatar su prueba. Y he aquí como la misma ley expone la vida del hombre, por conservar sus bienes, y obliga á un facineroso á cometer dos delitos, quando acaso solo pensaria en uno. Es verdad, que el que sale á robar á un camino, no solo quita los bienes, sino que tambien perturba la seguridad de la persona y la pública que debe haber en los caminos. Pero esto lo que prueba es, que semejantes robos deben castigarse con mayor pena, que los que no tienen estas circunstancias; mas nunca probará, que deba imponerse la pena capital, porque la seguridad personal consta de muchos grados desde la perturbacion de la tranquilidad hasta la privacion de la vida, los quales nunca deben confundirse por las leyes: de otro modo, una injuria personal, unos golpes, una herida deberian castigarse con la misma pena que el homicidio.

14. Por regla general las leyes penales deben hacerse de modo, que el que se determine á cometer un delito, tenga algun interes en no consumarle, en no cometerle con ciertas circunstancias que le hagan mas atroz y pernicioso, en o pasar de una atrocidad á otra. Esto solo puede conseguirse por medio de una graduacion de penas proporcionadas á los progresos que se hagan en la prosecucion del delito, á las circunstancias más, ó menos graves, y á la mayor ó menor atrocidad. Las penas y los premios obran de una misma manera en su clase, y producen respectivamente los mismos efectos, aunque de un modo inverso. Si el mérito comun y ordinario se premia igualmente que el extraordinario y singular, los hombres se contentarán con una medianía, y nunca aspirarán á cosas grandes, porque alcanzando lo mismo con poco trabajo, que con mucho, les falta el estímulo é interes, que regularmente suele ser el principal móvil de la mayor parte de las acciones humanas. Por la misma razon, si los delitos menores y menos qualificados se castigan con igual pena, que los mayores y mas atroces, con facilidad se llegará á los extremos, porque en ellos suele darse mas desahogo á las

pasiones, por otra parte no hay mas que temer, y por consiguiente no hay tampoco un interes, que estimule á contenerse en los medios.

15. Otra contradiccion no ménos singular, que causa la desproporcion de las penas, es hacer impunes y mas freqüentes aquellos mismos delitos, que con mas cuidado y esfuerzo pretende extirpar la ley. Tal es el efecto que entre nosotros ha causado la pena capital impuesta al hurto doméstico, al simple cometido en la Corte, y al bancarrota fraudulento, que oculta los bienes, ó se alza con ellos. Un hombre á quien un doméstico suyo le hace algun hurto, que sabe, que si le acusa y se le prueba, le han de imponer la pena capital, conociendo la infinita distancia que hay entre cincuenta pesos, por exemplo, y la vida del hombre mas miserable, teniendo los perpetuos remordimientos que le atormentarian, si por esta causa hiciese quitarle la vida, y temiendo tambien la censura de los demas y la nota en que justamente incurriria por semejante procedimiento, á ménos de no estar enteramente poseido de un vilísimo interes, y despojado de todo sentimiento de humanidad, no se atreve á denunciar el delito, y se contenta con echar de su casa al que le cometi6, el qual con esta confianza va haciendo lo mismo á quantas partes va, y de esta suerte, en vez de contener los hurtos domésticos la gravedad de la pena, solo sirve para fomentarlos con la impunidad. La experiencia es la mejor prueba de la verdad de este discurso.

16. Si en lugar de la pena de muerte se impusiera otra proporcionada, los robados no tendrían repugnancia en acusar, ni los testigos en deponer: se evitarían muchos juramentos falsos, se castigarían mas seguramente los hurtos, y se corregirían muchos ladrones, que ahora acaso se hacen incorregibles por la impunidad, y de hurtos domésticos pasan á cometer otros delitos mas graves. Es verdad que la confianza, que es preciso tener en los domésticos, les da mas proporcion y facilidad para ser infieles, y por consiguiente es necesario contener con el rigor esta facilidad. De aquí se infiere que los hurtos domésticos deben castigarse con mas rigor que los simples; pero esto debe ser, guar-

dando siempre la analogía y debida proporcion entre la pena y el delito, la qual no se guarda ciertamente imponiendo la pena capital.

17. Esta es tambien la causa, como hemos dicho, de la absoluta impunidad y freqüencia de los bancarrotas fraudulentos. La ley que les impone la pena capital, solo sirve como otras muchas, para ocupar lugar en el Cuerpo del derecho. Hasta ahora no se ha visto en el patíbulo, como manda la ley, uno de estos tramposos: y no es porque con el rigor de la pena se haya disminuido el número de ellos, pues todos los dias se están viendo muchos, que faltando torpemente á la fe, y burlándose de la justicia y de sus acreedores, dexan perdidos á muchos que hiciéron confianza de ellos. Para evitar estos excesos demasiado comunes, seria conveniente imponer otra pena mas moderada y análoga al delito, pero que se executase irremisiblemente. Lo que se hace mas necesario en un tiempo en que aumentándose cada dia con el lux6 la corrupcion de las costumbres, se multiplican tambien estos perniciosos devoradores de bienes ajenos con notable detrimento de la república. Es pues evidente, que uno de los mas principales cuidados que debe tenerse en el establecimiento ó reforma de las leyes criminales, es que todas las penas se deriven de la naturaleza de los delitos, y sean siempre proporcionadas á la mayor ó menor gravedad de ellos.

18. Un sabio legislador no imitará ciertamente á aquel Emperador Griego, de quien refiere Nicéforo, que habiéndose suscitado una grande sediccion en Constantinopla, y descubierto el autor de ella, le impuso la pena de azotes, y habiendo este mismo impostor acusado falsamente á algunas personas de autoridad le condenó á ser quemado. ¡Extraña graduacion entre el delito de lesa Magestad y el de calumnia! No es ménos extraña la ley de los antiguos Saxones y Burgundiones, que castigaba con pena capital el hurto de un caballo, de una colmena de abejas, ó de un buey, y con multa pecuniaria la muerte de un hombre. Semejantes leyes al paso que por una parte manifiestan su crueldad, abren por otra una puerta muy ancha á los mas atroces delitos.

22. La union de las ideas es el cimiento de la fábrica del entendimiento humano, y puede con verdad decirse, que sobre las tiernas fibras del cerebro está fundada la basa inalterable de los mas firmes Imperios. Mas para conservar en el entendimiento la union de las ideas, deben estas ser realmente inseparables en los objetos. Es pues necesario, que la pena siga inmediatamente al delito. Es muy importante, que el delito se mire siempre como causa de la pena, y la pena como efecto del delito. Si se quiere mantener el órden público, es necesario observar con vigilancia á los malos, perseguirlos sin intermision, y castigarlos con prontitud.

23. Así lo han creido tambien nuestros legisladores. Una ley de Partida manda que ninguna causa criminal pueda durar mas de dos años. En el auto acordado *21.tit.II.lib.8.* se manda, que todas las causas que se fulminaren, así de oficio como á querella particular en materia de hurtos, robos, latrocinios cometidos en la Corte y cinco leguas de su rastro, se hayan de substanciar y determinar precisamente en el término de treinta dias. La misma razon hay para extender esta providencia á todos los Lugares fuera de la Corte, no siendo el hurto de muchos cómplices, en cuyo caso se deberá fixar un tiempo proporcionado: y aunque no se prescriba el término preciso de treinta dias para las demas causas criminales, se deberian cortar muchas dilaciones, que no siendo necesarias para la justa defensa de los reos, les son á ellos mismos sumamente perjudiciales, igualmente que á la causa pública, á la qual importa que los delitos se castiguen con toda la brevedad posible.

24. Si la prontitud en el castigo hace la pena mas util, tambien la hace mas justa. Qualquier reo, miéntras no es convencido y condenado legítimamente, es acreedor de justicia á todos los miramientos que dicta la humanidad. Débenese excusar por consiguiente, en quanto se posible, las aflicciones y anxiedades que trae consigo una larga y penosa incertidumbre de su suerte, la qual se aumenta con la privacion de la libertad, con las molestias y vexaciones de la prision, las quales deben excusarse enteramente, por ser contrarias al derecho natural,

siempre que no sean precisamente necesarias para la seguridad de la persona, ó para que no se oculten las pruebas del delito: porque *la cárcel*, dice el Rey D. Alonso, *debe ser para guardar los presos, é non para facerles enemiga, nin otro mal, nin darles pena en ella.* Por esta misma razon prohibe la ley que se pueda condena á ningun hombre libre á cárcel perpetua: y otra manda, que si despues de haber estado un acusado dos años en la cárcel, no se le probase el delito, *que sea sacado de la cárcel en que está preso, é dado por quito.*

27. Otra de las qualidades que hemos dicho debe tener la pena para ser util, es ser necesaria. No creo deberme entender en persuadir una verdad tan notoria, que solo podria ignorarla quien careciese de la luz de la razon natural. Los derechos sagrados de la justicia se convertirían en una detestable y cruel tiranía, si hubiera algun hombre sobre la tierra, que tuviese facultad para imponer penas que no sean absolutamente necesarias. Y de aquí resulta, que estas deben ser, como se ha dicho, lo ménos ríguosas que sea posible, atendidas las circunstancias, porque en quanto excediesen en esta parte, dexarian de ser ya necesarias.

29. Pero no es ciertamente la crueldad de las penas el mayor freno para contener los delitos, sino la infalibilidad de ellas, y por consiguiente la vigilancia de los Magistrados, que deben ser inexôrables en imponerlas. *Si se examina la causa de todas las relaxaciones*, dice el mismo Montesquieu, *se verá que proviene de la impunidad de los delitos, y no de la moderacion de las penas.* En todos los paises y tiempos en que se han usado castigos muy crueles, se han experimentado los mas atroces é inhumanos delitos. Así lo atestiguan todas las historias, y así se experimenta en el Japon, en donde compete la crueldad de las penas con la atrocidad de los delitos, y son estos tan freqüentes, como si absolutamente no se castigaran, segun se refiere en la coleccion de los viages que han servido para el establecimiento de la Compañía de las Indias.

32. La última qualidad que hemos dicho deben tener las penas, es ser dictadas por la misma ley. Los Publicistas ponen justamente

la potestad de imponer penas entre los derechos de la Magestad, que llaman inmanentes, esto es, inseparables de ella: y no carece enteramente de razon Hobbes, quando dice, que el imponer pena mayor que la determinada por la ley, es una verdadera hostilidad. Solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador. Toda la facultad de los jueces debe reducirse únicamente á exâminar, si el acusado ha contravenido ó no á la ley, para absolverle, ó condenarle en la pena señalada por ella.

33. Si se dexase en su arbitrio el imponer penas, el derogarlas ó alterarlas, se causarían innumerables males á la sociedad. La suerte de los ciudadanos sería siempre incierta, su vida, su honra, sus bienes quedarían expuestos al capricho, á la malicia, á la ignorancia y á todas las pasiones que pueden dominar á un hombre. Si no hay leyes fixas, ó las que hay son oscuras, ó están enteramente sin uso, es preciso caer en el inconveniente del arbitrio judicial, si la potestad legislativa no ocurre á este daño, haciendo leyes, declarando las oscuras, y subrogando otras nuevas en lugar de las antiquadas.

CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA: LUIS GRECO *LEGENDIGES UND TOTES IN FEUERBACHS STRAFTHEORIE. EIN BELTRAG ZUR GEGENWÄRTIGEN STRAFECHTLICHEN GRUNDLAGENDISKUSSION*

Jacobo López Barja de Quiroja

Magistrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

Sin duda, lo primero que salta a la vista de este libro es su título, y no por lo que dice sino por recordar el conocido libro de Armin Kaufmann sobre la teoría de las normas de Binding (A. Kaufmann, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen, 1954, del cual Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés realizaron una magnífica traducción, publicada en Buenos Aires en 1977). En definitiva, ambos libros tratan de descubrir qué está vivo y qué está muerto de la teoría sostenida en un caso por Feuerbach y en el otro caso por Binding.

El presente libro recoge el trabajo que, como disertación para la defensa del título de doctor en la Universidad *Ludwig-Maximilians* de Munich, presentó Luis Greco bajo la dirección del doctor Claus Roxin. El objeto de estudio lo constituye el análisis de la teoría del delito de Feuerbach, comúnmente denominada como “teoría de la coacción psicológica”, intentando despejar qué queda subsistente y qué se encuentra obsoleto.

El autor considera que los trabajos existentes hasta la actualidad sobre la teoría penal de Feuerbach han sido prolíficos en la literatura científica, pero que, mayoritariamente, casi todos partían de la consideración de que la doctrina de Feuerbach constituía una aportación importante a la ciencia jurídico penal; sin embargo, por estar formulada conforme a los cánones de tiempos pasados, su valor e interés era más histórico que efectivo. El objeto del trabajo es analizar hasta qué punto esto es cierto o no y en qué medida siguen vigentes o no los razonamientos y las ideas del autor alemán.

Es cierto, apunta el autor, que Feuerbach, como todo pensador, era hijo y fruto de su época. Así que respondía al esquema intelectual del incipiente Estado de Derecho liberal y de su ulterior desarrollo y, por ello, pecaba de una cierta ingenuidad, en puntos como la sobrevaloración de la Razón y la infravaloración de los otros aspectos de la Realidad.

Abordar el trabajo de estudio de una teoría de la pena implica, por su propio fundamen-

to, determinar cuál es su finalidad y el autor piensa que la cuestión central de la teoría de la pena y sobre la que gira la filosofía jurídico penal y, consecuentemente, también la teoría penal es averiguar y determinar qué es lo que hace que los individuos tengan que obedecer la norma penal. O más en general, ¿por qué tenemos que hacer lo que es justo?

El autor sugiere dos principales respuestas. No las únicas, pero sí las principales —la primera, la que da Kant. Se debe hacer lo que es Justo porque es justo. La pregunta inicial para el positivismo kantiano es absurda. La segunda, que atribuye a una postura propia del pensamiento de Hobbes, es que la obediencia a la norma surge de la ventaja que reporta. Hay que hacer lo que es justo porque es ventajoso.

La idea guía de Feuerbach sobre la teoría de la pena es la de la intimidación (*Abschreckung*). Esta teoría ha estado en descrédito desde la posguerra hasta el punto de que algún autor (Bockelmann, 1961) la condenaba a la absoluta exclusión (“*Sobre la teoría de la intimidación no merece gastar una palabra. Su incorrección es evidente*”).

Como dijimos, el autor pretende estudiar qué queda de vivo y de muerto de la teoría y el pensamiento de Feuerbach en la moderna doctrina penal. Por ello, el autor estima que el trabajo tiene, ante todo, una proyección que incide principalmente en el campo de la filosofía jurídica penal.

El trabajo se divide en una parte histórica, que aborda en primer término la formulación de la teoría de la pena de Feuerbach en general. El autor estima que los cinco puntos principales en los que se puede resumir la teoría de Feuerbach son los siguientes: primero, la definición de pena como “un mal” que se impone a una persona por conductas antijurídicas cometidas por dicha persona y solamente en razón a éstas”; segundo, el fin de la amenaza penal es la prevención de los delitos mediante la coacción psicológica; tercero, la finalidad de la imposición de la pena es la validación de la realidad de la amenaza penal; cuarto, la fundamentación legal de la amenaza penal radica en

que no se lesiona mediante ella ningún derecho; y quinto, que el fundamento jurídico de la imposición de la pena radicaba en principio en la conformidad o el consentimiento del autor, delimitada por la existencia previa de la sanción penal prevista en la Ley.

El autor considera que la teoría de Feuerbach de la coacción psicológica se debe entender como una de las teorías concretas. Esta teoría general comprende una teoría del concepto de pena, que Feuerbach identifica como la imposición de un mal por vulneración de un precepto; una teoría de la finalidad de la amenaza penal (la intimidación general); una teoría de la finalidad de la imposición de la pena (la validación de la realidad de la amenaza); una teoría de la fundamentación de la amenaza penal (ningún derecho resulta afectado) y una teoría de la justificación de la imposición de la pena (ante todo la conformidad y el consentimiento del delincuente en su sanción). Feuerbach extrae de sus planteamientos teóricos de la pena importantes consecuencias: el principio de legalidad, su doctrina del comportamiento culpable o punible (lesión de un derecho), su teoría del delito y, dentro de éste, su concepto de dolo de imprudencia, su teoría y doctrina de la dosimetría penal y del sistema de sanción propugnado por él.

Las consecuencias que Greco extrae de la teoría de Feuerbach son las siguientes: el principio de legalidad; la consideración del delito como lesión jurídica (el Estado sólo puede sancionar lesiones jurídicas, y, solamente, en virtud de serlo); la teoría del delito o fundamentos de la penalidad absoluta, o determinación de las razones que llevan a otorgar a una determinada conducta el carácter de punible; la teoría de la dosimetría penal o de la penalidad relativa, (si la penalidad absoluta responde a qué conducta ha de sancionarse, la penalidad relativa contesta a la cuestión de en qué medida ha de pensarse) y, por último, la ejecución penal y las penas especiales.

Esta primera parte también comprende el estudio del factor psicológico en la teoría de la coacción psicológica de la pena. Unánimemente se acepta que la psicología de Feuerbach par-

tiría de un modelo de autor que calcula racionalmente, una versión que Greco intenta atacar en numerosos planos. Luis Greco opina que Feuerbach más bien se apoya en la teoría de la asociación antirracionalista.

El segundo capítulo trata de la parte de filosofía del derecho, que comienza con un estudio de la separación entre moral y derecho y que finaliza con el análisis del hombre como un fin en sí mismo, que parte de la consideración de que el ser humano no puede ser tratado exclusivamente como el objeto de las intenciones de un tercero.

En tercer término, aborda el estudio la parte de filosofía jurídico penal. En primer lugar, el autor trata de cuál es el objeto de la teoría penal que nace de la reflexión sobre la pena que, en principio, se configura como un mal, como un perjuicio y cuyas dos principales cuestiones son, en primer lugar, es si está justificada la imposición de una pena y, en segundo lugar, en qué condiciones. Greco parte de reservar, en este contexto, el término teoría de la pena, frecuentemente utilizada de forma indistinta con otros como “sentido de la pena”, “finalidad de la pena”, “cometido de la pena”, para designar, exclusivamente, aquella doctrina que determina el contenido de las condiciones de una pena legítima.

En el plano de la filosofía del derecho penal plantea dos cuestiones principales: una, la diferencia entre Derecho y Moral y la capacidad del hombre de ser un fin en sí mismo. El autor apunta a que Feuerbach defendía una estricta separación del derecho y la moral, a partir de la cual extraía muchas de sus posiciones en derecho penal, como por ejemplo su rechazo de la teoría de la retribución. El trabajo se afana en una posición diferenciadora según la cual los principios o premisas de la moral son relevantes cuando se trata de la valoración de la conducta estatal pero no respecto a la conducta del ciudadano. Estas premisas de la moral que el autor cree que Feuerbach hacía vinculantes para el Estado deben concebirse de manera deontológica y no de manera consecuencial, según el modelo del *side constraint* definido por von Nyoзык.

El estudio aborda, asimismo, el análisis de la actualidad que tienen las teorías de la pena y, en concreto, la vigencia de lo que denomina el desafío abolicionista. Los autores que se acogen a esta postura estiman que la pena no debe existir, que es algo esencialmente ilegítimo, un puro acto de poder que no tiene ninguna defensa jurídica o moral. Distingue el autor cuatro tipos de abolicionismo: el primero, el anarquista de tipo normativo, que contradice la legitimidad de la pena, como efecto secundario de su negación de toda legitimidad al Estado y del que pone como ejemplo la frase de León Tolstoi, de que es un “error incomprensible que unos hombres puedan castigar a otro”, quien fundamentaba su abolicionismo en el mandato de la caridad y la presentación de la otra mejilla; el que denomina anarquismo empírico, que no niega la legitimidad del Estado como tal, sino en la forma en que se conoce; el abolicionista estatal o no anarquista, que no censura la existencia del Estado, sino que pone en cuestión la pena como tal. Dentro de esta tendencia, distingue el abolicionismo estatal normativo, que pone de manifiesto la contradicción entre la pena y las normas o principios fundamentales, cuyo mayor representante dialéctico lo constituye Nils Christie.

Se alcanza el punto más álgido del trabajo con la parte de filosofía del derecho penal. Una teoría de la pena se define como el contenido de los condicionamientos en los que se han de fundamentar las penas legítimas. Se trata de una teoría normativa en la que se fundamenta toda creencia sobre la pena, al menos de forma tácita. La tesis abolicionista conforme a la cual el derecho penal sería ilegítimo y, por eso, no merece la pena reflexionar sobre la teoría de la pena, se pone en cuestión tras la introducción y estudio de las numerosas variedades de abolicionismo que distingue.

Greco llega a la conclusión de que, realmente, la posibilidad de la existencia de una teoría de la pena no se pone realmente en cuestión por el abolicionismo. El autor piensa que la afirmación del abolicionismo anarquista de que toda pena contradice los fundamentos de la legitimidad como condena de cualquier

forma de Estado no es plausible y que como condena de ciertos aspectos injustos de los Estados Modernos, se dirige, en esencia a propugnar una teoría de la pena con la que no se acrecienta la iniquidad. Respecto de la teoría abolicionista estatal, que sostiene que no es el Estado ilegítimo, sino toda pena tal como la conocemos, Greco opina que ni se sustenta en un conjunto argumentativo sólido ni aporta una propuesta de cómo debería ser esa pena que no conocemos. En definitiva, Greco opina que las tesis abolicionistas parten de propuestas muy imaginativas y muy idealistas pero son incapaces de aportar soluciones realistas y posibilistas.

En el punto siguiente, el autor aborda el estudio de la construcción de la teoría de la pena. Una discusión clásica en la investigación de Feuerbach que trata el trabajo de Greco como presupuesto del estudio, gira en torno a la cuestión de la relación entre Feuerbach y Kant. Las premisas de la discusión, según la cual la filosofía de Kant solamente tendría espacio para una teoría penal única, se ponen en este trabajo en cuestión. Se llega a la conclusión de que tanto la teoría de la pena de Feuerbach como la del propio Kant serían teorías de la pena "kantiana".

El autor cree que la teoría de la pena se debe construir formalmente conforme a un doble plano. Conforme al primero, la primera intervención estatal que precisa de legitimación se denomina la amenaza penal (*Strafandrohung*), y la segunda como la imposición de la pena (*Strafzufügung*), la que debe, por eso, estar justificada, según la idea de Feuerbach por distintas reflexiones. En correspondencia, en el plano material, en la legitimación de la pena juegan papel dos tipos de consideraciones distintas de base consecuencial y de base deontológica, con otras palabras, finalidad y limitaciones.

En el punto segundo, da inicio el autor a la exposición de la teoría de la pena, empezando por el propio concepto de pena. Señala el autor que Feuerbach diferencia, utilizando un modo crítico propio de Kant, el objeto de su teoría normativa de sus presupuestos de justificación o de legitimación, o dicho de otra manera, el

concepto de pena de su finalidad o finalidades y de sus fundamentos legales.

El análisis del concepto de pena de Feuerbach le lleva al autor a plantearse, en primer término, la relación del concepto material de pena con la finalidad de la pena, en cuanto la relación de una lesión de derechos subjetivos o de bienes jurídicos respecto de la protección de derechos jurídicos y de derechos subjetivos. Distingue, también, lo que denomina la finalidad de segundo orden: el objetivo final de la pena, que es la protección de bienes jurídicos, resultante de la pena como amenaza de un mal, que se conecta con el concepto de intimidación que inspira su teoría, y cuyo núcleo es la intimidación o el convencimiento por miedo. En el apartado crítico, el autor analiza las objeciones, en primer lugar, que denomina empíricas y, en segundo lugar, normativas, que se alzan contra este concepto. Es particularmente interesante el análisis de si la finalidad de la amenaza de una pena es una prevención general positiva o no. Por prevención general, entiende el autor la doctrina de que la declaración general de motivos no derivados del buen sentido para adoptar un comportamiento no conforme a derecho es una circunstancia que otorga una buena razón para imponer una pena. Analiza, dentro de este apartado, las objeciones que se alzan en su contra, y particularmente la objeción empírica.

Nuevo apartado lo constituye la prevención especial o neutralización del peligro (*Unschädlichmachung*) del delincuente, cuyo exponente en tiempos de Feuerbach, lo constituye Grolman, quien defiende que todo delincuente recibe mediante la norma penal un aviso de que su conducta constituye un peligro para la sociedad y, si no se adapta a la ley, el Estado le pondrá bajo su control. La base, pues, de la prevención especial es la idea de la evitación de conductas ulteriores mediante la sanción penal de la conducta previa.

Trata a continuación, el autor de una cuestión subyacente inevitablemente a toda teoría penal: la noción de retribución (*Vergeltung*). El autor señala que se enlaza con una idea primitiva de la pena como concepto retributivo y

estudia las diferentes alternativas teóricas a esta concepción (la teoría de la venganza, la teoría teológica de la retribución, teoría de la retribución jurídica, teoría de la retribución moral,...). Sería una consecuencia de su carácter de imperativo categórico: se impondría la pena porque la culpa reclama pena. Finalmente, se aborda la justificación de la amenaza penal, que según la reflexión de Feuerbach tiene por finalidad la intimidación general y cuya consecuencia no sería jurídicamente inviable, pues no afectaría a ningún derecho. A continuación, el autor procede a su valoración y estudio.

En correspondencia, se aborda, a continuación, la justificación de la imposición de la pena, que se fundamentaba para apoyarla en la idea de que el ciudadano que cometió un hecho, que está penado con pena por una ley, no consiente solamente el hecho sino también la pena. En definitiva, Feuerbach estimaba que el fundamento de la imposición de la pena radicaba en el consentimiento del sujeto en la imposición de la pena. El autor del trabajo discute este fundamento de la imposición de la pena defendida por Feuerbach; o sea, con su doctrina de que el delincuente consiente en su punición; con otras palabras, con su concepto de culpa. Bajo esta doctrina, subyace la idea liberal de no tener que solicitar conformidad legal por motivos morales sino de conformarse con la conformidad por buen juicio. Sin embargo, estima que la descripción de este fenómeno como consentimiento es una tentativa desafortunada de expresar esta idea; así que se propugna un nuevo concepto de culpabilidad dentro del espíritu de Feuerbach. La culpabilidad se entendería como falta de buen juicio penalmente determinada.

El estudio que, previamente se ha condensado en los párrafos anteriores, culmina en su capítulo tercero, en el que se da nombre y razón al estudio en su conjunto. Qué queda subsistente y qué está muerto en la teoría de Feuerbach. Esto es, realizar una valoración general de la teoría penal del autor alemán conforme a actuales criterios.

Como conclusión, dentro de la parte de la filosofía del Derecho, es la fundamentación y

ante todo la concreción de la prohibición de utilizar a la persona como un simple medio (la denominada prohibición de instrumentalización). Dentro de este apartado, el autor propone, ante la imposibilidad de renunciar a tópicos y lugares comunes, para su concreción un procedimiento de comunicación compleja. Este procedimiento justifica, ante todo, un aspecto fundamental de la existencia humana y exige una descripción exacta y elaborada de las dimensiones, en las que ese aspecto se niega por una determinada conducta. Para el autor, en este punto, las reflexiones consecuenciales de nuevo no juegan papel alguno. Definitivamente la prohibición de instrumentalización se encarna en numerosas formas de comportamiento individuales prohibidas, desde la prohibición de la pena de muerte hasta la prohibición del derecho penal de autor y el derecho penal que castiga el pensamiento.

El principio *nullum crimen* se desprende de la teoría de la intimidación por Feuerbach, no de una manera consecencial, sino que se concibe de manera deontológico como un componente de la humanización y civilización del poder. El concepto de pena se separa claramente de sus requisitos, que lo justifican legalmente. El trabajo intenta resolver el debate sobre el concepto de pena, en un plano metódico, propugnando un nuevo principio al que denomina “pesimismo metódico”. Conforme a ese principio, en la determinación del objeto de una teoría de la justificación, se debe atender a que las características que fundamentan la necesidad de justificación no se oculten. La pena se define, desde la perspectiva pesimista, como un mal comunicativo o corporal especialmente grave impuesto por el Estado, como reacción objetiva a un hecho punible. En el interior del mal comunicativo, se diferencia entre una desaprobación declaratoria y una desaprobación constitutiva. La primera se daría cuando el Estado determina de forma vinculante la comisión de un hecho punible por una persona mientras que la segunda contendría un reproche que incide sobre esa determinación.

La doctrina de la lesión de un derecho de Feuerbach se equipara con su doctrina del bien

jurídico, actualmente de gran relevancia. Ante todo, se ataca el argumento histórico jurídico, normalmente preferido, de reenviar a la herencia de la Ilustración, pues presenta tanto continuidades como discontinuidades. También se pone en cuestión la extendida idealización de la Ilustración como un tiempo pasado dorado. Greco estima que debe valorarse de forma comedida la aportación de ambas doctrinas a la liberalización del derecho penal, porque las doctrinas que determinan el objeto de protección jurídico penal, tienen estructura consecuencial y no es posible atribuir restricciones deontológicas como una prohibición del moralista por consideraciones consecuenciales. Ambas teorías son, al propio tiempo, liberales, así que la teoría del bien jurídico dominante se debe preferir por razones pragmáticas.

En el objetivo de la amenaza penal, se distingue entre un concepto de intimidación psicológica y otro funcional. El primero entiende por intimidación la “producción de miedo”, y el segundo parte más bien de la idea liberal que prohíbe al Estado dirigir moralmente a sus ciudadanos mediante penas. La intimidación es, por consiguiente, un estímulo basado en motivos de buen juicio para que alguien se comporte de una determinada manera. El modelo de intimidación propuesta exige un componente de presión psicológica externa.

También la finalidad de la imposición de la pena se define conforme a la idea de Feuerbach, pero la “categoricidad” de la imposición de la pena no es una consecuencia de la característica de la intimidación, sino del principio de legalidad. Del ideario de Feuerbach no nace camino alguno al moderno, flexible y guiado por el principio de oportunidad, derecho penal, lo que Greco interpreta no como una debilidad o fallo, sino una ventaja de la teoría de Feuerbach. También se analiza en el trabajo la oscura categoría de la “incógnita”, cuyo contenido argumentativo se estudia y que no modifica en nada aquella conclusión. A raíz de las reflexiones de Feuerbach, se rechazan las ideas de resocialización y de inocuidad. La primera no se compatibiliza con la legalidad ni con la autonomía de los ciudadanos y el segundo ni

con el carácter reactivo de la pena ni con el principio de legalidad. La prevención general se rechaza de nuevo; esta vez, como finalidad de la imposición de la pena de forma que el trabajo se ocupa más detalladamente de la teoría, tenida reiteradas veces por anticuada, de la retribución. La claridad de la discusión se incrementa por la introducción y tratamiento de cuestiones, parcialmente olvidadas. A pesar de ello, la teoría de la retribución, incluso en su variante derivada de la recuperación de la relación de aceptación perturbada, no constituye una alternativa viable.

Se rechaza la argumentación de Feuerbach de que mediante la amenaza penal no se afecta ningún bien ni derecho por varios motivos, pero sobre todo, porque apenas muestra contenido deontológico.

En su valoración general, Greco estima que la teoría de Feuerbach, como era de esperar, se desdobra de forma diferenciada. La teoría de Feuerbach es, en su estructura formal, inigualable y, sin embargo, sus hipótesis internas precisan, por múltiples razones, ser sustituidas. Su principal fallo ha sido, sin embargo, la de pretender fundamentar la legalidad penal como un límite deontológico de forma consecuencial. Por eso se plantea la cuestión de por qué los fundamentos consecuenciales de ese tipo, esto es deontológicos, tan frecuentemente reaparecen en la ciencia del derecho penal de los últimos doscientos años; por qué se dice algo así como que la pena de muerte no puede existir porque no disuadiría, la tortura no podría existir porque no vale para esclarecer la verdad, las restantes penas, las penas exacerbadas no deberían existir porque producen efectos desintegradores, en vez de que se sirva de un lenguaje deontológico. La razón para esta forma de estructura argumentativa es, presumiblemente, que la ciencia jurídico penal busca un lenguaje orientado al fin de comunicar con el gobernante —como el filósofo y el rey— pues el lenguaje de los fines es el lenguaje del poder y de la razón de estado.

Por último, resta señalar que el libro se acompaña de una muy abundante bibliografía.

NORMAS DE LA REVISTA

I. EXTENSIÓN Y SOPORTE MATERIAL

Los textos presentados para su publicación deberán ser trabajos originales.

Los originales de los artículos destinados a las dos primeras secciones (Debate y Estudios) tendrán una extensión entre 22.000 y 60.000 caracteres a espacio y medio y punto 12.

Todos los artículos deberán ir acompañados de un resumen o *abstract* de 10 líneas en castellano y en inglés, así como de cinco o seis palabras clave o *key words* en castellano y en inglés.

Los originales han de enviarse por correo electrónico a la dirección de la coordinadora de la revista (teoria@tirant.es)

En el artículo deberá constar el nombre del autor o autora, la universidad o institución a la que pertenece y, en su caso, la dirección de correo electrónico y de correo postal de contacto.

En el caso de que el texto haya sido publicado anteriormente en otro medio impreso o se haya presentado como ponencia o comunicación, se incluirán los datos en el documento.

En el caso de los artículos publicados en la Sección “Temas de Hoy” se podrá obviar parte de los requisitos formales de la Revista (resumen, informes externos, extensión, originalidad), pero nada impide que el original enviado los cumpla plenamente, en cuyo caso la Revista lo hará constar.

En el caso de las traducciones de textos publicados en la sección “Varia”, obviamente no se han de cumplir estos requisitos.

II. ADMISIÓN DE ORIGINALES

Los originales serán sometidos a informes internos por parte del Consejo editorial e informes externos anónimos. Cualquiera de los evaluadores internos o externos puede hacer observaciones o sugerencias a los autores, siempre y cuando el trabajo haya sido aceptado, que serán comunicadas a los mismos, y en su caso, se les concederá un período de tiempo suficiente para que puedan hacer las modificaciones oportunas.

III. ENVÍO DE ORIGINALES

Los originales pueden remitirse por correo electrónico a la dirección teoria@tirant.es o por correo tradicional, enviando una copia impresa y soporte digital a al siguiente dirección:

Revista Teoría y Derecho
Tirant lo Blanch
C/Artes Gráficas, 14, entlo.
46010 Valencia

IV. SISTEMA DE CITAS

Habida cuenta de la naturaleza de la revista, orientada fundamentalmente a la reflexión y al pensamiento teórico, el Consejo Editor considera que la forma óptima de presentar las referencias bibliográficas será al final del texto, a través de una nota bibliográfica que refleje el estado de la cuestión, los textos más relevantes y la fundamentación de la posición del autor.

Excepcionalmente podrá utilizarse el sistema abreviado de citas, esto es, referencia en el texto y elenco bibliográfico al final del artículo.

Cuando se opte por este sistema, las citas se indicarán en el texto por un paréntesis que contenga autor, año de aparición de la obra y número de la página. Ejemplo: (González Vicén: 1990:95)

Al final del artículo se incluirá un elenco con las citas completas de todas las obras mencionadas, según el criterio que se indica anteriormente. Si se citan varias obras del mismo autor y año, se ordenarán alfabéticamente con letra minúscula. Por ejemplo: González Vicén 1979^a correspondería a “La obediencia al Derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXIV, 1979, pp. 4-32 y González Vicén 1979^b correspondería a “La Escuela Histórica del Derecho”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, XIX, 1979, pp.1-48.

En todo caso, al citar la obra completa, deberá ser presentada de la siguiente forma:

Apellido/s, inicial del nombre, Título, lugar de edición, nombre del editor, año de aparición, número de páginas (eventualmente colección). Se distinguirá entre libro, artículo de revista, artículo incluido en libro, etc. Ejemplos:

1. Libro/monografía:

González Vicén, F.; *El Positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1950, 96 pp.

2.- Artículo de revista:

González Vicén, F.; “La Filosofía del Derecho como concepto histórico”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1969, pp. 15-65

3.- Trabajo o artículo incluido en libro:

González Vicén, F.; “Estudio preliminar a la traducción de Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia” de John Austin, en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Santa Cruz de Tenerife, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 1979, pp. 17-33

V. MIEMBROS DEL CONSEJO Y DEL COMITÉ:

Para ser miembro del Consejo Editorial y/o del Comité Científico se requiere:

- Ser Catedrático de Universidad en activo en la propia Universidad y/o en centros de investigación.
- Ser mayor de 50 años.
- Tener un prestigio reconocido en el mundo académico.

Todas las condiciones han de cumplirse en el momento de ingresar en la Revista.



Doctrina

Formularios

Jurisprudencia

Legislación

Bibliografía

Solicite hoy mismo su alta!

Para solicitar su alta, dispone de:

número de atención al cliente: 96 369 17 28

número de fax: 96 369 41 51

la dirección de correo electrónico:

encionalcliente@tirantonline.com

